

Tesi di laurea

Il diritto naturale come arte giuridica in Juan Vallet de Goytisolo

Jennifer BASSO RICCI



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO - FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
Relatore: Chiar.mo Prof. Mario A. CATTANEO - Correlatore: Dott.ssa Maria FUOCO

INDICE

Introduzione	5
--------------	---

CAP. I

LA STORIA DEL DIRITTO NATURALE NEI SECOLI: DALL'ANTICA GRECIA AD OGGI

Par. 1.1 L'antica Grecia.	7
Par. 1.2 Il diritto romano.	15
Par. 1.3 La rivoluzione Scolastica.	17
Par. 1.4 Una svolta nella dottrina del diritto naturale	20
<i>Par. 1.4.1 Guglielmo di Occam: breve cenno sulla sua filosofia.</i>	21
Par. 1.5 La riforma protestante: Martin Lutero.	23
Par. 1.5.1 La riforma calvinista.	26
Par. 1.6 La Scolastica spagnola.	27
Par. 1.7 Il Rinascimento	29
<i>Par. 1.7.1 Lo Stoicismo.</i>	31
<i>Par. 1.7.2 Lo Scetticismo.</i>	33
<i>Par. 1.7.3 L'Epicureismo.</i>	35
Par. 1.8 La filosofia giuridica Moderna.	36
<i>Par. 1.8.1 La situazione italiana: Gianbattista Vico.</i>	38
Par. 1.9 Lo Storicismo.	39

CAP. II

IL DIRITTO NATURALE NELLA SPAGNA DEL XX SECOLO.

Par. 2.1 L'eredità del Giusnaturalismo del XIX secolo nelle costruzioni della prima metà del XX secolo.	39
<i>Par. 2.1.1 Il consolidamento del diritto naturale neoclassico.</i>	41
<i>Par. 2.1.1.1 Neokantismo ed Assiologia.</i>	43
<i>Par. 2.1.2 Il Giusnaturalismo del postguerra.</i>	
<i>Il problema gnoseologico.</i>	44
<i>Par. 2.1.2.1 Il problema ontologico: il diritto naturale nella definizione generale del diritto.</i>	46
<i>Par. 2.1.2.2 Il problema etico: il diritto naturale e la morale.</i>	48
<i>Par. 2.1.3 Il diritto naturale spagnolo dal 1960 ad oggi.</i>	50
<i>Par. 2.1.3.1 La vigencia del diritto naturale in Spagna.</i>	52
Par. 2.2 Il diritto naturale continua a vivere: ciò che permane e ciò che è storico.	54
<i>Par. 2.2.1 Valore e missione del diritto naturale cristiano nell'attualità.</i>	57
Par. 2.3 Juan Vallet de Goytisolo ed il Giusnaturalismo della sua epoca.	58

CAP. III:
IL PENSIERO FILOSOFICO-GIURIDICO
DI JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

Par. 3.1 Il presupposto ontologico, gnoseologico ed assiologico del pensiero di Vallet: l'ordine naturale.	60
<i>Par. 3.1.1 Come si manifesta l'ordine naturale.</i>	
<i>L'incidenza religiosa.</i>	61
<i>Par. 3.1.2 Conoscenza razionale dell'ordine naturale.</i>	64
<i>Par. 3.1.3 Il disordine: un problema.</i>	
<i>I vizi dell'intelletto e della volontà.</i>	66
Par. 3.2 Il diritto: il giusto.	68
<i>Par. 3.2.1 Vallet: "...Il diritto come arte".</i>	69
<i>Par. 3.2.2 La giustizia.</i>	70
<i>Par. 3.2.3 Il sentimento della giustizia: emozione e ragione.</i>	71
<i>Par. 3.2.4 Le specie di giustizia.</i>	72
<i>Par. 3.2.5 Giustizia ed eguaglianza: dimenticanze e confusioni.</i>	73
Par. 3.3 Il diritto naturale: il giusto naturale.	74
<i>Par. 3.3.1 Il criterio di razionalità e di positività.</i>	77
<i>Par. 3.3.2 Il presupposto criteriologico del diritto naturale.</i>	79
<i>Par. 3.3.2.1 Il senso strumentale delle norme giuridiche.</i>	80
<i>Par. 3.3.2.2 L'obbligatorietà della legge positiva giusta ed il diritto alla resistenza.</i>	82
Par. 3.4 Il diritto naturale in Vallet.	83
<i>Par. 3.4.1 La critica di Victorino Rodríguez all'interpretazione di Juan Vallet de Goytisolo sul pensiero di San Tommaso.</i>	84
<i>Par. 3.4.2 Il diritto naturale come metodo, come arte giuridica.</i>	86
<i>Par. 3.4.2.1 L'interpretazione del diritto.</i>	87
<i>Par. 3.4.3 L'equità.</i>	88
<i>Par. 3.4.4 Diritto positivo e diritto naturale: un ordine giuridico unico.</i>	89

CAP. IV
LA NATURALEZA DE LAS COSAS.

Par. 4.1 Il concetto di Naturaleza de las cosas.	90
<i>Par. 4.1.1 Le fonti del diritto.</i>	92
<i>Par. 4.1.2 Libertà, dignità e coscienza in relazione alla naturalezza.</i>	94
<i>Par. 4.1.3 Natura ed azione umana.</i>	96

<i>Par. 4.1.4 Natura, storia e tradizione.</i>	98
<i>Par. 4.1.5 La natura e la Grazia.</i>	100
Par. 4.2 Il realismo di Vallet: un'applicazione.	100
Par. 4.3 Vallet nel reale.	101
<i>Par. 4.3.1 Costruzione del realismo di Vallet: maestri ed influenze.</i>	102
Conclusioni	104
Bibliografia	107

*Ai miei genitori che mi sono stati vicini assecondandomi nel fervido desiderio di rendere gloria a Dio con questo modesto lavoro.
A Michelangelo per l'insostituibile sostegno.
Desidero ringraziare vivamente il prof. Mario A. Cattaneo, per la disponibilità manifestata nei miei confronti
e la dott.ssa Maria Fuoco, per l'attenzione e l'amicizia rivelata verso di me come laureanda,
ma soprattutto come persona in cerca della Verità.
Desidero ringraziare calorosamente anche il dott. Estanislao Cantero Núñez, il dott. Marco Invernizzi, Giovanni Cantoni
e David Botti, per la loro indispensabile collaborazione; nonché mio zio Don Giorgio e gli avv.ti Laura e Benedetto Tusa, attenti in ogni momento alle mie esigenze, soprattutto spirituali.*

INTRODUZIONE

Nella prima parte di questa tesi verrà effettuato un excursus storico avente ad oggetto il diritto naturale, visto secondo le più salienti e diverse concezioni filosofiche che si sono successe lungo più di 2000 anni.

La scelta di partire dall'antica Grecia vuol testimoniare che fin da sempre l'uomo si è scontrato con il problema della giustizia.

Le figure di Platone e di Aristotele verranno poste in luce per esaltare i due diversi modi di concepire la filosofia, sia nei suoi metodi che nei suoi obiettivi; si tratta di due tendenze dello spirito umano: l'uno offre un ideale esaltante, ma irrealizzabile; l'altro, invece, equidistante dai sistemi unilaterali dell'Idealismo, sa individuare il compito specifico del giurista: osservare la realtà con onestà e nella sua interezza.

Dall'antica Grecia fino al XX secolo, passando per la Rivoluzione Scolastica di San Tommaso - pietra miliare della filosofia Giusnaturalistica classica -, attraverso la Scolastica Spagnola ed altri autori più recenti come Gianbattista Vico, Elias de Tejada e Michel Villey, la corrente aristotelico-tomista, seguita anche dal nostro autore, verrà riproposta dai filosofi in modo sempre autentico.

Si accennerà anche a quegli autori come Guglielmo di Occam, Martin Lutero e Calvino, che, segnando una svolta nella dottrina filosofica giuridica, diffondono un modo di concepire il diritto ben diverso da quello tipico delle epoche precedenti: dalla fine del Medioevo, si assisterà all'inizio dell'epoca Moderna, contrassegnata dalla laicità e dall'individualismo.

Con il Rinascimento del XVII secolo, al riemergere delle filosofie ellenistiche dello Storicismo, dell'Epicureismo e dello Scetticismo della Nuova Accademia, si riscontrerà l'esistenza di un nuovo mondo culturale sempre più lontano dalla dottrina giuridica classica, che conoscerà Cartesio e che, poco alla volta, distruggerà la nozione unitaria di natura: non si penserà più al diritto come presente nelle cose, e contemporaneamente

provvisto di valore normativo, e così, inevitabilmente, si perderà la chiave di lettura dell'autentico diritto naturale.

Nel secondo capitolo si analizzerà la situazione nella terra nativa di Juan Vallet de Goytisolo: la Spagna del XX secolo.

Si dividerà il 1900 in tre periodi: quello precedente alla guerra civile spagnola del 1936; quello immediatamente successivo, in cui comincia a dilagare il Positivismo, ed il periodo dal 1960 ad oggi, in cui si assiste alla massima affermazione di quest'ultimo.

In Spagna, però, il Giusnaturalismo classico non è mai soffocato totalmente; anzi, tanti autori ancora oggi sollecitano i giovani a fare onore al passato, rinnovando le tesi dei loro padri con quella originalità che li caratterizza.

Attaccato su tutti i fronti, in questo mondo laicizzato, il Giusnaturalismo è ancora oggi accusato di astoricità o di antistoricità.

Per rispondere a questa critica si parlerà di ciò che permane e di ciò che è storico nel diritto naturale: il suo contenuto non è qualcosa che può lasciarsi all'assoluto arbitrio dell'uomo, ma, nella sua determinazione, deve attenersi e sottomettersi a limiti imposti dalle esigenze della natura umana, individuale e sociale; allo stesso tempo, però, esso non è neppure determinato una volta per sempre, qualsiasi siano le circostanze, ma bisogna definirlo nella società e nell'occasione esistenziale storica.

Nel terzo capito, affermando l'esistenza di un ordine universale posto da Dio, si analizzerà il diritto come *arte giuridica*, così come la definisce nei suoi scritti Vallet, per determinare in ciascun caso il giusto concreto (l'oggetto della giustizia), e verrà riconosciuto il primo presupposto dell'attività giuridica nel fondamentale principio di perseguire e compiere il bene ed evitare il male, perché solo il primo è ciò che tutti gli esseri desiderano, e corrisponde alle inclinazioni conformi alla natura dell'uomo.

Infatti, come il metro di piombo morbido - usato dagli architetti di Lesbo - segue ogni figura in tutte le sue rientranze e sporgenze, così anche la giustizia si deve plasmare su una realtà che esiste di fatto e che non può essere stereotipata secondo i calcoli dei potenti.

Perché si possa determinare il giusto particolare, poi, servirà fare affidamento non solo sul senso di giustizia che ogni uomo possiede, ma anche - ed oggi soprattutto - sull'educazione a questa virtù e sulla sua pratica.

Si considererà il diritto naturale separandolo dalla legge naturale, in quanto l'uno è arte giuridica per determinare il giusto, l'altra è semplice strumento per lo stesso fine: così come la medicina non è l'insieme dei medicinali, ma l'arte del sanare e del conservare la salute, allo stesso modo, il diritto non è l'insieme delle leggi, ma *l'ars juris ac boni*, ossia, ultimamente, la ricerca della Verità.

In quanto metodo, esso necessita di elementi, tra i quali l'interpretazione e l'equità, dal momento che il giusto non può mai essere un'astrazione.

Si vedrà, infine, come l'esistenza della legge naturale non esclude un ordine giuridico umano, anzi, lo esige, a patto, però, che la norma sia concepita come una *ordinatio rationis ad bonum comune* (un comando dato dalla ragione per il bene comune).

La centralità data alla realtà nel pensiero di Vallet è tale che tutto il quarto capitolo sarà dedicato al suo Realismo; come Aristotele e San Tommaso, per la determinazione del giusto, egli conosce e si fida solo di un'unica fonte: quella della Natura. Per Vallet, infatti, pensare che tutto il diritto possa essere contenuto in un codice è un errore.

La natura, secondo il Nostro, è ciò che mostra l'esistenza di un ordine nella creazione (un ordine naturale), non solo fisico e biologico, ma anche morale e razionale, che governa tutti gli esseri viventi e dal quale si possono estrapolare quei principi sociali per mezzo dei quali si rende possibile l'attività degli uomini e la loro vita sociale.

La naturalezza delle cose è la fonte da cui si deve estrarre il diritto e, in quanto fonte naturale del diritto, essa opera in due modi: sia nel processo di elaborazione legislativa e di determinazione del giusto concreto, sia nel caso in cui le norme giuridiche umane siano insufficienti.

Seguire l'ordine della natura, allora, non significa cadere nel determinismo: la libertà, infatti, non verrà mai negata ad alcun uomo che crede in Dio. Come dice san Tommaso d'Aquino: "...Dio lascia la libertà all'uomo non perché gli sia lecito fare tutto ciò che desidera, ma perché ciò che deve fare non lo compia per necessità naturale - come fanno gli esseri irrazionali-bensì per sua propria e libera scelta".

Si vedrà infine, come Vallet, seppure legato alla storia ed all'assilogia, non si limita ai fatti: egli trascende a Dio perché crede che, per osservare la natura, la si debba vedere nella sua totalità e ciò è possibile solo con l'aiuto della Grazia, che la perfeziona.

CAPITOLO 1

LA STORIA DEL DIRITTO NATURALE NEI SECOLI: DALL' ANTICA GRECIA AD OGGI.

1.1. L'antica Grecia.

La cultura greca raggiunge uno sviluppo ed una profondità mirabili, soprattutto in campo filosofico. Le condizioni della vita politica e sociale di Atene, che è una democrazia diretta, sollecitano ogni cittadino a prendere ampiamente parte sia alla vita pubblica - partecipando alla vita dell'*agorà* o, se eletto, sedendo in *Consiglio*, oppure esercitando le funzioni di magistrato, quando la sorte ve lo designa - sia alla vita giudiziaria, discutendo processi di diritto pubblico e privato.

In questo clima di libertà, che offre la vita pubblica ateniese, fioriscono le tendenze speculative più diverse: tra i filosofi greci vi sono i sostenitori

della democrazia ed i loro avversari, i nazionalisti ateniesi ed i fautori dell'unione di tutta la Grecia o del cosmopolitismo; ed è sempre qui che si trovano i germi della teoria del diritto naturale, quelli del positivismo giuridico, del relativismo e del sociologismo.

Nella filosofia greca del diritto, tra le opere nate da una profonda esperienza della vita sociale e, come tali, capaci di influenzare il mondo del diritto, vi sono quelle di Platone e di Aristotele.

In Platone, sebbene predominino gli interessi *politici*, non manca lo studio del diritto, degno di ogni attenzione da parte dell'uomo politico poiché il compito del giurista è sì quello di applicare le leggi scritte dello Stato, ma sapendole discernere in base alla loro giustizia: una legge ingiusta, malvagia, "...non è una legge, non è diritto" (Platone, *Leggi*, IV, 715b.). Nella sua opera intitolata *Politico*, Platone paragona i decreti ingiusti votati dall'assemblea popolare, così come quelli emanati dai tiranni, a ricette mediche provenienti da un'assemblea di ignoranti qualsiasi; "...esse non andrebbero propriamente nemmeno considerate ricette" (Platone, *Politico*, 298-299).

Il giurista deve perseguire il bene, che coincide con la *giustizia*: nella lingua greca, infatti, lo stesso termine *dikaion* viene usato per indicare il diritto ed il giusto.

Giustizia e diritto, per Platone, concernono, nella loro accezione più tipica, i rapporti sociali: la prima, all'interno della comunità civile, rende o distribuisce, "a ciascuno ciò che gli spetta" ("*suum cuique tribuere*", Platone, *Repubblica*, II, 132) e deve essere esercitata sia nell'interiorità dell'uomo (in cui si deve leggere "...a lettere minuscole"), sia all'interno della comunità ("...a lettere maiuscole", Michel Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaka Book Spa, Milano, 1986, p.25). Il secondo, invece, ha come scopo il perseguire la virtù -e non solo la tutela della proprietà, della forza militare e della prosperità. La legislazione, quindi, avrà per oggetto, oltre alle successioni, alla proprietà ed ai contratti, anche la pietà, i buoni costumi e l'educazione alla ginnastica, alla musica, alla geometria, alla dialettica ed agli spettacoli, perché il primo dei compiti del diritto è quello pedagogico.

Per Platone, infatti, il solo *diritto*, ciò che solo merita il nome di *legge*, viene scoperto dall'uomo in possesso di un'arte ben precisa, non fondata su tentativi empirici, bensì, come egli dice all'inizio del *Politico*, su di una scienza speculativa, la scienza del *dikaion*.

Ma quale è il metodo di questa scienza? "...Si può definire *cosmico*" (Jacques Maritain, *Moral Philosophy*, Scribner's Sons, New York, 1964, trad.it. *La filosofia morale*, Morcelliana, Brescia, 1973, p.33) - secondo l'espressione di Jacques Maritain-, cioè, che si alimenta della visione dell'universo e, a differenza di quello di Kant, non pretende di dedurre i principi della giustizia da se stesso, né dalla sua ragione soggettiva.

In questa chiave sembra sensato parlare, a proposito di Platone, di *diritto naturale*, anche se, per qualificare la sua dottrina, egli non usa tale espressione, *nomos katà physin, dikaion physikon* ("legge secondo natura, giusto naturale") perché, senza dubbio, essa evoca alla sua mente le tesi dei sofisti di Callicle o di Gorgia, "...tesi che ripudiava recisamente" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.27).

Peraltro, esiste un passaggio delle *Leggi* (Platone, *Leggi*, X, 889 e ss.) in cui, proponendo di riformare contro il materialismo dei sofisti il senso dato al termine *natura*, Platone sviluppa una teoria del diritto dedotta da essa (*physikon*), o per lo meno dall'osservazione obiettiva degli esseri del mondo esteriore.

L'unico ad essere all'altezza di questo compito, però, -é questo uno degli assiomi fondamentali della *Repubblica*- è il *filosofo*. In quest'opera, infatti, é Socrate, filosofo per eccellenza, che guida la discussione; così pure egli è il legislatore ideale, come anche quello delle *Leggi* che, al termine di una lunga asceti purificatrice, sotto l'ispirazione divina, innamorato del mondo delle idee, scopre le leggi: "...Il giusto risiede in un altro mondo, più vero del nostro, ed in cui, forse, abbiamo vissuto in una vita anteriore e di cui ci rammentiamo (*Fedone*)".

Non è dagli eventi fenomenici che offre lo spettacolo della natura, che Platone intende dedurre il giusto, ma dalle *idee*, alle quali, certamente, l'osservazione della natura conduce, guidata, però, dalla dialettica. Per tale motivo, il diritto di Platone è definibile *ideale*, piuttosto che diritto *naturale*, poiché le sue norme giuridiche sono molto rigide, lontane dalla prassi, quindi, ultimamente, utopiche ed impraticabili.

Quale può essere, allora, l'insegnamento platonico relativo alle leggi? La necessità della legge scritta. Infatti, mentre dapprima, nella *Repubblica*, Platone manifesta una netta ostilità per la legislazione scritta, nei due "dialoghi della vecchiaia" (nel *Politico*, e soprattutto nelle *Leggi*) contrassegnati da un maggior realismo, egli ne riconosce la necessità.

Si potrebbe additare un contrasto, ma, in merito, M. VILLEY afferma: "...Non credo che esista una vera e propria contraddizione tra le tesi che emergono in queste diverse opere" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., pp.28 e 29).

Vero é, invece, che la dottrina platonica insiste su due punti diversi: all'inizio Platone richiama l'attenzione sulla *imperfezione* delle leggi positive; successivamente sulla loro *necessità* pratica. In particolare, nella *Repubblica*, Platone mostra i limiti di ogni legislazione scritta: essa rinchiude la giustizia in formule che rimangono immutate nel tempo, cosicché la legge si potrebbe rivelare ingiusta quando viene usata, perché il mondo degli uomini, al quale deve applicarsi, è perpetuamente in movimento. Migliore allo scopo appare la giustizia vivente e perfetta del "filosofo-re". È necessario, però, che il filosofo, non immortale né onnipotente, se vuole che la sua azione si prolunghi nel tempo, si faccia

legislatore e lasci alla città, valga quel che valga, una costituzione scritta, così come un medico prescrive al malato, dopo averlo visitato, alcune ricette.

Egli emana le leggi autoritativamente, un po' al modo degli oracoli, dato che, nella teoria di Platone, l'idea perfetta del *giusto* non può essere comunicata alla massa. Inoltre, dal momento che "*quod principi placuit, legis habet vigorem*" (ciò che piace al principe assume il valore di legge), e che a tali leggi egli non è vincolato, "*princeps legibus solutus est*" (il principe è libero dalle leggi, Platone, *Repubblica*, II, pp.256 e 320), è soltanto il popolo - che non ha alcuna conoscenza di filosofia e di giustizia se non attraverso l'intermediazione delle leggi- che è tenuto ad una rigorosa ubbidienza, assieme anche ai giudici, costretti a seguire letteralmente il testo delle leggi scritte della città.

"...È notevole che Platone, partito da tali altezze, venga ad arenarsi, in fin dei conti, in una sorta di positivismo giuridico abbastanza grossolano" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.32), commenta sul punto Villey.

Questo è, in effetti, il limite di una dottrina ideale: sarebbe necessario che il diritto emanasse solo da un filosofo, ma, dato che non esiste un vero filosofo, o che, se esiste, non è al potere, si affida il diritto alla dittatura di un principe.

Aristotele, allievo di Platone ad Atene dal 367 al 347 a.C., seppure sia partecipe della vita pubblica, è essenzialmente uomo di studi.

Una delle tesi della sua etica è quella della superiorità della vita speculativa sulla vita attiva. Egli, coltivando la metafisica, la psicologia e la logica, prende progressivamente le distanze dalla dottrina del suo maestro, attribuendo importanza all'esperienza sensibile; il metodo che applica Aristotele nello studio della politica e del diritto, infatti, è ben diverso da quello di Platone.

Innanzitutto, nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, Aristotele sviluppa una nozione ben più precisa del diritto, traendola dall'esperienza e dall'osservazione del linguaggio, riflesso della esperienza. Aristotele esplora il *senso* del termine *dikaion* e, mentre Platone confonde *nomos* e *dikaion* - il diritto con la morale -, Aristotele, nei capitoli otto e nove del quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, mette a fuoco la differenza tra il diritto e la giustizia.

Vero è che l'Estagirita, esaminando la giustizia, studia il diritto (il *dikaion*), ma ciò solo perché la scienza del diritto è *una frazione* della scienza della giustizia, parte ben distinta.

Aristotele procede nell'analisi con particolare attenzione al linguaggio: esiste una differenza, egli precisa, tra l'essere giusto (unico termine per il maschile ed il femminile) e fare il giusto (al neutro), tra *dikaios* e *to dikaion*. Si può, cioè, compiere il *dikaion*, le azioni giuste, senza essere *dikaios*, intimamente giusti, ad esempio, restituendo un deposito non per spirito di giustizia e con retta intenzione, ma soltanto per paura di

un'azione legale. Allo stesso modo, si possono compiere atti ingiusti per errore o per esservi costretti da una qualche violenza od intimidazione, ma senza voler essere ingiusti. Inoltre, mentre la scienza del diritto, del *dikaion*, ha per oggetto l'effettualità, i risultati esteriori, l'eguaglianza nelle cose e nei rapporti tra i cittadini, ossia il *medium*, l'indagine sulle intenzioni risulta essere di competenza del moralista.

Con il diritto, allora, Aristotele si pone all'interno della morale, ma in un ambito delimitato perché le leggi puramente morali si distinguono da quelle giuridiche.

Il Filosofo non ignora un'altra questione, e cioè che sia la parola natura (*physys*) che la parola diritto (*dikaion*) sono polisense: *natura* può significare l'insieme del mondo esterno, che implica un ordine, opera dell'intelligenza di un artista demiurgo, che lo ha formato in vista di una finalità, oppure può significare che ogni essere naturale ha una sua natura, e questa è ciò che egli *deve* essere, la sua forma ed il suo fine secondo il piano della Natura. "...La natura di ogni essere è il fine a cui essa tende".

Per ciò che concerne gli esseri viventi, ne consegue che la loro natura non corrisponde a quella che viene letta dalla scienza moderna: l'uomo, ad esempio, non raggiunge immediatamente la pienezza del suo essere, dunque, la sua *natura* non si identifica con ciò che egli è oggi, *in atto*, ma piuttosto con ciò che egli tende ad essere, *in potenza*, nella sua *forma* e nel suo *fine*, che corrisponde alla sua felicità.

"...In un senso analogo a questo, il termine *natura* potrebbe anche designare il principio, la forza, l'istinto presente in ogni essere, che, secondo la filosofia aristotelica, spinge a realizzare la propria finalità" (aristotele, *Politica*, I, 2, 1252b e VII, 12, 1331a), commenta Villey. In questo caso, però, pur essendo più vicini al linguaggio moderno, ci si allontana dalla dottrina di Aristotele e dalla sua nozione di natura, che implica un riferimento *ai fini* tale da poter dedurre da essi le conoscenze di carattere normativo.

Per Aristotele, osservare la natura significa molto più di quanto non comporti la mera osservazione dei *fatti*, neutra e passivamente descrittiva, perché implica il discernimento attivo dei valori, che la natura afferma. Per esempio, ci sono al mondo entità che non hanno raggiunto il vero livello dell'essere (come, ad esempio, i cocci informi che il vasaio butta tra i rifiuti, le piante mal formate che non riescono a crescere, gli animali con solo tre zampe, i fratelli siamesi, i neonati sordo-muti o ciechi, i malati e i menomati): la scelta compiuta della natura, che è essenzialmente scienza dell'ordine e delle cause finali, evidenzia fattivamente tali realtà.

Villey, quindi, a ragione, definisce Aristotele il "**padre della dottrina del diritto naturale**" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.47): infatti, realista e per nulla idealista, Aristotele pratica un metodo fondato sull'osservazione, raccoglie le esperienze degli imperi e delle città del suo

tempo ed anticipa il diritto comparato e la sociologia del diritto. *Il diritto naturale*, per lui, è un metodo sperimentale.

Aristotele non giunge a risultati rigidi ed ideali come quelli di Platone, ma neppure lo pretende; le sue teorie sono "esitanti", sempre aperte a possibili smentite che risultino da esperienze nuove e che riconoscano gli ulteriori limiti del diritto naturale. Il diritto naturale, a sua volta, non è composto da regole immutabili e definitive, che sono inadeguate alle circostanze sempre diverse di tempo e di luogo della nostra società moderna.

Negare la rigidità del diritto naturale, però, non significa non riconoscere che esso viene integrato dalle leggi positive: Aristotele smentisce il luogo comune secondo cui la dottrina del diritto naturale fomenterebbe la disobbedienza nei confronti delle leggi: "...In una città ordinata e civile è necessario - sostiene nella *Retorica* - che ai dati teorici *informi* del diritto naturale si aggiunga, a complemento, la redazione di leggi precise. In una città, infatti, si troveranno più facilmente legislatori prudenti, avvertiti e saggi, che non una molteplicità di giudici dotati delle medesime qualità ed inoltre, bisogna diffidare dell'imparzialità dei giudici, il cui giudizio può essere deformato da simpatia o da timore" (aristotele, *Retorica*, I, 1, 1354a). Soltanto il legislatore è relativamente al sicuro da queste tentazioni: "...La legge è intelligenza senza passione" (aristotele, *Politica*, III, 11, 1287a).

Sul chi debba essere l'autore delle leggi, la dottrina di Aristotele si dimostra aperta: vi sono città in cui il potere deve essere posto nelle mani di un'oligarchia, mentre, in altre, è meglio un regime democratico e, in altre ancora, uno monarchico. Il regime misto è quello che, in assoluto, Aristotele considera il migliore, anche se deve essere suddiviso, a suo parere, tra più autorità.

Colui che in una città si trova, per la sua ricchezza, il suo livello culturale, la sua rappresentatività, ad essere responsabile dei pubblici affari, questi detiene il potere legislativo. A riguardo, "...uno dei grandi principi della dottrina aristotelica è che legislazione e giurisprudenza non attengono all'intelligenza ed al ragionamento discorsivo, ma alla *prudenza*", cioè, "...a quella virtù intellettuale che decide, in vista dell'azione, su situazioni contingenti, senza avere il tempo né il modo di fornire delle ragioni" (aristotele, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1139b-1140a). Essa è la virtù per eccellenza del legislatore e del giudice, che stabiliscono, appunto, quale sia il diritto in ordine a circostanze particolari. La prudenza, allora, è "nomotetica", o "dicastica", cioè legislatrice e giudiziaria; "...ecco perché i Romani parleranno di *giurisprudenza*" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.51).

Il legislatore, inoltre, pone una *conclusione* ad ogni particolare controversia giudiziaria nella ricerca del giusto naturale - dottrina, questa, sempre aperta ad esperienze nuove ed a nuove discussioni e, in quanto dialettica, sempre in movimento -: aggiunge, ai dati del diritto naturale, quelle *determinazioni*

precise, necessariamente arbitrarie, alle quali la scienza non sarebbe in grado di pervenire. Per esempio, dipende dal giusto positivo la precisa determinazione che, per un certo delitto, sia necessario sacrificare, a titolo di ammenda, "...una capra e non due pecore", o che il giusto prezzo di un certo oggetto sia fissato in quella certa quantità di argento.

Così, il diritto deriva sia dalla natura che dalla convenzione, poiché, secondo la dottrina aristotelica, il legislatore parte sì dal giusto naturale, ma aggiunge a questo dato qualcosa di sua volontà, per renderlo completamente giusto.

Gli elementi del diritto naturale procedono direttamente dall'osservazione della natura, e cioè dai generici insegnamenti del diritto naturale (*dikaion physikon*) ed hanno un valore universale; al contrario, "...quelli che sono più determinati, perché procedono dalla volontà dello stato (*dikaion nomikon*) non sono validi ovunque, ma solo fin dove si estende il potere del legislatore" (aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 7.1, 1134b): "...essi fanno parte, dunque, del diritto proprio di una particolare città" (aristotele, *Retorica*, I, 10.3, 1368b).

Entro questi limiti, il diritto positivo deve essere ubbidito tanto quanto il diritto naturale; anch'esso è chiamato *giusto* (*giusto positivo*) e, per esprimersi nel gergo dei teologi, esso obbliga in coscienza: si è moralmente obbligati a tenere la destra, nella guida di un'autovettura, ed a fermarsi ai semafori rossi, anche se queste disposizioni sono solo di diritto positivo. Così facendo, non è necessario fondare la forza obbligatoria delle leggi sulle pistole della polizia: quale fondamento è più rispettabile dell'ordine naturale stesso, che tutti possono leggere iscritto nelle cose, che tutti possono e devono riconoscere?

È la filosofia di Aristotele, che riesce a dare fondamento all'autorità delle leggi (cosa mai veramente riuscita al positivismo), evidenziandone anche i *limiti*. Le leggi positive, infatti, hanno un valore solo se le si suppone fondate sul giusto naturale, essendo, esse, "intelligenza senza passione".

Vi sono, in casi eccezionali, legislatori che non si prendono cura dell'interesse pubblico, che sono malvagi oppure ignoranti: in questi casi non si è più obbligati a nulla ed il giudice stesso si sottrae all'osservanza di queste leggi nefaste. L'ubbidienza alle leggi positive, infatti, deve sempre essere limitata e condizionata dal criterio del bene comune.

Per Aristotele, non sempre la legge dello Stato ha un primato rispetto alle altre fonti di diritto. Nell'*Etica Nicomachea* (aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 10, 1137a-b) e nella *Retorica* (aristotele, *Retorica*, I, 13, 1373b), infatti, si trova la celebre teoria dell'equità (*epieikeia*): la legge positiva, conferendo alla giustizia, essenzialmente flessibile, la forma di una regola rigida, è necessariamente destinata ad allontanarsi dal suo modello originario.

Essa può essere paragonata ad un metro rigido, che non può misurare con assoluta esattezza i contorni di un oggetto sinuoso: si autorizzerà, quindi, il

giudice a prendersi qualche libertà nei confronti del testo della legge per adattarlo alle circostanze, per meglio tener conto delle condizioni proprie di ogni causa particolare. Ad esempio, in materia penale si dovrà considerare l'età dell'accusato, della sua posizione sociale, del suo passato, delle sue intenzioni...

L'*equità*, allora, è paragonabile "...al metro in uso nell'isola di Lesbo, fatto di morbido piombo, che riesce a modellarsi sulla forma degli oggetti da misurare" (aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 10) e l'ultima parola, nella determinazione del giusto, spetta proprio ad essa.

Conclude Villey: "...La dottrina di Aristotele non è certo affascinante. È certamente meno bella di quella di Platone. Non riesce a soddisfare nessuna delle nostre aspirazioni; non viene incontro né alle esigenze moderne di un diritto rigorosamente confinato all'interno di un codice, né ai nostri desideri di progresso sociale. Ci sono filosofi del diritto che ci propongono un *ideale*: Hobbes, quello di ordine e di sicurezza; Locke, quello di libertà; Rousseau o Kant, quello di eguaglianza; Platone, quello di una città unita ed armoniosa. La filosofia di Aristotele non è in grado di proporci nulla di simile" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., pp.54-55).

Quanto, poi, ai risultati pratici, si rimprovera ad Aristotele di essere piatto e conformisticamente borghese, conservatore, poiché non si commuove per le ineguaglianze sociali e non cerca soluzioni per superare o innovare le istituzioni del suo tempo, ma si limita solo a fare una cernita di quelle più adatte a massimizzare la felicità dell'uomo. Ancora, lo si accusa di aver accettato e giustificato, considerandoli come naturali, la schiavitù, il primato dei ricchi nel governo delle città...

Vero è che Aristotele non ha particolare simpatia per l'idea di "progresso", anche perché egli è poco portato per le utopie ed è consapevole che non sia compito della filosofia, non solo dare una risposta a quesiti giuridici concreti, ma neppure far progredire la storia. D'altra parte, Aristotele non è un profeta: è un uomo speculativo, che non intende modificare il mondo, ma solo comprenderlo e descriverlo in spirito di verità.

È stupefacente, però, che le sue analisi -almeno per ciò che concerne l'essenza e le fonti del diritto- restino incredibilmente *giuste* ancora oggi. Infatti, è del tutto *vero* che, su questa terra, il diritto è altro dalla morale e che non è il filosofo a creare il diritto (come sogna Platone): lo creano, in base al dato preliminare di alcune conoscenze teoriche, il legislatore ed il giudice.

È altresì corretto dire che non bisogna pretendere troppo né dalla teoria, né dalle scienze del diritto naturale, e non è neppure consigliabile, né possibile, dare alle leggi positive un'autorità assoluta.

Aristotele e Platone rappresentano due modi diversi di concepire la filosofia, sia nei loro metodi che negli obiettivi: si tratta di due tendenze dello spirito umano. Platone offre un ideale irrealizzabile, ma esaltante; è un tipo di filosofia che piace agli uomini d'azione, che sono portati a

credere ai miti. Aristotele, invece, non si prefigge altro scopo che quello di osservare la realtà, con tutta onestà e nella sua totalità: equidistante dai sistemi unilaterali dell'idealismo e da un falso realismo moderno, le sue analisi hanno un'importanza di prim'ordine, nella storia del diritto.

Sulla stessa scia della modestia di Aristotele, San Tommaso d'Aquino ed altri autori anche moderni continuano ad approfondire i temi sul diritto naturale: da professore quale egli é, infatti, San Tommaso crea una collazione, una raccolta di opinioni antiche e tradizionali, proprio come il *Decreto* di Graziano. Fin da questo primordiale aspetto, che caratterizza tutta l'opera di San Tommaso, Juan Vallet di Goytisolo imita il suo maestro; dice in merito Cantero Núñez: "...la novità del pensiero di Vallet risulta essere la tradizione" (estanisla cantero núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española* (1939-1998). *La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p. 718).

1.2. Il diritto romano.

La cultura greca dei grandi autori, come Platone ed Aristotele, é la sorgente del diritto romano. Molte sono le opere greche tradotte in latino e, in particolare, le nozioni di uso comune elaborate dalla filosofia greca - come quelle di diritto naturale, di equità, di legge in senso ampio -: esse si diffondono in Roma attraverso il canale della grammatica e della *retorica*.

Le necessità della prassi impediscono al giurista di rinchiudersi nel quadro ristretto di un singolo sistema filosofico e, così, i Romani si rifanno contemporaneamente a diverse scuole, a seconda della materia d'interesse. In modo particolare, sembrerebbe che la filosofia alla quale aderiscono numerosi giuristi classici sia lo *Storicismo*, nel quale viene educato lo stesso Cicerone. Nonostante ciò, Villey afferma: "...a nostro avviso é dalla dottrina di Aristotele che il diritto romano, all'inizio del periodo classico, ha recepito i suoi principi costitutivi ed il suo eccezionale valore" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p. 58).

Infatti, al tempo in cui il diritto romano si costituisce come sistema scientifico, all'incirca all'epoca di Cicerone, l'influenza di Aristotele é molto forte: Polibio tramanda le grandi tesi della *Politica*; lo stesso Cicerone traduce i *Topici*, dedicandoli al giurista Trebazio; le scuole di retorica diffondono le nozioni aristoteliche di giustizia, equità, legge, diritto naturale; perfino le sette stoiche sembrano veicolare questa particolare dottrina del diritto.

I fondatori della giurisprudenza romana sanno assumere, come oggetto specifico di questa, lo studio dei rapporti sociali obiettivi, e lasciano il valore morale delle intenzioni soggettive al di fuori del loro campo di ricerca. Essi distinguono nettamente il diritto privato da quello pubblico; ben conoscono e fanno propria la definizione di *giustizia* e del suo

specifico oggetto, elaborato da Aristotele dopo Platone (cioè, la giustizia è quella virtù il cui specifico oggetto consiste nel dare a ciascuno la parte che gli spetta: *jus suum cuique tribuere*); essi, infine, assimilano la teoria secondo la quale "...il diritto deriva dalla giustizia" (*Digesto*, 1.1.10) e quella per cui la giurisprudenza è la scienza del giusto e dell'ingiusto, *justi atque injusti scientia* (*Digesto*, 1.1.1) (più precisamente, che il diritto è "...ciò che è giusto" (*Digesto*, 1.1.10) e quest'ultimo, a sua volta, "...si distingue dall'onesto", *Digesto*, 50.17.144). "...Mi sembra -dice Villey- che il diritto romano sia debitore di questa sua essenziale qualità, in via più o meno diretta, all'insegnamento ed alle analisi di Aristotele" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p. 61).

Vi sono culture che organizzano l'ordine sociale confondendo diritto e morale, mescolando le prescrizioni relative alla religione, alle buone intenzioni morali, all'educazione, con la regolamentazione, in senso stretto, dei rapporti sociali. Questo è l'obiettivo di Platone nella *Repubblica* ed è il caso del diritto ebraico e del diritto altomedievale, ispirato all'agostinismo.

Il diritto romano, invece, mantiene separati i due ambiti, grazie al fatto che i giuristi, all'inizio dell'epoca classica, prendendo l'iniziativa di costituire il diritto come *scienza*, ne stabiliscono in modo preciso le frontiere e, grazie agli insegnamenti di Aristotele, ne garantiscono l'autonomia. In generale, per esempio, tengono al di fuori della giurisprudenza i rapporti intrafamiliari, ritenendoli fondamentalmente attinenti al *dikaion politikon*.

La prima fonte del diritto romano "...non è la legge, ma la natura" (Gaio, 1.1; *Digesto*, 1.1): il diritto classico è soprattutto l'opera di una dottrina che va alla ricerca del giusto secondo natura, il risultato del lavoro dei *giurisperiti*.

Sempre in consonanza ai principi aristotelici, i testi legislativi, la legge in senso stretto, gli editti del pretore o di altri magistrati ed i senatoconsulti, non fanno altro che stabilire sanzioni precise (*determinazioni*) all'interno del quadro del giusto naturale; i testi sono tutti corretti in nome dell'*equità*; vi è una libera ricerca *dialettica* (confronto delle opinioni dei grandi giuristi e delle scuole di giurisprudenza); si rileva attenzione alle circostanze ed uso della casistica (*quaestiones-casus*); ricerca delle regole che manifestano la giustizia e la coerenza delle soluzioni, ma anche diffidenza nei confronti delle regole, che di per sé non indicano mai il giusto e non devono essere confuse col diritto: *Jus non a regula sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* (Non si deduce il diritto dalla regola, bensì, solo partendo dal giusto, che esiste, si ricostruisce la regola, *Digesto*, 50.17.1).

Non che la logica stoica, più deduttiva, non abbia contribuito anch'essa all'educazione logica dei giuristi romani, ma, per la maggiore, essi si sono formati, appunto, sulla dialettica di Aristotele. D'altra parte, se accettano di far posto a nozioni morali stoiche, come quelle di *pietas*, *bona fides* e di *humanitas*, non è che a titolo accessorio.

1.3. La rivoluzione Scolastica.

Dal XII secolo, una rivoluzione, data dalle nuove condizioni economiche, influenza la cultura di tutta Europa ed induce un cambiamento profondo nella visione del mondo e nei sistemi giuridici.

Dopo un lungo periodo di predominio dell'agostinismo, e con esso del diritto monastico, si assiste, in questo secolo, alla **rinascita del diritto romano**.

In Italia, a Bologna, a partire dalla fine dell'XI sec., nasce un centro di studi gestito da laici ed i cui programmi non hanno più natura teologica: si tratta dei glossatori.

"...In un mondo abituato alla definizione sacrale del diritto naturale, esplicitata fin dalla prima riga del Decreto di Graziano (il diritto naturale come quello *contenuto nelle Scritture*), i glossatori fecero conoscere le definizioni di Ulpiano e di Paolo" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.97): essi restituiscono ai testi romani il loro dettato originale, mentre l'adattamento di questi testi ad un mondo nuovo è compito dei post-glossatori.

Sono necessarie una giurisprudenza nuova, una legislazione nuova e che, al di là del diritto romano, venga restaurata una *fonte* viva di diritto: sarà la **dottrina tomista**.

Quella di San Tommaso non è una restaurazione pura e semplice del diritto naturale aristotelico: la missione che gli viene affidata dal Papa, e che egli accetta, è quella di *battezzare* Aristotele, di armonizzare la sua dottrina con quella agostiniana e di arricchire la filosofia pagana nella fede cristiana.

Tale dottrina, di grande rilevanza storica, è data proprio dal fatto che il solo maestro dell'Aquinate è il mondo delle cose: esso costituisce l'unico libro di cui il Santo voglia acquisire la chiave di lettura.

Per quanto riguarda il diritto naturale, San Tommaso, per lo più, segue il pensiero di Aristotele; vero è, però, che la dottrina tomista è ben più ordinata e coerente di quella aristotelica ed i suoi fondamenti si trovano nel Neoplatonismo, in Cicerone, in Ulpiano, nella Bibbia ed in Santo Agostino. L'Aquinate, infatti, non è adepto di nessuna scuola, ma intende conciliarle tutte.

Egli adotta le grandi tesi della filosofia classica sull'ordine naturale dell'universo, idea propria già di Platone, di Aristotele e degli stoici: San Tommaso la vede confermata in alcuni passaggi della Genesi e dall'insieme del dogma cristiano. L'idea di natura, nel quadro di una visione religiosa del mondo emerge nel Neoplatonismo, in particolare nei commenti al *Timoteo* (molto studiati nel Medioevo), e soprattutto nella dottrina scolastica delle *cause seconde*: ad ogni cosa particolare, il Dio Ordinatore dà le Proprie leggi naturali e la Sua natura. Così, "...Il fuoco va verso l'alto, mentre i corpi pesanti vanno verso il basso, tranne che nei casi miracolosi" (san tommaso d'aquino, *Summa Theologiae, il trattato De*

guberatione rerum, Ia, qq. 103 ss). In tal modo, la dottrina aristotelica dell'ordine naturale è trapiantata, da San Tommaso, nella fede cristiana.

Ogni regola, in quanto "naturale", proviene da Dio almeno indirettamente: la *lex aeterna*, ripresa da Sant'Agostino, e posta da San Tommaso al vertice del sistema nella sua classificazione delle leggi, è "...la ragione di Dio che dà ordine al *cosmos*" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-IIae, q. 93).

E, all'interno di questo, ogni specie o genere di essere ha il proprio ordine, che regola i movimenti di ciascun corpo (ed infatti, l'universo tomista, come quello aristotelico, è un universo dinamico, in cui l'essenziale è dato dal movimento, cioè dal passaggio dalla potenza all'atto).

I *movimenti* degli esseri ubbidiscono ognuno alle leggi della propria natura, che li indirizza verso un certo fine, verso la pienezza dell'essere: gli animali ubbidiscono a quest'ordine *istintivamente* (ad esempio, l'istinto spinge l'animale a compiere l'atto sessuale, quando serve alla conservazione della specie), mentre gli uomini, anche se i loro stessi movimenti seguono le leggi dell'istinto, ubbidiscono alla loro natura *razionalmente*, cioè, con *libertà*.

Lo studio della natura umana viene a costituire la morale che San Tommaso trova codificata da Aristotele, e più ancora dalle dottrine stoiche, soprattutto nel *De Officiis* di Cicerone, il quale scruta "...le *inclinazioni* ed i fini naturali dell'uomo" (cicerone, *De officiis*, I, 4) e, ne deduce una morale. Si tratta di un catalogo di doveri verso la città, la famiglia, il padre, i figli, gli amici, gli stranieri, se stessi (dal momento che l'uomo è un animale di natura socievole, familiare, razionale) per le diverse situazioni di vita, per le diverse età e condizioni sociali. È una morale che l'Europa ha fatto sua.

San Tommaso è uno degli operatori più importanti della rinascita di questa morale: egli assimila il concetto di natura e quello "...dei *fini* ai quali sono naturalmente ordinate le azioni umane" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-IIae, qq.1 ss); introduce deliberatamente nella teologia cristiana l'idea dell'ordine naturale per redigere una lista di virtù (moralì, se non teologali, e per precisarne il contenuto: in particolare il contenuto della giustizia, cioè, del diritto naturale).

Non dalle idee, ma dall'osservazione dei fatti, San Tommaso parte per desumere il contenuto del diritto naturale, poiché "...non c'è, nell'uomo, scienza infusa, né un accesso diretto alle idee divine, nemmeno nello stato di innocenza" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia, q. 101, art.1). Ne seguono due conseguenze: da una parte, che i risultati dello studio del diritto naturale si caratterizzano per il loro essere *realisti*, dall'altra che, basandosi sull'ambito ristretto della esperienza umana, non si può che avere risultati imperfetti, parziali, provvisori.

Sovvengono, allora, le *nature*: è qui che il lavoro dell'intelligenza (secondo la filosofia classica del diritto naturale) porta alla conoscenza del diritto.

Infatti, dal momento che l'ordine è nella natura, la scienza lo percepisce, mentre tende ad eliminare il disordine.

Compito della scienza del diritto naturale, dunque, è quello di partire dall'osservazione per andare alla ricerca della natura e dei fini, sia del singolo uomo che dei gruppi sociali. La Genesi, i Salmi e San Paolo descrivono Dio mentre *sparge* sull'uomo, creato a sua immagine, una parte della sua *luce*, inserendo nell'anima di ogni individuo alcuni principi generalissimi che lo guidano nella sua ricerca.

Si deve forse ritenere, come sembra essere opinione di tanti tomisti moderni, che San Tommaso pensi che sia possibile redigere, sotto il nome di diritto naturale, un codice di regole eterne? Anche se la maggior parte degli interpreti pensa in questi termini, i testi dicono il contrario: è vero che San Tommaso predica "...l'esistenza di una legge naturale immutabile" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-IIae, q.94, art.3), ma la nozione di *legge* naturale è molto più ampia di quella di diritto; del resto, quando parla di legge naturale, l'Aquinate non fa riferimento ad una qualsiasi norma *giuridica*.

Ma allora, di che legge si tratta? Della formula "bisogna fare il bene, evitare il male", uno dei principi che sono stati immessi nell'uomo dalla intelligenza divina. Questo principio è immutabile, ma è anche un principio puramente formale.

San Tommaso concepisce il diritto, che è il diritto naturale, solo a complemento delle leggi positive, e ciò lo porta ad attribuire "...alle leggi positive un posto predominante" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-Iae, q.90), nella sua teoria generale delle leggi e nell'analisi alle *leggi umane* (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-Iae, q.95), sia in merito alla loro *potestas* (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-Iae, q.96) che al loro cambiamento (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, Ia-Iae, q.97).

Egli, dunque, riprende all'incirca la lezione aristotelica sulla *necessità* delle leggi positive umane; sull'*origine* della legge, che deriva dall'autorità presente per dettato naturale in ogni gruppo politico umano; sulla *continuità* del diritto positivo umano relativamente al diritto naturale ("...il lavoro legislativo è un *prolungamento* dello studio del giusto naturale ed ogni legge umana deriva dalla legge naturale, sia per via di *conclusione* che di *determinazione*"); sulle *qualità* della legge umana positiva, che deve essere non solo giusta, promulgata per il bene comune, ma anche adatta alle circostanze del tempo e del luogo; sulla sua *autorità* ("...la legge umana, avendo essa stessa il suo fondamento nella natura, deve essere, in linea di principio, ubbidita, ma il suo potere è sempre condizionato: la legge non è tale, se non quando adempie al suo compito di esprimere e di realizzare il giusto", M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., pp.119 e 120); ed infine, sulla sua funzione *legislatrice*: la dottrina classica del diritto naturale,

proprio perché concepisce questo diritto come incompleto, privo di forma e mutevole, induce San Tommaso alla restaurazione della legge.

1.4. Una svolta nella dottrina del diritto naturale.

Il 1277 é l'anno in cui vengono condannate parecchie delle tesi dell'Aquinate. "...La Scolastica francese, Scoto, Guglielmo di Occam, han cercato di far trionfare una nuova filosofia del diritto".

"...Anche se personalmente - dice il Villey - non attribuisco, per ciò che concerne il diritto, pari *valore* alla filosofia classica ed alla filosofia moderna, ciò non di meno ritengo essenziale studiare gli autori moderni senza pregiudizi sfavorevoli, ma con quella simpatia, senza la quale ricostruire la storia del pensiero sarebbe solo un esercizio sterile".

Ma che cosa si deve intendere esattamente per filosofia giuridica moderna?

"...Si sa che non esiste *una* filosofia moderna, più di quanto non esista *un* sistema giuridico moderno" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. pp.131, 135, 137). Sul Continente, principalmente in Germania, da una parte, ed in Inghilterra, dall'altra, si sono venuti a determinare climi intellettuali ben diversi: mentre, nell'Europa continentale, la *scuola razionalistica* subisce l'influenza di Cartesio e si sforza di costruire *sistemi* di diritto naturale, o razionale, basati su assiomi, sul modello della *geometria*, in Inghilterra, con Francesco Bacone e con Locke, tanto ammirati da Voltaire e da Montesquieu, viene adottato un metodo *empirico*.

Seguendo le indicazioni di Guido Fassó, "...si possono stabilire due elementi caratteristici della modernità: *laicità* ed *individualismo*" (guido fasso', *Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello Stato*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1962, p.813; anche in *Scritti di filosofia del diritto*, vol II, Giuffré, Milano, 1982, p.523).

In nome della laicità, il diritto moderno si oppone al diritto clericale dell'alto Medioevo, dello agostinismo. In realtà, però, sarebbe un grave errore pensare che questo laicismo vada di pari passo con un atteggiamento anticlericale, poiché esso é ricollegabile allo stesso San Tommaso, il quale avrebbe non solo l'audacia di ricorrere apertamente all'autorità di filosofi e sapienti del mondo pagano, e principalmente a quella di Aristotele, ma anche quella di assecondare la *dialettica profana*. Non si tratta di un ritorno puro e semplice alle posizioni dottrinali dell'antichità, poiché la fede mantiene il suo spazio, ma la ragione viene riconosciuta competente e legittimata all'esplorazione della *natura*.

Ma l'individualismo, più del laicismo, é l'aspetto caratteristico della filosofia giuridica moderna: primo oggetto della conoscenza é l'individuo, punto di partenza di ogni ulteriore dottrina (sia di quella cartesiana, in cui il sistema dell'evidenza soggettiva é dedotto dall'esistenza del soggetto, sia di quella di Hobbes, di Locke o di Spinoza, che ricostruiscono l'universo

sociale a partire dall'uomo visto nello "stato di natura" e considerato atomisticamente per ottimizzare l'analisi).

Forma attenuata di questa tendenza è la "Scuola del diritto naturale", che procede, in tutte le sue teorie, dalla *natura* dell'uomo inteso individualisticamente, opponendosi in maniera radicale alla dottrina del diritto naturale classico, che, invece, parte dalla considerazione della natura vista nel suo complesso, dai gruppi sociali e dalla comunità politica.

Lo Stato, artificialmente creato per mezzo del *contratto sociale*, è pensato nell'interesse e per l'*utilità* degli individui ed il *Positivismo giuridico* è il corollario della tesi del contratto sociale e dello stato di natura come stato anarchico: infatti, se l'individuo è libero nello stato di natura e se la natura non regola affatto i rapporti sociali, non ci può essere diritto se non *posto* dallo Stato. "...Infine, l'elemento primo del sistema giuridico (sia positivo che naturale) diviene ormai la nozione di *diritto soggettivo*, di cui la teoria del *contratto* non costituisce che un prolungamento" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.139).

1.4.1. Guglielmo di Occam: breve cenno sulla sua filosofia.

Guglielmo di Occam, le cui origini restano oscure, diviene un personaggio noto nei primi trent'anni del XIV secolo, come studente e poi come professore. Il giovane universitario del centro francescano di Oxford, esperto di *dialettica aristotelica*, è il fondatore di una nuova filosofia, di una "via nuova" (*via moderna*), cioè di una nuova maniera di filosofare, destinata ad una grande fortuna dal tardo Medioevo, fino ad oggi. È il *nominalismo* moderno, ed esso rappresenta, nella filosofia del diritto, una rivoluzione radicale, poiché da esso si sviluppano i temi fondamentali dei sistemi giuridici moderni: il Positivismo giuridico, ma più ancora la nozione di diritto soggettivo, inscindibilmente connessa all'*individualismo occamista*.

Mentre la scienza di Aristotele è "del generale", cioè, è volta alla ricerca di nozioni generali e si fonda su di un ordine "cosmico", la scienza, per il Nominalismo, gravita attorno all'individuo. Solo quest'ultimo è dotato di esistenza reale: è l'unico centro di interesse, il solo oggetto di conoscenza.

Ne consegue che non può più esistere un ordine giuridico che non proceda dalla volontà individuale ed ogni attività deve tendere *verso* l'individuo.

Così, Guglielmo di Occam non può più rifarsi all'idea che hanno i classici in merito ai compiti del diritto, cioè, che il giurista vada alla ricerca del "giusto", che egli sia il "sacerdote della giustizia", e che ci sia la giustizia "particolare": la "parte giusta", nel Nominalismo, non è altro che un fantasma privo di realtà.

Ma quale è, allora, per Occam, lo scopo dell'arte giuridica? "...Temo che egli non se ne sia fatta un'idea precisa, -risponde Villey- dato che non ha mai avuto l'idea di un ordine sociale sovraindividuale, in quanto, un simile ordine, nella sua prospettiva, non ha alcuna realtà. Spesse volte mancherà

ai moderni la definizione dell'ambito specifico del diritto...Mi sembra che, in fondo, Occam concepisca l'arte giuridica a partire dalla sua prospettiva nominalistica, non come protesa alla ricerca dell'armonia della comunità politica vista come un fine in sé, ma solo come al servizio dei singoli individui. Senza dubbio egli ha in mente soprattutto l'utilità individuale, il che è un presagio di quell'utilitarismo che è proprio del pensiero giuridico moderno, ma praticamente non stabilisce alcuna precisa frontiera del diritto. Lo scopo che alla fine egli riconosce al diritto è quello di assicurare all'individuo le condizioni per una vita libera e del tutto autonoma nei confronti degli altri; il diritto, anche se questo può sembrare proprio il contrario del suo vero compito, deve garantire alla persona, per quanto possibile, le libertà ed i poteri cui essa aspira" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.218).

Inoltre, in opposizione alla morale classica dell'ordine naturale, Occam sostiene la tesi per cui esiste un'infinità di azioni che vanno considerate moralmente "indifferenti", libere, "...che l'individuo non è affatto tenuto razionalmente a compiere, ma che egli compie per amore". "...Bisogna dunque che ciascun individuo sia considerato come una potenzialità di condotta libera, dunque come un centro di poteri assoluti" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.219). Non vi è nulla di meno giuridico e di più moralista di un simile ideale.

Dopo Occam, non si riesce più a trovare, in tutta Europa, un filosofo che accetti di riconoscere un punto di partenza "reale" per la conoscenza diverso dall'esperienza individuale, sia quella delle cose del mondo fisico, sia quella soggettiva dell'io (da cui nasce poi l'idealismo moderno).

Il vecchio realismo tomista scompare del tutto di scena e non c'è che ironia, da parte dei benpensanti, per le "quiddità", le "nature", gli "universali" di Aristotele.

A partire dal XVII secolo, il Positivismo si esacerba e perde quel salutare limite intrinseco che è costituito, in Guglielmo di Occam, dalla preponderante autorità delle leggi positive *divine*. Al posto di queste, Hobbes e Locke pongono la legge puramente umana della coscienza, chiamandola legge naturale (morale) e fondando il diritto sulla sola volontà *degli uomini*.

Da qui il contratto sociale, l'idolatria collettiva -nutrita dall'opinione pubblica- per una mitica "democrazia", ed infine la dittatura della forza e dell'arbitrio e lo statalismo di chi detiene il potere.

"...Non sto a ripetervi - commenta il Villey - che, al giorno d'oggi, il Positivismo giuridico, anche se rimane la prospettiva cui aderisce il maggior numero di giuristi, è criticato dagli stessi teorici del diritto; insomma, è entrato a sua volta in crisi" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.230).

Anche la dottrina del diritto naturale, però, in seguito al Nominalismo, è andata corrompendosi nell'epoca moderna. Se ne è perduta la chiave. I suoi

sostenitori cercano di rimodellarla in base alla filosofia vincente, che pure ne é l'esatto contrario; si viene a costruire una dottrina giusnaturalistica a fondamento nominalistico: si ha la pretesa di dedurre il diritto non più dalla natura del cosmo, ma dalla "natura umana" individuale.

Se San Tommaso riabilita la ragione - ma con piena consapevolezza dei suoi limiti e della sua debolezza - il Razionalismo moderno ha la folle ambizione di dedurre dalla natura dell'uomo individuale un sistema di regole giuridiche certe, immutabili, universali; regole giuridiche ipotizzate sullo stesso modello di quelle prodotte dalla legislazione positiva, ma alle quali viene attribuita, come fonte, non la volontà, bensì la Natura o la Ragione. Si tratta di un'informe commistione di diritto naturale e di Positivismo giuridico.

"...É un tentativo fallito in partenza, quello di voler costruire un ordine di relazione *tra* gli individui *a partire* dagli individui, così come ha tentato disperatamente di fare la filosofia moderna, ricorrendo all'aiuto di sofismi e di finzioni" (M. VILLEY, *La formazione...* , Op. cit., p.231).

1.5. La riforma protestante: Martin Lutero.

Il XVI secolo vive ancora nella fede e tende a ricondurre ogni dimensione della realtà all'interno di tale tradizione, nonostante subisca una lacerazione religiosa che finisce per colpire ogni ambito sociale, anche quello del diritto.

Nel Cinquecento, il mondo occidentale si divide in grandi nazioni cattoliche (Francia, Spagna, Italia) ed in paesi per lo più protestanti, luterani (Germania, Paesi Scandinavi) e calvinisti (Paesi Bassi, Svizzera, parte della Valle del Reno, Scozia, parte degli Stati Uniti): gli uni e gli altri con un modo proprio di considerare il diritto.

Si può capire molto dei loro rispettivi sistemi giuridici, se si comprendono le implicazioni del Luteranesimo, del Calvinismo e delle altre correnti protestanti in tema di diritto.

Lutero nasce da una povera famiglia di minatori in Turingia, nel 1483. Dopo gli studi, orientati marginalmente anche al diritto, egli diventa *monaco* nel convento degli agostiniani ad Erfurt, dove continua ad approfondire la teologia, in un'atmosfera dominata dal Nominalismo e, in particolare, dal pensiero di Gabriel Biel, un seguace di Occam.

Nel 1512, Lutero attraversa una crisi religiosa e diviene ansioso per la salvezza eterna; "nella torre", in un'improvvisa e presunta rivelazione, egli trova la soluzione alla sua oppressione: l'uomo non riceve la salvezza per le *opere*, per i meriti che acquista mediante la sua condotta morale, ma, al contrario, secondo le affermazioni di San Paolo, egli é giustificato unicamente per la *fede*, per la fiducia in Cristo.

Il principio *della giustificazione per mezzo della fede*, e non per mezzo delle opere, viene a costituire il "principio materiale della Riforma".

È solo per la forza delle circostanze, -la guerra dei contadini e la necessità di fornire in tempi brevi al popolo luterano un surrogato delle vecchie direttive provenienti da Roma- che Martin Lutero è costretto ad occuparsi di questioni giuridiche.

Egli possiede quel gusto (che da allora in poi, si è soliti ritenere tipicamente tedesco) per un ordine sociale severo, basato sulla potenza e sulla violenza, e *voluta dalla Provvidenza*, così come la forza che lo mantiene in essere: "...Il riformatore ama fare l'elogio della spada...del mestiere del soldato e perfino di quello del boia" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.250). "...Dio ha tanto in onore la spada da chiamarla Sua istituzione...Infatti, la mano che tale spada maneggia non è mano d'uomo, sibbene mano di Dio, né è l'uomo, ma Dio ad impiccare, a mettere alla ruota, decapitare, pugnalarlo ed uccidere. Sono tutte sue opere e suoi giudizi...Nell'ufficio della guerra, non si deve guardare come si pugnala, abbrucia, colpisce o depreda, poiché fanno così gli occhi dei fanciulli semplici e limitati, i quali, nel medico, non sanno vedere altro se non colui che taglia via la mano o sega la gamba, ma non osservano né intendono come ciò sia necessario per salvare il mondo intero. Orbene, anche l'ufficio della guerra si deve guardare con occhio virile, vale a dire, interpretando il perché di tale uccidere e ferocemente operare; allora si capirà senz'altro che ogni ufficio, in sé, è divino, utile e necessario al mondo, come il mangiare, il bere e qualsivoglia altra opera" (Martin Lutero, *Scritti politici*, Utet, Torino, 1959, p. 535).

Per Lutero, che sostiene il diritto soprattutto nel suo ambito penale e repressivo, lo *scopo* ultimo viene ad essere la *repressione* dei peccatori per *preservare* l'ordine in questo mondo.

In verità, egli non pensa più al diritto, ma alla morale ed alla politica; il tratto tipico del diritto naturale classico, e cioè la "giustizia particolare", il *suum cuique tribuere* scompare: l'ontologia del diritto moderno o, per meglio dire, l'assenza di ontologia del diritto nella filosofia moderna, è contenuta in germe in questa riduzione del diritto ad una tecnica di repressione al servizio dell'ordine sociale ed in questa spaccatura introdotta tra il diritto e la giustizia.

Una delle sue connotazioni essenziali, allora, è quella della *sanzione*, dell'uso della forza. Così, mentre nel diritto naturale classico, il compito essenziale del giurista è quello di scoprire quale sia la giusta parte che spetta a ciascun soggetto, e l'uso della forza per far rispettare la sentenza del giudice è di competenza delle forze ausiliarie della giustizia, con la Riforma protestante, è il giurista stesso, in quanto tale, a doversene occupare. Tale affanno, sia che riguardi le leggi divine positive contenute nella Scrittura, sia le leggi positive emanate dai sovrani, annulla il diritto come qualcosa che va *ricercato* e scoperto, come l'*id quod justum est* (ciò che è giusto). L'identificazione moderna del *diritto* e delle leggi positive imposte dal legislatore è già tutta in Lutero.

Nella prospettiva di Lutero in merito al diritto, cosa resta del metodo giusnaturalistico? Si può affermare che egli sia uno dei maestri che contribuiscono all'affermazione, nel mondo moderno, del Positivismo giuridico? Villey sostiene che "...la *teologia* di Lutero, e la sua visione del mondo, impongono il rigetto del diritto naturale", ma molti filosofi non pensano in egual modo.

Nella dottrina del filosofo tedesco, d'altra parte, si concepisce il Regno di Dio radicalmente separato da quello di questo mondo, cioè, esso è come l'ambito in cui dovrebbe esercitarsi l'assoluta "libertà cristiana" ed in cui ogni altra legge sarebbe da considerare trascesa e superata, un ambito, quindi, assolutamente *agiuridico*.

Il regno di questo mondo, invece, è segnato dal peccato, "...ed anche se Lutero avesse ammesso in Dio la previsione originale di un ordine della creazione, la sua teologia del peccato gli avrebbe impedito di ritenerlo persistente nell'umanità corrotta, così come essa è divenuta dopo il peccato originale. Infatti, a seguito di questo, la natura umana, per Lutero, è distrutta, ancor più che malata o viziata" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., pp.253, 256) e, poiché essa è malvagia, il diritto non può prenderla a modello, ma deve andarle *contro*.

Il fondamento della dottrina del diritto naturale si basa su una certa fiducia nell'intelligenza dell'uomo: essa presuppone che la ragione umana sia ancora in grado di discernere le istituzioni naturali da quelle che vanno contro natura; che in essa non sia spenta quella "scintilla" (o più precisamente quella *sinderesi*) che le permette di discernere nelle cose il giusto dall'ingiusto.

La teologia di Lutero, invece, umilia la ragione umana, da lui stesso definita "...la più grande delle puttane del diavolo" (martin lutero, *Scritti politici*, Op. cit., p.142): ecco perché si deve ritenere che il pensiero di Lutero sia inconciliabile con la tradizione giusnaturalistica.

Nella logica del suo sistema -che non può ammettere altre fonti del diritto all'infuori delle leggi *positive*- vi sono le *leggi positive divine*, anche se la vera fonte del diritto effettuale, che regge il mondo, è la *legge positiva umana*, promulgata dai sovrani, non più sottomessa, come è in San Tommaso, al controllo dei giudici e della dottrina sulla giustezza del loro contenuto: per Lutero l'autorità della legge è *incondizionata*.

Lutero, servendosi di ciò che San Paolo predica ai cristiani, ossia, l'ubbidienza all'autorità superiore quale regola di condotta individuale, instilla nel popolo tedesco il germe di una forma originale di giuspositivismo fondata sulla fede religiosa, che risulta estrema nelle conseguenze e che si riassume nel culto dell'autorità, nell'apologia della sottomissione e della disciplina. Questo germe fruttifica con lentezza, nella filosofia tedesca e nel pensiero comune, tanto che lo si rinviene anche in Pufendorf, Kant, Stahl, Bismarck.

1.5.1. *La riforma calvinista.*

La Riforma calvinista del Cinquecento, attraverso l'Editto di Nantes nella seconda metà del XVI secolo, attrae una gran quantità di intellettuali della Valle del Reno, della Germania settentrionale, dell'Olanda, della Scozia, dell'Inghilterra, delle prime colonie americane e della Francia.

Essa si pone come continuazione di quella luterana e ne accetta i principi ispiratori.

Per formazione e temperamento, Calvino è davvero un intellettuale. La sua opera, di carattere dogmatico, si struttura nelle istituzioni, cioè nel libro intitolato scolasticamente *Institution de la religion chrétienne*, un libro scritto tutto a partire dal principio del primato della parola di Dio contenuta nella Sacra Scrittura, ed in cui si fa evidente la presenza della tendenza umanistica di rifarsi unicamente alle fonti. Da questo assioma, derivano alcune conseguenze logiche: la distruzione sistematica della maggior parte delle istituzioni della Chiesa cattolica, della sua gerarchia, della maggior parte dei Sacramenti ed anche la severa dottrina della predestinazione.

Commenta M. VILLEY: "...Con l'opera di Calvino, comincia a delinearci pienamente la *separazione* radicale tra diritto e morale" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.270).

Il Decalogo, il Deuteronomio, le massime morali dei profeti e la saggezza dei proverbi: ecco quali sono le fonti principali della morale calvinista.

Qual è, dunque, la novità di questa etica? Ciò che è davvero nuovo è l'*esclusivismo*, l'atteggiamento di ubbidienza *letterale* che Calvino adotta nei confronti di queste norme: la morale non è più il prodotto dell'opera autonoma della ragione, ma la sottomissione letterale ai comandi di Dio, alle leggi divine positive, emananti dalla volontà di Dio e promulgate nella Sacra Scrittura.

L'operazione di Calvino, di quest'uomo innamorato della Scrittura, consiste in un ritorno alla concezione ebraica: l'unica legge che conta veramente è quella morale, nella quale non entra a far parte la giustizia distributiva.

Che ne è del diritto, in un simile contesto? Esso non viene meno, ma deve cambiare funzione, oggetto, fonte, natura: al progresso morale, corrisponde la progressiva svalutazione del diritto o, almeno, di ciò che la tradizione classica ritiene pertinente al diritto.

"...Ogni uomo - dice Calvino - deve essere sottomesso all'autorità superiore, perché essa viene da Dio; Dio ordina l'ubbidienza anche nei confronti dei tiranni" e "...non vuole che i sudditi si intromettano negli affari pubblici temporali, se non vi siano stati invitati dal sovrano". "...Tutti i sudditi devono ubbidire al sovrano come i figli devono ubbidire al padre" (calvino, *Institution chrétienne*, tomo IV, pp.236, 228 e p.237 e in l'*Epistola dedicatoria* dell'opera, p.8, 30, 31-39 e il tomo IV, pp.226-227).

Per Calvino, dunque, così come per Lutero, il diritto, che ha validità nei confronti dei sudditi, ha come fonte il precetto del sovrano ed i giuristi stessi non sono altro che sudditi del principe. Positivismo giuridico.

"...A mio parere - dice Villey - il Positivismo è un prodotto del protestantesimo di Calvino, fondato, come quello di Lutero, sui testi dell'*Epistola ai Romani*, che ha promosso nel pensiero moderno il primato delle leggi positive umane, almeno nei limiti in cui ha prescritto ai sudditi un'ubbidienza senza restrizioni agli ordini dell'autorità" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., pp.282 e 283).

La *ragione umana*, poi, nella Riforma calvinista, ha una funzione da esercitare nell'ambito del diritto. Nell'*Institution chrétienne* afferma: "...tutti gli uomini, malgrado le divergenze che possano esserci tra di loro, concordano nel riconoscere una qualche misura di equità" (calvino, *Institution chrétienne*, Op. cit., p.116); e "...c'è in tutti gli uomini un qualche principio relativo all'ordine politico; il che è un grande argomento per sostenere che nessun uomo è privato del lume della ragione in ordine al governo della vita temporale". In realtà, però, Calvino stesso nega alla ragione ogni competenza sulla vera giustizia.

In quale ambito, allora, egli le rende la sua autorità? Solo "...in quello della politica e dell'economia" (calvino, *Institution chrétienne*, Op. cit., p.157).

1.6. La Scolastica spagnola.

Il XVI secolo è l'epoca della preponderanza spagnola in tutta l'Europa, quando, con orgoglio, re Carlo V ed il suo successore Filippo II affermano di regnare su di un Impero "...in cui non tramonta mai il sole" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.295). In Spagna, questo, è il *secolo d'oro*, il tempo del Greco e dell'Escorial, di Cervantes, di Santa Teresa d'Avila, di San Giovanni della Croce e di Ignazio di Loyola.

La peculiarità della scienza spagnola del XVI secolo sta nel fatto che essa è gestita dai chierici e soprattutto dagli ordini religiosi: ecco perchè lo studio del diritto manifesta una massiccia presenza di teologia e di filosofia del diritto.

In primo luogo, vi sono i Predicatori. Tra di essi si ricordano Vitoria, Soto, De Castro, specialista di diritto penale, Medina e Banez.

In secondo luogo, i Gesuiti: l'ordine della Compagnia di Gesù, Gabriel Vazquez e Molina. La scuola gesuitica porta all'estremo la reazione cattolica.

Fuori dalla Spagna, essa è rappresentata dall'olandese Lessius e dal Cardinale Bellarmino, ambedue professori a Lovanio, e dallo spagnolo Francesco Suárez, nei quali si nota la reazione antiprotestante ed il ritorno al pensiero di San Tommaso.

A Roma, agli inizi del XVI secolo, il Cardinale Gaetano compone il suo grande commento alla *Summa Theologiae*, mentre, a Salamanca, Vitoria

permette che l'opera di San Tommaso diventi la base degli studi del più grande centro intellettuale del mondo cattolico: il successo del tomismo è tale che, nel 1559, il Papa decide di proclamare San Tommaso "Dottore della Chiesa".

"...É stato un bel servizio -dice Villey-, quello che la Spagna ha reso a tutta l'Europa moderna: l'opera di San Tommaso poteva anche restare ignota, come lo è poi divenuta. Grazie invece a Vitoria ed ai suoi colleghi di Salamanca, essa, sia pure trasmessa con maggiore o minore fedeltà, è entrata a far parte dell'arsenale della cultura dell'Europa moderna" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p. 298).

La scuola di Salamanca prende dalla *Summa Theologiae*, in particolare, la nozione di *diritto naturale*: essa ribadisce che esistono fonti naturali del diritto ed è all'intelligenza umana che bisogna domandare quali siano le regole della giustizia.

I maestri di Salamanca, però, insistono sulla *laicità* del diritto, fino al punto di negare che la fonte del diritto sia Dio: il diritto naturale, infatti, sarebbe esattamente lo stesso, quand'anche Dio non esistesse affatto (*etsi daremus Deum non esse*).

Questa dottrina, quindi, è sostanzialmente diversa dal pensiero di San Tommaso, che pone in Dio le radici del diritto naturale.

I gesuiti Molina e Vasquez, anche se non hanno l'adesione piena dei maestri di Salamanca, anticipano il *razionalismo* del mondo moderno, che orienta la Scuola del diritto naturale verso un laicismo integrale. Ciò, invece, in cui tutti sono d'accordo è il principio, tipico della dottrina tomista, secondo il quale, le fonti profane e pagane del diritto, accessibili alla ragione naturale che osserva il mondo naturale, non sono assolutamente da trascurare per la conoscenza del diritto: l'Umanesimo diffuso in Spagna, infatti, è pieno di citazioni dei classici latini.

A Salamanca, il rinnovamento del tomismo si accompagna alla fioritura di *studi giuridici*, di cui trae beneficio l'Europa intera. L'autorità delle leggi - si afferma - viene da Dio, nel senso che Lui ha voluto che in ogni gruppo politico ci fossero dei capi e non solo per castigare gli uomini e trasmettere loro la collera di Dio, ma anche per organizzare, operare la ripartizione dei beni e determinare il giusto: questo è l'ordine della natura. Ma da ciò non si può trarre la conseguenza che Dio abbia scelto nominalmente quel certo titolare della sovranità; secondo l'ordine naturale si deve dire, piuttosto, che l'autorità viene da Dio attraverso quello intermediario che è il popolo (*a Deo per populum*). All'assolutismo arbitrario che nasce dai principi luterani si sostituisce l'idea di un regime *costituzionale*.

La Scolastica spagnola sviluppa la lezione di San Tommaso aprendo la via a ciò che è chiamato *Tomismo*, ma che, in realtà, differisce dal pensiero dell'Aquinate: in ciò, bisogna vedere l'apporto più personale degli scolastici spagnoli ed è "...Suárez, che inaugura quella commistione di San Tommaso con i principi antitomistici", perdendo "...la *chiave* della dottrina

tomista, le sue premesse metafisiche, ciò che costituisce il fondamento autentico del diritto naturale e la sua linfa nutritiva". "...Da questo momento in poi i giusnaturalisti - o quelli che si credono tali- vengono conquistati dalle premesse del giuspositivismo" (M. VILLEY, *La formazione...* , Op. cit., p.337, 338).

Nel Cinquecento, rinasce una cultura profana nel campo della ricerca ed emergono figure di *umanisti* come Rabelais, Montaigne, Erasmo, Vivés, Giusto Lipsio. Il prodotto dei loro sforzi è un *Rinascimento*: più che creare opere originali, l'azione dello Umanesimo è soprattutto quella di riscoprire e di rimettere in onore i filosofi dell'antichità, che la cultura medievale trascura. Questi filosofi elaborano le dottrine comunemente chiamate *ellenistiche*, che sono il prodotto della tarda antichità, posteriori al declino di Atene ed alle grandi conquiste di Alessandro, trasmesse ai posteri soprattutto grazie agli autori latini.

Il pensiero dell'Europa moderna ed il Positivismo moderno si radicano senza dubbio in queste filosofie *pagane*, portando la corruzione delle idee di diritto, di diritto naturale, di natura delle cose, del metodo dialettico nella ricerca della soluzione giusta; ossia, ad un deciso allontanamento dalla filosofia classica.

1.7. Il Rinascimento.

Nuovo mondo culturale nato nel XVI secolo e portatore di una nuova concezione della filosofia e del diritto, il Rinascimento é il prodotto di una classe sociale originaria: la congiuntura economico-politica consente alla borghesia, che si è arricchita ed ha qualche nobile che non è più gravato dagli antichi obblighi militari, di costituire un altro tipo di élite colta, portatrice di preoccupazioni molto diverse da quelle dei chierici dell'università medievale.

"...L'interesse dei circoli umanistici - sostiene Villey - mi sembra che sia piuttosto indirizzato verso i problemi della vita privata, verso le questioni *morali* (piuttosto che per le questioni di carattere religioso, che sono troppo scottanti), per l'erudizione storica, l'archeologia; un po' più tardi l'umanesimo si interesserà anche alla tecnica, alla fisica, alle matematiche e darà un forte impulso - questa volta assolutamente reale- alle scienze esatte. Tutto ciò non comporta alcun rischio di turbare l'ordine costituito o di recar ombra al sovrano". Il Rinascimento é essenzialmente creatore in campo artistico, scientifico, morale, psicologico.

"...I circoli umanistici, soprattutto in Francia e in Germania, si sono infatuati delle dottrine avverse allo spirito della Scolastica, e di quelle più apertamente nemiche ad Aristotele ed al suo pensiero" (M. VILLEY, *La formazione...* , Op. cit. pp.354-355 e 359).

Mentre la filosofia medievale si rifà soprattutto alle fonti greche, l'oggetto di studio fondamentale degli umanisti diventa la *letteratura latina*. La

lingua dotta é, di norma, il latino, poiché la maggior parte della gente colta non ha più il tempo di dedicarsi allo studio del greco: *graeca non leguntur* (la lingua greca non viene più letta).

In ambito filosofico, é Cicerone l'autore preso a modello, sicuramente perché scrive i trattati più completi, ma soprattutto perché risulta strumentale allo status di vita civile che si va diffondendo dalle grandi conquiste di Alessandro Magno.

Lo Stoicismo, l'Epicureismo, e un po' più tardi lo Scetticismo della Nuova Accademia, a cui si rifanno i filosofi del Rinascimento, provocano un mutamento di studio di *oggetti* da parte della filosofia.

Nell'Atene del IV secolo, tra i diversi gruppi politici, il compito del filosofo, anche se privato cittadino, é quello di intervenire attivamente nella vita politica, negli affari di governo, nell'*agorá* o nei consigli, e perfino negli affari giudiziari...mentre, nei grandi Imperi, costituitisi dopo le conquiste di Alessandro Magno, molti dei rappresentanti più significativi sono di origine orientale (come Zenone e Crisippo). Di conseguenza, la cultura del tempo perde il carattere tipicamente greco, ed il filosofo, recandosi dal sovrano in qualità d'amico, può divertirlo o dargli consigli, ma non ha più alcuna possibilità di discutere il nuovo regime politico trionfante.

Verso la fine del XVI e gli inizi del XVII secolo, i filosofi si trovano in una situazione del tutto simile a quelli dell'impero romano: alcuni costruiscono ancora utopie di tipo idealistico, che, però, a differenza di quella della *Repubblica* di Platone, non hanno mai la pretesa di poter essere poste in pratica; altri, la maggior parte degli intellettuali, restano, con molta saggezza, lontani dalla politica.

"...Si sposta, di conseguenza, l'asse della filosofia: l'interesse dello Stoicismo e dell'Epicureismo é la morale, la condotta di vita privata del cittadino singolo. Zenone indica ai propri discepoli le vie della virtù, Epicuro, i mezzi per raggiungere il piacere" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.361).

Nel Cinquecento, le dottrine ellenistiche si sviluppano in tutta l'Europa moderna, fino alla critica kantiana della conoscenza e così, nei filosofi dell'età ellenistica ed in quelli della borghesia moderna, si riscontrano i medesimi interessi e problemi.

Può sembrare inverosimile che, nel tempo, filosofie in origine indifferenti al diritto -le filosofie morali come lo Stoicismo- o, più tardi, filosofie della scienza e dei sistemi critici della conoscenza, si siano potute mutare in filosofie giuridiche, eppure é proprio così: dallo Stoicismo, dall'Epicureismo e dallo Scetticismo dell'antichità, il movimento umanistico deduce i principi di un sistema giuridico.

Si assiste ad una metodologia della filosofia del diritto ben diversa da quella realistica di Aristotele, caratterizzata per essere nata dall'esperienza giuridica: la filosofia umanistico-rinascimentale é dedotta alla maniera del

moralista o del logico, è applicata artificialmente all'esperienza giuridica ed ha, nel pensiero giuridico, una rilevanza "ahimè" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.365) considerevole, in quanto tende a soffocare il diritto naturale autentico.

1.7.1. Lo Stoicismo.

Stoici sono quei filosofi che si riconoscono parte della filosofia dell'Umanesimo: essi influenzano il pensiero di molti moralisti dell'età moderna.

Si distinguono tre fasi dello Stoicismo: quello *antico*, dei fondatori, Zenone e Cizio, e dei loro successori, Cleante e Crisippo; quello *medio*, che non riesce a conservare la dottrina nella sua purezza e vi introduce tematiche desunte da altre fonti, ed i cui più famosi esponenti sono Panezio di Rodi, autore di un grande trattato di etica, e Posidonio, forse, maestro di Cicerone; ed infine, quello *nuovo*, di Seneca, Epitteto, Marco Aurelio, la cui tendenza è di rifarsi alle fonti prime della dottrina o, almeno, al rigore morale dei suoi fondatori.

Delle opere degli stoici, molte sono andate perdute, soprattutto quelle dell'epoca antica: ricostruire lo Stoicismo antico, con l'aiuto dei frammenti che si trovano, sparsi in autori molto diversi tra loro (come Plutarco e Diogene Laerzio) è impresa difficile ed incerta. Le opere dello Stoicismo recente, a loro volta, hanno il difetto di dare, di questa filosofia, un'immagine incompleta: sono quasi tutte di argomento strettamente morale e "...troppo letterarie" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.368). La fonte più utile, quindi, è la stessa che occupa il posto principale negli studi degli umanisti, cioè, Cicerone.

Cicerone, che per temperamento ed inclinazione è attratto dal diritto e dalla politica, pone in rapporto, o meglio in contrapposizione, lo Stoicismo ed il diritto naturale.

Si insegna molto spesso il contrario, e cioè, che i giuristi romani sarebbero debitori del Giusnaturalismo professato ai loro maestri di scuola stoica e che da questa fonte sarebbe derivata la nozione di diritto naturale. "...Il fatto è - spiega Villey - che le espressioni *dikaion Kata physin, jus naturae, naturale*, -e più spesso *lex naturalis*- appaiono certamente nelle opere stoiche che possediamo; forse erano già presenti nei fondatori del movimento stoico, e in ogni caso le ritroviamo in Cicerone" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.370). Ma è un grande errore storiografico, anche se diffuso, quello di affermare che la dottrina del diritto naturale sarebbe nata con lo Stoicismo: esso, non solo non è il vero padre del diritto naturale, ma ne è addirittura la negazione; almeno due nozioni, infatti, sono indispensabili per costruire una dottrina giusnaturalistica: in primo luogo quella di *diritto*, in secondo luogo quella di una *natura* che possa essere fondamento del diritto.

Ebbene, lo Stoicismo ignora sia l'una che l'altra poiché è una filosofia morale, che, solo nel XVI secolo, muta in filosofia giuridica.

Quanto poi alla nozione di *natura*, la questione è ancora più controversa. Si può fondatamente ritenere che, se lo Stoicismo non può far sua la nozione classica di diritto, è perché le vie del diritto naturale sono rese impraticabili dalla sua stessa concezione di *natura*. All'interno della stessa, infatti, gli stoici concepiscono solo esseri individuali materiali e non entità spirituali: è impossibile, quindi, che da una natura concepita in termini strettamente materialistici si possano dedurre norme giuridiche.

Tra le cose di cui è costituito il mondo, lo Stoicismo dà spazio ad un elemento dinamico e non privo di valore, che è l'álito, lo spirito (*pneuma*), il fuoco, altrimenti chiamato *ragione* (*lógos*), che "...mantiene e contiene tutte le cose abbracciandole". Il termine *natura*, nel senso proprio, designa preferibilmente questo elemento privilegiato, che produce ed organizza il mondo: essa è un "...fuoco artista" (Cicerone, *De natura deorum*, II.22.58 e II.22.57 (Cicerone attribuisce questa definizione a Zenone)), che genera i corpi, li fa crescere, li unisce. Allo stato puro, il *lógos* si trova negli dei ed anche nelle anime umane, dato che la ragione costituisce la *natura* specifica dell'uomo.

Di conseguenza, sia nell'universo sia nell'uomo, la natura è solo una causa efficiente che determina il corso delle cose e le attività umane.

Ed allora, che cosa può significare, una volta trapiantato nello Stoicismo, il termine "giusto naturale"? Significa, anzitutto, che le istituzioni umane, le regole morali e giuridiche, *provengono* dalla natura, intesa come *lógos* (ragione).

Cicerone, nella sua *Repubblica*, afferma: "...Esiste una legge veritiera, che è la retta ragione e che è in accordo coi dettami della natura, presente in tutti, immutabile, imperitura; che ci esorta imperiosamente ad adempiere ai nostri doveri e che ci proibisce l'inganno e ce ne tiene lontano; una legge di cui l'uomo retto seguirà sempre i comandamenti e le proibizioni, e che resterà invece lettera morta per i malvagi. È un sacrilegio cercare di modificare questa legge, né è lecito abrogarla o sopprimerla del tutto. Da essa non possiamo essere dispensati, né per ordine del Senato, né per ordine del popolo e non c'è bisogno di cercare al di fuori di noi per trovare chi ce la esponga o ce la interpreti. E questa legge non è diversa a Roma piuttosto che ad Atene, oggi piuttosto che domani; ma è una sola e medesima legge immutabile, eterna e che si rivolga in tutti i tempi ad ogni nazione" (Cicerone, *Repubblica*, III.22).

Ciò che non si può mai trovare, nel diritto naturale stoico, è un *metodo* di ricerca per la soluzione dei problemi giuridici (per stabilire la giusta proporzione dei rispettivi beni dei cittadini) che sia fondato *nella* natura esteriore, cioè, nella osservazione delle comunità politiche.

Una legge morale e razionale: ecco ciò che la maggior parte dei teorici del pensiero giuridico, tra i quali Guido Fassó, intende oggi per diritto naturale.

Quest'ultimo afferma che "...lo Stoicismo é la prima grande dottrina giusnaturalistica, che doveva poi esercitare, direttamente o indirettamente, un influsso immenso sulle dottrine posteriori" (guido fassó, *Il diritto naturale*, ERI classe unica, Torino 1972, p.26). "...Tanto peggio per l'opinione comune -controbatte Villey-, ma io non riesco a trovare nello Stoicismo nulla della autentica dottrina classica del diritto naturale" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.378).

In merito all'origine del diritto, gli stoici proclamano che é la particella di *lógos*, presente negli uomini, la fonte che fa' nascere la società ed il diritto, e che é l'uomo, e solo lui, colui che costituisce i raggruppamenti sociali. L'uomo non é più un *animale politico* e la città non é più considerata *naturale*: la persona é *socievole* grazie alla ragione posta in lei dalla natura che crea il diritto.

Fonte di quest'ultimo é l'opinione degli uomini, il loro arbitrio, poiché la ragione imprime nell'anima di tutti alcune "nozioni comuni", alcuni principi generali sui quali si dà un accordo pressoché universale, ma essa non è presente in egual misura nell'anima di tutti: nell'uomo comune essa è in germe, ma lungi dal giungere a piena maturazione; solo i "sapianti" la possiedono allo stato puro. La legge, quindi, é la "...ragione del sapiente", *ratio mensque sapientis*; é "...perfetta solo nell'anima del sapiente", *perfecta in mente sapientis* (cicerone, *De legibus*, II.4 e II.5); é una "...forza della natura...; é la stessa ragione del sapiente; é la medesima regola del giusto e dell'ingiusto". É la ragione del filosofo; ecco perché il diritto si può "...dedurre dalla filosofia", *ex intima philosophia* (cicerone, *De legibus*, I.6 e I.5).

L'uomo crea da solo il diritto, lo sviluppa e lo modifica nel corso della storia, senza che alcun limite si opponga da parte della natura esterna alla sua potenza creatrice.

Questo é ciò che si definisce "Positivismo giuridico".

1.7.2 Lo Scetticismo.

Sotto il termine di **Scetticismo** si è soliti raccogliere gli insegnamenti di diversi autori. Esso nasce già con i Sofisti; Gorgia, Callide, Trasimaco e Protagora, dubitando del valore assoluto delle leggi della città, gettano i fondamenti del Relativismo, del Positivismo, del Soggettivismo.

In epoca ellenistica, lo Scetticismo diviene un corpo dottrinale omogeneo e limitato ai circoli intellettuali, in quanto la filosofia é ormai interdotta alla politica.

Se l'unico vero problema è quello di regolare la propria vita privata nel modo più piacevole, che bisogno c'è della sapienza? E perché darsi da fare per codificare un'etica? Il filosofo si accontenta di dissertare con eloquenza sull'impotenza della ragione umana, anche se tali disquisizioni non sono di per sé affatto utili e non apportano nulla di positivo.

In un'epoca di decadenza, la filosofia diviene un gioco chiuso in se stesso.

Si possono distinguere tre fasi nella storia delle filosofie scettiche dell'antichità: durante l'epoca di Alessandro, emerge il filosofo *Pirrone*, la cui dottrina, redatta dal discepolo Timone, si conclude nell'affermazione per la quale non si può conoscere nulla, poiché i sensi ingannano: si crede di vedere il sole ben più piccolo di come i sapienti dicono che sia nella realtà.

Ma forse la scienza è più sicura? Le credenze umane sono relative: ci sono popoli, per esempio, per i quali l'incesto o il furto non sono delitti. "...Pirrone sosteneva che nulla è buono e nulla è cattivo; nulla è giusto e nulla ingiusto; e che per tutto il resto si può dire la stessa cosa; nulla è come ci appare; gli uomini agiscono così come agiscono solo per abitudine o perché sono indotti dalle istituzioni a tenere un certo comportamento; e le cose in verità non sono più così che così (*ouden mallon*)". Ed aggiunge: "...non c'è mai una ragione alla quale non se ne possa sempre opporre un'altra contraria" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.412).

In un'epoca più tarda si afferma un'altra forma di scetticismo: essa è sostenuta da alcuni sedicenti discepoli di Platone, raccolti nella "Nuova Accademia". Forse proprio perché Platone ha il senso della problematicità ed il gusto della discussione, la sua scuola è destinata a diventare il centro dello Scetticismo e del dubbio.

Nascono le filosofie di Arcesilao, di Carneade e di Clitomaco che insistono, con compiacimento, sull'impotenza della nostra ragione a raggiungere la certezza e sul carattere di ogni nostra conoscenza, che, invece di essere sicura, al più, appare ragionevole (*eúloga*, secondo Arcesilao) o credibile (*píthana*, per Clitomaco).

Infine, il tardo scetticismo degli Empiristi, che nutrono la loro filosofia con alcune esperienze pratiche di carattere scientifico, soprattutto medico; Aldesideno, Agrippa, e principalmente il medico e scrittore greco della fine del secondo secolo dell'era cristiana, Sesto Empirico, sono tra i più importanti.

"...Non credo che lo Scetticismo abbia influenzato profondamente il diritto romano" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.413), esordisce Villey. Peraltro, come tutti i sistemi filosofici (quando sono recepiti come tali, e divengono visioni d'insieme del mondo), anche esso è suscettibile di dire qualcosa a proposito del diritto, sebbene solo in chiave negativa. Lo Scetticismo diventa anche una poderosa macchina bellica contro ogni dottrina che, negando che una stessa parola (*dikaion, justum*) possa designare le due nozioni, pretende di scoprire razionalmente il giusto, sia pure, come nella dottrina aristotelica, ricorrendo all'aiuto dell'osservazione della natura esterna.

Lo Stoicismo tende a distruggere l'ambizione naturale dell'uomo di poter conoscere ciò che è giusto; nega, quindi, che il diritto possa coincidere con esso.

Su esempio di Cicerone, si afferma che "...la giustizia, come già ritenevano i sofisti, non è altro che l'effetto di convenzioni transitorie", oppure "...ciò che la dittatura dei forti ha arbitrariamente indotto il popolo a credere" (cicerone, *Repubblica*, III.8 e III.13): non c'è una fonte obiettiva della giustizia, non c'è diritto naturale: *jus naturale nullum* (cicerone, *Repubblica*, III.13).

Gli Scettici non ammettono, quanto al diritto, altro che le leggi effettivamente vigenti ed accettate dall'opinione pubblica, quali che siano le loro fonti e senza preoccupazione circa i loro fondamenti assiologici. "...Questo è il Positivismo attuale: dittatura del fatto scientifico (*positivo*, in senso comtiano); adorazione da parte del giurista delle istituzioni vigenti, rinuncia pressoché totale alla ricerca della giustizia" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.414).

1.7.3. L'Epicureismo.

L'**Epicureismo** è, essenzialmente, una morale della condotta individuale. Mentre lo Stoicismo assegna come regola alla vita dell'uomo l'ubbidienza alla ragione ed alla natura, e come bene supremo la virtù, Epicuro propone come modello la felicità: è una dottrina molto più semplice e più facile, e - così egli pensa - molto più naturale.

Non esiste altro che la materia, fatta di *atomi*, che sono eternamente in movimento nel vuoto (l'anima stessa è composta di atomi, anche se particolarmente piccoli). Tutte le conoscenze dell'uomo provengono dalle irradiazioni che i corpi proiettano su di lui, e che lasciano segni nello spirito (così si spiegano la memoria, le illusioni e le ingannevoli immaginazioni). Gli atomi sono eterni e conservano indefinitamente la materia di cui sono composti; "...nulla si crea e nulla si distrugge" (lucrezio, *De rerum natura*, I.60; III.3). Non c'è alcuna intenzione né intelligenza nel processo che casualmente ha portato alla formazione dei mondi: non è necessario supporre alcuna Provvidenza divina, alcuna finalità naturale.

Quali possono essere i rapporti di questa filosofia col diritto? La si può definire una filosofia del diritto? No, se si considera nella sua elaborazione originale: così come il sapiente stoico, anche il discepolo di Epicuro non si mescola alla vita pubblica, non si interessa agli onori ed alla ripartizione dei beni; egli conduce la sua vita individualisticamente e non si occupa del diritto.

Quanto alla questione principale della filosofia del diritto, quella della definizione del diritto, l'Epicureismo non è che *una* morale e, come tale, tende a confondere il diritto con quella *comune*.

Esso insegna ai suoi seguaci non a seguire la virtù - che è solo un mito -, ma il piacere, fatto di assenza di preoccupazioni e di presenza di agio, di sicurezza, di arricchimento (ed allora l'economia politica prende il posto della morale). "...Della giustizia non si può dire che vada ricercata di per sé.

Ciò che ce la raccomanda, è la grande abbondanza di piaceri che essa ci apporta" (lucrezio, *De rerum natura*, I.16).

Il diritto, divenuto così l'agente tecnico della morale del piacere, proibisce le azioni nocive e prescrive azioni utili, secondo i dettami del calcolo utilitarista.

Tra gli Epicurei si ricorda Hobbes, ma anche Locke, che mostra di aver subito le medesime influenze, e si può dire che, in Bentham, si ritrovino tutti i principi tipici di tale dottrina antica, che si diffonde largamente nella "filosofia" francese del Settecento, influenzando la scuola economica inglese, ispirando Marx e dominando ancora oggi nel pensiero americano.

1.8. La filosofia giuridica Moderna.

Nel XVII secolo "...nasce un nuovo movimento" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit. p.473).

La vecchia scienza di carattere aristotelico, recepita dalla Scolastica, è ancora parte integrante del sistema filosofico; quella moderna, però, fin dall'inizio, pretende di rendersi autonoma ed indipendente da ogni filosofia, sebbene questo divorzio sia solo apparente: è tale il bisogno dello spirito umano di unificare tutte le sue conoscenze, che essa finisce per esigere e per costruire, a sua volta, una dottrina nuova, che meglio si accorda alla sua struttura.

Scienza moderna e filosofia aristotelica si contrappongono in primo luogo sul piano del metodo: Aristotele fonda la sua scienza su di una esperienza integrale, vicina all'esperienza comune, che gli consente di percepire nel reale le qualità (il caldo, il freddo, il pesante, il leggero) ed i valori, mentre l'esperienza della scienza moderna è artificiale e ricorre, significativamente, all'uso di particolari strumenti (il cannocchiale di Galileo, il barometro di Torricelli, il microscopio, la bilancia).

Questo tipo di osservazione scientifica non consente di percepire la totalità del reale, ma ne coglie solo alcuni aspetti privilegiati e principalmente ciò che è misurabile, ciò che è atto a calarsi in formule matematiche: "...Il libro della natura -dice Galileo- è scritto in simboli matematici".

Questa visione del mondo, fredda e puramente obiettiva, fa a meno anche dei valori per cui la scienza moderna, pur pretendendo di invadere tutto il campo del sapere umano, mal si adatta ad alcuni settori della conoscenza. "...Si rammenti la celebre frase del chirurgo, che dichiarava di non aver mai trovato l'anima servendosi del bisturi" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.474).

Il mondo non viene più concepito dal punto di vista delle cause finali, bensì da quello delle cause efficienti, governato unicamente dalle leggi della meccanica; il *cosmos* cessa di costituire un'opera *compiuta*.

Tra i fondatori di questa filosofia moderna, vi è Francesco Bacone, giurista e, per qualche tempo, professore di diritto, uomo politico, scrittore celebre

e, nell'opinione dei posteri, *filosofo della scienza*. "...È meglio sezionare la natura che risolverla in astrazioni, per poter applicare l'intelletto agli oggetti particolari" (bacone, *Novum Organon*, I.3).

Sullo scopo del diritto, Bacone afferma che esso deve concernere non il giusto, ma l'utile: "...Il fine che le leggi si propongono, cioè, lo scopo cui esse indirizzano i loro precetti e le loro sanzioni, non è altro che quello della felicità", (*non alius est quam ut cives feliciter degunt*, bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforisma n.5), e la sua creazione spetta solo allo Stato, non più al filosofo.

"...Il diritto consiste nelle leggi, in questi fatti positivi" (bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforisma n. 77). Il cancelliere Francesco Bacone si preoccupa che esse siano "...ben redatte, certe e chiare" (bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforismi nn.7, 66, 67, 68), che "...vengano messe bene in ordine sistematico fino a comporre un nuovo codice" (bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforismi nn. 60, 62); pretende che "...l'interprete si limiti alla stretta esegesi del testo" (bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforisma nn. 81 e ss., 10 e ss., 42 e ss.) e che "...non ci sia alcuno spazio per la cosiddetta equità" (bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforisma n. 93), insomma che "...la *dottrina* non pretenda di esercitare una funzione creatrice di diritto" (bacone, *Tractatus de justitia universalis*, aforisma n. 80).

Cosa sono questi pensieri in relazione al diritto naturale? Nuove prove della totale estraneità dallo spirito della scienza moderna al diritto naturale e della difficoltà di individuare una giustizia che abbia validità universale: "...bella giustizia, quella che è divisa da un fiume" (M. VILLEY, *La formazione...*, Op. cit., p.481), afferma ironicamente M. VILLEY.

Cartesio, il filosofo del *Cogito ergo sum*, divide artificialmente ed arbitrariamente il mondo in due categorie diverse di enti: da una parte c'è il pensiero, la *res cogitans*, il mondo delle *anime*, supporto del pensiero, della volontà, dell'atto libero; d'altro lato, si trova la *materia*.

La metafisica cartesiana distrugge la nozione unitaria di natura: mette da un lato il dover essere, dall'altro i fatti.

Ora, se si adotta questo modo di considerare il mondo, non si può più pensare al diritto come presente nelle cose, nella natura e contemporaneamente provvisto di valore normativo; si perde inevitabilmente la chiave dell'autentico diritto naturale.

Per **Grozio**, invece, l'elemento predominante è la tradizione stoica, per la quale le regole giuridiche vanno dedotte dalla natura dell'uomo: questo riferimento alla natura permette alla scuola nata dall'insegnamento di Grozio di conservare l'etichetta del diritto naturale. Il giusto non può riscontrarsi che nell'uomo, ove ha la sua fonte, e nella sua ragione, essenza della natura umana. Il diritto naturale è *dictamen rectae rationis* (il precetto della retta ragione, grozio, *De jure belli*, I.1.10).

Da chi egli deduce la sua dottrina? Da Pufendorf e dai suoi successori, da Leibniz, dalla Scuola del diritto naturale, dal Codice Civile francese.

Hobbes conosce e medita l'opera di Cartesio e condivide il gusto per l'ordine, anche se rigetta il suo dualismo, la sua concezione della materia e la pretesa di costruire la scienza su idee innate.

Ecco il nuovo ambito del "giuridico" per la mentalità moderna. La sua logica ed il suo sistema tendono alla piena realizzazione dei diritti privati dei cittadini, ma attraverso il sacrificio dei diritti "pubblici" nei confronti dello Stato.

Quando si chiede all'Individualismo di dare una giustificazione all'ordine sociale, esso è obbligato ad autoconfutarsi ed a sostenere i regimi più oppressivi nei confronti del cittadino.

1.8.1. La situazione italiana: Gianbattista Vico.

In Italia, la corrente filosofica Moderna è molto forte: il Positivismo, infatti, costituisce ancora oggi la maggior parte del substrato culturale giuridico, sebbene la concezione classico-tomista non sia mai morta. Esempio di quest'ultima è Gianbattista Vico, filosofo napoletano del Settecento, che avanza una forte critica contro il metodo *more geometrico* utilizzato da Cartesio, ripudiando anche tutto ciò che è espressione del suo *formalismo*. Il Realismo di Vico, allora, risulta essere molto simile a quello di San Tommaso d'Aquino, in quanto è frutto del medesimo rifiuto di qualsiasi forma di concettualismo.

L'Autore approfondisce lo studio della giurisprudenza antica, operando una netta demarcazione tra giurisprudenza e scienza: quest'ultima è austera e totalmente inderogabile; la prima, invece, è scienza del giusto ed arte dell'equità. Vico, però, non vuole tenere una lezione, bensì, mettere in risalto come la giurisprudenza, le leggi, i giureconsulti, la magistratura ecc...abbiano assunto significati diversi a seconda delle diverse epoche storiche.

La storia, allora, è di fondamentale importanza per capire l'epoca in cui si vive, e questo rispetto è caratteristica che accomuna non solo Gianbattista Vico a San Tommaso, ma anche entrambi questi autori a Vallet de Goytisolo.

Vico, allora, sebbene sia uno dei pochi filosofi che rimane ancorato alla concezione classica del diritto, assume una posizione ben lontana dal giusnaturalismo filosofico moderno: il *suo* mondo civile, infatti, non ha nulla a che vedere nemmeno con lo stato civile ipotizzato da Hobbes, secondo il quale lo stato naturale, ossia primitivo, viene cancellato dallo stato civile attraverso il contratto sociale. Il mondo civile di cui parla Vico, invece, è costruito dall'uomo nella storia, partendo dal mondo naturale sul quale poggia.

1.9. Lo Storicismo.

Un altro avversario del diritto naturale, forse ancora più agguerrito del primo, è lo **Storicismo** del XIX e XX secolo.

Il movimento dello Storicismo nasce come polemica al presunto fissismo del diritto naturale.

In realtà, ci sono giusnaturalisti rigidi e ‘conservatori’ che, come dice Guido Fassó "...non si rassegnano a concepire un diritto naturale *relativo*, mutevole, non solennemente scolpito in tavole eterne". Vero è, però, che questi giusnaturalisti sono contrapposti a quelli classici della Scolastica.

Si può confutare, quindi, ciò che afferma Guido Fassó, e cioè che: "... non è vero che non ci sia continuità tra il Giusnaturalismo medievale e quello moderno".

Come M. VILLEY, infatti, anche Juan Vallet de Goytisolo, è di tutt'altra opinione e segnala una netta spaccatura tra i due ‘giusnaturalismi’: il giusnaturalista autentico, a differenza di quello moderno, è privo di ogni carattere antistorico, anzi, trova solo nella storia la sua possibilità di esistenza.

Contrariamente a ciò che scrive Fassó, quindi, il diritto naturale autentico non vuole "...essere un complesso di norme assolutamente giuste, indipendentemente da circostanze particolari" (guido fassó, *Il diritto naturale*, ERI classe unica, Torino, pp.94, 45 e 87).

Kantorowicz commenta sul punto: "...Il Positivismo del XX secolo, che sorse proprio come superamento del diritto naturale, pontificò che non esisteva altro diritto che quello riconosciuto dallo Stato. Si perseguì il diritto naturale fino ai suoi nascondigli più reconditi, posto che, da un lato, si credeva che il diritto naturale affermasse un diritto non statale, che reggesse ovunque e sempre, e, dall'altra parte, si rifiutava tale idea come assurda. Però, il Positivismo non teneva in considerazione che la sua descrizione del diritto naturale era completamente errata e che, ancor più, essa diceva ciò che il diritto non era e neppure poteva essere: il diritto immutabile nel quale si sognava inutilmente" (juan vallet de goytisolo, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997, pp.20-21).

CAPITOLO 2

IL DIRITTO NATURALE NELLA SPAGNA DEL XX SECOLO

2.1 L'eredità del Giusnaturalismo del XIX secolo nelle costruzioni della prima metà del XX secolo.

Nella Spagna del XIX secolo, il Positivismo è quasi sconosciuto, sebbene si rilevi la proiezione di alcuni dei suoi principi sul diritto.

Il Positivismo filosofico di origine comptiana, evoluzionista e materialista, ed il Giusnaturalismo krautista, per esempio, contribuiscono alla critica del

diritto naturale, dal momento che, per i discepoli spagnoli di Krause, non c'è differenza reale tra questo ed il diritto positivo: Francisco Giner de los Ríos ed Alfredo Calderon, infatti, nel loro *Resumen de filosofía del derecho*, pretendono di superare il dualismo tra l'uno e l'altro.

Adolfo Posada, altro discepolo krautista, sostituisce compiutamente la tradizionale distinzione con la sua concezione monista, successivamente esemplificata da Joaquín Costa nella *La vida del derecho*, ove egli scrive che "...con il diritto succede ciò che avviene con la luce del sole, la quale, pur essendo la stessa, indeterminata ed incolore, si concreta in una diversità di gradi e colori secondo la naturalezza dei corpi dove si riflette: il diritto, pur essendo assoluto ed unico, identico ed immutabile, proiettandosi sulla vita, si sviluppa in un sistema infinito di ideali finiti o relativi del diritto". Questa tesi idealista, negando la distinzione tra diritto naturale e positivo, rifiuta ogni rilevanza pratica all'idea giusnaturalista.

"...Il formalismo dello stile di Stammler, che traspare dalle ultime opere di Giner de los Ríos e Posada, finisce per rendere innecessario il diritto naturale e, al culmine, lo converte in un postulato la cui concrezione si trova soggetta alla contingenza dei valori della legislazione positiva" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.123-186), pp.129-130). Partendo da questo pensiero, infine, Dorado Montero e Quintiliano Saldaña negano la necessità di tale diritto naturale *snaturalizzato*, vuoto di contenuto.

Pedro Dorado Montero, discepolo di Francisco de los Ríos, borsista a Bologna del Real Colegio de San Clemente degli spagnoli, trova l'occasione di studiare ampiamente il pensiero di Ardigò e di Ferri. Il primo esercita un'influenza decisiva sul pensiero di Dorado e sul suo orientamento verso il Positivismo: fedele ai postulati giuspositivisti, Dorado Montero non cerca più di superare la dicotomia tra diritto naturale e positivo identificandoli, ma addirittura la nega, sostenendo che sia un artificio, perché ogni diritto, per essere tale, deve esigere il requisito della positivizzazione, cioè, del suo essere stabilito dagli uomini. Il diritto naturale non è altro che l'intimo ideale giuridico di ciascuno, frutto di elementi puramente ideologici o di aspirazioni utopiche, che coincide con la morale perché entrambi proteggono le stesse relazioni e possiedono il medesimo campo di coazione.

Con Dorado, dunque, si apre la strada alla lotta per la sopravvivenza del diritto naturale.

Anche Quintiliano Saldaña, con il suo *pragmatismo giuridico* -indirizzo filosofico che ripone il criterio di veridicità dei principi teorici nella loro portata pratica ed utilitaria- critica il diritto naturale: con la pretesa di uno stretto realismo, egli cerca di fissare le basi di una concezione empirica del diritto, opposta a qualsiasi concessione alla trascendenza giuridica, sebbene ciò snaturalizzi il diritto e trasformi le opere dei metafisici della giustizia in niente più che cataloghi per l'invenzione di ipotesi assurde.

La replica giusnaturalista a questa concezione non si fa attendere: Prat de la Riba rimprovera a Saldaña perché, dire che il diritto è la realtà sociale medesima significa penetrare molto poco nella sua natura.

"...Tutti gli sforzi positivisti si dirigono a combattere la legge naturale, ma, impegnarsi nell'allontanare dal diritto la legge naturale è qualcosa simile a voler allontanare dal linguaggio le idee, perché la legge naturale sta' al diritto come le idee al linguaggio" (prat de la riba, *El positivismo en Castilla*, "Revista jurídica de Cataluña", 1895, pp.292).

Enrique Luño Peña, nella sua monografia *Il pragmatismo giuridico di Quintiliano Saldaña*, pone in rilievo come il *soggettivismo pragmatista* conduca alla dissoluzione della teoria della giustizia, data la mancanza di un ordine ontologico (la legge naturale) sul quale appoggiarsi, e data la carenza di proiezione sociale, perché la sola esperienza non può offrire un concetto universale dello stesso, né essere norma di valori: si tratta perciò di puro relativismo" (enrique luño peña, *Il pragmatismo giuridico di Q. Saldaña*, Rivista Internazionale di filosofia del diritto, 1931, pp.181 ss.).

Nonostante le opere di alcuni autori, però, il Positivismo giuridico non riesce ad attecchire in Spagna, perché, le dottrine recensite rappresentano apporti individuali, ma privi di un'autentica continuità.

2.1.1. Il consolidamento del diritto naturale neoclassico.

In Spagna, la dottrina del diritto naturale viene costituita, fondamentalmente, dalle opere di Zeferino González, Orti y Lara, Mendive, Rodríguez de Cepeda, e Marqués de Vadillo; a questi autori suole attribuirsi "...il difetto di porre scarsa originalità, e li si rimprovera di seguire, nelle loro opere, i neotomisti italiani, specialmente Taparelli e Prisco, anziché le fonti originali della Scolastica e della Scuola Spagnola del Diritto Naturale" (José Castán Tobañas, *En torno al derecho natural. Esquema histórico y crítico*, La Académica, Zaragoza, 1940, p.50).

Perez Luño afferma in merito: "...Credo che questo giudizio non possa mantenersi con carattere generale per tutti questi autori" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.123-186), p.135). Per esempio, Zeferino González conosce in profondità il pensiero tomista, come lo provano i suoi tre volumi di *Estudios sobre la filosofía de Santo Tomas*; e non lo si può accusare neppure di dimenticanza della scuola spagnola, perché nel suo studio *Sobre una biblioteca de teólogos españoles* egli allude continuamente ai teologi giuristi della scuola di Salamanca.

La restaurazione neotomista italiana del XIX secolo é in gran parte frutto del magistero dei gesuiti -antichi professori di Università di Cervera radicati in Italia dopo l'epulsione dalla Spagna-, le cui opere, di carattere didattico, sono tutti quei trattati di diritto naturale sorti dall'insegnamento e diretti solo all'educazione universitaria.

L'opera del professor Mendizábal Martín, iniziata nel 1890 con i suoi *Elementos de derecho natural*, e continuata durante le sette edizioni del suo *Tratado de derecho natural*, rappresenta l'ultimo esempio del modo di operare del XIX secolo e l'apertura ai nuovi orizzonti ed ai problemi su cui si concentra il Giusnaturalismo degli inizi del XX secolo; Del Vecchio, a ragione, commentando l'autore spagnolo sostiene che la sua opera comporta l'inserimento, nella vecchia trama scolastica, di dati e problemi della vita giuridica moderna.

Mendizábal Martín definisce il diritto naturale come "...un diritto promulgato dalla ragione rettamente orientata, appoggiato nei fatti, fondato nella legge divina" (alfredo mendizábal villalba, *Tratado de derecho natural*, Cosano, Madrid, 7ª ed., 1928, p.11).

Nella sua concezione, esso é continua tensione nelle esigenze concrete della vita.

Continuatore dell'opera di suo padre, Alfredo Mendizábal Villalba contribuisce a sviluppare la dottrina del diritto naturale dentro uno stretto Neotomismo.

Così, di fronte alla tendenza idealista che identifica il diritto naturale col diritto positivo, ed alla tendenza del Positivismo giuridico, diretta ad impugnare il diritto naturale, Alfredo Mendizábal rivendica, seguendo San Tommaso d'Aquino, questa dualità tanto chiaramente stabilita, tra una legge naturale - una, immutabile e universale - ed un diritto positivo - variabile, particolare, che, sebbene si ispiri ai principi supremi della giustizia che gli mostra quella legge, non può identificarsi con essa -.

A suo giudizio, inoltre, esiste una differenza oggettiva tra il giusto e l'ingiusto, e la legalità di un precetto è cosa diversa dalla sua giustizia, perché la prima deriva da un fatto umano, mentre la seconda si deve riconoscere dal suo adattamento alla legge naturale che, in sé, contiene la giustizia immutabile ed universale.

In uno studio sui principi e sul funzionamento del diritto amministrativo, Alfredo Mendizábal sostiene la tesi secondo cui non c'è diritto positivo che non si appoggi sul diritto naturale. A sostegno di ciò, Miguel Sancho Izquierdo afferma: "...Il diritto naturale é l'insieme dei principi giuridici di valore universale, innati nell'uomo, che sono stati il patrimonio di tutti i popoli e di tutti i tempi, e sono il presupposto necessario di ogni realtà giuridica positiva" (miguel sancho izquierdo, *Principos de derecho natural*, El Noticiero, Zaragoza, 5.ª ed., 1955, pp.41-42).

Discepoli di Luis Mendizábal Martín sono anche i professori di Zaragoza, Miguel Sancho Izquierdo, Enrique Luño Peña e Luis Legaz Lacambra.

Soprattutto Sancho e Luño seguono, nella struttura dei loro trattati di diritto naturale, le linee maestre del pensiero di Mendizábal. Partendo dall'idea di ordine per stabilire le relazioni tra la morale e ciò che é giuridico, il principio ordinatore, si rinviene nel bene comune nella sua più rigorosa accezione tomista.

Per Luño, dire che la legge è eterna perché l'idea di ordine ed il volerlo sono eterni in Dio, equivale a dire che lo sono anche le cose esistenti. "...Non esiste, per l'uomo, -conclude Luño - alcuna legge morale anteriore, né superiore alla legge naturale. Conseguentemente, l'uomo non può compiere né distruggere le norme assolute della legge eterna" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p.140).

Anche i professori Pérez Bueno, Enrique Gil Robles, Mariano Puigdollers e Wenceslao González Oliveros seguono un Giusnaturalismo di stampo tomista: Fernando Pérez Bueno propaga in Spagna il pensiero di Rosmini; Gil Robles formula una teoria sul divino naturale e sul diritto naturale casuale.

Nel *La filosofia de la ley en Balmes*, Puigdollers segnala che esiste un ordine ontologico, costruito dalla natura degli esseri, fisso, immutabile, conosciuto e voluto eternamente da Dio, a cui l'ordine morale e giuridico deve uniformarsi.

Wenceslao Gonzalez Oliveros persegue lo studio della fenomenologia e filosofia dei valori, intravedendovi la possibilità di una migliore comprensione e di un più fondato utilizzo del pensiero dei classici del XVI secolo.

2.1.1.1. Neokantismo ed Assiologia.

Altri autori pongono le basi delle loro concezioni giusnaturaliste sulle correnti che imperano nella filosofia giuridica straniera, per lo più, nel Neokantismo o nella Filosofia dei valori.

Tra gli esponenti del Neokantismo si deve citare Adolfo Bonilla San Martín, che distingue la nozione generale di diritto dal diritto naturale: "...ogni regola giuridica possiede un contenuto ed una forma: il contenuto è qualcosa di stabilito e posto dall'esperienza, mentre la forma è un elemento *a priori*...Il cosiddetto diritto naturale non può essere altro che uno studio delle forme *a priori* dell'esperienza giuridica" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.123-186), p.143).

Un Giusnaturalismo fondato sulla Filosofia dei valori, invece, è il segno nel quale si sviluppano i primi lavori di Luis Recaséns Siches e di Luis Legaz Lacambra.

Recaséns preferisce sostituire la denominazione di *estimativa giuridica* a ciò che, tradizionalmente, si è definito diritto naturale: egli osserva che la conoscenza umana spontanea si manifesta sempre credendo che ci sia un'istanza superiore al diritto positivo per giudicare del suo successo e non. Luis Legaz mostra, nei suoi primi lavori, la perplessità sulla qualificazione giuridica del diritto naturale: "...Non mi crea dubbi -dice- il fatto che esista questo che si chiama tradizionalmente *diritto naturale*, e resto assolutamente conforme con l'interpretazione che questo qualcosa è

ricevuto nel pensiero cristiano e nella scolastica tradizionale. Ciò che, solo, mi crea perplessità è se sia corretto parlare qui di *diritto*, perché credo che, con tale espressione, s'intenda il diritto esistente, *positivo*, mentre quello naturale è più una somma di principi sovragiuridici, nei quali si contengono le supreme verità etiche".

Gli risponde Luño: "...Chi nega il carattere giuridico al diritto naturale e lo concepisce come un insieme di norme strettamente morali, non eccede i limiti del Positivismo giuridico e deve essere considerato, nell'ambito del diritto, un positivista, come nel caso del professor Legaz" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Op.cit., pp.144-145).

La critica del diritto naturale, comunque, continua a non godere, in Spagna, della diffusione che ottiene in altri Paesi: il Positivismo spagnolo degli inizi del XX secolo appare come un movimento tardivo rispetto all'epoca in cui raggiunge il suo apogeo in Europa, e, allo stesso tempo, limitato alla scienza del diritto penale, senza ripercussioni nel terreno giusfilosofico.

Neppure le dottrine neokantiane e neohegeliane hanno eco, sebbene Gonzalez Vicén affermi, nel suo lavoro del 1937, dal titolo *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie*, che "...la filosofia giuridica spagnola si sia unita al nome di Hegel, e che l'hegelismo spagnolo, sia al primo piano della attualità filosofica" (gonzález vicén, *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart*, Mohr, Tubingen, 1937, pp.36-37).

Il Giusnaturalismo fondato nella *philosophia perennis* ed esposto nelle aule universitarie (che arricchiscono il lascito del XIX secolo con lo studio diretto delle fonti della scolastica e dei classici spagnoli), allora, è il vero pilastro dottrinale.

2.1.2. Il Giusnaturalismo del postguerra. Il problema gnoseologico.

Le diverse posizioni giusnaturaliste anteriori alla Guerra Civile Spagnola, alla lunga, sono l'origine di una profonda crisi giusfilosofica, messa in rilievo da Medina Echavarría: l'orizzonte bibliografico del diritto naturale del postguerra spagnolo rivela autori di formazione non strettamente tomista, come Legaz, Gómez Arboleya e Lissarrague, che cercano, nella filosofia della tradizione cristiana, motivi per dare fondamento alle loro proprie costruzioni. Si afferma, così, tra le altre correnti del pensiero filosofico, l'egemonia della direzione giusnaturalista *Neotomista*.

Quando si pretende di studiare il diritto, non possono ignorarsi i fondamenti sui quali l'esperienza giuridica si edifica, anzi, il fenomeno giuridico, come esperienza di vita umana, si trova sempre vincolato ad un sistema di valori, patrimonio culturale della comunità in cui sorge.

Tradizionalmente, la teoria che realizza questa approssimazione integrale ad un siffatto studio del fenomeno giuridico è il Giusnaturalismo, che non si accontenta di approfondire la dimensione formale (normativo-positiva), ma, spinto dal desiderio di offrire una visione planetaria della vita umana,

si domanda attraverso quali principi fondamentali debba informare il diritto e quale presenza possa essere determinante perché l'esperienza di vita collettiva meriti di essere considerata giuridica.

Antonio Hernandez Gil mette in rilievo i vantaggi che possono derivarsi, per la teoria del metodo giuridico, dall'accettazione della prospettiva giusnaturalistica: "...il Giusnaturalismo - egli sostiene - rappresenta, in primo luogo, una garanzia di libertà di fronte alle imposizioni del Normativismo e, in secondo luogo, permette di situare il concetto di diritto nel suo significato autentico, esplicando la peculiarità del rispetto al sociale ed all'etico, e rivelando la sua connessione con la giustizia. Esso richiede, per il diritto, l'esigenza di razionalità, ma senza disconoscere ciò che nel diritto c'è di storico; supera l'unilateralità positivista incentrata esclusivamente sull'essere ed il vago idealismo del dover essere, postulando, di contro, un dualismo integratore, nel quale si congiungono e si condizionano l'ordine giuridico naturale e quello positivo; agisce come veicolo e guida del progresso giuridico; conferisce una formazione giuridica completa; compie il compito di mantenere un'unità essenziale nella filosofia e nella scienza del diritto; ed infine, armonizza, in ordine alla conoscenza, l'apriorismo con l'empirismo: i concetti di diritto e di fondamenti giuridici non si rappresentano come semplici dati dell'esperienza, che l'intelligenza si limita a riconoscere, ma come l'elaborato della mente umana, con l'aiuto del vissuto, e soprattutto, di ciò che viene fornito alla mente indipendentemente da esso" (antonio hernandez gil, *Metodología del derecho*, ERDP, Madrid, 1945, pp.374-375).

Anche nei lavori di Clemente De Diego, la natura stessa dell'uomo trova la sua esplicazione fondamentale nella scienza della causa ultima e nei *perché* delle cose, ossia, nella filosofia.

Federico de Castro, seguendo San Tommaso, sostiene che la legge umana può essere derivata dal naturale *per modum conclusionis* - deducendo le conseguenze e facendo le applicazioni particolari del principio generale naturale -, e *per modum determinationis* - concretando ciò che deve farsi nell'ambito che la legge naturale gli offre -. Il diritto positivo, allora, agisce basandosi sulla generalità e sulla indeterminatezza del diritto naturale.

Il professore di diritto civile, nonché presidente del Tribunale Supremo, José Castán Tobeñas, considera urgente, nell'immediato postguerra, seguire la direzione giusnaturalista spagnola, sia classica che moderna: quest'esigenza proviene dalle necessità pratiche dell'interpretazione e dell'elaborazione del diritto positivo, formato sempre alla luce delle idee giusnaturaliste.

Nel 1946, Espín Cánovas, nel suo discorso in merito all'opera intitolata *El derecho natural y la moderna metodología*, sostiene un metodo misto nei domini del diritto, in giusta corrispondenza con la duplice composizione materiale e spirituale della natura umana. Perciò, Espín considera un

dovere dei giuristi spagnoli paragonare tra di loro le dottrine in merito all'eterno diritto naturale, ed in particolare dei civilisti, dato che "...il diritto civile, perché dia come frutto la giustizia, deve affondare le sue radici nel sottosuolo filosofico del diritto naturale" (espín cánovas, *El derecho natural y la moderna metodología*, ceu, Madrid, 1947, pp.18-19).

Per Juan Vallet de Goytisolo, "...il metodo giuridico della tradizione giusnaturalista classica, partendo dall'esperienza storica emanata dall'ordine naturale, costituisce un metodo di ponderazione" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.123-186), pp.154-155).

Il modello giusnaturalista, infatti, viene qui impiegato più che come uno strumento posto al servizio dello studio del diritto, come un paradigma per la formulazione stessa del diritto: "...questo ordine naturale è stabilito da Dio, nella sua opera creata...Lo stiamo scoprendo sempre e, a volte, lo dimentichiamo. Però, vero è, che lo conosciamo nell'indispensabile per regolare l'ordine provvisorio di questo mondo: distinguiamo l'universale dal particolare, ciò che permane da ciò che muta, l'essere dal divenire, il sostanziale dallo accidentale" (juan vallet de goytisolo, *El orden natural y el derecho*, Speiro, Madrid, 1967, pp.8-9).

Commenta così Cantero, nella sua opera dal titolo *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*: "...La concezione del diritto naturale come metodo per trovare il giusto concreto, in tutta la sua onnicomprensività, risulta nuova anche nella letteratura giuridica spagnola dell'epoca...dinamica e capace di incorporare nuovi contributi...aperta non alle diverse concezioni del rispettivo interprete, ma alla realtà ed alla storicità" (estanisla cantero nuñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Op.cit., p.714).

2.1.2.1. Il problema ontologico: il diritto naturale nella definizione generale del diritto.

Circa il problema ontologico, punto centrale della investigazione filosofica e giuridica, il Giusnaturalismo presuppone l'ammissione della giustizia e dell'etica quali elementi necessari alla definizione del diritto, ed affonda le sue radici nella Filosofia dell'Esistenza.

Ad esempio, per Recaséns, "...il diritto è l'insieme di norme umane, appoggiate ed imposte dal potere pubblico, con le quali si aspira a realizzare alcuni valori e la cui dimensione assiologica costituisce l'oggetto del diritto naturale. Quest'ultimo é composto da valori ideali oggettivi, criteri estimativi dai quali derivano principi normativi e non enunciati di realtà" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.123-186), p.157).

Tutta la concezione di Recaséns ha base sulla nozione di valore, costruita sull'Esistenzialismo Razionalista ortegnian, per cui i valori appartengono

al piano dell'*a priori*, cioè, possiedono un'oggettività immanente alla vita umana.

L'uomo, cioè, non crea i valori; al contrario, deve riconoscerli come tali. "...Si potrebbe dire, - ragiona Recaséns - che Dio pensa questi valori come oggettivamente validi per il regno della vita umana, ma non come entità astratte, senza relazione con gli uomini. I valori, inoltre, si trovano messi in relazione anche con il contesto delle situazioni concrete, cioè, con le circostanze della vita individuale e con il segno sociale storico" (recaséns siches, *Filosofía del derecho de L.Recaséns. Auto-exposición*, nel suo *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963, vol.1, p.522).

Il concetto di diritto di Luis Legaz Lacambra riflette l'impronta del Formalismo kelseniano, dello Esistenzialismo razionalista e del Giusnaturalismo cristiano: il diritto è una forma di vita sociale nella quale si realizza un punto di vista sulla giustizia, che delimita le rispettive sfere di liceità e di dovere mediante un sistema di legalità dotato di valore autarchico.

Da questa definizione é evidente che gli elementi essenziali del diritto sono:

1. un complesso di forme sociali di vita, che suppongono una normativa della realtà sociale;
2. un'idea di giustizia della quale questa realtà sociale normativa costituisce un punto di vista;
3. una delimitazione delle sfere del lecito e dell'obbligatorio;
4. una eteronomia o autarchia del sistema normativo;
5. un sistema di proporzioni normative formulate dall'autorità creatrice del diritto, che costituiscono la legalità.

Nel *Prologo* alla seconda edizione della sua *Filosofía del derecho* (1961), Legaz assegna al diritto naturale un ruolo centrale nella sua teoria giusfilosofica. "...Il diritto - dice Legaz - è sempre un punto di vista sulla giustizia ed il diritto naturale deve essere il suo miglior punto di vista, nella formulazione programmatica più pura" (luis legaz lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 2.^a ed., 1961, pp. 5 e 292-293).

Legaz, quindi, reclama un concetto ampio del diritto che ingloba, nel suo seno, le due dimensioni del giuridico -naturale e positiva-, formulando con semplicità e chiarezza l'unità profonda nella quale l'una e l'altra si legano.

Dice Perez Luño: "...É naturale, nonostante ciò, fare un passo in più nella costruzione di una ontologia giuridica giusnaturalista intendendola come un domandarsi della giustificazione ultima del diritto, del senso del cosmo, in una visione totale della realtà. Questa é l'attitudine mantenuta, tra di noi, da Elías de Tejada e da Galán Gutiérrez" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p.160).

Il professor Elías de Tejada segnala come l'ontologia della norma umana sia quella delle relazioni con il destino dell'uomo al quale essa serve. Il

diritto si presenta, allora, come "...un ente la cui ontologia deve cominciare dall'analisi dei suoi due elementi costitutivi: la salvezza, il cui schema ultimo é l'idea luminosa della giustizia e la vocazione, che si appoggia sul criterio costante di una sicurezza perfetta" (Francisco Elías de tejada, *Introducción al estudio de la ontología jurídica*, Ibarra, Madrid, 1942, pp.59 ss.).

Anche Eustaquio Galán, seguendo i principi del Giusnaturalismo metafisico, segnala come, sul piano ontologico, il Giusnaturalismo costituisca una risposta peculiare al problema delle origini e del fondamento ultimo di validità del diritto positivo: esso é un sistema di principi giuridici e di giustizia, valido in sé, indipendentemente da ciò che si afferma nella società per mezzo delle istituzioni del potere politico. Secondo Galán, "...Il Giusnaturalismo implica la credenza in un *justum* (giusto) dato da Dio e dalla natura, e perciò, propositivo e più valido del diritto positivo, al quale quest'ultimo deve ottemperare come fosse un paradigma" (eustaquio galán y gutiérrez, *Ius naturae*, Sucs. De Rivadeneyra, Madrid, 1961, vol. 1, pp.349 ss).

2.1.2.2. Il problema etico: il diritto naturale e la morale.

Il Giusnaturalismo, oltre a presupporre una penetrazione dell'etica nella definizione del diritto, sul piano ontologico, ritiene necessaria la connessione tra morale e diritto, su quello dell'esistere: si presenta esso stesso come un valore etico.

Nella dottrina spagnola contemporanea, infatti, secondo José Corts Grau, "...né metafisicamente, né psicologicamente si possono separare l'ordine giuridico dall'ordine morale: una tale separazione implicherebbe il disconoscimento dell'ordine universale, la rottura dell'unità divina da quella umana e la lacerazione della nostra propria natura, perché i soggetti della morale e del diritto coincidono, così come i loro rispettivi fini si complementano vicendevolmente".

Da qui, molti autori considerano la morale come fine ed il diritto come mezzo per la sua realizzazione.

"...Separare l'ordine giuridico dalla morale significa -secondo Corts- attentare alla dignità del diritto, che, invece, affonda le sue radici in un'azione etica: non solo nasce dalla morale, ma ritorna irresistibilmente ad essa" (José Corts Grau, *Curso de derecho natural*, Editora Nacional, Madrid, 1970, 4ª ed., p.278).

Trattando le relazioni tra la morale ed il diritto nella teoria giusnaturalistica, Antonio Truyol Serra segnala che, pur essendo ordini normativi distinti, si trovano in relazione tra loro, e la distinzione concettuale non presuppone né implica separazione: "...La compenetrazione tra entrambi gli ordini raggiunge la sua massima espressione nella *morale sociale*, che determina i doveri degli uomini in quanto membri della società, e che presenta la relazione più stretta con il

diritto naturale. Di fatto, i suoi oggetti materiali rispettivi quasi coincidono, però, è possibile una distinzione secondo quello formale rispettivo. In effetti, seguendo gli Scolastici, si può affermare che, mentre la legge naturale include tutti i precetti morali e tutto il diritto naturale, quest'ultimo è solo la parte relativa alla vita dell'uomo nella società" (antonio truyol serra, *Fundamentos de derecho natural*, Seix, Barcellona, 1954, pp.4 ss.).

Per Joaquín Ruíz Giménez, la filosofia della istituzione rappresenta una forma storica della riflessione cristiana sul diritto, che implica, nei suoi stessi presupposti, la relazione del diritto con la legge naturale. Quest'ultima, "...essendo partecipazione razionale della legge eterna, porta a radicare il giuridico con l'ordine totale dell'universo creato" (joaquin ruíz giménez, *La concepcion institucional del derecho*, Iep, Madrid, 1944, p.49). Nella sua opera *Derecho y vida humana*, Ruíz Giménez scrive che "...l'esistenza dell'uomo, per svilupparsi armonicamente, deve instaurarsi in un ordine morale, che è la concrezione di quello cosmico" (joaquin ruíz giménez, *Derecho y vida humana. Algunas reflexiones a la luz de Santo Tomas*, Iep, Madrid, 2a. ed., 1957, p.74). Il pensiero contemporaneo - secondo Ruíz Giménez - presuppone un processo di integrazione della filosofia del diritto con l'etica, ove predomina il punto di vista della relazione personale tra il *comportamento dell'uomo* ed il *suo supremo destino*, mentre, "...nella filosofia giuridica, predomina il punto di vista sociale della relazione del comportamento umano con il bene comune".

"...Il diritto naturale - per Ruíz Giménez - è l'insieme di valori e principi universali, conosciuti alla luce dell'intelligenza naturale, che informano la realtà giuridica in quanto si esigono dalle inclinazioni fondamentali della natura razionale umana" (joaquin ruíz giménez, *Introduccion a la filosofia juridica*, Epesa, Madrid, 2a ed., 1960, pp.179, 287-289).

Una delle affermazioni più risolte del conseguimento etico del Giusnaturalismo classico si deve al professor Luño Peña. Nel 1954, in occasione del discorso di apertura del corso nella Università di Barcellona, Luño si appropria ad uno dei temi cruciali del diritto naturale contemporaneo: con la sua *Moral de la situación y derecho subjetivo*, egli pretende di essere la risposta contro coloro che, dalle prospettive esistenzialistiche atee, propugnano la valutazione del contingente e del soggettivo in cima ai principi universali immutabili ed oggettivi, come supreme norme regolatrici dell'ordine morale. Peña, infatti, sostiene che il Soggettivismo etico estremo, necessariamente relativista e volontarista, conduca alla disintegrazione dell'ordine morale ed al disconoscimento di qualunque principio oggettivo superiore all'arbitrio individuale nella determinazione della legge etica.

L'elemento comune del pensiero fin ora esposto dai diversi autori è la quasi totale adesione della dottrina giuridica spagnola agli schemi del Giusnaturalismo tomista.

2.1.3. *Il diritto naturale spagnolo dal 1960 ad oggi.*

Negli anni 1960-1970 affiorano sì nuove concezioni giusnaturalistiche, che in alcuni casi rappresentano la continuazione delle tesi anteriori, mentre in altri devono reputarsi posizioni originali, ma, soprattutto, si ha il rinvigorimento delle posizioni giuspositiviste.

José Luis Aranguren, nel 1962, pubblica la sua opera dal titolo *Un concepto funcional del llamado derecho natural*, ove accetta il diritto naturale soltanto in quanto esso porta in sé l'esigenza giuridica di mantenere il diritto aperto alla realtà storica culturale, politica e sociale. Egli individua diversi piani nella normatività: quello del diritto naturale come esigenza etico-sociale del diritto positivo; quello del diritto positivo come costitutivamente morale; e, da ultimo, quello del diritto positivo come meramente tecnico.

L'etica sociale tecnica è, per Aranguren, iscritta nelle strutture giuridico-amministrative, è *virtù* istituzionalizzata, secondo ciò che conviene allo Stato, e non più l'espressione di un ordine trascendente alla positività così come appare nella concezione giusnaturalista.

Il diritto naturale si presenta come dimensione morale e, allo stesso tempo, come istanza rigorosamente giuridico-positiva del diritto.

Il professor González Vicén, nell'esposizione delle sue principali prospettive dottrinali, si schiera risolutamente verso l'attitudine giuspositivista, sostenendo che "...il giuspositivismo non presupponga solo la negazione del diritto naturale in quanto manifestazione di principi, ma implichi anche una diversa concezione del diritto... caratterizzata dal concepirlo come un fenomeno storico, un ordine reale e concreto nel tempo" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.123-186), pp.169-170).

Egli distingue, nel seno del Positivismo giuridico, tre direzioni fondamentali: storicista, normativista e realista americana.

Da una tale concezione derivano due conseguenze: la prima è di carattere metodico e consiste nella considerazione del diritto positivo quale fenomeno storico-sociale; la seconda ha il suo riferimento nell'essere giuridicamente vincolante. Quest'ultima permette che qualsiasi precetto, anche il più iniquo, sia considerato cogente, purché rivesta i caratteri formali richiesti: le categorie gnoseologiche del diritto diventano imperativi assoluti per la coscienza individuale.

Vicén, pertanto, formula una teoria generale del diritto, una vera concezione dell'ordinamento giuridico e delle norme.

Nel 1968, appare la *Introduccion al derecho* del romanista Angel Latorre, dove l'autore afferma di non aderire al movimento Giusnaturalista. La sua *Introduccion* pretende di essere "...un'apologia del diritto per sé, della sua importanza per la convivenza e della sua forza normativa".

Fedele alla linea dottrinale del Positivismo, Latorre stabilisce "...una netta separazione tra la morale ed il diritto"; considera "...la coazione come elemento essenziale della definizione generale del diritto" (angel latorre, *Introducción al derecho*, Ariel, Barcelona, 1968, pp.6, 24-25, 33-34); e crede inutile negare il nome di diritto ad un sistema che é autonomo nel senso che basta a sé stesso per la sua sanzione: chi viola la norma giuridica deve soffrire le conseguenze legali di quello, sebbene lo faccia in nome dei più elevati ideali.

Latorre, d'altra parte, manifesta la sua aperta simpatia per la tradizione umanistica e liberale, il cui principio essenziale é l'idea kantiana secondo cui ogni essere umano é un fine in sé e non deve servire da strumento a niente e nessuno; in questo aspetto egli è giusnaturalista. Commenta a riguardo il professor Mario A. Cattaneo: "...L'Illuminismo giuridico nel quale Latorre sembra volere chiarire il suo pensiero si articola su due principi: uno giusnaturalista, tendente alla difesa razionale ed umanitaria della soggettività; l'altro positivista, diretto a fondare l'obbedienza assoluta nel potere legislativo sovrano" (mario a. cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milano, 1966, p.13; guido fassó, *Storia della filosofia del diritto*, vol. 2, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 241; perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p. 175).

Manuel Sacristán, da una prospettiva marxista, considera il Giusnaturalismo ed il Positivismo giuridico come posizioni meramente ideologiche, occultatrici della pratica e dirette alla funzione apologetica dell'ordine esistente. Circa il Positivismo giuridico, egli osserva come questo ordini la completa resa innanzi alla forza, mentre il Giusnaturalismo, nella sua situazione attuale, tra nostalgia arcaizzante ed ambizione imperialista, è contrario alla costituzione del socialismo, e "...diretto all'elogio dell'ordine giuridico esistente" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p. 176).

Ma, uno degli aspetti più comuni della letteratura moderna sul diritto naturale é il riconoscimento unanime, realizzato anche dalle prospettive marxiste, della sua funzione storica ed ordinatrice, stabilendo un limite razionale all'arbitrio di colui che esercita il potere: da ciò deriva l'importanza del suo ruolo nella rivendicazione storica della dignità umana, che porta il Giusnaturalismo in aperta opposizione di fronte alle legislazioni positive.

Su tali temi si sofferma anche l'attuale titolare della cattedra di filosofia del diritto nell'Università di Deusto, Angel Sánchez de la Torre, nell'opera intitolata *Los griecos y el derecho natural*, e nell'articolo *Observaciones sobre la ciencia iusnaturalista*, mentre i professori Ramon Macía ed Emilio Serrano Villafañé si occupano delle relazioni tra il diritto naturale e quello positivo.

La tematica della ‘natura delle cose’ suscita l’interesse dei professori Mariano Hurtado Bautista, Francisco Puy, José Maria Rodríguez Paniagua ed Elías Díaz, che si occupa della dimensione sociologica del diritto naturale, tema studiato, allo stesso tempo, da Luis García San Miguel.

Il problema della storicità del diritto naturale viene trattato nei lavori di José Maria Díez Alegría, José Delgado Pinto e Jaime Brufau Prats, professore di Barcellona che crede di trovare nella tradizione giusnaturalista scolastica una risposta armonica alla secolare tensione tra natura e libertà, tra il permanente e lo storico nella determinazione della pienezza dell’essere giuridico.

Altri lavori sul diritto naturale si devono ad Agustín de Asís Garrote, Nicolás María Lopez Calera, Juan José Gil Cremades, Jesús López Medel ed ai professori Emilio Serrano Villafañé, Manuel Fernández Escalante, Vladimiro Lamsdoff Galagane.

"...Per ciò che mi concerne -conclude Perez-, la problematica del Giusnaturalismo nei suoi diversi aspetti -fondamento giuridico, investigazione delle sue radici dottrinali e ripercussione nell’esperienza giuridica- é stata fin ora la questione che, in misura maggiore, ha affascinato la mia vocazione giusfilosofica. Anche nell’occuparmi di altre materie, come possono essere le relazioni tra diritto comparato e filosofia del diritto, o la proiezione dello strutturalismo e la cibernetica del diritto, l’ho fatto sempre attraverso i principi della nostra tradizione giusnaturalista...; la continuità, anche nel XX secolo della tradizione giusnaturalista spagnola, legata ai principi della *philosophia perennis*, é il migliore contributo alla storia generale della filosofia del diritto, a cui hanno partecipato uomini come Juan Vallet de Goytisolo" (perez luño, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p. 183).

2.1.3.1. La vigencia del diritto naturale in Spagna.

Il diritto naturale classico spagnolo è, secondo Elías de Tejada, "...il risultato della fusione tra il potere divino del Creatore e la libertà delle creature razionali, nella tensione drammatica di un destino trascendente, inteso come conquista della natura che ragiona, sceglie, assume responsabilità personale ultraterrene nella sua azione di decidere entro alcuni limiti proposti dalla ragione, e capta l’ordine universale voluto da Dio" (francisco elias de tejada, Discorso d’apertura delle Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, pp.18, 19).

Dal secolo XVII, la storia ha diviso gli uomini, o meglio, questi si sono dimostrati sempre più nazionalisti ed individualistici, ma un tempo i nostri avi, che ci fecero essere ciò che siamo adesso, lavorarono all’unisono, prudenti e geniali, nella grande impresa di difendere la libertà dell’uomo

contro l'agonia e l'angustia della tragica lotteria della salvezza insita nella predestinazione proclamata da Lutero.

La spaccatura inevitabile dell'unità politica causò la discrepante disposizione dei nostri cuori. Però, mai dobbiamo dimenticare la comune ed agguerrita impresa di cultura con cui si è riusciti a salvare l'universalità cattolica... Da Lecce fino a Lima, da Dola fino a Siviglia, da Luanda fino a Malta, da Donai fino a Salamanca, ci fu una guerra per la fede, che, nell'ambito del diritto, fu la guerra in difesa del diritto naturale cattolico".

Non è mera evocazione nostalgica, e neppure desiderio di calcare i passi degli avi, ma, come infonde il gesuita Claudio Clemente nel *El maquiavelismo degollato por la christiana sabiduria de Espana*, agli eccessi dell'Idealismo bandito dalla realtà, è necessario contrapporre le opinioni concise di Baltasar Alamos de Barrientos; alla tirannia, la soggezione dell'autorità alle leggi del gesuita Juan de Mariana o dell'agostiniano Jean Màrquez; alla distruzione della società tutta, implicita nella teoria bondiana della sovranità, la suprema autorità dentro l'ordine giuridico, che postula l'aragonese Gaspar de Anas Isunza.

Così, "...mentre da Grozio, il grande secolarizzatore dell'intellettualismo tomista, o da Hobbes, il grande secolarizzatore del volontarismo scotista, fino alle nuovissime antropologie strutturali di Levi-Strauss, tutto l'intero impegno del pensiero europeo è consistito nella scimmiesca imitazione del diritto naturale cattolico,...per noi stessi Dio è Creatore dell'ordine dell'universo ed è l'unica sorgente possibile di una giustizia scritta di suo pugno, onnipotente, nell'ordine delle cose e degli esseri che compongono l'universo mondo" (francisco elias de tejada, Discorso d'apertura delle Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., pp.20-21, 24-25).

Heinrich Rommen, con il titolo di un suo celebre libro, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, sottolinea come su pergamene, papiri, manoscritti o libri, siano fin da sempre corsi fiumi d'inchiostro per affermare o negare l'esistenza di un ordine giuridico collocato al di sopra delle leggi positive: nella conoscenza del diritto, non c'è questione più importante, né tema con maggiori scuole politiche o sociologiche, del voler attribuire a Dio l'ordine universale oppure no. Solo dalla risoluzione di tale quesito, d'altra parte, dipende la gerarchia dei valori umani, con le sue deduzioni giuridiche che assicurano i due grandi diritti dell'uomo, la sua libertà e la sua dignità, nonché la sicurezza giuridica e l'etica come spirito giusto del diritto.

Alla giustizia, fallibile in quanto ordinata dagli uomini imperfetti, serve proprio la giustizia di Dio, nel segno di quella divergenza che separa il finito dall'Infinito stesso.

"...Contro queste certissime verità, la tecnocrazia pretende di ostacolare, con rigidi burocratismi, i giudizi che la retta ragione dell'uomo va sempre facendo sul diritto naturale stabilito da Dio, così che questi impedimenti permettano solo ad una classe di uomini di poterlo interpretare, sebbene

con i suoi propri criteri, in modo tale che non si avrà altro diritto naturale che quello che la classe qualificherà come tale, sovrapponendosi a Dio stesso" (francisco elias de tejada, Discorso d'apertura delle Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p.35), che ha dotato, invece, ciascun uomo dello stesso criterio.

2.2. Il diritto naturale continua a vivere: ciò che permane e ciò che è storico.

Fin da Antigone, e dalla speculazione sofista intorno al *nomos* ed alla *physis*, pretendendo di raggiungere un concetto del diritto e della giustizia che lo fossero 'per natura', è nato il problema del diritto naturale, la cui prima formulazione si deve ad Aristotele, con la sua distinzione tra *justo natural* e *justo legal* ("giusto naturale" e "giusto legale").

Roma, per mezzo dei suoi giureconsulti, accetta la tradizione greca, includendola per sempre nella sua immortale giurisprudenza, collocandola sullo stesso piano oggettivo dello *jus civile*, e plasmandola in definizioni.

Nei secoli XVI e XVII, apogeo della Scolastica spagnola, data l'importanza politica della Spagna, si rende necessaria la risoluzione di problemi come la strutturazione politica e l'ordinamento giuridico della metropoli e dei ricchi e vasti possedimenti appena scoperti.

Emergono, proprio in questa atmosfera di ricerca, le grandi figure di Vitoria, Soto, Bañé, Cano, Molina, Vásquez, Sepúlveda, Lugo, Salón, Medina e, colosso della filosofia spagnola e mondiale, il "doctor eximio" Francesco Suárez, con il suo geniale trattato *De legibus*.

Lo spagnolo Villafañe afferma che "...Il fatto di aver negato a questo diritto naturale la sua relazione con l'ordine morale, comporta deviazioni, sia verso un diritto naturale *troppo naturale* con Grozio, Pufendorf o Thomasius, sia verso un diritto naturale *troppo razionale* con Kant, Fichte, Schelling o Hegel".

La Scuola Storica, il Positivismo ed il Neopositivismo "...attaccano un diritto naturale individualista e razionalista" (emilio serrano villafañe, "Lo permanente y lo historico en el derecho natural", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973, (pp.99-122), p.102).

Ancora oggi, accanto ad un'innegabile rinascita del diritto naturale, si assiste ad un rinvigorimento del diritto positivo, con la sua **accusa di astoricità o di antistoricità nei confronti del diritto naturale**.

Il conflitto natura-ragione, ragione-storia, è uno dei leit-motive principali della filosofia del diritto, è il problema delle relazioni tra l'immutabile ed i dati contingenti e mutevoli, nell'elaborazione dell'ideale di giustizia: da Eraclito e Platone a Hegel, da Aristotele e Vico alla Scuola Storica ed all'Empirismo dei nostri giorni, la disputa si prolunga lungo tutti i secoli.

"...Sono i partigiani della ragione, e sono, nella filosofia moderna, coloro che si chiamano i *classici* del diritto naturale (anche se, in realtà, sono i

razionalisti), e cioè Grozio, Pufendorf, Thomasius ed altri. Questi, con disprezzo per l'elemento vitale e storico, incorrono nel paradosso di fondare il diritto naturale su considerazioni empiriche (*l'appetitus societatis* in Grozio, *la imbecillitas* o il senso di debolezza in Pufendorf, il desiderio di felicità in Thomasius) e cioè, su un fenomeno reale che è assolutizzato fino ad essere trasformato in fondamento di un sistema normativo" (emilio serrano villafañe, "Lo permanente y lo historico en el derecho natural", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., pp.104-105).

Gli autori giusnaturalisti contemporanei difendono il diritto naturale dall'accusa di antistoricità o astoricità, basandosi, generalmente, sulla dottrina tomista e suareziana della mutabilità ed immutabilità del diritto naturale: la legge naturale, nei suoi principi primi, è assolutamente immutabile, però, quelli secondi possono ammettere variazione e la ragione di questo cambiamento ha radici nella defettibilità della natura umana" (san tommaso, *Summa Teologica*, 1a-2ae, q.90 e ss.). I principi primi, quindi, per San Tommaso, sono assoluti ed universali; al contrario, le conclusioni sono regolate dalle circostanze, perché la ragione dà alle sue regole la flessibilità necessaria per adattarsi alle contingenze dei casi concreti.

Goytisolo afferma che, per San Tommaso, la legge naturale non si esaurisce nei principi primi, ma si estende a quelli che derivano dalla legge naturale attraverso le conclusioni. I precetti secondi, allora, derivano dai principi universali e, così come questi possono essere cancellati dai cuori degli uomini a causa delle loro passioni, così quelli possono essere disconosciuti a causa di cattive persuasioni o cattive usanze.

Vi sono, inoltre, i precetti di terzo grado che derivano da quelli di secondo e che considerano le conclusioni più remote e lontane.

Il non aver tenuto in considerazione questa gradualità della legge naturale è l'errore del Giusnaturalismo Razionalista, che procede solo deduttivamente, *more geometrico*. E, se è certo che il valore normativo di una regola di geometria è indipendente dai casi concreti in cui essa si realizza, al contrario, una regola morale ha valore solo in quanto considera e riconosce le circostanze e le esigenze particolari.

Si può, allora, affermare con onestà scientifica, che questo diritto naturale è *omnino inmutabilis* (del tutto immutabile), astorico o, addirittura, antistorico? Che questo diritto naturale, il cui contenuto si va scoprendo per mezzo dell'osservazione, è *pietrificato, incatenato, immutabile*, come sostiene Guido Fassò? Risponde con fermezza Villafañe: "...Al contrario, è un diritto naturale *flessibile ed adattabile* nelle sue applicazioni storiche" (emilio serrano villafañe, "Lo permanente y lo historico en el derecho natural", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p.119).

Successivamente a San Tommaso, Suárez segue la dottrina secondo cui i precetti primi più generali della legge naturale sono totalmente immutabili, ma estende questa qualità anche ai secondi, più concreti, ed alle

conclusioni, più remote, sempre che comandino o proibiscano, rispettivamente, ciò che è buono o cattivo secondo la natura razionale.

Nessuno dei due autori, però, elabora un codice di diritto naturale completo di principi e di precetti che, secondo la ragione, deve valere in tutti i popoli ed in tutti i tempi; sia Suárez che San Tommaso, infatti, affidano questo compito al *necessario diritto naturale*.

Il Giusnaturalismo Razionalista del XVII secolo, invece, porta ad una conseguenza inevitabile: o il diritto naturale è superfluo, oppure lo è il diritto positivo; e, siccome il Positivismo non può sopprimere il secondo, si nega l'esistenza del primo. Tale dottrina, allora, si rivela falsamente definita *giusnaturalistica*: anzi, essa è l'unica alla quale si può criticare, con ragione, di essere astorica.

A questo Razionalismo si oppone presto lo Storicismo del XIX e XX secolo, un altro avversario del diritto naturale, forse ancora più agguerrito del Positivismo.

"...Una prudente e moderata posizione, allora, sebbene con marcate sfumature storiciste, è rappresentata da alcuni giuristi contemporanei e da coloro che, nell'attualità -secondo Villafaña- seguono la dottrina tradizionale della *philosophia perennis*, come Rommen, Del Vecchio e Arthur Kaufmann, che parlano di un diritto naturale come sistema di principi immutabili, non dimenticando però che, se Aristotele e Cicerone, San Tommaso e Suárez parlano di principi immutabili, parlano anche di quelli fondamentali dell'ordinamento giuridico, adeguati alle situazioni storiche e ai dati empirici".

Il contenuto del diritto naturale non è qualcosa che può lasciarsi all'assoluto arbitrio dell'uomo, ma, nella sua determinazione, deve attenersi e sottomettersi a limiti imposti dalle esigenze della propria natura umana, individuale e sociale. Si afferma, così, *ciò che permane* del diritto naturale.

Il contenuto del diritto naturale, però, non è neppure determinato una volta per sempre, qualsiasi siano le circostanze, ma bisogna definirlo nella società e nella occasione esistenziale storica. "...In questo senso -conferma il giurista filosofo italiano Giuseppe Lumia - si può parlare di *storicità* del diritto naturale" (emilio serrano villafaña, "Lo permanente y lo historico en el derecho natural", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., p.114).

Essa non va intesa nel senso voluto dagli storicisti, di variabilità dei suoi principi in funzione delle situazioni contingenti, ma nel senso che i principi del diritto naturale, in sé dotati di validità assoluta, incontrano sul terreno storico la materia per la loro determinazione concreta e, solo allora, assumono un contenuto concreto.

Si potrebbe parlare, allora, di *relatività* del diritto naturale, ma non certo per porre in dubbio la validità permanente ed universale del suo valore giuridico: "...Il diritto naturale non è antistorico - dice il professor Reginaldo Pizzorni -, ma in movimento costante, anche se gli riconosciamo

una intrinseca immutabilità, considerata oggettivamente ed ontologicamente".

"...Armonizzare gli immutabili principi del diritto naturale con il movimento dinamico della storia e con le mutevoli applicazioni, attraverso il diritto positivo, è progresso ed equilibrio che corrisponde alla legge di Dio ed a tutti gli interessi dell'umanità per il vero trionfo del diritto" (emilio serrano villafañe, "Lo permanente y lo historico en el derecho natural", in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., pp.116, 117, 121-122), conclude Villafañe.

2.2.1. Valore e missione del diritto naturale cristiano nell'attualità'

Giovanni Ambrosetti (giovanni ambrosetti, *Valore e missione del "Diritto naturale"*, intervento nelle Jornadas Hispánicas organizzate da Tejada nel 1973, in *El derecho natural hispanico*, Escelicer, Madrid, 1973, pp.263-286) parla del valore e della missione del diritto naturale cristiano di oggi. La domanda che si pone è: "...si può parlare di diritto naturale cristiano? C'è un diritto naturale cristiano?"

L'Autore non lascia dubbi a riguardo ed esordisce, nel suo intervento dal titolo *Valore e missione del diritto naturale cristiano nell'attualità*, con una risposta decisamente affermativa: "...nella cultura moderna, e soprattutto nella civiltà contemporanea, l'espressione *diritto naturale* esprime, in modo particolare, una corrente di pensiero: la dottrina del Diritto della Natura...che nasce con Grozio e porta a Rousseau ed a Kant", ma non è il vero diritto naturale sviluppato nel seno della tradizionale scolastica dell'antica *philosophia perennis*, quanto piuttosto una dottrina razionalista, individualista ed antistorica.

Oggi si vorrebbe negare l'esistenza di una filosofia fondamentale avente una base nel Cristianesimo, ma, in realtà, ciò non è possibile, in quanto, "...la sintesi diritto naturale-Cristianesimo non solo è legittima, ma anche spontanea" (giovanni ambrosetti, *Valore e missione del "Diritto naturale"*, in *El derecho natural hispanico*, Op. cit., pp.264-265, 267-268).

Il *diritto naturale cristiano*, infatti, rappresenta una dialettica tra l'elemento sovranaturale (teologia) e l'elemento filosofico dell'intelligenza e della volontà elevata dalla Grazia, una fusione di intelligenza, di esperienza e di vita, ma non solo questo, perché il Cristianesimo non resta in una posizione intellettuale, ma penetra completamente nella vita dell'uomo.

Esaminando gli aspetti delle Verità rivelate, che concernono particolarmente il diritto e la giustizia, si rileva quanto essi riescano ad influenzare la stessa dottrina e la sua possibilità di trasformare la vita umana, quali il concetto della dignità della natura umana, oggetto di un disegno di Grazia e di amore infinito da parte di Dio, che permette la rivalutazione del concetto di *persona umana*; la nuova solidarietà morale e spirituale del genere umano, chiamato alla salvezza solidale ed universale;

ed infine la società spirituale, il corpo mistico di tutti i credenti, nel quale detta solidarietà incontra una forma concreta.

Queste Verità, che influenzano il diritto ed anche la politica, convertendosi in temi di lavoro intellettuale, così come in temi di vita, mostrano ciò che è la *dialettica spirituale*, che caratterizza il diritto naturale cristiano: solo essa, infatti, è sintesi che si cala nella realtà dell'uomo e la influenza.

La storia del diritto naturale cristiano, allora, manifesta l'armonia dottrinale dell'incontro tra ragione, teologia e storia, sottolineando l'aspetto nella teologia razionale cui anche Juan Vallet de Goytisolo dà molta importanza.

2.3. Juan Vallet de Goytisolo ed il Giusnaturalismo della sua epoca

Il Giusnaturalismo, in Spagna (estanisla cantero, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Jaun Vallet de Goytisolo*, Madrid, 2000, pp.701-718), è predominante fino all'inizio dell'ultimo quarto del XX secolo e si mantiene vivo fino ai nostri giorni, in molti degli autori successivi (sebbene, da allora, anche il Positivismo, teorizzato da pochi tra i professori di filosofia del diritto, si converte in qualcosa di più fiorente).

L'instaurazione di un sistema democratico in Spagna è causa della frammentazione del Giusnaturalismo spagnolo (Giusnaturalismo *forte*) ed origine di ciò che si può definire come Giusnaturalismo debole o *light*: la democrazia che instaura la Costituzione è quella moderna, nella quale non resta niente fuori dall'ambito del decidibile.

Anche dal punto di vista teorico, è impedita la formazione al senso pedagogico ed educativo del diritto naturale, che permetterebbe la crescita di coscienze capaci di criticare i gravi difetti delle condotte sociali e delle regolamentazioni legali. Così, il diritto naturale finisce per sembrare una mera opinione ed il Giusnaturalismo un'ideologia in più rispetto alle altre possibili.

Il Giusnaturalismo autentico (classico, spagnolo o cattolico) viene confuso con quello moderno, nato a partire dalla riforma luterana.

Il consenso è diventato il fondamento del diritto naturale: esigenza basilare che deve presiedere il processo di *positivizzazione* dei diritti umani, poiché "...la legge li delimita e controlla" (Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp.208-209, 159 e 152).

Cantero ritiene che il Giusnaturalismo debole proceda dall'aver preteso d'integrare nel suo profondo una democrazia, quella moderna, incompatibile nei suoi fondamenti, con il Giusnaturalismo autentico, *tout court*, credendo -come è per Ollero Tassara- che non possa esservi democrazia senza diritto naturale e viceversa.

Come dice Giovanni Cantoni, "...il pensiero Giusnaturalista debole, affermando l'impossibilità di enunciare verità assolute, lascia nell'indigenza i più deboli, senza difesa davanti ad un relativismo etico, che, nel campo politico, si traduce in totalitarismo, riducendo tutta la realtà all'ambito del negoziabile e sottomettendola all'imperio della maggioranza" (giovanni cantoni, in IDIS, Istituto per la Dottrina e l'Informazione sociale, *Voci per un "Dizionario del pensiero forte"*, ed. Cristianità, Piacenza 1997, pp.11-12).

Nella relatività che si afferma, *tutto diventa possibile, e cioè tutto è indifferente*; l'opinione è sostituita alla scienza ed alla filosofia, conseguenza della rinuncia al diritto naturale autentico.

A questa, che è una tendenza generalizzata, ma non assoluta, si affiancano alcuni autori, come Juan Vallet de Goytisolo che, sotto l'influenza del Realismo, sono portati a sostenere una concezione del diritto come giusto, ove, oltre l'opinabile, vi è l'indecidibile.

Il Realismo giuridico di Vallet, allora, finisce per contribuire non solo al mantenimento del Giusnaturalismo autentico, ma anche alla sua "rinascita" nei giorni presenti: in Spagna, infatti, egli è il primo - e per molti anni rimane l'unico - a rivendicare la concezione realista del diritto nella totalità delle cose (nella elaborazione legislativa, nella determinazione del giusto concreto, e, soprattutto, nella considerazione della natura come fonte del diritto).

Vallet evidenzia anche un altro aspetto del tutto nuovo, cioè, il concepire l'ordinamento come una pluralità di ordini giuridici originati dagli organi produttori delle fonti formali, secondo la connaturale diversità dei corpi intermedi nella società, secondo le rispettive sfere di competenza.

Tale concezione sociale non costituisce un sistema propriamente detto, ma un'arte, nella quale ogni situazione presuppone la fonte o le fonti necessarie per incontrare la soluzione corretta.

Il Nostro ritiene, inoltre, che l'impulso e l'iniziativa debbano restare liberi per mantenere l'indipendenza del pensiero, nella sottomissione alla realtà. Solo così, nel Realismo, natura e ragione, necessità e libertà, morale e diritto, dovere e facoltà di agire e tanti altri termini, modernamente contrapposti, incontrano il loro posto proprio nell'armonia di un ordine che è naturale.

CAPITOLO 3
IL PENSIERO FILOSOFICO-GIURIDICO
DI JUAN VALLET DE GOYTISOLO

3.1. Il presupposto ontologico, gnoseologico ed assiologico del pensiero di Vallet: *l'ordine naturale*

Il pensiero giuridico di Juan Vallet de Goytisoló poggia su alcune realtà che, sinteticamente, si possono ridurre al tema dell'*ordine naturale* e della sua conoscenza.

Nella filosofia del Nostro, "l'ordine naturale" posto da Dio nella sua opera creata occupa un posto fondamentale ed è un costante punto di riferimento. Vallet utilizza l'espressione *ordine naturale*, ma anche "...ordine della natura" (J. Vallet de Goytisoló, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.490), oppure "ordine delle cose"; in altre occasioni, poi, impiega "ordine naturale delle cose" oppure "ordine nelle cose". Tutte queste frasi, per lui, hanno un significato univoco e si riferiscono alla medesima realtà, tant'è che vengono spesso impiegate come sinonimi.

In una delle prime opere di Vallet in merito al diritto naturale, *Panorama del derecho civil*, il suo concetto di ordine naturale risulta coincidere con quello dell'Aquinate: "...la retta disposizione delle cose al loro fine o secondo l'ordine della Creazione... preesistente nella mente di un Dio creatore, come un archetipo inserito nel Cosmo, che si deve andare a scoprire nelle cose, giacché si sviluppa crescendo, ma può anche cancellarsi dai cuori degli uomini" (J. Vallet de Goytisoló, *Panorama del derecho civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963, pp.27-28, 40 e 51); esso è un "...ordine che non bisogna inventare, né elaborare artificialmente (...), ma scoprire interrogando la natura -come faceva Aristotele-, cercando in essa l'ordine tracciato dalla mente di Dio, nella forma che risulti più adeguata alle circostanze concrete che si presentano". Si tratta "...dell'ordine posto da Dio nella sua opera creata" (J. Vallet de Goytisoló, "El orden natural y el derecho", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.53-54 (1967), ripreso in *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, p.18).

Seguendo il pensiero classico di Aristotele o di Cicerone, e specialmente di San Tommaso d'Aquino, Vallet conclude che "...l'universo, cioè il mondo nel quale vivono gli uomini, non è un caos, né è il caso ciò che lo governa, e neppure dipende dalla nostra opinione, ma è stato stabilito da Dio ed è retto dalla legge eterna, e gli uomini ne partecipano come causa seconda, scoprendo le leggi che reggono le cose ed agendo conformemente ad esse" (J. Vallet de Goytisoló, "Las fuentes del derecho según Santo Tomás de Aquino" e "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.135-136, 1975, entrambi in *Estudios sobre fuentes del*

derecho y método jurídico, Op. cit., pp.222-224 e 379-380; *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 80, 21 e 90-91).

Questo non significa che il caso non esista, o che l'uomo non agisca in senso contrario a quello dovuto: "...Le leggi di Dio - dice Vallet - non sono di un determinismo rigido, ma lasciano un certo spazio al rischio ed alla libertà dell'uomo, sebbene tutto debba comunque restare dentro il proprio ordine universale". E continua: "...se la natura si reggesse per mezzo di un determinismo rigido non esisterebbe libertà e neppure caso. Tutto sarebbe predeterminato. Sarebbe anche difficile differenziare Dio dalla natura. Se non esistesse altro che il caso mancherebbe l'ordine e tutto risulterebbe imprevedibile ed irregolare. Senza ordine razionale non esisterebbe neppure arbitrio, ma solo irrazionalità; perciò, in un essere razionale, la libertà richiede l'uso della ragione per segnalare sia i fini che i mezzi nei quali può svilupparsi e può consigliare come agire" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p.53). Circa il caso, concordemente a San Tommaso, J. Vallet de Goytisolo afferma che esso è costituito da tutte quelle cause particolari che si verificano fuori dal proprio ordine "...ma non, quindi, come se qualcosa si possa realizzare totalmente fuori dall'ordine del governo divino" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.54; san tommaso d'aquino, *Suma Teológica*, 1, q.103, a.7, ad.1 e ad.2, BAC, Madrid, 1959, p.79).

3.1.1. Come si manifesta l'ordine naturale. L'incidenza religiosa.

J. Vallet de Goytisolo dice che: "...L'uomo, a causa della sua limitatezza, non può conoscere l'*ordine naturale* nella sua totalità" (J. Vallet de Goytisolo, "El orden natural y el derecho" e "Controversias en torno al derecho natural", in *Verbo*, Speiro, Madrid, n.90, dicembre 1970, pp.929-956, entrambi ripresi in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp.18, 32), "...sebbene ad esso si avvicini attraverso una duplice via: quella della rivelazione e quella del diritto naturale" (J. Vallet de Goytisolo, "Derecho, poder y libertad", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn. 87-88, agosto-sembriembre-octubre, 1970, pp.601-627).

Tale affermazione si riferisce al radiomessaggio del 1 giugno 1941 di Pio XII, *La solemnitá*, nel quale il Papa, nel cinquantésimo anniversario della *Rerum Novarum* di Leone XIII, afferma che "...é competenza della Chiesa, laddove l'ordine sociale giunge a toccare il campo morale, giudicare se le basi dell'ordine sociale esistente siano concordi con l'ordine immutabile che Dio Creatore e Redentore ha promulgato per mezzo del diritto naturale e della rivelazione; doppia manifestazione alla quale si riferisce Leone XIII nella sua enciclica. E ciò con ragione, dato che i consigli del diritto naturale e le verità della rivelazione nascono come due ruscelli di acqua non contrari, bensí concordi, dalla stessa fonte divina...". In termini identici,

quasi vent'anni piú tardi, in una epigrafe intitolata *Dio come Autore di chi trascende il diritto*, scrive Vallet: "...Nella tradizione giuridica cattolica, Dio, Creatore ed Ordinatore della natura e dell'uomo (...), é anche Autore del diritto che ha lasciato insito in tutta la sua opera creata; in essa é incisa la sua *legge eterna* e di questa ha reso partecipe l'umana creatura mediante la *legge naturale*, che ha scritto nel suo cuore e chiarito con la rivelazione della *legge divina positiva*.

E cioè, se Dio, da una parte, ha manifestato *direttamente* la sua legge all'uomo, per mezzo della rivelazione; dall'altra, Egli l'ha lasciata comunque tracciata nella sua stessa opera creata, vale a dire nella natura retta dalla legge eterna e, piú specificatamente, nell'uomo, nella cui coscienza ha impresso la legge naturale" (J. Vallet de Goytisoló, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp.79-80).

Il compito dell'uomo, allora, non consiste nel creare diritto: esso già esiste, "...L'uomo, però, serve per cercarlo, per scoprirlo e per adeguare ad esso il proprio comportamento, nonché le istituzioni" (J. Vallet de Goytisoló, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, pp.17-18, ed *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp. 223-224); questa scoperta, infatti, é "...opera soltanto della ragione dell'uomo" (J. Vallet de Goytisoló, "Controversias en torno al derecho natural", in *Verbo*, Op. cit., riportato in *En torno al derecho natural*, Op. cit., pp.27-28; "Derecho, poder y libertad", in *Verbo*, Op. cit., p.610).

Perciò, non si deve pensare che l'allusione alla rivelazione come manifestazione o fonte dell'ordine naturale faccia di Vallet un teologo: "...La fonte del diritto e dell'ordine naturale non é immediatamente la rivelazione" (J. Vallet de Goytisoló, *En torno al derecho natural*, Op. cit., pp.9-12) e, di conseguenza, non la si deve cercare nel Vangelo.

Riconoscendosi conforme alla dottrina cattolica autentica, Vallet afferma che "...Dio é la causa, il fondamento remoto, Autore di tutte le cose create, ma l'ordine naturale, manifestandosi nella natura, é alla portata di tutti gli uomini, cattolici e non" (estanislaó cantero núñez, "Origen y fundamento del poder y la autoridad", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.285-286, mayo-junio 1990, pp.622-632; "Razón de la doctrina social de la Iglesia", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn. 297-298, agosto-septiembre 1991, pp. 929-939).

"...Vero é, però, che noi cattolici, sul piano della fede e della morale, abbiamo anche la dottrina infallibile della Chiesa, dato che l'ordine soprannaturale costituisce un aiuto inestimabile e la morale cattolica é morale di perfezione, rispetto a quella naturale" (estanislaó cantero, "Moralidad, pluralismo y bien común", in *Europa e bene comune. Oltre moderno e postmoderno* (edizione a carico di danilo castellano), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp.115-123; in riferimento anche alla enciclica *Veritatis splendor* di Giovanni Paolo II, ripresa in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.335-336, mayo-junio 1995, pp.519-544).

Quale é, perciò, il ruolo della rivelazione e quali sono le limitazioni che impone la professione di fede cattolica?

La rivelazione funge da barriera per impedire i possibili smarrimenti di una presunta ragione autonoma ed ha un "...ruolo complementario di sostegno" (J. Vallet de Goytisolo, "El orden natural y el derecho", in *En torno al derecho natural*, Op. cit., p.12). Pochi anni dopo la pubblicazione del *Panorama del derecho civil*, nel 1970, sullo stesso argomento, Vallet aggiunge, in relazione al diritto, che "...la rivelazione ed i comandamenti ci segnalano alcune norme, molto generali, che possono servirci da parapetto affinché non perdiamo la buona rotta, ma essi non finiscono di precisarne il contenuto giuridico...ed i Vangeli, sebbene ci offrano alcuni consigli che possono servirci d'orientamento, proprio come nella notte ci guidano le stelle del cielo, mancano del vero contenuto giuridico e quindi non si può pretendere che vengano imposti obbligatoriamente al nostro prossimo" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Op. cit., pp.142-151; *Metodología jurídica*, Op. cit., p. 81). E continua: "...Perciò, rispettando il parapetto, e senza smettere di guardare le stelle del cielo come guida, noi giuristi cristiani dobbiamo orientarci con la bussola della nostra ragione, nella ricerca dell'ordine dinamico inscritto da Dio nella sua opera creata, e dobbiamo cercare di discernerlo grazie ai suoi riflessi che ci sono percettibili" (J. Vallet de Goytisolo, "Derecho, poder y libertad", in *Verbo*, Op. cit., p. 610).

Proprio Vallet, poi, mostra di essere concorde con altri autori realisti e tradizionalisti, come Michel Villey o Elías de Tejada.

Quest'ultimo, affermando l'impossibilità di conoscere la verità assoluta "...irraggiungibile dalla ragione umana a causa della sua naturale limitazione" (francisco elías de tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, tomo I, p.27; J. Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, Op. cit., pp.64-65; *Metodología de la determinación del Derecho*, Op. cit., pp.73, 239, 258-259), conclude che, nonostante ciò, "...il cristiano é nelle condizioni di ragionare sopra basi piú sicure, potendo tenere in considerazione, oltre ai dati della ragione, quelli della rivelazione" (francisco elías de tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, tomo II, p.206). Ancora appartenente a tale pensiero é la filosofia di Eugenio Vegas Latapie, il quale, "...partendo dal concetto di legge di San Tommaso d'Aquino" e "...di Montesquieu", afferma che "...le leggi non sono il prodotto della volontà umana, ma il riflesso della legge naturale, le cui applicazioni concrete devono essere scoperte dal legislatore mediante la ragione"; nonostante ciò, avverte che, "...per non cadere nel disordine e lasciarsi travolgere dalle passioni, la fragile natura umana necessita dell'assistenza della grazia, completata con istituzioni che aiutano l'uomo ad agire conformemente ai dettami della retta ragione" (eugenio vegas latapie, *Consideraciones sobre la democracia*, Op. cit., pp.149, 151, 153 e 273).

"...Per i cattolici -dice Vallet- il dogma di fede ed il magistero pontificio ordinario sono la vera guida in quanto le leggi divine e quelle naturali primarie devono avere incidenza moralmente imperativa nei principi dell'ordine giuridico" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, p.334. Quasi con le stesse parole, anche in *Metodología de la determinación del Derecho*, Op. cit., p.259).

Così, senza alcuna svalutazione della *rivelazione*, né, viceversa, sottomissione della *ragione* da parte di quella, sulla stessa linea di San Tommaso e della Scolastica spagnola del XVI, Vallet afferma che, tra esse, "...c'è piena concordanza con il magistero della Chiesa" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno a la tecnocracia*, Op. cit., pp.7-8) manifestato, per esempio, da Pio XI. Il Papa, infatti, dice: "...La retta ragione dimostra, conferma e difende la verità della fede e questa libera la ragione da tutti gli errori, la illumina, la conferma e la perfeziona in maniera ammirabile con la conoscenza delle cose divine" (pio ix, *Qui pluribus*, in Dottrina Pontificia, *Documentos sociales*, BAC, Madrid, 1964, p.69).

3.1.2. Conoscenza razionale dell'ordine naturale.

La scoperta dell'ordine naturale è opera della ragione.

Vallet considera la ragione *chiave*, non solo per giungere a questa conoscenza, ma anche per poter intendere il compito dell'uomo nella costruzione giuridica, politica e sociale.

La ragione non è assoluta ed indipendente: essa si trova circoscritta dalla sua propria natura, perché -avverte Vallet- "...deve tenere in considerazione l'universo degli esseri e delle cose da cui riceve il suo oggetto ed accettare la norma della realtà" (J. Vallet de Goytisolo, "Controversias en torno al derecho natural", in *Verbo*, Speiro, Madrid, n.90, dicembre 1970, pp.929-956, in *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, p. 28) e "...dell'ordine delle cose, senza perdere il senso dei propri limiti" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 522-524; "Derecho, poder y libertad", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn. 87.88, agosto-septiembre-octubre, 1970, (pp.601-627) p.611; *En torno a la tecnocracia*, Speiro, Madrid, 1082, p.10).

"...Noi siamo nel mondo - aggiunge il Nostro -, in esso viviamo, in esso percepiamo e valutiamo ciò che riconosciamo. Noi - con la nostra coscienza e la nostra ragione - ed il mondo in cui ci troviamo: ecco i pilastri della conoscenza umana. Non possiamo prescindere né dall'uno né dall'altro" (J. Vallet de Goytisolo, "Controversias en torno al derecho natural", in *Verbo*, Op. cit., in *En torno al derecho natural*, Op. cit., p.28). Al contrario, "...l'intelligenza separata dalla realtà si vede costretta a fabbricarsi un mondo immaginario a suo piacimento" (J. Vallet de Goytisolo, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, Montecorvo, Madrid, 2ª ed., 1975, p.230), cadendo così in ciò che Michele Federico Sciacca

definisce *la stupidità* (J. Vallet de Goytisoló, *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, p.23), "...sottomettendosi ai miti" (J. Vallet de Goytisoló, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972, pp.7-15) e "...pretendendo utopie" (J. Vallet de Goytisoló, *Más sobre temas de hoy*, Op. cit., pp.20-31 e 96-111).

Ed invece, "...l'intelligenza necessita di essere alimentata dalla realtà" (J. Vallet de Goytisoló, "La percepción sensorial y las fuentes del derecho", in *En torno al derecho natural*, Op. cit., p.179), dice il Nostro; ed aggiunge: "...Privata la mente dell'alimento del reale, l'uomo ha perso la nozione del posto che occupa nell'ordine della natura, sia rispetto al Creatore sia ai suoi simili ed al mondo che lo circonda. L'intelligenza si trova in pericolo di morte: si è persa la nozione del *limite*, il che significa -usando le parole del professor Sciacca- la *caduta nella stupidità*, che produce *l'oscuramento della intelligenza*. In queste condizioni, la ragione, privata della verità e devitalizzata, lanciata solo a seguito dell'utilità, dell'operativo e dell'efficace, risulta *impazzita*" (J. Vallet de Goytisoló, *Más sobre temas de hoy*, Op. cit., p.23).

L'ordine naturale, quindi, non è il frutto della ragione umana; questa non può *creare* a suo piacimento una immagine ideale di esso e poi pretendere di imporla. "...Un tale modo di pensare è caratteristico del mondo moderno", che Vallet non cessa mai di criticare: "...Il punto di forza della Modernità, stà nel fatto di aver reso la ragione unica fonte del diritto. Questa idea nacque dall'Idealismo cartesiano e dalla sua tipica indipendenza del pensiero dalle cose: la ragione umana, autonoma ed astratta, si erige a misura di tutto" (Juan Vallet de Goytisoló, *Metodología de las leyes*, Op. cit., p.61). Al contrario Vallet, associandosi ad Aristotele ed a Domingo de Soto, afferma che ciò non è vero: misura di tutte le cose "...è piuttosto la natura stessa, e la ragione non fa altro che studiarla" (Domingo de Soto, *De la justicia y el derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, tomo I, I, V, art.1, p.37; J. Vallet de Goytisoló, *En torno al derecho natural*, Op. cit., p.181).

"...L'ordine naturale è obiettivo, è esterno alla nostra coscienza e la ragione non lo inventa, bensì si limita a scoprirlo" (J. Vallet de Goytisoló, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, pp.51 e 74). Per questo Vallet non traccia una "teoria" dell'ordine naturale partendo da principi astratti che una "ragione autonoma" avrebbe stabilito, né lo "costruisce", deducendolo dai principi primi della legge naturale, che, sebbene si debbano tenere in considerazione, risultano insufficienti.

"...Non si tratta di un *ordine ideale* -inteso come immaginario senza substrato reale, o come modello irraggiungibile al quale, però, bisogna tendere-, ma di un ordine che è soprattutto *indotto dalla natura*, ove ha un'esistenza reale. Si tratta di un ordine dinamico con esistenza reale, e non di un modello -statico o dinamico- conformemente al quale bisogna

costruire la realtà" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., p.47).

"...Non si tratta neppure del mero empirismo dello *stare ai fatti*, quello che *eleva i fatti a diritto*" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Op. cit., p. 176; con le stesse parole in *Metodologia juridica*, Civitas, Madrid, 1988, p.75), caratteristico di chi equipara il diritto alla *realizzazione dei fatti* ed all'*attenersi alla mera esperienza*, che in realtà induce alla "...rinuncia del giurista davanti ai disordini ed alle ingiustizie" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., pp.69 e 71). Il metodo corretto per la ricerca del diritto, allora, è soltanto quello *realista*.

3.1.3. Il disordine: un problema. I vizi dell'intelletto e della volontà.

Non tutto il mondo riconosce l'esistenza dell'ordine naturale; esso non consiste in un sistema che si deve applicare, e neppure lo si può scoprire nella sua interezza una volta per tutte. "...Non lo conosciamo nella sua totalità -scrive Vallet-, e talvolta non riusciamo a percepire proprio nulla. Lo stiamo scoprendo sempre e, a volte, lo dimentichiamo. Nonostante ciò, lo conosciamo nell'indispensabile per regolare l'ordine provvisorio di questo mondo, distinguendo l'universale dal particolare, ciò che permane da ciò che cambia, l'essere dal divenire, il sostanziale dall'accidentale" (J. Vallet de Goytisolo, "El orden natural y el derecho", in *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, p.18).

Non si può presupporre che ciò che mostra la realtà sia espressione *hic et nunc* dell'ordine naturale, salvo che non la si contempli in tutta la sua magnitudine. In questo caso, infatti, anche i disordini si incardinano in maniera generale come espressione dell'ordine e "...l'infermità o l'indegnità risultano essere manifestazione – di segno contrario- dell'esistenza della salute e della dignità, cioè, dell'ordine corretto" (J. Vallet de Goytisolo, "Las fuentes del derecho según Santo Tomás de Aquino", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.224).

Vallet, seguendo San Tommaso, indica le ragioni per le quali si ignora, si rifiuta, oppure si tradisce questo ordine naturale: "...Esse hanno tutte radice nel peccato originale e, come conseguenza, negli errori, nelle cattive passioni" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol.II, (pp.703-804), p.717) e nelle limitazioni proprie dell'intelligenza.

"...In relazione al più elementare di questo ordine naturale, ai principi primi ed alle loro conclusioni immediate, il difetto non è nell'intelligenza, ma nella volontà. La mentalità moderna e postmoderna, e gli sbagli ai quali ci ha condotto, le cui conseguenze si vedono nella crisi attuale delle società - che è soprattutto una crisi religiosa e morale" (estanislao cantero núñez, "Las crisis contemporánea: crisis moral y religiosa", in *Verbo*, Speiro,

Madrid, nn.363-364, marzo-abril 1998, pp.289-298) - sono frutto di una volontà deliberata che ha emesso la *sua opinione* imponendo all'intelletto un assenso che va oltre ciò che esso percepisce, o addirittura contro le evidenze che esso capta. "...Ed é proprio rispetto ad esse che la *cattiva volontà* appare con maggiore chiarezza" (lucas garcía borreguero, "La raíz del error, en el entendimiento o en la voluntad? Ante el fracaso de la filosofía moderna", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.139-140, noviembrer-diciembre 1974, pp.1155-1161).

"...L'errore -sostiene Vallet- é il primo nemico della libertà. É un fattore condizionante del nostro ragionare": "...Le nostre passioni, le debolezze ed i cedimenti sono altrettanti nemici della libertà, se la temperanza e la forza non riescono a contrappesarle...La libertà ed il buon ordine naturale delle cose sono interdipendenti, come lo sono il disordine ed il cattivo uso del nostro arbitrio. Con quell'ordine non c'è dialettica, bensì armonia tra la libertà e l'autorità. L'arbitrio equivocado, appassionato, egoista, concupiscente, debole ed imprudente di governanti e governati é la causa di tutti i conflitti tra il potere ed il popolo o tra i settori antagonisti che sorgono da questo" (J. Vallet de Goytisolo, "Los enemigos de nuestra libertad", in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, pp.55-56).

Vallet riprende questa analisi in alcuni suoi interventi raccolti nella rivista *Verbo* ed in certe sue opere, ed afferma che: "...Una delle caratteristiche più salienti della intellettualità moderna é l'abbandono di ogni intenzione di comprendere il mondo, di captare, nel limite del possibile, il completo ordine dinamico che lo governa" (J. Vallet de Goytisolo, "Las defensas de nuestra libertad", in *Más sobre temas de hoy*, Op. cit, p.63), anche se non si rinuncia "...a governarlo come sarebbe invece auspicabile, dato che si vuole prescindere dalla sua conoscenza" (J. Vallet de Goytisolo, "Perspectivas parciales y acción uniformante total", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn. 143-144, marzo-abril 1976, pp.415-472).

Vallet mostra come il frutto di un'intellettualità così concepita si risolva poi in due correnti: il Nominalismo ed il Razionalismo, alla base, a loro volta, di due crisi principali del diritto.

Il primo, negando l'esistenza di principi di carattere universale, si oppone all'ordine naturale; la volontà acquisisce "...il primato sopra la ragione nella determinazione del diritto" ed "...Il diritto si converte in un prodotto della volontà (*velle*), invece di essere, come é, una lettura dell'ordine della natura (*legere*)" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp. 948-949).

Nel Razionalismo, invece, caratterizzato dalla scissione dell'idealismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa* (tra pensiero e cose), ove la cosa non é altro che materia sottomessa al pensiero, "...la natura resta mutilata delle sue qualità, delle sue cause finali e degli insiemi sociali naturali. Come conseguenza di ciò, essa non é niente più che materia modellabile e soggetta operativamente all'uomo, che, non riconoscendovi l'ordine che

contiene, ricorre a stabilirne *razionalisticamente* un altro, che però è solo disordine" (J. Vallet de Goytisolo, *Ideología praxis y mito de la tecnocracia*, Escelicer, Madrid, 1971, 1.^a ed., pp.27-35; 2.^a ed. rivista ed aumentata, Montecorvo, Madrid, 1975, pp.57-71; *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, p.368).

Vallet segnala le conseguenze giuridiche e politiche di questa scissione contemplando la società, le istituzioni e le diverse teorie sociali: "...non è più nella natura, ove si incontrano le norme; queste si creano dalla natura e con esse si pretende di governare gli uomini e le società". È uno schema puramente mentale nel quale si cerca di far rientrare, a forza, la realtà delle cose, mutilandola di tutto ciò che disturba o che vi fa' resistenza, o che, aprioristicamente, fu dimenticato o disdegnato dalla ragione...regole *a priori*, che sono prodotto di una visione parziale e frammentaria della realtà e che, nonostante ciò, si pretende che vengano imposte con un'azione uniformemente totale, proprio come se fosse la visione completa" (J. Vallet de Goytisolo, *Ideología praxis y mito de la tecnocracia*, Op. cit., 1.^a ed., p.34 e Op. cit., 2.^a ed., p.67; "De la filosofía política al cientismo operativo", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.169-170, noviembre-diciembre 1978, pp.1229-1253).

3.2. Il diritto: *il giusto*.

Solo la conoscenza dell'ordine naturale permette all'uomo di individuare il diritto, che è "... il giusto, *quod iustum est*, la cosa giusta, *res iusta*" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, p.49; *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp.61, 565).

Quindi Vallet, nella sua concezione del diritto, rifiuta quella *Normativista* (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed. , 1973, pp.12, 13, 15, 40, 47) dei positivismi, sia *assolutisti* che *relativisti* (a seconda che *neghino* l'esistenza di tutto l'ordine trascendente oppure lo *circoscrivano solo all'ordine morale*), sia *storicisti* che *sociologici* (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp.1017-1022 e 572-585), sia *legalisti* che *giurisprudenziali* (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, p.706). Allo stesso modo, Vallet rifiuta il *Nominalismo*, sia *scettico che relativista* (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., pp.21 ss., e 19), come pure il *Volontarismo ed il Razionalismo* (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp.961-966); e cioè, tutte quelle concezioni che si caratterizzano per considerare il diritto come un "...insieme di norme di condotta, sia ordinate dal principe, sia dedotte razionalmente da alcuni principi considerati immutabili, sia

imposte dal popolo in forma di costumi, sia prodotte dalla giurisprudenza dei tribunali, sia dal potere coattivo dello Stato". La sua concezione del diritto é Realista, come lo é quella di Aristotele, dei giureconsulti romani, degli autori dello *ius commune* e del diritto del foro, come quella di San Tommaso e, oggi, di Michel Villey: il diritto, per Juan Vallet, coincide proprio con "la cosa giusta".

Questa sua dottrina del diritto non é una scelta tra le altre possibili, né un'opinione, né un'accettazione, frutto dell'autorità di coloro che esprimono il diritto in un certo modo, bensì é un'adesione che dipende dalla ragione: "...può considerarsi diritto solamente ciò che é giusto" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., pp.11-16), l'adeguata proporzione, il corretto, il retto nelle relazioni tra gli uomini.

Ancora, egli rifiuta la teoria tridimensionale del diritto, che pretende di riunire i tre caratteri - giusto, norma, condotta sociale -, di porli sullo stesso piano e nel medesimo tempo. Per Vallet, questa fusione é possibile solo se una delle accezioni resta l'"analogato" principale, mentre le altre due diventano "analogati" secondari o derivati; in tale caso, infatti, le accezioni si unirebbero di per se stesse, per ragione di affinità, ma su piani differenti.

Delle tre note caratteristiche in cui si può sinteticamente esprimere il diritto -norma, condotta sociale, giustizia -, quest'ultima é l'unica capace di determinare il giuridico, in quanto esso, nella realtà quotidiana della sua determinazione, non é un concetto astratto e neppure formale. Ciò non significa che la norma non abbia niente a che vedere col diritto, né che questo rimanga indifferente alla condotta sociale, però, nella sua essenza, "...il diritto é il giusto in concreto" (estanislaó cantero núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de J. Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, pp.563,564 e 565).

3.2.1. Vallet: "...Il diritto come arte"

Per Vallet, il giusto è sì "l'analogato" principale del diritto, ma, in un certo senso, nel suo pensiero, un altro aspetto acquisisce maggiore rilevanza: "...la considerazione più importante in merito al diritto concerne il suo aspetto di Arte, cioè, la sua costante applicazione alla vita per giudicare - giudizialmente o extragiudizialmente - ciò che é giusto. Questo é il suo fine. Il suo aspetto scientifico può solo essere ausiliario ad esso (...). D'altra parte, il diritto, così come la medicina e come ogni altra arte, fondamentalmente, ha una funzione pratica di realizzazione" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, pp.42-43).

Per chi, come Vallet, é un giurista pratico, la preoccupazione permanente è, anzitutto, quella di come si determina il giusto, di come lo si può cercare e, se é possibile, conseguire. A tal riguardo, il Nostro compone tre opere: la *Metodología jurídica* (1988), la *Metodología de las leyes* (1991) e la

Metodología de la determinación del derecho (1994), in cui espone le forme nelle quali si articola quest'arte e come la concepisce.

Il centro delle riflessioni di Vallet, quindi, è "...un analogato secondario, costituito dalla definizione di Celso: *ius est ars boni et aequi*, il diritto come *arte del giusto e dell'equo*" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., pp.15 e 38). "...Non si tratta di sostituire l'analogato principale (il diritto è il giusto) con quello secondario (il diritto è l'arte del giusto), dato che questo, senza quello, non è nulla, manca di sentimento" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972, p.149); "...Si tratta unicamente di una trasposizione o di un parallelismo, se così si può dire, con la conosciuta sentenza *finis est prior in intentionem sed posterior in executionem*, dato che l'arte per determinare il diritto è anteriore al diritto trovato nella sua realizzazione, sebbene questo, nella sua esistenza, sia indipendente dall'arte del giurista" (estanislao cantero núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de J. Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p.566). E cioè, il diritto comunque esiste, indipendentemente dalla sua *realizzazione*; per mezzo dell'arte del giurista, però, esso diventa un fenomeno sociale.

Riferendosi a San Tommaso, Vallet aggiunge: "...Diritto è ciò che è giusto. Come arte, il suo oggetto è la realizzazione della *giustizia*", che "...esige alcuni artefici...che la applichino alla vita sociale, al fine di determinare, in ogni caso, *quod iustum est*" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho natural*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.565 e 785).

"...Il diritto come arte è una causa efficiente -dice Vallet-, che cerca di raggiungere il giusto nella condotta sociale e con l'aiuto delle norme, proprio come l'artista cerca di conseguire il bello dando forma alla materia che lavora e con l'aiuto delle regole dell'arte che pratica"; ed aggiunge: "...Ciò perché la *giustizia* è il fine del diritto come arte; la *condotta sociale* è l'oggetto, la materia a cui si deve applicare; e le *norme*, il mezzo per conseguirlo" (J. Vallet de Goytisolo, *Entorno al derecho natural* Sala, Madrid, 1973, p.174).

Nel pensiero dell'Autore, quindi, "...*l'ars juris*...presuppone di porre l'asse del compito creativo del diritto non nella legge -nel legislatore-, ma, al contrario, nel giudice, nel *iudex*" (renato rabbi-baldi cabanillas, *La Filosofía Jurídica de Michel Villey*, EUNSA, Pamplona, 1990, p.329).

3.2.2. La giustizia.

Se il diritto è *ciò che è giusto, la cosa giusta in sé*, ciò presuppone necessariamente la determinazione di cosa sia la giustizia.

Essa, per Vallet, non è un concetto *formale* (juan valley de goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, p.43), né un'*idea* (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, p.73; *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquin*

Costa, antipoda de Kelsen, Real Academia de Ciencia Morales y Politicas, Madrid, 1986, pp.47-70) o un'immagine ideale (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., p.23), non è un'ideologia, né un mito che incontra la sua ragione nel divenire, non un valore storico, e neppure solo un valore: è "...una realtà essenziale, estratta dalla contemplazione della natura e che deve cercarsi nell'ordine naturale perché si tratta di conseguire, in ogni caso, il giusto concreto" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Op. cit., pp.12-13, 86-87, 93-106, 111-120).

Essa "...risiede nell'ordine naturale delle cose e consiste nella retta disposizione delle cose verso il loro fine o secondo l'ordine della creazione che si deve andare scoprendo nelle cose, giacché si sviluppa crescendo, ma può anche cancellarsi dai cuori degli uomini" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., pp.27-28).

Per Vallet, quindi, non si tratta di un desiderio, di un ideale a cui bisogna tendere, né di un mondo migliore o utopico, modello di critiche del presente ed inefficace costruttore del futuro. La giustizia consiste nel classico "...dare a ciascuno ciò che gli spetta, ciò che è suo, il suo diritto" (san tommaso d'aquino, *Suma teológica*, 2.^a-2.^a, q. 58, a.1), il che presuppone "...captare razionalmente l'ordine stabilito da Dio nella natura, nella legge eterna della quale l'uomo è partecipe per mezzo della legge naturale" (J. Vallet de Goytisolo, "La ley natural en Santo Tomás de Aquino" in *Estudios sobre fuentes del derecho natural*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp.403, 759 e ss.).

In *Panorama del derecho civil*, Vallet segnala che "...la giustizia non consiste nella mera applicazione delle regole; essa è un problema sempre nuovo" in quanto si deve ottenere "...senza mai dimenticare l'universale, bensì considerando tutte le circostanze particolari ed esaminando le relazioni in tutti i loro angoli, aspetti, prospettive, relazioni e conseguenze reali, siano esse particolari che generali" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., p.28-29).

3.2.3. Il sentimento della giustizia: emozione e ragione.

Conformandosi al concetto classico di giustizia, Vallet distingue "...il sentimento di giustizia, e cioè la virtù della giustizia come virtù generale, e le diverse specie di giustizia, generale e particolare, che costituiscono propriamente l'ambito del giusto giuridico". Tale differenziazione non presuppone opposizione alcuna tra i concetti, "...bensì complementarità senza confusione" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972, pp. 57-71; "La justicia social", in *Verbo*, Speiro, Madrid, n. 157, julio-agosto 1977 (pp.905-927); *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, pp.227-232).

Il sentimento della giustizia è necessario per "...captare il mezzo giusto nella natura in ciascun caso concreto", mentre l'ordine naturale risulta

"...la norma necessaria della virtù della giustizia" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, pp.75-76).

Così concepito, per Vallet, il sentimento della giustizia non è conseguenza di un'educazione determinata, né il risultato del vivere in una società che *trasmette* ai suoi membri determinate idee o principi; esso "...scaturisce dall'interno dell'uomo, dalla sua stessa natura umana" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, pp.16-19).

Per il Nostro, "...il sentimento del giusto è un presupposto per poter comprendere la giustizia, così come il senso della proporzione, della bellezza e del colore sono, rispettivamente, i presupposti per distinguere il prossimo dal lontano, differenziare i colori e giungere al bello, e così come il senso comune serve per distinguere tante cose, come la salute dall'infermità" (Juan Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Op. cit., p.77; *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p.73). Vallet precisa che si ha questo sentimento "...in concreto, in ogni singolo caso; esso presuppone il contrasto degli atti umani, percepiti dinamicamente dai sensi e compresi nel loro significato sociale. Però, perché nell'ambito sociale, specialmente, questo sentimento non ci inganni, necessitiamo di comprendere debitamente l'atto che giudichiamo in tutte le dimensioni, gli aspetti e le circostanze, cioè, non solo intrinsecamente, ma anche estrinsecamente, in relazione con gli altri atti e le situazioni nelle quali tale giudizio può ripercuotersi" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho natural*, Op. cit., p.19).

Conclude Martínez-Sicula Sepúlveda: "...Il senso della giustizia, perciò, è un presupposto naturale per poter captare sia l'idea di giustizia in quanto concetto universale, sia ciò che essa è in ogni caso concreto: il giusto" (Consuelo Martínez-Sicula y Sepúlveda, *Del poder y la justicia*, vol. 1, *El sentimiento de la justicia*, Editorial Actas, Madrid, 1977, pp.21-35).

3.2.4. Le specie di giustizia.

Nel campo della determinazione della giustizia, Vallet considera la distinzione già formulata da Aristotele nella sua *Etica Nicomachea*, e precisata da San Tommaso d'Aquino nella *Summa Teologica*, conformemente alla quale viene messa in risalto la scissione tra "...la giustizia come *virtù morale generale*, che ordina le virtù particolari - forza, temperanza, giustizia, prudenza- e la *giustizia giuridica*" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, pp. 65-172; *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, pp. 228-229), nel cui ambito, a sua volta, distingue ulteriormente la "...giustizia *generale* o *legale* e quella *particolare*, con le loro specie di giustizia distributiva e commutativa (o correttiva)" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, p.29).

A suo parere, questa distinzione é essenziale perché l'oggetto di ciascuna giustizia é differente ed i modelli a cui ci si deve uniformare per realizzarle sono molto diversi: alla *giustizia generale*, diretta al bene comune, corrisponde l'ordinare il particolare al bene comune; alla *giustizia particolare distributiva*, l'ordinare il bene comune tra i particolari, cioè, il distribuire onori, benefici, cariche tra essi; alla *giustizia particolare commutativa*, infine, l'ordinare il particolare, correggendo l'equilibrio eventualmente rotto negli interscambi e nelle relazioni da persona a persona. Mentre per determinare queste ultime due giustizie particolari ci si serve, rispettivamente, della eguaglianza aritmetica e di quella geometrica o proporzionale, "...nella giustizia generale non c'è nessuna specie di eguaglianza, né un criterio quantitativo, ma solo qualitativo: il bene comune" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Op. cit., pp.111-112, 123-130; pp. 15-16 e 20; pp.49-51).

La finalità delle tre specie di giustizia, quindi, é ben distinta; "...Ecco perché non possono confondersi, né si può prescindere da esse, né si può applicare ad alcuna di esse il modello di un'altra; in caso contrario, infatti, si otterrebbe una mescolanza che causerebbe gravi pregiudizi ed ingiustizie" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972, pp.57-71, 151-176; *Sociedad de masas y derecho*, Taurus, Madrid, 1969, pp.518-521).

3.2.5. Giustizia ed eguaglianza: dimenticanze e confusioni.

Nell'ambito della giustizia, Vallet insiste molto sull'esistenza di eguaglianze essenziali e diseguaglianze accidentali e circostanziali dell'uomo, cioè, "...sulla captazione della realtà umana osservata nelle persone e nelle istituzioni in cui vivono e di cui fanno parte".

Se si vuole applicare il tema della giustizia in relazione alla eguaglianza, si "...dovrà tenere in considerazione...che *bisogna trattare gli uomini in modo identico se sono uguali, ed in modo differente se sono diversi*" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972, p.57).

Accade spesso, però, di voler "...cambiare l'essenza delle cose...prescindendo dall'elemento sostanziale di eguaglianza della natura umana e producendo nuove differenze, ma questa volta non più naturali, bensì artificiali e perciò insopportabili" (J. Vallet de Goytisolo, "La justicia social", in *Verbo*, Speiro, Madrid, n.157, julio-agosto 1977 (905-927), pp.922-927); e ancora, capita di voler "...dimenticare la giustizia generale, tendendo ad includere nel campo di quella distributiva tutto ciò che non corrisponde alla commutativa" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, p.493), sebbene così se ne restringa ingiustamente il campo.

L'ordine della natura, che richiede comunità di uomini liberi e responsabili che cercano la sicurezza, allora, risulta stravolto dall'idea che debba essere

lo Stato a ripartire i beni della terra (principio giustificativo di ogni socialismo e della tecnocrazia).

Si confonde "...miopemente il bene comune con il bene della massa in un certo momento storico, oppure lo si assorbe nella cosiddetta *ragione di Stato*" (J. Vallet de Goytisolo, *Sociedad de masas y derecho*, Taurus, Madrid, 1969, p.294), costituita da "...un gruppo di menti dirigenti capace di stabilire un programma di distribuzione e di redistribuzione perfettamente corretto" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Op. cit., pp.58-59) con la derivante sostituzione del potere politico con quello economico, nonché l'asfissia delle iniziative creatrici delle persone e dei gruppi liberi.

La confusione principale, avverte Vallet, deriva dal pretendere un mondo giusto senza che gli uomini siano corretti e dal credere in una "...macrogiustizia imposta dallo Stato, che renderebbe innecessaria quella particolare di ciascun individuo" (J. Vallet de Goytisolo, "La justicia social", in *Verbo*, Op. cit., pp.923-924); si dimentica, insomma, "...che la giustizia é una virtù che dobbiamo praticare tutti e ciascuno, e che non si può incarcerare in una struttura rigida come rimedio imposto universalmente" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Op. cit., p.61).

3.3. Il diritto naturale: il giusto naturale.

I concetti di diritto e di giustizia trovano una loro esistenza armonica nel *diritto naturale*.

Con l'omaggio a Federico de Castro, dal titolo "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tommaso d'Aquino", nel settembre 1974, con la pubblicazione degli articoli sulla *legge naturale* (J. Vallet de Goytisolo, "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn. 135-136, mayo-julio 1975, pp. 641-679), sul *diritto naturale*, sul *superfluo* e sul *suo riflesso giuridico* (J. Vallet de Goytisolo, "Lo superfluo según Santo Tomás de Aquino y su reflejo jurídico", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.3, 1975, pp.25-43 e 45-68), negli anni 1975 e 1976, ed infine, con l'opera intitolata "Santo Tomás de Aquino y la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica", Vallet dimostra di credere che gli insegnamenti dell'Aquinate siano ancora vivi e siano in grado di porre le fondamenta per realizzare l'arte del giusto, cioè, per determinare il giusto in concreto, "...il giusto conforme alla natura delle cose" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", nella sua opera *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, p.723). Questo è il diritto naturale.

Ciò che viene proclamato nelle sentenze -la giurisprudenza- in nessun modo, per Vallet, é diritto per il solo fatto di essere stato pronunciato dai

giudici: essa, previamente, deve essere conoscenza delle cose divine ed umane, cioè, dell'ordine naturale e, "...in quanto scienza del diritto, deve essere d'ausilio all'arte del diritto" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, p.42), perché "...è mediante questa che si determina il giusto" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho natural y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.601). Infatti, una delle più importanti funzioni che rendono *vivente* il diritto naturale, è che esso riesce a distinguere le leggi in positive giuste ed ingiuste, indicando la liceità a seguire solo le prime.

La giustizia, quindi, non è tale solo perché legale, ed il diritto non è rilevante esclusivamente per la sua validità formale, altrimenti si accoglierebbe un giudizio di legalità e non di giustizia o di eticità: si direbbe *ius quia iussum*, cioè, è diritto solo perché è comandato e non perché è giusto, ma questo porterebbe all'obbedienza assoluta ed acritica al dettato normativo.

Il giusto, allora, non si identifica puramente e semplicemente col legale, perché si parla di *leggi giuste* ed *ingiuste*, ed il fatto che ci si possa interrogare sulla legittimità di un determinato diritto positivo mostra che, nell'uomo, c'è qualcosa che tende a trascendere la mera istituzione.

Per Vallet, infatti, non vi è identificazione tra legge naturale e diritto naturale, poiché quest'ultimo è "la cosa giusta", mentre la prima è lo strumento per facilitarne la determinazione concreta.

Legge naturale e diritto naturale, allora, costituiscono ordini distinti, ma correlativi; essi stabiliscono tra diritto positivo, diritto naturale e legge naturale una connessione e quest'ultima è presupposto criteriologico per l'arte, cioè per la determinazione del giusto, poiché, sebbene non dica affatto cosa è il diritto, ciò nonostante, è necessaria per poter captare in che cosa consiste" (estanislaos cantero núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de J. Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p.597).

La legge naturale costituisce lo spartiacque tra ciò che è giusto e sbagliato, tra ciò che si addice e non, tra il proprio e l'improprio, la linea di demarcazione "...che dipende dalla natura o dall'essenza umana, e dalle esigenze immutabili in essa radicate" (jacques maritain, *L'home et l'Etat*, Presses Universitaires de France, 2. ed., París, 1965, p.101-102).

Commenta a tal riguardo Reginaldo Pizzorni: "...rigettare il diritto naturale equivale ad affermare che ogni diritto è positivo, e questo significa che lo stabilire ciò che è diritto è prerogativa assoluta dei legislatori e dei tribunali nei vari paesi. Ora, invece, parlare di leggi o decisioni *ingiuste* è cosa così evidentemente sensata, e talvolta necessaria, che, nel dare giudizi siffatti impliciamo che vi sia un'idea archetipo del *giusto* e dell'*ingiusto* indipendente dal diritto positivo e più alta di esso, un metro di paragone che ci permette di giudicare il diritto positivo" (reginaldo pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio

Domenicano, Bologna, 1999, p.287): ossia, vi é nell'uomo qualcosa che non é totalmente asservito alla societ  ed al potere.

Si é detto della *necessit * delle leggi, ma essa non é altro che il segno della strumentalit  delle norme, che sono un mezzo, non un fine.

Questa verit  é stata enunciata dallo stesso Ges  Cristo, quando dice ai farisei: "...Il Sabato é fatto per l'uomo, non l'uomo per il Sabato" (san marco 2, 27), intendendo con ci  che lo Stato esiste per l'individuo e non viceversa.

Poich  la legge é s  necessaria, ma non sufficiente ai bisogni dell'uomo, sopra la legge, c'  Dio; "...infatti, la ragione umana non   autonoma, ed agisce quindi rettamente solo se segue l'ordine tracciato da Dio, Legislatore trascendente e Fine ultimo dell'uomo stesso" (san tommaso, *Summa teologica*, 1a-2ae, q.74, a.7).

San Tommaso, all'interrogativo se sia utile che gli uomini stabiliscano delle leggi, risponde dicendo che nell'uomo c'  una certa attitudine naturale alla virt , ma   necessario che la perfezione di essa giunga all'uomo mediante una disciplina, che "...consiste principalmente nella rinuncia ai piaceri illeciti, ai quali gli uomini sono invece molto inclini, e soprattutto i giovani. Se   difficile che gli uomini si diano da se stessi questa disciplina,   necessario che la ricevano da altri, per giungere alla virt ".

Il *senso del giusto*, infatti, viene trasmesso anche tramite l'educazione e l'esercizio del bene.

Cicerone afferma che: "...Una legge   giusta quando prende le mosse dall'*initium iuris*, dal *principio* di tutto il diritto, ci , dalla legge naturale" (cicerone, *De inventione*, II, 53) e non lo  , invece, "...quando   in contraddizione con essa e quando non si fonda sulla vera natura umana" (cicerone, *C. Gent.*, III, c.139).

L'insufficienza della legge naturale e la necessit  di educare le persone a ricercare il giusto concreto, per , non sono, di per s , prove della necessit  della legge positiva: la scuola del *diritto libero*, infatti, ritiene che potrebbe bastare un'autorit  vivente, o dei giudici integri e competenti "...che avessero il senso o il sentimento della giustizia e che decretassero basandosi sulla loro coscienza, caso per caso, in quanto la legge non scritta, o diritto naturale, (...) non   altro che questo: un ordine o una disposizione che la ragione umana pu  scoprire e secondo la quale la volont  umana deve agire per accordarsi ai fini necessari dell'essere umano" (reginaldo pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Op. cit., p.295).

Se non si ammettesse questa dipendenza del diritto positivo dal diritto naturale non si avrebbe pi  una filosofia del diritto, ma solo una scienza del diritto, la quale considera il fatto giuridico come mero fatto e non anche come valore. Cos , "...vero  ...che il diritto naturale *governa* quello positivo, non solo nel senso che se non ci fosse il primo, anche il secondo

non esisterebbe, ma soprattutto nel senso che, *se non si conforma al diritto naturale il diritto positivo non può operare*" (reginaldo pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Op. cit., p.295).

Anche rispetto ai costumi o al socialmente vivo, si usa la stessa *ratio*: solo "...se lo stabilito o il vissuto sono giusti" (J. Vallet de Goytisoló, *Panorama del derecho civil*, Op. cit., pp.14, 71-73), allora essi costituiscono diritto.

Vallet distingue due modi in base ai quali si determina il giusto: "...considerando la cosa in se stessa ed in relazione alle sue conseguenze" (J. Vallet de Goytisoló, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", Op. cit., pp. 765 e 768-769) - e questo, come dice San Tommaso, é chiamato diritto naturale (*hoc vocatur ius naturale*, san tommaso d'aquino, *Suma teológica*, 2.^a-2.^a, q. 57, a.2, risp., BAC, Madrid, 1956, tomo VIII, p.235; e q.60, a.5, risp."ex ipsa natura rei, quod dicitur ius naturale", p.328), oppure "...per convenzione, per accordo privato, di tutto il popolo o quando lo ordina il governatore" (J. Vallet de Goytisoló, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", Op. cit., p.727) - e "...questo é il diritto positivo" (J. Vallet de Goytisoló, "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, Op. cit., pp.641-679).

3.3.1. Il criterio di razionalità e di positività.

Vallet ritiene che, in merito al parallelismo tra legge naturale e diritto naturale, nei testi di San Tommaso "...siano nascoste due classificazioni trimembri parallele che, rispettivamente, partono dal criterio di razionalità e di positività".

Seguendo il **primo criterio**, egli afferma che esistono tre ordini differenti, in ciascuno dei quali sono presenti, a loro volta, due sotto-ordini distinti, quello della legge naturale e quello del diritto naturale.

"...Il *primo ordine* é costituito, riguardo alla legge naturale, da ciò che differenti autori chiamano la *legge naturale primaria*, i principi primi della legge naturale o precetti primari; in ciò che si riferisce al diritto naturale, da un *diritto naturale primario*. Qui si conosce il buono e si determina il giusto mediante la sinderesi e la ragione, nelle inclinazioni primordiali e negli appetiti che abbiamo in comune con gli animali ed in quelle che sono specificatamente umani, osservando le cose in se stesse, senza nessun'altra deduzione né conclusione e prescindendo dalle conseguenze a cui la cosa da' luogo".

Questo ordine, nella sua duplicità, sia in ciò che si riferisce alla legge naturale sia al diritto naturale, é evidente. Si tratta di "...un *ordine naturale primario*" (J. Vallet de Goytisoló, *Estudios sobre fuentes del derecho natural y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.772): l'eguaglianza negli scambi, la tendenza a conservare la vita, la comunicazione sessuale eterosessuale, l'alimentazione e l'educazione dei figli, la convivenza tra gli uomini ed il fatto che, nell'ordine generale, le cose imperfette esistano per quelle perfette"; nonostante l'evidenza c'è,

però, chi resiste ad ammetterlo, o addirittura lo nega, come fanno, per esempio in modo esplicito, i sostenitori della omosessualità o dell'aborto. Per il convincimento di queste persone, ogni ragionamento è inutile perché non si tratta di difficoltà intellettuale: l'evidente non necessita di ragionamento, ma di cattiva volontà.

"...Il *secondo ordine* è costituito, in ciò che si riferisce alla legge naturale, dalle prime conclusioni immediate e generali che la ragione deduce dai principi del primo ordine della legge naturale, e che alcuni autori denominano *precetti secondari della legge naturale o precetti di secondo grado*. In ciò che si riferisce al diritto naturale, questo ordine è costituito dal giusto rispetto alla cosa, *in relazione alle conseguenze delle relazioni umane più generiche*" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", nella sua opera *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, pp. 733 e 791-192). Si tratta di "...un *ordine umano generale*" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho naturale y método juríidico*, Op. cit., p.772), composto da principi necessari e dipendenti da quelli primari, dedotti, a loro volta, dall'ordine primo per mezzo della ragione.

La giustizia delle soluzioni proviene da un giudizio prudenziale sulla cosa (ciò che è, ciò che significa e la sua finalità) e sulle conseguenze che essa produce: essa esige un minimo ragionamento che ogni uomo può compiere. Cioè, sia la legge naturale di questo secondo ordine, sia il diritto naturale, non possono essere contrari, rispettivamente, alla legge naturale ed al diritto naturale del primo ordine. Gli esempi che Vallet riprende da San Tommaso sono, "...sia in relazione alle loro conseguenze (la liceità della pena di morte, il matrimonio indissolubile, la proprietà privata, le giuste compravendite), sia in relazione alla loro illiceità, perché si opporrebbero alla natura delle cose nel loro ordine primo (il matrimonio che non sia tra uomo e donna, impedire indiscretamente l'uso dei beni)...oppure nel secondo (l'adulterio)".

"...Il *terzo ordine* è costituito, in relazione alla legge naturale, dalle verità particolari dei casi concreti, dalle conclusioni remote dei principi primi, che è sempre possibile scoprire e che risultano utili alla vita umana". "...In relazione al diritto naturale, è costituito da ciò che risulta giusto rispetto alle conseguenze più concrete ed alle condizioni particolari proprie di ciascuna città, cioè, di ciascuna comunità politica" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", Op. cit., pp.719-720, 732-734 e 792-793); si tratta dello "*ordine civile di ciascuna città*, che riguarda il bene comune di questa" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho naturale y método juríidico*, Op. cit., p.772) e che si precisa per mezzo del diritto positivo umano.

Questi sono tre ordini differenziati, ma anche relazionati ed armonizzati nell'ordine naturale generale: i primi due sono comuni a tutti gli uomini e a

tutte le comunità politiche, e sono base di ciò che oggi si chiama diritto internazionale; il terzo, invece, é diverso in ciascuna delle comunità politiche.

In relazione al secondo criterio, quello della **positività**, Vallet distingue in San Tommaso ancora "...tre piani differenti costituiti da: a) *un diritto naturale positivo*, nel senso di *posto da Dio* nelle inclinazioni e nelle tendenze più comuni agli uomini ed agli animali, e che é positivo perché é obbedito e compiuto comunemente, mentre le sue devianze si considerano contro natura; b) *il diritto naturale delle genti* (di secondo grado), di cui quasi tutti fanno uso, salvo notevoli eccezioni, e che é comune a tutte le nazioni; e c) *il diritto civile*, proprio di ciascuna comunità politica, convenuto, statuito o ordinato dal potere pubblico, che ha la forza del diritto naturale quando si tratta di *conclusiones* e quella della legge umana quando si tratta unicamente di *determinaciones* dalla legge naturale" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", Op. cit., p.735).

3.3.2 Il presupposto criteriologico del diritto naturale.

Per Vallet, il primo presupposto della attività giuridica é costituito dal fondamentale principio: "...*si deve perseguire e compiere il bene ed evitare il male, perché il bene costituisce ciò che tutti gli esseri desiderano, e corrisponde alle inclinazioni conformi alla natura*" (san tommaso d'aquino, *Suma teológica*, 1.^a-2.^a, q.94, a.2, risp. (BAC, Madrid, 1956, p.129)). Per raggiungere tale scopo, egli considera necessaria la "...conoscenza della realtà naturale nel suo aspetto ontologico" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol.II, p.714), assieme a quella "...criteriologica ed etica, di ciò che é buono e cattivo, il che viene fornito dalla Legge Naturale" (J. Vallet de Goytisolo, "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.135.136, mayo-julio 1975, pp. 648 e 650; "Las fuentes del derecho según Santo Tomás de Aquino", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.227). Essa "...non decide affatto il diritto, perché la legge non é il diritto" (J. Vallet de Goytisolo, "Observaciones en torno a la ley y la jurisprudencia de los tribunales", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp.182-183), bensì é "...un giudizio della ragione pratica" (J. Vallet de Goytisolo, "Santo Tomás de Aquino y la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.792), "...una certa ragione del diritto" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, 2.^a-2.^a, q.57, a.1, ad.1, BAC, tomo VIII, Madrid, 1956, p.233 (*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliquis ratio iuris*)) che permette di giungere alla soluzione giusta, che é ciò che costituisce il diritto" (J. Vallet de Goytisolo, "El derecho natural como arte

jurídico", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.726).

In relazione alle fonti gnoseologiche necessarie per raggiungere, nel possibile, la fonte ontologica del diritto naturale - che é l'ordine naturale - Vallet, seguendo San Tommaso, afferma che: "...a partire dalla conoscenza delle cose, disponiamo comparativamente sia dell'*intellectus principiorum* e della *sinderesi* - che in modo assoluto e senza mezzi termini captano i principi primi -, sia della ragione propriamente detta, speculatrice e discorsiva".

In merito al diritto, detta conoscenza si effettua su due piani differenti, ma connessi; "...il primo é costituito dalle norme o regole, o leggi in senso lato, che ci aiutano a determinare ciò che é giusto; il secondo é integrato dal giudizio concreto circa ciò che é giusto" (J. Vallet de Goytisolo, "Las fuentes del derecho según Santo Tomás de Aquino", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp.225 e 227). Senza il primo non possiamo conseguire il secondo.

La relazione tra entrambi i piani rivela che il criterio assiologico é fornito dalla legge naturale, che si concreta definitivamente nel diritto naturale.

Sempre seguendo San Tommaso, Vallet distingue, nella legge naturale, i precetti puramente etici - morali e non giuridici - da quelli di ordine giuridico, a seconda che siano destinati o meno al bene comune, poiché solo quest'ultimo determina "...quando il non compimento di un dovere morale che interessa alla giustizia generale debba stimarsi come giuridicamente esigibile, cioè, quando é diritto naturale e non solo giustizia morale" (J. Vallet de Goytisolo, "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, Op. cit., p.679; *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, pp.246-250).

3.3.2.1. Il senso strumentale delle norme giuridiche.

Vallet esclude il senso moderno della legge come volontà separata dall'ordine delle cose" (michel bastit, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, PUF, Paris, 1990, p.87), che la "...converte in mero strumento d'azione politica di partito" (serrano ruiz-calderón, "Consoderaciones sobre la ley y el Estado de Derecho", in *Estado de Derecho en la España de hoy*, Editorial Actas, Madrid, 1996, pp.295-315), "...tipico di chi ha una concezione dello Stato di Diritto come fondamento del principio di legalità, e che sostituisce questo alla legittimità, in modo che l'adeguamento ad un ordine morale e giuridico obiettivo sparisca, soppiantato dalla conformità a ciò che é stabilito dalla legge elaborata in modo *formalmente corretto*" (consuelo martínez-sicula y sepúlveda, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Editorial Actas, Madrid, 2.^a ed., 1991, pp.216-236).

In un suo testo in merito a *Montesquieu*, volendo mostrare questo aspetto strumentale e, allo stesso tempo, la relazione tra *natura delle cose-legge-*

diritto-equità, Vallet sottolinea che "...sia il legislatore...sia il giurista...nel determinare il giusto concreto, devono tenere in considerazione il resto delle norme giuridiche, specialmente i principi etico-giuridici e quelli derivati dalla natura delle cose" (J. Vallet de Goytisolo, *Los principios generales del Derecho*, Editorial Actas, Madrid, 1993, p.18) e, qualora non riescano ancora, per le situazioni contingenti che esulano dal caso generale, queste, data la mancanza di adeguamento, devono essere risolte per mezzo dell'equità" (J. Vallet de Goytisolo, *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, Civitas, Madrid, 1986, p.195).

Tale senso strumentale presuppone un ordine per un fine determinato.

Se si volesse considerare la legge come il centro di tutto il ragionamento giuridico, invece che limitarla alla sua funzione di strumento, comparativamente si dovrebbe dire che la medicina é l'insieme dei medicinali, mentre essa é "...l'arte del conservare la salute e del curare gli infermi" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1973, p.69), "...ed i medicinali non sono niente più che strumenti" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, p.45).

Vallet, in ogni caso, rifiuta totalmente il moderno concetto del diritto inteso in senso oggettivo, che lo identifica con l'insieme di norme giuridiche applicabili agli atti umani della vita sociale. In quanto posto, "...cioè contenuto materialmente in patti umani, esso può contenere sia il giusto naturale - diritto naturale - sia il giusto positivo - diritto positivo -, e sia parte dell'uno che dell'altro" (san tommaso d'aquino, *Suma teológica*, 2.^a-2.^a, q.60, a.5, risp., BAC, Madrid, 1956, p.328; J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", nell'opera *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, p.728). Quello che la legge umana contiene di giusto naturale non deriva dal fatto che così si sia convenuto, bensì dalla natura, limitandosi l'uomo a porre per iscritto ciò che é già giusto, per non lasciarlo al mero arbitrio.

Infatti, seguendo la stessa ottica di San Tommaso, Goytisolo afferma che la legge umana deve essere posta "...por la necesidad de salvaguardar la paz social, estableciendo una disciplina y una coacción para los mal dispuestos a seguir aquella voluntariamente" (per la necessità di salvaguardare la pace sociale, stabilendo una disciplina ed una coazione per coloro che sono maldisposti a seguirla volontariamente, J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.397). Egli, quindi, dà molta importanza alla figura del legislatore.

Seguendo la Scuola del filosofo medievale, che si rifà ad Aristotele, Vallet è convinto che sia "...meglio che tutte le cose siano ordinate dalla legge, piuttosto che lasciate all'arbitrio dei giudici" (aristotele, *Retorica*, I, 1.; san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, I-II, q.95, a.1, ad2; J. Vallet de Goytisolo, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997, p.55), perché è

più facile trovare poche persone sagge capaci di dettare buone leggi, che molte necessarie per giudicare rettamente i singoli casi che offre la vita quotidiana; e poi, perché i legislatori hanno bisogno di molto tempo per considerare che cosa stabilire con la legge, mentre il giudizio sui fatti particolari è dettato dai casi che capitano all'improvviso, ed infine, perché i legislatori valutano in astratto e di cose future, mentre i giudici di cose particolari e presenti, verso le quali nutrono passioni che deviano così il loro giudizio.

3.3.2.2. *L'obbligatorietà della legge positiva giusta ed il diritto alla resistenza.*

La legge positiva obbliga in coscienza, ossia, l'ubbidienza leale al potere civile da parte del cittadino è un dovere che deriva dalla legge naturale medesima, affinché la società possa raggiungere il suo fine; l'autorità, d'altro canto, ha il compito di permetterne l'esatta applicazione ed osservanza. Poiché "...ogni autorità viene da Dio" (*Romani*, 13,1), e la legge obbliga in coscienza, non vi è più da distinguere fra norme civili e religiose dal punto di vista dell'obbligatorietà. Quest'ultima, a sua volta, permette all'autorità di compiere la sua missione (realizzazione del bene comune) e, qualora abbia come misura la legge naturale, è assolutamente vincolante e va osservata, quali che siano i sacrifici richiesti per l'adesione al precetto da essa dettato: essa comporta "...una vera obbligatorietà morale davanti a Dio, che vincola gravemente le coscienze" (san tommaso, *Summa Teologica*, 1a-2ae, q.96, a.4).

Ma, quando la legge è ingiusta, essa "...è nulla", dice S. Agostino (sant'agostino, *De libero arbitrio*, I, 5; PL, XXXII, 1227; *De Civitate Dei*, IV, 4; PL, XLI, 115), e perciò non obbliga più in coscienza, anzi, il cittadino non deve più aderirvi poiché "...non è più legge, ma corruzione della stessa" (*corruptio legis*, san tommaso, *Summa Teologica*, 1a-2ae, q.95, a.2). Se la legge, infatti, è una *ordinatio rationis ad bonum commune* (comando della ragione per il bene comune), la legge ingiusta, non essendo più una vera *ordinatio rationis*, e neppure *ad bonum commune*, perde il suo valore di legge e diventa un atto arbitrario, un atto di comando a capriccio, in quanto si oppone alla suprema ed inderogabile legge della giustizia naturale. In questi casi, allora, la disubbidienza e la resistenza alla legge possono essere non soltanto una possibilità, ma un dovere.

Parimenti, per ogni autorità che non si ispirasse più alla giustizia, la legge sarebbe solo un fatto di forza, "...una perversione della legge...un'iniquità" (*quadeam perversitas legis...magis esset iniquitas*). Quindi, se è ingiustizia non è assolutamente vincolante, perché "...nulla che sia contro la ragione è permesso": (*Nihil quod est contra rationem est licitum*, san tommaso, *Summa Teologica*, 1a-2ae, q.90, a.1, ad 4; ad.3).

Occorre "...riconoscere, con Don Sturzo, che la morale è il fondamento del diritto: non c'è diritto che non sia morale; un diritto immorale...cessa di

essere un diritto" (reginaldo pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1999, p.352).

Comunque sia, però, a meno che non si tratti di leggi totalmente contrarie al "bonum divinum" -che "...in nessun modo si possono osservare" (san tommaso, *Summa Teologica*, 1a-2ae, q.96, a.4) -, le leggi in generale obbligano per un "bonum" superiore, cioè, per salvare l'ordine e la "tranquillitas rei publicae" ("la tranquillità della cosa pubblica"): quando perseguono questo scopo, allora, anche quelle ingiuste vanno seguite. Socrate dà esempio di ciò quando accetta eroicamente, per il bene comune, la sua condanna a morte, nonostante l'evidente ingiustizia; egli, nello spirito dei suoi contemporanei, non vuole gettare discredito sulla legge umana e, nella propria difesa, qualifica la sua attività di insegnamento come una missione, una vocazione impostagli da Dio, al quale egli non può mostrarsi infedele per ubbidire a leggi umane.

3.4. Il diritto naturale in Vallet.

Per Vallet, il diritto naturale primario è la *natura della cosa* in sé medesima.

Egli lo considera *evidente*, e sostiene che "...é naturale, nel senso che corrisponde alla natura bruta, ma *non é giuridico*, cioè, non é diritto, rigorosamente parlando. É qualcosa di *pregiuridico*, che appartiene alla natura delle cose e che il giurista deve tenere molto in considerazione per realizzare il suo lavoro, in quanto costituisce l'insieme dei dati primari dai quali, di fatto, é necessario cominciare" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", nella sua opera *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, p.793).

A suo giudizio, il "...diritto naturale, nell'ambito sociale umano, ossia, il propriamente giuridico, é quello secondario, che determina il giusto in relazione alle conseguenze che derivano" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.770).

Secondo Vallet, vi sono vari motivi -di indole non solo logica, ma anche gnoseologica, metodologica, ed ontologica- per considerare corretta questa interpretazione, il primo dei quali, partendo dal testo di San Tommaso nella soluzione prima dell'articolo 3 della questione 91 della 1.^a-2.^a, confuta la non necessità della legge umana. San Tommaso, a riguardo, afferma che "...La ragione umana non può partecipare pienamente del giudizio di quella divina, ma solo in maniera imperfetta e secondo la sua condizione umana. Pertanto...anche nell'ordine pratico, l'uomo non conosce le verità particolari dei casi concreti...Così, é necessario che la ragione umana

proceda ulteriormente a sanzionare in particolare certe leggi" (san tommaso d'aquino, *Suma teológica*, BAC, Madrid, 1956, tomo VI, p.57).

Tale importanza della legge positiva trova spiegazione nella sua stessa esistenza: secondo la *ragione logica*, infatti, ogni parere emesso esige un giudizio od un ragionamento (e non solamente un'asserzione su ciò che si presenta come evidente, come succede invece per i principi generali, che appaiono di per se stessi come evidenti); secondo quella *gnoseologica*, legata all'accezione del diritto come arte del giusto, il diritto consiste nel fatto che il giusto giuridico -anche naturale- non é evidente, ma ragionato; secondo quella *ontologica*, infine, il diritto, come il giusto concreto, come la *res justa*, non consiste affatto nel giusto riguardo alla natura della cosa singola considerata in sé medesima ed in senso assoluto, poiché questa percezione sarebbe equivalente ad una considerazione astratta della cosa stessa.

Il secondo motivo sorge dalla comparazione tra il diritto naturale secondario ed il diritto naturale primario: quest'ultimo risulta precisato da quello.

E come, ad un esempio, in merito alla relazione tra i sessi, il matrimonio precisa maggiormente i termini di ciò che é *giusto rispetto alla cosa nelle sue conseguenze*, così Vallet afferma "...che il naturale in relazione alle sue conseguenze si *sovrappone* al naturale in relazione alla cosa in sé medesima...Perciò, il diritto naturale secondario non solo si *aggiunge*, ma, *nel necessario, modifica e limita* ciò che é qualificato come primario".

Il terzo motivo non é più di precisione e delimitazione, ma di sufficienza o di insufficienza: esclusa la possibilità che sia giusto ciò che é contrario alla natura della cosa in sé, Vallet osserva che "...non si può neppure dire, in concreto, che una cosa sia giusta senza altri dati che quello di corrispondere al cosiddetto diritto naturale primario". Inoltre, il fatto che "...gli uomini debbano convivere tra loro perché le persone sono animali sociali, é un principio pregiuridico: il giuridico comincia quando, partendo da questa necessaria comunione di vita, si consegue, per esempio, la giusta regola delle compravendite" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", Op. cit., pp. 766, 792,793 e 794).

3.4.1. La critica di Victorino Rodríguez alla interpretazione di J. Vallet de Goytisolo sul pensiero di San Tommaso.

La non considerazione del diritto naturale primario come vero *diritto* naturale, e la interpretazione secondo cui quello secondario limiterebbe, aggiungerebbe e si sovrapporrebbe al primario, é motivo di un commento di Victorino Rodríguez che, però, non ha altra spiegazione se non "...la sua confusione...tra legge naturale e diritto naturale" (teófilo urdanoz, "Introducción a la cuestión 57. El derecho, objeto de la justicia", in *Suma teológica*, BAC, tomo VIII, Madrid, 1956, pp.178-230; ed in niceto

blázquez, *Los derechos del hombre. Reflexión sobre una crisis*, BAC, Madrid, 1980, pp. 59-68).

La critica dell'"...illustre e dotto autore" (estanislaio cantero núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de J. Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p.606) si solleva contro la *negazione della giuridicità ai principi primi*; eppure, sostiene Rodríguez: "...I primi sono più radicati in noi, più universali e perenni, rispetto ai secondi; e, siccome i principi intellettuali di azione della sinderesi sono propriamente legge, anche il diritto naturale fondato in essi sta' propriamente dentro la giuridicità naturale, anzi, addirittura in grado superiore a quella del diritto delle genti e del diritto positivo". Così, anche se: "...I diritti naturali secondari canalizzano molte volte la forza del diritto naturale primario, ne chiariscono semplicemente il disposto, ma non lo annullano, modificano o limitano", piuttosto "...può succedere l'inverso: i principi secondari possono essere limitati in certi casi, per salvare il vigore di quelli primari" (victorino rodríguez, "Santo Tomás en el pensamiento jurídico de Vallet", Speiro, Madrid, in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, IV, pp.843-845).

Vallet, a riguardo, asserisce che, nel "...terreno filosofico e nel campo della etica, ha ragione Victorino Rodríguez: i principi primi della legge naturale sono più radicati, più umani, più universali e perenni" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, p.380).

In relazione alla seconda obiezione di Rodríguez, e cioè, alla *presunzione di superiorità dei precetti di secondo grado rispetto a quelli primari*, Vallet si limita a specificare di non voler in alcun modo impostare una contrapposizione filosofica tra principi: ciò, infatti, concluderebbe che i principi primi si impongono sempre, perché immutabili e non limitabili. Egli intende dire che la giustizia deve essere applicata ai casi concreti e, rispetto ad essi, i principi primi generali si potrebbero contrapporre, oppure si potrebbe invocare lo stesso principio, ma con esiti differenti; a ciò si può aggiungere la specificità del caso, che potrebbe causare la sua esclusione dalla generalità del principio che apparentemente lo include. Perciò, "...l'applicazione dei principi secondari, e ancor più di quelli di terzo grado, risulta più giusta e concretamente più adeguata al caso di cui si tratta" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, Op. cit., pp.508-509).

Inoltre, vero è che i principi primi sono comuni, in parte, agli uomini ed agli animali, quelli di secondo grado, invece, sono propri del genere umano. Questi, in quanto specifici dell'uomo, risultano superiori a quelli, dato che l'uomo é superiore all'animale e, quindi, i principi primi necessari, ma non sufficienti, assieme a quelli secondi determinano concretamente il giusto, il diritto.

3.4.2. *Il diritto naturale come metodo, come arte giuridica.*

Il Giusnaturalismo di Vallet é in armonia con la concezione del diritto come arte del giusto, considerato un "...metodo per il raggiungimento di soluzioni giuste" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp.167-184).

Questo, a suo giudizio, é lo stesso metodo che segue San Tommaso, come spiega nelle Primeras Jornadas Hispanica del derecho natural (Le Prime Giornate Spagnole sul Diritto Naturale), nel discorso di chiusura intitolato "El derecho natural como arte juridico" (Il diritto naturale come arte giuridica). Vallet, affermando che la scienza del diritto naturale classico "...contempla, come realtà viva, la natura, ontologicamente e criteriologicamente, per dedurre in ciascun caso l'ordine che ha insito...osserva sia ciò che permane sia ciò che é storico".

Infatti, il diritto naturale è metodo che "...combina la conoscenza della cosa in sé medesima con l'esame delle conseguenze derivanti dalle cose" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp.707-708 e 1028-1029): per mezzo di questo metodo é possibile, cioè, conoscere principi sociali e vedere se l'azione umana sia adeguata alla natura e, nel caso, evitare e correggere gli errori di concezioni parziali che si impongono come totalizzanti.

Affrontando la gnoseologia utilizzata da San Tommaso, Vallet afferma di aver osservato e fatto notare la duplice via da lui impiegata per il conseguimento del diritto naturale, induttiva nel *Tratado de la justicia*, II.a-II.a, q.57 e deduttiva nel *Tratado de la leyes*, I.a-II.a, q.94, nel giudicare se qualcosa é giusto rispetto alle conseguenze dimananti. "A mio giudizio, é necessario seguire complementariamente entrambe le vie" poiché "...la determinazione della *res justa, secundum absolutam sui considerationem* (la cosa giusta, considerata in senso assoluto) richiede la sua prospettiva illuminata dalla proiezione del giudizio della legge naturale, e la sua concezione *secundum aliquid quod ex ipso consequitur* (secondo le sue stesse conseguenze) necessita la conseguente induzione dai principi prudenziali, sebbene entrambe le considerazioni confluiscono ad essere apprezzate *secundum rationem naturalem* (dalla ragione naturale)" (J. Vallet de Goytisolo, "El profesor Federico de Castro y el derecho natural", *Anuario del Derecho Civil*, tomo XXXVII, fascicolo IV (1983), pp.1701-1702). Questa é la differenza piú importante di Vallet rispetto al Neotomismo ed anche rispetto a Villey, per i quali, rispettivamente, il diritto naturale andrebbe ricercato solo nella legge naturale (non distinguendo, essi, la legge dal diritto) oppure solo nella natura. La rilettura che il Nostro elabora di San Tommaso permette di considerare la cosa in sé medesima e, attenendosi alle sue conseguenze, di trovare il giusto concreto conseguendolo per mezzo di *conclusiones* e di *determinaciones*: "...serve, allo stesso tempo, captare i principi primi della natura in sé e, per mezzo di prove, confronti e ponderazioni di certe opinioni con altre" (J. Vallet de

Goytisolo, *Metodología de la determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces - Consejo General del Notariado, 1996, vol.II, pp.376-383), determinare in ciascun caso il giusto giuridico concreto poiché il confronto delle idee con la natura costituisce un'autentica verifica delle conclusioni che la ragione trae dalla realtà, e la prova dei nostri successi e dei nostri errori. Vallet, senza dimenticare il secondo dei cammini - quello deduttivo, discendente -, insiste sul primo - quello induttivo, ascendente -, giacché "...quando è maggiore la corruzione morale e mentale degli uomini, per aiutarli, diventa più necessario mostrare loro la prima via, affinché vedano la verità e si convertano" (J. Vallet de Goytisolo, *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, p.16; in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.880).

Per mezzo del primo, si adeguano le idee alle cose, attraverso il cammino "...della induzione e dei giudizi prudenziali che appartengono alla conoscenza delle cose e dei fatti singoli e che ascendono all'universale fino a raggiungere (...), rispettivamente, i principi teorici e quelli pratici della nostra ragione, elevandosi dagli effetti alle cause" (J. Vallet de Goytisolo, "Las enseñanzas de la historia", in *Más sobre temas de hoy*, Op. cit., p.15; o in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.879). Per mezzo del secondo, "...si captano, non soggettivamente, ma nella realtà delle cose (...), i primi principi teorici (...) ed i primi principi operativi, etico-naturali" (J. Vallet de Goytisolo, "Razón teórica y razón práctica", in *Más sobre temas de hoy*, Op. cit., p.4; cfr. *Metodología jurídica*, Op. cit., pp.27-28), il che permette di conoscere l'essere e la verità, e di giudicare il buono ed il cattivo.

Vallet, nella sua opera *Qué es el derecho natural*, datata 1997, afferma che il diritto naturale, in quanto metodo o arte per determinare il giusto, deve intervenire naturalmente, "...compiendo le seguenti finalità: a) *Servire da modello per il legislatore* per formulare le *conclusiones* del diritto naturale che è necessario concretare, e per effettuare le *determinaciones* che questo richiede nelle circostanze vive; b) *Dotare le persone di criteri precisi* per conoscere quando le norme legislative sono contrarie al diritto naturale e, perciò, non sono leggi, bensì corruzioni di legge, dovendo in questo caso i sudditi resistere al loro compimento; c) *Interpretare* il diritto positivo, specialmente quando le leggi devono essere *conclusiones* da ciò che è naturalmente giusto, rispetto alla natura di ciascuna istituzione e di ciascuna cosa determinata; d) *Guidare per la utilizzazione dell'analogia*; e) *Determinare quando procede l'equità* e quale è, in ciascun caso, la soluzione equitativa concreta" (J. Vallet de Goytisolo, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997, pp.67-72).

3.4.2.1. L'interpretazione del diritto.

La determinazione del diritto come *ciò che è giusto* pone il problema della sua interpretazione.

Per Vallet essa va intesa nel senso della *interpretatio* romana, cioè, "...il giusto concreto che sorge dalla realtà delle cose e dai fatti", di contro ad un concetto più ristretto che la limita alla comprensione delle norme legali.

Nel compito di determinazione del diritto, che presuppone l'interpretazione, interessa sottolineare quale è il ruolo mediatore e strumentale della legge positiva, che deve: "...1. comparare la fattispecie della norma con il diritto del caso, per osservare se esiste identità piena o meno...2. Se esistono certe differenze di sfumatura, queste possono provenire dalla condotta di qualcuno dei soggetti; e allora la norma dovrà essere coniugata con la falsariga del valore che corrisponde (buona fede, dolo, colpa)...3. Se esiste notevole somiglianza della fattispecie della norma con il fatto del caso, quella dovrà essere coniugata con le altre norme che apportano soluzioni adeguabili e sempre illuminata dai principi generali, essendo proiettati tutti questi elementi alla situazione del fatto d'accordo con la natura della cosa per raggiungere un migliore adeguamento...4. Se non c'è alcuna fattispecie di norma che risulti analogabile con il fatto del caso, bisognerà ricorrere ai principi generali, proiettati tipologicamente, concretandoli a questo fatto del caso, rispetto a tutte le sue particolarità...5. Se esiste apparente identità tra la fattispecie del testo della norma ed il fatto del caso, ma c'è una differenza sostanziale, si dovrà ricorrere all'equità" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del derecho*, Op. cit., p.1438).

3.4.3. L'equità.

Il giusto, nella sua ultima concrezione e nel suo caso più estremo di determinazione, è l'equità.

Vallet osserva che lo *ius*, il diritto, consiste propriamente nel realizzare l'equità -nella sua accezione di *ars boni et aequi*-. essa, in una prima approssimazione, sarebbe "...l'espressione perfetta della giustizia concreta" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, vol. II, p.1566).

Secondo Vallet, in San Tommaso, oltre ai tre classici gradi del diritto naturale, è possibile apprezzarne un quarto, "...nel quale il giusto si adegua alle circostanze eccezionali": in alcuni casi "...non è possibile ricorrere alla legge né ad alcuna norma, ma solo all'equità, poiché, in caso contrario, si andrà contro il diritto naturale" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", nell'opera *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, p.730).

Di norma, è necessario ricorrere all'equità quando la soluzione legale sarebbe ingiusta nel caso particolare: il giusto naturale, esaminando la cosa in relazione alle sue conseguenze più specifiche e concrete, esige una soluzione individualizzata che sia la più adeguata" (J. Vallet de Goytisolo,

"Las fuentes del derecho según Santo Tomás de Aquino", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.233).

3.4.4. Diritto naturale e diritto positivo: un ordine giuridico unico.

Le espressioni *diritto naturale* e *diritto positivo*, allora, alludono a due diritti? Si tratta di due ordini giuridici differenti, separati seppure connessi, oppure di un solo ed unico diritto?

Se si parte dal presupposto secondo cui -come dice Vallet- entrambi i diritti "...sono le due facce della stessa medaglia nella quale consiste il Diritto", e se si conferma che la relazione tra entrambi "...é il vincolo nato dalla totale unità dell'essere" (consuelo martínez-sicluna y sepúlveda, *Del poder y la justicia*, Editorial Actas, Madrid, 2.^a ed., 1991, vol.I, pp. 299 e 301), si sostiene l'intellezione propria del Giusnaturalismo classico, secondo la quale l'opposizione duale del positivismo manca di senso e ciò sarebbe sufficiente per concludere che si tratta di un diritto unico.

Ma come provarlo ai giorni nostri?

Per Vallet si tratta di un unico diritto, poiché quando appaiono le espressioni diritto naturale e diritto positivo, esse non hanno altro valore se non quello di distinzione formale, non certo ontologica, dal momento che non c'è che un diritto, quello giusto, che consiste nel giusto concreto. Insieme alla natura si trova la libertà e l'azione dell'uomo: la prima esprimerebbe il diritto naturale e la seconda il diritto positivo.

Posto che l'uomo fa parte della natura delle cose, il diritto positivo é anch'esso, in senso stretto, diritto naturale ("...l'unico autentico diritto", Juan Antonio Martínez Muñoz, "Sobre el sentido del Derecho natural", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, época II, n.XXXI, 1998, pp.155-198), ma solo quando é giusto e la giustezza proviene dal fatto che si *conclude* una disposizione di diritto naturale oppure che se ne *determina* una che non é contraria al diritto naturale: cioè, il diritto positivo presuppone implicitamente che sia diritto naturale, per la sua necessaria conformità con esso.

Martínez-Sicluna sostiene, sulle relazioni tra entrambi i diritti, che "...il Diritto é, prima di tutto, Diritto naturale - perché c'è una classe di giustizia che nasce nella natura dell'individuo- e poi é Diritto positivo, poiché, essendoci una classe di Giustizia che sorge dal comune accordo, privato o pubblico, questa contiene in sé la Giustizia naturale e ne istituisce una positiva che non può contravvenire ciò che é stabilito nella prima;...tale visione sulla relazione tra entrambe le classi di Diritto é quella che Juan Vallet sottolinea studiando il pensiero di San Tommaso" (consuelo martínez -sicluna y sepúlveda, *Del poder y la justicia*, Op. cit., p.300).

"...Il diritto naturale ed il diritto umano, inconfondibili teoricamente, non formano mondi a parte né si trovano su piani totalmente separati, perché le conclusioni del primo devono essere scritte nella legge umana ed informare le soluzioni del secondo. Al contrario, le determinazioni di quest'ultimo,

una volta effettuate entro i limiti corretti, sono riconosciute da quello come obbligatorie" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", nell'opera *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. II, p.788) poiché il diritto naturale "...richiede l'esistenza e la contiguità del diritto umano, con il quale si intreccia" (J. Vallet de Goytisolo, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997, pp. 52 e 54).

CAP IV LA NATURALEZA DE LAS COSAS.

4.1. Il concetto di *Naturaleza de las cosas*.

Durante un'esposizione in merito alle principali dottrine sulla *naturaleza delle cose*, il professor Recaséns Sichés afferma criticamente che "...quest'idea della *naturaleza de la cosa* sembra che si sia convertita in una specie di inevitabile *leitmotiv* o *ritornello*, nella scienza e nella filosofia giuridica del nostro tempo" (luis recaséns sichés, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, F.C.E., México, 1971, p. 309).

D'altra parte, Eudaldo Forment Giralt afferma che uno dei maggiori sforzi per recuperare il concetto classico della naturalezza delle cose, affinché essa torni ad essere la fonte fondamentale del diritto, si incontra "...nell'opera di Juan Vallet de Goytisolo" (eudaldo forment giralt, "La naturaleza de las cosas y la filosofía", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.349-350, 1996, p. 943). Come osserva la dottoressa Cristina Fuertes-Plana, nel suo libro sulla filosofia politica e giuridica dell'eminente Professore: "...Pensare che possa essere contenuto tutto il diritto in un codice o in una legge, per Vallet, non è altro che un errore. Ciò che si pretende é un trattamento giusto, proporzionato, adeguato alla situazione concreta, senza forzare la realtà volendo sottometerla in una norma giuridica, perché essa é sempre molto più ricca, differente, variabile e dinamica" (cristina fuertes-planas aleix, *Filosofía política y jurídica de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1992, p. 312).

Secondo la concezione classica di naturalezza delle cose, essa non si deve circoscrivere ad una "...pretesa età felice, che mai esistette, né ad un ipotetico mondo selvaggio in lotta, che si rappacificò per mezzo di un patto immaginario...e neppure ad un futuro e sognato mondo fraterno...Essa non si riduce all'uomo astratto, limitato alla *res cogitans*...né alla *res extensa*, e cioè, alla naturalezza puramente materiale e neppure alla *Natur der Sache* - questa "naturalezza della cosa" che, restando lontana dal suo Creatore e dall'ordine della creazione, deve ricorrere alla coscienza dominante per poter gerarchizzare i suoi valori. Né, ancor meno, é materia in continua mutazione, come il materialismo storico...E neppure, si incatena, come lo strutturalismo, in una struttura essenziale o tipo, dedotta dall'analisi delle

diverse strutture storiche nelle quali l'uomo sembra totalmente invariabile" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 169).

La natura, secondo Vallet, è ciò che mostra l'esistenza di un ordine nella creazione, di un ordine naturale, non solo fisico o biologico, ma anche morale e razionale, che governa tutti gli esseri viventi.

Così, come dall'osservazione della natura si giunge alla conclusione dell'esistenza delle leggi fisiche o biologiche che regolano ed ordinano questo mondo, allo stesso modo, sempre dalla natura, si possono estrapolare anche quei principi sociali per mezzo dei quali si rende possibile l'attività degli uomini e la loro vita sociale, nel rispetto della razionalità.

Il diritto naturale, allora, si incontra nella natura.

Per Vallet, la natura comprende la *natura delle cose* e la *natura dell'uomo*, ossia, secondo la concezione classica, "...tutte le cose create e tutti gli esseri di questo mondo: gli uomini, con corpo ed anima, e gli insiemi sociali; la materia e lo spirito, i mezzi ed i fini, in tutte le loro prospettive statiche e dinamiche" (J. Vallet de Goytisolo, "Constitución orgánica de la nación", *Verbo*, Speiro, Madrid, nn. 233-234 (1985), p.330; *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, pp. 75-86, 17, 29, 53 e 189; *Estudios sobre fuentes y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp.708-711), poiché l'uomo non è isolato, né può essere contemplato in astratto, bensì nelle relazioni di origine e di fine con il suo Creatore, con il suo prossimo, "...integrato in corpi sociali -famiglia, parrocchia, ufficio, professione, municipio, paese, regione, Stato, ecc.-, in un mondo geografico, economico, politico e storico dato; con le sue circostanze concrete; portatore di una storia ed erede di una tradizione; che si muove, agisce, realizza e trasmette le sue conoscenze e le sue conquiste" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, Op. cit., p. 170).

Nella percezione dell'ordine della natura, il nostro sentimento e la nostra intelligenza possono discernere ciò che è ordine dal disordine, ciò che è giusto dall'ingiusto; però, per conseguirlo, non basta contemplare la natura e le sue leggi in alcuni aspetti (materiale, economico, ecc.), ma occorre scoprirla nella sua pienezza.

Vallet usa l'espressione *naturaleza de las cosas* (natura delle cose, J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, pp.54-55) come sinonimo di *natura* fin dai suoi primi scritti sulla materia, alludendo a tutte le cose e ad ogni cosa, e cioè alla *natura rerum* (natura delle cose, che comprende quelle divine e umane) ed alla *natura rei* (natura della cosa), aspetti che non si contrappongono, bensì si completano vicendevolmente nella scienza del giusto.

Per *cose*, tanto nell'espressione "ordine delle cose", quanto in "natura delle cose", Vallet intende tutta la realtà, tutto l'universo creato ed il suo Creatore, e quindi, anche la relazione dell'uomo con Dio.

Natura, invece, è l'universalità delle cose intese in una relazione ordinata, ma è anche "...il principio dinamico delle operazioni che le sono proprie, e l'essenza, come principio di movimento" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.716) che permette che una cosa sia quello che è.

L'espressione *natura delle cose*, quindi, ha un significato che abbraccia sia l'ordine universale tracciato da Dio nella sua opera creata, e posta da Lui in essa, sia l'ordine di ciascuna delle cose; essa, nelle equivalenti espressioni in diverse lingue, è termine antichissimo: dalla Grecia presocratica, ad Aristotele indica ciò che serve per il raggiungimento, in ogni caso, del giusto; nel diritto romano, la *rerum natura* significa "cose e relazioni tra le cose".

Qualsiasi concezione della natura che non la consideri nella sua totalità, però, risulta insufficiente, per cui, per esempio, si cade nell'errore, quando si prende *dell'ordine naturale* solo una parte, ma la si considera come se fosse il tutto.

Il carattere di razionalità della natura, inoltre, è dato dall'essere opera del Creatore; in essa, però, incide l'intelligenza, la volontà, l'azione dell'uomo con la sua libertà, dal cui mal uso può derivare il disordine, e contro il quale, prima o poi, la natura reagisce, con il castigo che porta implicito in sé.

La relazione della *rerum natura* e della *natura rei* con la ragione naturale ed il diritto naturale, come espressione di ciò che è giusto, appare per la prima volta in San Tommaso d'Aquino, l'autore che dà un carattere trascendente alla *rerum natura*. La cristianizzazione della concezione classica sulla *rerum natura* permette di intendere il concetto in tutta la sua ampiezza, materiale e spirituale: nell'Ordine della Natura, determinando ciò che è giusto in concreto, si permette alla creatura di apprendere ed accettare la missione superiore per la quale è stata creata. La *rerum natura*, infatti, include in sé la *natura rei*, la naturalezza di ciascuna cosa e, riferito alla persona, include ciò che è naturale nel soggetto, ciò che è proprio di questo, e cioè, una naturalezza teleologica, una naturalezza che fonda le sue radici nel piano stabilito da Dio, nell'Ordine naturale.

4.1.1. Le fonti del diritto.

La naturalezza delle cose è la fonte da cui si deve astrarre il diritto, sia quello contenuto delle norme generali, sia quello specifico del singolo caso esaminato. In *Panorama del derecho civil*, Vallet afferma che essa appare la fonte sostanziale che dà legittimità e validità alle fonti formali, "...fino al punto che se, per qualsiasi motivo, alcuna di queste ultime si allontana dalla natura, non si può più applicare, perché perde la sua ragione di esistere per quel caso", e continua: "...tanto il diritto naturale quanto la natura delle cose non possono essere fonte diretta, ma solo ispiratrice o correttiva" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch,

Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, p.55), non essendo norme immediatamente applicabili, seppure abbiano priorità ontologica su quelle di immediata applicazione - ovvero le *conclusiones* e le *determinaciones* per la risoluzione dei casi abituali.

La naturalezza delle cose, come fonte materiale del diritto, opera in due modi: in primo luogo, é presente tanto nel processo di elaborazione legislativa quanto nella determinazione particolare del giusto concreto; in secondo luogo, quando, nel caso concreto, le norme prossime sono insufficienti.

Vallet sostiene che la questione della determinazione del diritto non é una cosa differente dal problema delle fonti del diritto: la natura delle cose deve considerare la fonte materiale del diritto, "...la fonte delle fonti materiali" (J. Vallet de Goytisolo "La percepción sensorial y las fuentes del derecho", in *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, pp.181-182).

In consonanza con la concezione tomista, Vallet separa le fonti materiali da quelle formali, la cui distinzione o confusione costituisce, a suo giudizio, "...il problema basilare del tema delle fonti del diritto, che é quello della trascendenza o immanenza del diritto rispetto allo Stato, alla società e ai tribunali di giustizia": le fonti materiali consistono in quegli elementi che contribuiscono a fissare il contenuto della norma giuridica, costituite dall'ordine della natura e dalla natura delle cose; le fonti formali sono considerate nella loro duplice prospettiva di organi di creazione da cui *deriva il diritto* e di forme di questa creazione, che *lo esteriorizzano e lo illuminano*.

Il conseguimento del diritto, del giusto in concreto in ogni relazione, non é tanto una norma da applicare, quanto piuttosto "...un'arte giuridica che contempla e tiene in considerazione la realtà dei fatti e quella giuridica, l'ordine della natura, le leggi, i costumi, la giurisprudenza, l'opinione degli autori e l'equità" (J. Vallet de Goytisolo, "El derecho natural como arte jurídico", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp.155, 563-602, 726-729 e 794-797): ossia, il diritto é *ars boni et aequi et divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (l'arte del buono e dell'equo; e la conoscenza delle cose divine e umane, la conoscenza del giusto e dell'ingiusto), come per Celso ed Ulpiano.

Sánchez de la Torre avverte che, la filosofia giuridica di J. Vallet de Goytisolo "...non é quella di un filosofo del diritto convenzionale, ma quella di un giurista che cerca tutte le possibili connessioni che la realtà giuridica ha nell'oggetto globale della *divinarum humanarumque cognitio*, dove può interpretare ed applicare la *iusti atque iniusti scientia*" (angel sánchez de la torre, "J. Vallet de Goytisolo, filósofo del derecho", in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, vol.VI, p.647).

4.1.2. Libertà, dignità e coscienza in relazione alla naturalezza.

Seguire l'ordine della natura non significa cadere nel determinismo, al contrario, anche nel disordine che l'uomo provoca quando si allontana dall'ordine naturale, egli risponde alla sua propria natura, che è fallace. Come si può tacciare di antinaturalezza, perché contrario all'ordine naturale, alla natura delle cose, parte di ciò che fa l'uomo in uso della sua libertà? Non si può.

Vallet, in conformità alla concezione antropologica cattolica (riassunta nel Vangelo: "...Se rimarrete nella mia parola, sarete in verità discepoli miei e conoscerete la Verità e la Verità vi farà salvi", san giovanni, 8, 31-32), asserisce che la verità, che procede da Dio, è legata alla libertà come causa ed effetto: mediante la conoscenza della prima, e l'agire conseguentemente ad essa, l'uomo è libero. Questo perché "...La libertà, come facoltà che perfeziona l'uomo, deve applicarsi esclusivamente alla verità ed al bene" (leone xiii, *Inmortale Dei*, in Dottrina Pontificia, *Documentos políticos*, BAC, Madrid, 1958, p.208) e, come afferma Papa Giovanni Paolo II: "...l'uomo è libero perché possiede la facoltà di determinarsi in funzione del vero e del bene" (giovanni paolo ii, Messaggio in merito alla "Giornata mondiale della Pace", del 1 gennaio 1981, *L'Osservatore Romano*, edizione settimanale in lingua spagnola, anno XII, n.52 (626), 28 dic. 1980), avvertendo che "...nel nostro tempo si considera la libertà fine a se stessa e si crede che ogni uomo sia libero quando la usa come meglio crede", mentre, essa "...è un dono grande, quando sappiamo usarlo responsabilmente per tutto ciò che è il vero bene" (giovanni paolo ii, *Redemptor hominis*, 21, Ediciones Paolinas, 2a. ed., Madrid, 1979. p.76) ed "...Essere liberi vuol dire anche saper arrendersi, sottomettere se stessi" (giovanni paolo ii, Omelia della Messa nella Basilica di San Pietro per gli universitari di Roma come preparazione alla Pasqua, *L'Osservatore Romano*, in lingua spagnola, anno XIII, n.14 (640), 5 aprile 1981). Al contrario, il rifiuto della Verità, o il suo disconoscimento colpevole, priva l'uomo della libertà, lo rende schiavo: "...per molti, la libertà consiste nella possibilità di pensare, dire e fare ciò che si vuole. Affermando ciò, però, non penetriamo neppure nell'essenza di ciò che è autentico volere...e così, dimentichiamo facilmente la nostra condizione di *animali razionali*, che ci guida *rettamente* per mezzo della ragione, e *non ciecamente* per mezzo degli istinti".

Il primo fondamento della libertà è la saggezza. Quando si parla di questa, non ci si riferisce al sapere libresco, quanto piuttosto al raggiungimento di una percezione della realtà che, nella essenza delle cose, penetra il più pienamente e profondamente possibile fino a comprendere il suo principio, l'ordine insito in esse e nei suoi fini. "...Molti rustici contadini acquisiscono questa saggezza addirittura più della maggioranza degli ideologi di oggi, persi in un razionalismo senza luce che abbassa e riduce gli orizzonti della loro prospettiva" (J. Vallet de Goytisolo, "Los enemigos

de nuestra libertad" in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, pp.54-55; e anche *Metodología de la determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, Madrid, vol. II, pp.49-53). "...La libertà di scelta, inoltre, é in relazione all'ordine morale" (eudaldo forment, "Modelos actuales del hombre: ¿Un vero super hombre?", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.323-324, 1994, (pp.241-277), p. 243) e consiste nel porre rettitudine nel giudizio e nell'azione.

Questo non significa neppure attentare alla dignità dell'uomo o alla sua coscienza, né restringere le sue possibilità di scelta e di azione. Infatti, "...Ciò che conferisce all'uomo la sua maggiore responsabilità é l'essere stato creato da Dio a sua immagine e somiglianza" (estanislao cantero núñez, *La concepcion de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990, pp.54-67) e, sul piano naturale, il suo essere razionale con il fine ultimo in Dio, in modo tale che egli stesso si attribuisca dignità, poiché, se, ontologicamente, la persona é un valore assoluto, possono non esserlo allo stesso modo gli atti ingiusti da lui compiuti.

Che relazione esiste tra la coscienza e la morale?

La coscienza é norma propria dell'agire di ogni essere umano: essa non é fonte autonoma della moralità, ma é sottomessa all'obbedienza della norma morale obiettiva.

Papa Giovanni Paolo II realizza, di tale tema, una crociata permanente, come dimostrano le sue encicliche intitolate *Veritatis splendor* e *Evangelium vitae*. "...Quando tra la coscienza e la norma morale obiettiva c'è adeguatezza, la coscienza é retta ed il suo dettato corretto, e non bisogna solo seguirlo, ma deve anche essere rispettato ed incoraggiato. Da ciò si comprende il perché dell'obbligo morale, per ogni uomo, di formare correttamente la propria coscienza: essa deve essere conforme alla verità, ed il suo disposto esprimere la moralità oggettiva" (victorino rodríguez, "Fundamentación teológica de la conciencia moral", in *Estudios de antropologia teologica*, Speiro, Madrid, 1991, pp.129-145).

"...Dio ci ha posti in un ordine tale che, se lo seguissimo, ci porterebbe in modo naturale al bene. La vera libertà si ottiene obbedendo" (J. Vallet de Goytisolo, "Derecho, poder y libertad", in *Verbo*, Speiro, Madrid, nn.87-88, agosto-septiembre-ocytubre 1970, (pp. 601-627) p.602). É necessario, pertanto, che l'uomo *conosca se stesso nella sua integrità, in tutte le sue dimensioni*.

Sant'Agostino denuncia un *errore* che, oggi, invade tutto il pensiero filosofico Moderno: il parlare del primato dell'azione sopra la conoscenza della realtà; il negare il realismo come assenza di spirito libero; il parlare dell'assoluto come risultato e del primato della volontà sopra il bene desiderato.

L'uomo, *antiteisticamente*, rifiuta il Dono dello Spirito divinizzante e santificatore, ed é spinto "...a non ricevere nulla, in nessun ordine né categoria della realtà, se non può attribuire a se stesso l'iniziativa ed il

merito" (francisco canal vidal, "La teología y la naturaleza de las cosas", in Verbo, Speiro, Madrid, nn.349-350, 1996, p.931).

4.1.3. *Natura ed azione umana*

Vallet, fin dai suoi primi insegnamenti in materia di naturalezza delle cose, si pone la domanda se l'uomo, agendo nella natura di cui fa parte, abbia alcun intervento nell'ordine dinamico della natura e, se sì, in che modo.

Nella Modernità, osserva Vallet, l'uomo, nella sua misura, è certo di essere creatore del mondo, ma, potrà forse vivere "...senza produrre gravi commozioni ed effetti disastrosi, se non si adatta ai canoni dell'ordine naturale?" (J. Vallet de Goytisolo, "El derecho natural como arte jurídico", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.710).

Spesso si prescinde dal fatto che l'uomo sia naturale e faccia parte della natura e del suo ordine dinamico, attraverso le sue azioni, e si dimentica che "...è propriamente *naturale* ogni azione umana conforme all'ordine dinamico e progressivo della natura, mentre, è *artificiale* l'azione contraria ad esso".

L'uomo può alterare alcuni dei suoi elementi, alcune delle sue circostanze, ma non la natura stessa. Egli può fare il bene ed il male appoggiandosi sulle leggi naturali, ma quando la libertà umana si pretende illimitata, quando la ragione prescinde dall'oggetto della realtà, questa libertà "creatrice", alla fine, si trasforma in servitù nei confronti di ciò che è creato artificialmente, perché l'universo "...si regge da solo sulla base della legge eterna e conformemente al piano divino" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991, p.55; *Metodología de la determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, vol. II, pp.143 e 851), come dice San Tommaso, e ricorda Vallet.

D'altra parte, l'uomo possiede, in quanto creatura razionale, un'impronta dell'Essere Creatore, che lo rende partecipe della sua legge eterna ed essenziale, dandogli, con la naturalezza umana, una legge innata. In questo modo l'uomo, proprio per naturalezza, opera secondo un'ineludibile legge naturale, giacché "...essa stessa gli indica un ordine di possibilità, nelle quali deve sviluppare la sua libertà" (J. Vallet de Goytisolo, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973, pp.31, 36, 37).

Quando non si rispetta questo ordine di possibilità e si agisce sulla natura come se questa fosse un'ancella nelle mani dell'uomo si produce ogni genere di catastrofe ambientale, sociale, politica ed economica: "...L'attualità della questione ecologica mostra, con evidenza alla portata di tutti, l'esistenza di un ordine naturale insito nell'opera creata e che non solo si riflette nel movimento degli astri e nelle loro conseguenze meteorologiche, ma anche nella vita di questo pianeta" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del Derecho*, Op. cit., p.186;

"La naturaleza de las cosas. Ambito y medio para armonizar economía y ecología", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.71, 1994, pp.143-164). Viene confermato un pensiero già espresso da Vallet, nel 1963: "...Le disboscature indiscriminate e la conversione di praterie o boschi in campi di frumento danno luogo alla desertificazione; questo è il prodotto di una visione materialista...che prescinde dall'ordine naturale, che, invece, è conforme alla natura delle cose ed ha una visione completa del bene comune" (J. Vallet de Goytisolo, Prologo a *El campesinado* di helion de beaulieu, *Verbo*, Speiro, Madrid, n.20 (1963), (pp.3-24), pp.4-7). Un'ecologia autentica, allora, considera la naturalezza delle cose, la sua ontologia, la sua gnoseologia e la sua assiologia.

Sebbene Vallet rifiuti l'empirismo, ed in particolare l'elevare il fatto a diritto, infatti, per il Nostro, "...la natura contiene un'assiologia" (J. Vallet de Goytisolo, "Perfiles jurídico del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", in *Estudios jurídico en Homenaje al Profesor Feredico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976 (pp. 705-804), pp. 764-769) e, "...specificatamente per gli uomini, la loro deontologia" (J. Vallet de Goytisolo, "La naturaleza de las cosas. Ambito y medio para armonizar economía y ecología", in *Anales de la Real Academia de Ciencia Morales y Políticas*, Op. cit., p. 155).

L'ordine naturale esprime ciò che sono le cose, nella loro essenza e, in esso, l'uomo è una creatura razionale, libera, responsabile, morale, capace di successi e di errori, di fare il bene ed il male; di esaminarsi e di giudicare se stesso, gli altri e le rispettive azioni. Essendo capace di agire in modi differenti, egli può scegliere per mezzo della legge della natura ed attenersi all'ordine naturale nella sua pienezza, realizzando ciò che è morale, ossia ciò che si *deve compiere*. Però, il dover essere è possibile che venga predicato solo da chi è libero, mentre, per la pianta e l'animale, non c'è distinzione tra l'essere ed il dover essere: essi realizzano inesorabilmente il piano tracciato dal Creatore compiendo necessariamente la legge che li governa.

Vallet critica la *falacia naturalista*, che crede che la natura dell'uomo mostri solo comportamenti, e non anche criteri per la loro valutazione, e che non si possa distinguere, in ogni caso, ciò che è corretto da ciò che non lo è: "...La natura delle cose -osservata e, ancor più, vissuta dall'uomo- contiene criteri di valore e di giustizia tanto inseparabili dalle cose stesse quanto dagli esseri che le osservano e vivono, e cioè dagli uomini...Il dualismo tra *res extensa* e *res cogitans* è puramente teorico" (J. Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del Derecho*, Op. cit., p.112).

Questa realtà assiologica si concepisce *in concreto* perché, l'atto che si giudica è in relazione a situazioni e la nostra ragione deve agire non solo per captare debitamente questi fatti, ma anche per valutarli sotto il punto di vista della giustizia.

"...In riferimento all'ordine naturale, alla natura delle cose ed al modo in cui questa ci rivela il diritto, per mezzo di conclusioni o di determinazioni, appare la sua manifestazione assiologica" (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, pp.21,39,40,47-48,74-75).

4.1.4. Natura, storia e tradizione.

Vallet considera che alla natura umana, che é una, "...conviene anche, e specialmente, il carattere di *storica*, perché essa...é aperta e suscettibile di successivi arricchimenti al contatto con la realtà mutevole...Così, l'uomo stesso é un *essere storico* al quale corrisponde essenzialmente il mutare attraverso il tempo, però, egli ha anche una natura o essenza che permane sempre e che é il fondamento stesso che facilita detto cambiamento" (J. Vallet de Goytisolo, "El derecho natural como arte jurídico", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p.716). Su tale ultimo convincimento, il Nostro costituisce le sue critiche alle costruzioni filosofiche, giuridiche o politiche che "...considerano l'uomo come un essere astratto e senza storia" (J. Vallet de Goytisolo, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972, pp.189-196; 35-48).

Quanto alla *tradizione*, essa é una parte integrante della natura umana, poiché l'uomo é un essere sociale, e quindi, la presuppone necessariamente. Essa "...consiste nel conservare ciò che c'è di prezioso nel deposito costituito dalle esperienze di generazioni anteriori, continuando il suo sviluppo, la sua depurazione ed il suo accrescimento, per trasmetterlo, arricchito, alle successive generazioni": coniugazione tra conservazione e progresso, ossia, tra quanto risulta valido e vigente del deposito ereditato, e quanto deve essere revisionato, depurato ed accresciuto con le soluzioni per i nuovi problemi, che impone la realtà attuale" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., pp.918, 920 e 984-985).

Vallet, però, non cade nello *Storicismo* (J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1963; 2.^a ed., 1973, p.50): egli non accetta che si eriga la storia a giudice.

La storia, a suo giudizio, deve servire per elevare l'uomo verso i principi ottenuti, ma senza perdere di vista la realtà concreta, "...captando ciò che trascende questo momento culturale" (J. Vallet de Goytisolo, "Revolución, conservadurismo y tradición", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.898 e ss.; "Las enseñanzas de la historia", in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, p.16), ed analizzando il perché degli esiti o degli insuccessi delle istituzioni e della organizzazione sociale. "...Gli storicismi moderni sono passati dall'ammirare quasi esclusivamente il passato, al non attenersi se non al presente, per finire guardando solo verso un futuro che non si conosce, ma che ci condiziona in quanto, per raggiungerlo, ci alieniamo" (J. Vallet de Goytisolo, "El derecho

entre la ética y la ciencia", in *Los fundamentos de la ética en la actividad científica*, Real Academia de Ciencia Exactas, Físicas y Naturales, Madrid, 1983 (pp.9-32), p.25).

Al contrario, "...esiste un altro modo di seguire il cammino della storia, per estrarre da essa l'abbondanza di esperienze che contiene. Si tratta di comprovare come, a volte, gli uomini e le società proseguano per buoni cammini mentre, altre volte, prendano cattive vie che conducono alla catastrofe civiltà e popoli interi. Tutto dipende se, come cause seconde dell'ordine della creazione, siamo fedeli all'ordine della creazione; se non lo siamo, infatti, per vie traverse, passando per il castigo del disordine, la Provvidenza ci fa' ritornare alla vera via, anche se, molte volte, facendoci ricominciare dal basso, o addirittura dal principio" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.881).

Perciò, Vallet considera necessario conoscere la storia affinché, contemplandola, verificandola ed analizzandola, l'uomo tragga da essa le conseguenze che servono per guidarlo nell'uso della sua libertà, di cui Dio lo dota e lo rende responsabile.

García de Cortázar osserva che "...Vallet si affaccia alla storia per spiare in essa lezioni valide di un pensiero autentico, di valore permanente" (José Antonio García de Cortázar, nella sua critica al libro *Sociedad de masas y derecho*, in *Verbo*, nn. 78-79, octubre-noviembre 1969 (pp. 885-897), p.894), in quella trama per cui le opere delle diverse generazioni si fondono insieme a tal punto da non permettere che si distrugga l'opera di coloro che precedettero, perché incorporata al lavoro attuale ed a quello delle generazioni future.

"...Laboratorio per la comprovazione dell'ordine naturale" (J. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Op. cit., p.877): così lo definisce Vallet, commentando come la storia mostri alcune costruzioni ideali che conducono ad altre antitetiche e come le loro applicazioni pratiche producano, per reazione, i loro contrari senza conseguire l'equilibrio; o, ancora, eredità "con *beneficio d'inventario*" (cioè, fa parte della tradizione il buono, ciò che è valido, Antonio Aparisi y Guijarro, *Obras, Discursos políticos y académicos*, Stampa della Regeneración, Madrid, 1873, tomo II, p.56), incrementata dalle nuove generazioni; o, *continuità della vita umana*, dal momento che gran parte di quello che l'uomo ha e di ciò che egli è, lo ha ricevuto, e questo vale anche per coloro che lo rifiutano.

I nemici della tradizione, invece, avverte Vallet, sono "...il conservatorismo e la rivoluzione. L'uno per anchilosità e l'altro perché cerca di far saltare l'uomo nel vuoto, togliendogli il punto d'appoggio del passato, e gettandolo verso un futuro immaginario" (Estanislao Cantero Núñez, "El mito del cambio de estructuras", in *La sociedad a la deriva*, Speiro, Madrid, 1977, pp.127-145).

In Vallet appare chiaro che la distinzione concettuale di natura, ragione, libertà, storia e tradizione, posta nella realtà, presuppone molto più di un equilibrio: una composizione in un ordine nel quale questi concetti si differenziano, ma non si separano, né si confondono, e ancor meno si scontrano dialetticamente.

4.1.5. *La natura e la Grazia.*

Ci si può chiedere in che rapporto stiano la naturalezza e la Grazia; a riguardo, Vallet afferma che: "...la Grazia non annulla la *naturaleza*, ma la perfeziona" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, I^a, q.1, a.8, ad 2).

Canals aggiunge: "...La Grazia non distrugge la naturalezza, ma la presuppone e la perfeziona...così come una perfezione presuppone ciò che é perfettibile" (san tommaso d'aquino, *Summa Teologica*, I^a, q.2, a.2, ad 1).

"...Ogni naturalezza, in quanto tale, é per sé *buona*, dice San Tommaso. Nonostante l'eredità del peccato e la corruzione originale, infatti, anche l'umano é di per sé *buono*" (francisco canals vidal, "El masianismo progresista y la esperanza cristiana", in *Cristianidad*, Barcelona, 1959, p. 400).

L'uomo, allora, in quanto soggetto da perfezionare, esige il dono della Grazia di Gesù Cristo, che eleva la sua stessa naturalezza alla partecipazione di quella divina, cosicché l'uomo possa anche partecipare della natura di Dio, superare il male e raggiungere la completa perfezione della sua natura, integra nell'essenziale, ma debilitata in conseguenza del male, sia in merito al desiderio del bene che alla conoscenza della verità.

4.2. Il realismo di Vallet: un'applicazione.

Lo studio della naturalezza delle cose, attraverso il metodo tomista deduttivo-induttivo preconizzato da Vallet, trova un'applicazione pratica nella sua opera intitolata "Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercere", edita nel 1965.

Il problema che l'Autore si pone é quello della determinazione di ciò che, tra le cose che si registrano, può e deve risultare trascendente per eventuali terzi acquirenti.

Applicando il metodo del diritto naturale, egli spiega che: a) non é possibile concretare in un determinato numero di figure tipiche i diritti suscettibili di trascendenza registrale; b) non ogni diritto iscritto é reale; c) non può astrarsi il diritto iscritto dal titolo dal quale deriva, dalla causa e dalle circostanze riflesse in questo, d) né isolare gli elementi che hanno carattere reale da quelli che si valutano come mere obbligazioni, frutto della distinzione dei diritti patrimoniali in reali e personali.

Vallet, analizzando una ad una le relazioni giuridiche che, a causa di tale apriorismo dogmatico non sono suscettibili di iscrizione nei registri,

incontra l'origine dell'errore nel metodo applicato: esso parte dalla distinzione artificiosa ed irriducibile tra diritto reale e diritto personale. Affermando che "...il concettualismo dogmatico deriva dall'idealismo cartesiano e partecipa, pertanto, del suo erroneo punto di partenza", Vallet si addentra per i cammini del realismo giuridico, basandosi sulla natura delle cose, e considerando le cose come realtà ontologiche. Il diritto si realizza attraverso il giudizio di ragione della giustizia, che "...non può appoggiarsi in concetti, né in regolazioni formali, ma solo nella natura delle cose". Insomma, è necessario captare la realtà storica viva, perché lo esige la sicurezza giuridica. "...Si deve partire dal preesistente e dalle sue ragioni. Le nuove norme devono interpretarsi valorizzando la variazione introdotta nelle preesistenti ed il suo perché" (Juan Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre derecho de cosas*, vol.I, 2.^a ed., Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 324, 340-342, 345-347).

Nella sua concezione del diritto naturale come *arte del giusto in concreto*, il diritto naturale non può e non deve essere staccato dall'esperienza giuridica: questo stabilisce la priorità della natura e della realtà delle cose sulla pietrificazione concettualista e legalista della distinzione tra legge e diritto.

4.3. Vallet nel reale.

Il pensiero filosofico giuridico di Vallet "...è segnato da un puro realismo e dall'amore per il concreto; da un elevato concetto della giustizia (come qualcosa che bisogna trovare in concreto per ogni situazione, ma sempre nel quadro dell'ordine naturale generale) e del diritto (come *quod iustum est* e come *ars boni et aequi*); dal ricorso alla storia come conoscenza necessaria per interpretare e per correggere la vita; dalla grande erudizione, e dalla sua profonda convinzione religiosa cattolica" e, frutto di quest'ultima, dal "...suo altissimo grado di responsabilità verso gli altri ed un apprezzabilissimo senso del bene comune, plasmato in una speciale vocazione laicale focalizzata a procurare il ristabilimento di un ordine sociale cristiano" (Estanislao Cantero Núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de J. Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p. 459).

A testimonianza di ciò, nel 1960, insieme ad Eugenio Vegas Latapie, il Nostro fonda l'Editoriale Speiro e la rivista *Verbo*, con la quale cerca di creare un'animazione culturale, conformemente al diritto naturale e cristiano, guidato dal Magistero Pontificio ordinario.

Pochi anni più tardi, partecipa attivamente nella costituzione della Fondazione Speiro, di carattere benefico culturale -dedicata specialmente al sostenimento di conventi di clausura, alla formazione di seminaristi, alla diffusione di libri e riviste ed all'organizzazione di riunioni e congressi nei

quali si esponga e diffonda la dottrina sociale della Chiesa-, della quale é l'attuale Presidente.

Vallet, inoltre, continuando ad esercitare la sua professione notarile, é piú volte protagonista di nomine e di cariche onorifiche: nel 1977, ottiene la carica di Presidente della Unión Internacional del Notariado Latino; nel 1978, é nominato Dottore Honoris Causa della Universitá Notarial Argentina; nel 1961, é Académico de Número nella Real Academia de Jurisprudencia y Legoslación, titolare della medaglia numero 25, mentre, dal 1994, ne é il Presidente e, in questa veste, é anche Consigliere di Stato. Nel 1965, ottiene il grado di Dottore nella Universitá di Madrid; dal 1974, é Académico dell'Insituto de Estudios Catalanes, e, dal 1978, lo é anche dell'Instituto de Derecho Agrario de Florencia; nel 1985, viene nominato Dottore Honoris Causa della Universidad Autónoma de Barcelona. Nel 1986, diviene Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, eletto col numero 14. Infine, Vallet é anche il Presidente della Fondazione Francisco Elías de Tejada y Erasmo Pèrcopo, istituita nel 1987 dalla vedova di Elías de Tejada, e riconosciuta dal Ministerio de Educación y Ciencia, nel 1989.

4.3.1. Costruzione del realismo di Vallet: maestri ed influenze.

Vallet ha molteplici maestri, ecco perché é frequente il riferimento che egli stesso fa a svariati autori: da Castán a Federico de Castro oppure a Roca Sastre in campo di diritto civile; da Elías de Tejada a Michel Villey per la filosofia del diritto; da Victorino Rodríguez a Canals per le questioni filosofiche e teologiche; e, ancora, a Sciacca, a Marcel de Corte, a Gilson... Si tratta della "...quintaessenza dell'umiltà di un cavaliere, animato da uno spirito tradizionale, che cerca la verità delle cose e lì, dove la trova, con argomenti che gli sembrano convincenti, la riconosce negli autori che la esprimono prima di lui e, se questi gli suggeriscono sviluppi ulteriori, o lo aiutano a vedere le cose con maggiore nitidezza, non indugia nel proclamarli *maestri*".

Vallet, infatti, con umiltà intellettuale, portando al suo estremo il metodo del confronto e della ponderazione delle opinioni altrui, con un esercizio sistematico della *pietas* verso gli antenati e di onestà verso tutti: non si limita agli autori conosciuti e non esita a ricorrere alle opinioni degli autori ancora agli esordi, quando considera che le loro ragioni ed argomentazioni abbiano qualche consistenza.

Quanto alle influenze, é evidente quella di Aristotele e di Cicerone, degli autori spagnoli medievali come Mieres o Eiximenis, del napoletano Vico, o dei suoi contemporanei, come Villey. Vallet, infatti, é il primo che, in Spagna, diffonde il pensiero di Villey e le sue idee innovatrici sulla osservazione della realtà con uno sguardo libero da pregiudizi e da deformazioni: il loro sforzo é libero dall'affanno del potere, radice ultima della tentazione ideologica.

Il loro interesse é la realtà, per migliorarla, ma a partire da ciò che essa é effettivamente. Questa é l'attitudine che sta' oltre al rispetto, all'amicizia ed alla mutua ammirazione, che caratterizzarono le loro reciproche relazioni.

San Tommaso rimane, in ogni caso, il maestro vero ed autentico. Così lo presenta Victorino Rodríguez: "...Certamente, Juan Vallet deve molto a San Tommaso, ma *Il Buon Fra Tommaso* -come lo definì Dante- non potrà non guardare compiaciuto il buon pensare del nostro giurista".

In Spagna, però, "...si rileva una bassa eco dell'opera di Vallet, soprattutto nella generazione universitaria professionale degli anni sessanta e settanta, ad eccezione proprio dell'ambiente prossimo ad Elías de Tejada" (estanislaio cantero núñez, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de J. Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, pp. 695, 696, 699).

Comunque sia, la trascendenza della sua opera non può ancora essere interamente giudicata, dato l'entusiasmo che le nuove generazioni di studenti manifestano verso il Professor Vallet: oggi, infatti, un maggior numero di autori lo apprezza, lo cita, lo segue ed utilizza i suoi insegnamenti. Addirittura, il 9 Dicembre 1987, durante un'udienza pontificia, il Santo Padre Giovanni Paolo II consegna una lettera al Nostro -firmata in sua presenza - in cui si legge: "...Le attività del vostro gruppo sono note nel mondo intellettuale spagnolo e nel campo editoriale. Perciò mi é gradito esprimervi il mio apprezzamento per gli ideali che animano i vostri lavori in pro della cultura e della retta dottrina, in fedeltà ai principi cristiani e agli insegnamenti della Chiesa.

Con la mia sincera stima per le vostre persone e realizzazioni, desidero incitarvi a continuare nel vostro sforzo di intellettuali cristiani inteso a svolgere un particolare servizio nello approfondimento dell'identità culturale della società spagnola. L'identità culturale, vi é ben noto, é un concetto dinamico e, nello stesso tempo, critico. É un processo attraverso il quale si ricrea nel presente un patrimonio nel passato proiettandolo verso il futuro, perché se ne impadroniscano e ne vivano le giovani generazioni.

Perciò, vi invito a contribuire, nel segno di un sano pluralismo, alla promozione e alla difesa dei valori dello spirito che hanno formato ed arricchito il patrimonio culturale spagnolo e la sua proiezione nel mondo" (Rivista *cristianità*, Piacenza, nn.153-154, 1988, p.10).

Tale riconoscimento pontificio é segno ed indice, sia per chi crede sia per chi non, di un movimento di popolo che J. Vallet de Goytisolo genera semplicemente seguendo ciò che riconosce come vero per la sua stessa vita ed é, così, esempio per il cammino di ogni uomo.

CONCLUSIONI

In questa tesi è stato considerato l'apporto alla filosofia giuridica, soprattutto nell'ambito del diritto naturale, fornito dallo stimato notaio e giurista di Madrid, Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, nato a Barcellona il 21 Febbraio 1917 e tuttora vivente.

Mai preoccupato di costruire un "sistema" suo, o di elaborare una propria "teoria", e ben lontano dal criticare puntigliosamente predecessori e colleghi, quella di Vallet è piuttosto una filosofia *anonima*, nella quale il peso degli argomenti ha più rilevanza del nome di chi li elabora e li espone. Estanislao Cantero Nuñez, di lui, afferma: "...Si tratta della quintessenza dell'umiltà di un cavaliere, animato da uno spirito tradizionale che cerca la verità delle cose, e lì, dove la trova, con argomenti che gli sembrano convincenti, la riconosce negli autori che la esprimono prima di lui e, se questi gli suggeriscono sviluppi ulteriori, o lo aiutano a vedere le cose con maggiore nitidezza, non indugia nel proclamarli *maestri*".

La sua è una filosofia *classica* -in aperta polemica con l'aggettivo *moderna-* e *tomista*, data l'ammirazione profonda nutrita dal Nostro per San Tommaso d'Aquino, il suo autentico maestro.

Vallet aderisce alle tesi tomiste solo perché, a suo avviso, esse fanno parte di quella *philosophia perennis* che va intesa come una creazione collettiva dello spirito umano, da custodire e da difendere al di là delle periodizzazioni tipiche dei manuali di storia della filosofia.

In questa tesi ho effettuato un excursus storico avente ad oggetto il diritto naturale, visto secondo le più salienti e diverse concezioni filosofiche che si sono succedute cronologicamente lungo più di 2000 anni, e sono voluta partire dall'antica Grecia per testimoniare non solo che l'uomo, in ogni epoca, si è scontrato con il problema della giustizia, ma anche che, fin da sempre, due sono stati i modi di concepire la filosofia.

Le figure di Aristotele e Platone, infatti, mostrano le opposte tendenze dello spirito umano: il primo, equidistante dai sistemi unilaterali dell'Individualismo, sa riconoscere il compito specifico del giurista, cioè, osservare la realtà con onestà e nella sua pienezza; il secondo, invece, offre un ideale esaltante, ma irrealizzabile: questo è lo spirito anche di tutte le filosofie che hanno segnato una svolta nella dottrina filosofico-giuridica classica, diffondendo un modo di concepire il diritto ben diverso da quello tipico delle epoche precedenti.

Dall'antica Grecia fino al XX secolo, passando per la rivoluzione Scolastica si San Tommaso d'Aquino -pietra miliare della filosofia Giusnaturalistica classica-, attraverso la Scolastica Spagnola ed altri autori più recenti come Gianbattista Vico, Elias de Tejada e Michel Villey, la corrente aristotelico-tomista, seguita anche dal nostro autore, è stata riproposta dai filosofi in modo sempre presso che autentico.

Dalla fine del Medioevo, con Guglielmo di Occam, invece, si è assistito all'inizio dell'epoca Moderna, contrassegnata dalla laicità e dall'Individualismo di Martin Lutero e Calvino.

Il Rinascimento del XVII secolo ha segnato il riemergere delle filosofie ellenistiche dello Stoicismo, dell'Epicureismo e dello Scetticismo della Nuova Accademia, a partire dalle quali si è andata affermando l'esistenza di un nuovo mondo culturale sempre più lontano dalla dottrina giuridica classica, che ha conosciuto Cartesio e che, poco alla volta, ha eroso la nozione unitaria di natura: non si pensa più al diritto come presente nelle cose e contemporaneamente provvisto di valore normativo, così, inevitabilmente, si perde la chiave di lettura dell'autentico diritto naturale.

La Spagna, che fino a prima della guerra civile del 1936, non conosce il Positivismo moderno se non marginalmente, dopo il 1940 comincia a subirne l'influenza, mentre, dal 1960 ad oggi, si assiste alla sua massima affermazione. Nonostante ciò, però, il Giusnaturalismo classico non è mai stato soffocato totalmente: anzi, tanti autori ancora oggi sollecitano i giovani a fare onore al passato, rinnovando le tesi dei loro padri con quella originalità che li caratterizza.

Da Lecce fino a Lima, da Dola fino a Siviglia, da Luanda fino a Malta, da Donai fino a Salamanca, infatti, c'è stata una guerra per la fede che, nell'ambito del diritto, è stata la guerra in difesa del diritto cattolico; essa ha visto gli antenati spagnoli lavorare all'unisono, prudenti e geniali, nella grande impresa di difendere la libertà dell'uomo contro l'agonia e l'angustia della tragica lotteria della salvezza insita nella predestinazione proclamata da Lutero.

L'importanza ed il merito dell'opera di Juan Vallet risiedono nel suo proteggere generosamente ed acutamente il diritto naturale dagli attacchi che, ancora oggi, cercano di screditarlo, come l'accusa della sua antistoricità ed astoricità. In particolare, a questa critica, Vallet risponde con quella chiarezza e linearità che caratterizza il suo pensiero ed il suo stile linguistico -proprio per questo comprensibile a tutti-: il contenuto del diritto naturale non è qualcosa che si può lasciare all'assoluto arbitrario dell'uomo, ma si deve sottomettere ad alcuni limiti (questo è ciò che *permane del diritto naturale*); allo stesso tempo, però, esso non è neppure determinato una volta per sempre, ma deve essere definito nella singola circostanza storica (questo è ciò che è *storico del diritto naturale*).

L'analisi che Vallet conduce in merito al diritto naturale è sempre rivolta ad evidenziare il legame tra la storia e le diverse concezioni giusfilosofiche, volendo dimostrare come ogni tentativo di costruire una teoria del diritto alternativa al modello classico (aristotelico-tomista) sia parziale: il diritto è ciò che è giusto, *suum cuique tribuere*, ed ogni qualvolta esso è stato inteso altrimenti -o come sistema di leggi, o come organizzazione della forza, o come pretesa soggettiva-, ha perso la sua specificità e si è pericolosamente

confuso con altre e diverse forme dell'esperienza umana, rilevanti certamente, ma incapaci di garantire una giusta coesistenza sociale.

Il concetto di diritto naturale è, per Vallet, quello di San Tommaso: "*...la retta disposizione delle cose al loro fine o secondo l'ordine della Creazione ...preesistente nella mente di un Dio creatore, come un archetipo inserito nel Cosmo, che si deve andare a scoprire nelle cose, giacché si sviluppa crescendo, ma può anche cancellarsi dai cuori degli uomini*", a causa della loro limitatezza.

L'*ordine naturale* si può conoscere attraverso una duplice via, quella della Rivelazione e quella del Diritto Naturale: *direttamente*, per mezzo della Rivelazione; *indirettamente*, nella sua opera creata.

Il compito dell'uomo, allora, non consiste nel creare diritto, ma nel cercarlo per adeguare ad esso il proprio comportamento, nonché le istituzioni; e questa scoperta è opera soltanto della sua *recta ratio*.

Affermando l'esistenza di un ordine universale posto da Dio, Vallet analizza il diritto come arte giuridica per determinare in ciascun caso il giusto concreto (l'oggetto della giustizia), e ne afferma quale presupposto il fondamentale principio di perseguire e compiere il bene ed evitare il male, perché il bene costituisce ciò che tutti gli esseri desiderano e corrisponde alle inclinazioni conformi alla natura.

Essa è raggiungibile da ogni uomo, in quanto ognuno ha quel *sentimento di giustizia* che gli permette di poter scindere ciò che è giusto da ciò che non lo è, a patto che sia educato a questa virtù ed alla sua pratica: la giustizia, infatti, consiste nel classico *dare a ciascuno ciò che gli spetta* e questo presuppone la conoscenza razionale dell'ordine stabilito da Dio nella natura.

Vallet considera il diritto naturale separato dalla legge naturale in quanto l'uno è arte giuridica per determinare il giusto, l'altra è semplice strumento per lo stesso fine: non è quindi possibile l'identificazione dello stesso con la norma, perché egli rifiuta la volontà politica come fonte del diritto, sia essa avente base nella volontà generale, parlamentare o costituzionale.

Vallet mostra anche che l'esistenza della legge naturale non esclude un ordine giuridico umano, anzi, lo esige, a patto, però, che la norma sia concepita come una *ordinatio rationis ad bonum comune* (un comando della ragione per il bene comune).

Il Nostro ammette -e ciò lo differenzia dagli altri autori giusnaturalisti- che la legge, i costumi e la facoltà di ogni persona di esigere ciò che è suo e ciò che gli è dovuto -i cosiddetti diritti soggettivi- possono denominarsi *diritto* solo a condizione che siano giusti.

In qualità di metodo o arte per determinare il giusto, il diritto naturale deve *servire da modello* per il legislatore affinché formuli conclusioni e determinazioni corrette, secondo un metodo *deduttivo-induttivo* nel quale vengono confrontati e ponderati tutti gli elementi, anche se oggi, come ribadisce spesso il Nostro, data la corruzione morale e mentale degli

uomini, diventa sempre più necessario usare il metodo induttivo, che, partendo dalle cose e dai fatti singoli, ascende all'universale fino a raggiungere i principi teorici e quelli pratici della ragione umana, elevandosi dagli effetti alle cause.

Il metodo di Vallet, allora, è frutto del suo Realismo, del suo intendere la *naturaleza de las cosas* come una delle fonti principali del diritto, in quanto espressione che indica simultaneamente la *natura rerum* (che comprende le cose umane e divine) e la *natura rei* (la cosa singola), cioè, che abbraccia l'ordine universale tracciato da Dio nella sua opera creata e posta da Lui in essa, e l'ordine di ciascuna delle cose: come Aristotele e San Tommaso, per la determinazione del giusto, egli conosce e si fida solo di un'unica fonte, quella della Natura. Per Vallet, infatti, pensare che tutto il diritto possa essere contenuto in un codice è un errore.

La Natura, secondo il Nostro, è ciò che mostra l'esistenza di un ordine nella creazione, non solo fisico e biologico, ma anche morale e razionale, che governa tutti gli esseri viventi e dal quale si possono estrapolare quei principi sociali per mezzo dei quali si rende possibile l'attività degli uomini e la loro vita sociale.

Considerando tutta la realtà, tutto l'universo creato ed il suo Creatore, l'uomo e la sua relazione con Dio, Vallet afferma che, senza la *Grazia divina*, l'uomo non può conoscere veramente il reale, e pertanto, gli è preclusa la via della giustizia.

Il pensiero filosofico giuridico di Vallet è segnato da un puro realismo e dall'amore per il concreto; da un elevato concetto che egli nutre verso la giustizia ed il diritto; dal ricorso alla storia come conoscenza necessaria per interpretare e per correggere la vita; dalla grande erudizione e dalla sua profonda convinzione religiosa cattolica, nonché, frutto di quest'ultima, dal suo altissimo grado di responsabilità verso gli altri e da un apprezzabilissimo senso del bene comune.

Quale esempio di Realismo, si scopre in Vallet! Egli è un maestro, un punto di riferimento insostituibile per tutti coloro che sono alla ricerca del Vero: la sua dottrina sprona ogni uomo, nel suo piccolo, ad essere giusto verso di sé e verso gli altri, ma ciò non in nome di una propria verità, bensì di...*quella Verità che, sola, ci renderà Liberi.*

BIBLIOGRAFIA

ambrosetti giovanni, *Valore e missione del "Diritto naturale"*, in *El derecho natural hispanico*, Escelicer, Madrid, 1973.

aparisi y guijarro antonio, *Obras, Discursos políticos y académicos*, tomo II, Stampa della Regeneración, Madrid, 1873.

aristotele, *Etica Nicomachea*.

aristotele, *Politica*.

aristotele, *Retorica*.

bacone, *Novum Organon*.

bacone, *Tractatus de justitia universali*.

bastit michel, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, PUF, Paris, 1990.

blázquez niceto, *Los derechos del hombre. Reflexión sobre una crisis*, BAC, Madrid, 1980.

calvino, *Institution chrétienne*.

canal vidal francisco, "El masianismo progresista y la esperanza cristiana", nella rivista *Cristianidad*, Barcelona, 1959.

canal vidal francisco, "Fe y renovación", nella rivista *Cristianidad*, Barcelona, 1974.

canal vidal francisco, "La teología y la naturaleza de las cosas", in *Verbo*, nn.349-350, Speiro, Madrid, 1996.

cánovas espín, *El derecho natural y la moderna metodología*, ceu, Madrid, 1947.

cantero núñez estanislao, "La armonía", in *Verbo*, nn.173-174, marzo-abril, Speiro, Madrid, 1979.

cantero núñez estanislao, "Las crisis contemporánea: crisis moral y religiosa", in *Verbo*, nn.363-364, marzo-abril, Speiro, Madrid, 1998.

cantero núñez estanislao, "El mito del cambio de estructuras", in *La sociedad a la deriva*, Speiro, Madrid, 1977.

cantero núñez estanislao, "Moralidad, pluralismo y bien común", in *Europa e bene comune. Oltre moderno e postmoderno* (edizione a carico di danilo castellano), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

cantero núñez estanislao, "Origen y fundamento del poder y la autoridad", in *Verbo*, nn.285-286, mayo-junio, Speiro, Madrid, 1990.

cantero núñez estanislao, "Razón de la doctrina social de la Iglesia", in *Verbo*, nn. 297-298, agosto-septiembre, Speiro, Madrid, 1991.

cantero núñez estanislao, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000.

cantero núñez estanislao, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990.

cantero núñez estanislao, riferimento all'enciclica *Veritatis splendor* di Giovanni Paolo II, in *Verbo*, nn.335-336, mayo-junio, Speiro, Madrid, 1995.

cantoni giovanni, in IDIS, Istituto per la Dottrina e l'Informazione sociale, *Voci per un "Dizionario del pensiero forte"*, ed. Cristianità, Piacenza, 1997.

castán tobañas josé, *En torno al derecho natural. Esquema histórico y crítico*, La Académica, Zaragoza, 1940.

cattaneo mario a., *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milano, 1966.

cicerone, *De natura deorum*.

cicerone, *De officiis*..

corts grau josé, *Curso de derecho natural*, 4ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1970.

de soto domingo, *De la justicia y el derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

elías de tejada francisco, *Introduccion al estudio de la ontologia juridica*, Ibarra, Madrid, 1942.

elías de tejada francisco, *Tratado de Filosofia del Derecho*, tomo I, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

elias de tejada francisco, *El derecho natural hispanico*, nel discorso d'apertura delle Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, in Escalicer, Madrid, 1973.

fasso' guido, *Il diritto naturale*, ERI classe unica, Torino 1972.

fasso' guido, "Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello stato", nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Bologna, 1962.

fassó guido, *Storia della filosofia del diritto*, vol. 2, Il Mulino, Bologna, 1968.

fasso' guido, *Scritti di filosofia del diritto*, vol II, Giuffré, Milano, 1982.

forment giralt eudaldo, "La naturaleza de las cosas y la filosofia", in *Verbo*, nn.349-350, Speiro, Madrid, 1996.

forment giralt eudaldo, "Modelos actuales del hombre: ¿Un vero super hombre?", in *Verbo*, nn.323-324, Speiro, Madrid, 1994.

fuertes-planas aleix cristina, *Filosofía política y jurídica de Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1992.

gaio, *Institutiones*, 1.1.

galán y Gutiérrez eustaquio, *Ius naturae*, vol. 1, Sucs. De Rivadeneyra, Madrid, 1961.

garcía borreguero lucas, "La raíz del error, en el entendimiento o en la voluntad? Ante el fracaso de la filosofia moderna", in *Verbo*, nn.139-140, noviembre-diciembre, Speiro, Madrid, 1974.

garcía de cortázar josé antonio, nella sua critica al libro *Sociedad de masas y derecho*, in *Verbo*, nn. 78-79, ottobre-noviembre, Speiro, Madrid, 1969.

gil y robles enrique, *Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos*, 2.^a ed., tomo I, Imprenta y encuadernación católica salmaticense, Salamanca, 1909.

giovanni paolo ii, Messaggio per la "Giornata mondiale della Pace", 1° gennaio 1981, in *L'Osservatore Romano*, edizione settimanale in lingua spagnola, anno XII, n.52 (626), 28 dic. 1980.

giovanni paolo ii, Omelia della Messa nella Basilica di San Pietro per gli Universitari di Roma come preparazione alla Pasqua, in *L'Osservatore Romano*, edizione settimanale in lingua spagnola, anno XIII, n.14 (640), 5 aprile 1981.

giovanni paolo ii, *Redemptor hominis*, 2.^a ed., Ediciones Paolinas, Madrid, 1979.

giustiniano, *Digesto*.

grozio, *De jure belli*.

hernandez gil antonio, *Metodología del derecho*, ERDP, Madrid, 1945.

latorre angel, *Introducción al derecho*, Ariel, Barcelona, 1968.

legaz lacambra luis, *Filosofía del derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1961.

leone xiii, *Inmortale Dei*, in *Dottrina Pontificia, Documentos políticos*, BAC, Madrid, 1958.

lucrezio, *De rerum natura*.

luño perez, "El derecho natural en la España del siglo XX", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973.

luño perez, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

luño peña enrique, "Il pragmatismo giuridico di Q. Saldaña", nella *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1931.

lutero martin, *Scritti politici*, Utet, Torino, 1959.

maritain jacques, *L'home et l'Etat*, 2. ed., Presses Universitaires de France, París, 1965.

maritain jeaques, *Moral Philosophy*, Scribner's Sons, New York, 1964, (tr.ed.it. *La filosofia morale*, Morcelliana, Brescia, 1973).

martínez-sicluna y sepúlveda consuelo, *Del poder y la justicia*, vol.I, 2.^a ed., Editorial Actas, Madrid, 1991.

martínez-sicula y sepúlveda consuelo, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, 2.^a ed., Editorial Actas, Madrid, 1991.

martínez Muñoz juan antonio, "La distinción entre el derecho natural y el derecho positivo en Santo Tomás de Aquino, in *Dignidad personal, comunidad humana y orden jurídico*, vol.I, Editorial Balmes, Barcelona, 1994.

martínez Muñoz juan antonio, "Sobre el sentido del Derecho natural", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, época II, n.XXXI, 1998.

mendizábal villalba alfredo, *Tratado de derecho natural*, 7^a ed., Cosano, Madrid, 1928.

ousset jean, "Sobre los derechos de la conciencia", in *Verbo*, n.36. Speiro, Madrid, 1965.

petit sullá josé maría, "La *lex eterna* y la *lex naturale*", in *Verbo*, nn.349-350, Speiro, Madrid, 1996.

pio ix, *Qui pluribus*, in Dottrina Pontificia, *Documentos sociales*, BAC, Madrid, 1964.

platone, *Leggi*.

platone, *Politico*.

platone, *Repubblica*.

prat de la riba, "El positivismo en Castilla", nella *Revista jurídica de Cataluña*, 1895.

rabbi-baldi cabanillas renato, *La Filosofía Jurídica de Michel Villey*, EUNSA, Pamplona, 1990.

recaséns sichés luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, F.C.E., México, 1971.

recaséns sichés luis, *Filosofía del derecho de L.Recaséns. Auto-exposición*, nel suo *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, vol.1, Porrúa. México, 1963.

Rivista cristianità, Piacenza, nn.153-154, 1988.

rodríguez victorino, "Fundamentación teológica de la conciencia moral", in *Estudios de antropología teologica*, Speiro, Madrid, 1991.

rodríguez victorino, "Santo Tomás en el pensamiento jurídico de Vallet", in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, IV, Speiro, Madrid.

rodríguez victorino, *Estudios de antropología teologica*, Speiro, Madrid, 1991.

romani, 13,1.

ruíz giménez joaquín, *Introducción a la filosofía jurídica*, 2^a ed., Epesa, Madrid, 1960.

ruíz giménez joaquín, *Derecho y vida humana. Algunas reflexiones a la luz de Santo Tomas*, 2ª. ed., Iep, Madrid, 1957.

ruíz giménez joaquín, *La concepcion institucional del derecho*, Iep, Madrid, 1944.

ruiz-calderón serrano, "Consoderaciones sobre la ley y el Estado de Derecho", in *Estado de Derecho en la España de hoy*, Editorial Actas, Madrid, 1996.

san giovanni, 8, 31-32.

san giovanni, 8, 34.

san marco, 2, 27

sant'agostino, *De libero arbitrio*.

sant'agostino, *De Civitate Dei*.

san tommaso d'aquino, *De guberatione rerum*.

san tommaso d'aquino, *Suma teológica*, BAC, Madrid, 1959.

san tommaso d'aquino, *Summa theologica*.

sánchez de la torre angel, "Juan Vallet de Goytisoló, *filósofo del derecho*", in *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol.VI, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, Madrid, 1990.

sancho izquierdo miguel, *Principos de derecho natural*, 5.ª ed., El Noticiero, Zaragoza, 1955.

tessara ollero, *Derechos humanos y metodologia juridica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

truyol serra antonio, *Fundamentos de derecho natural*, Seix, Barcellona, 1954.

urdanoz teófilo, "Introducción a la cuestión 57. El derecho, objeto de la justicia", in *Suma teológica*, tomo VIII, BAC, Madrid, 1956.

vallet de goytisoló juan, "Controversias en torno al derecho natural", in *Verbo*, n.90, diciembre, Speiro, Madrid, 1970.

vallet de goytisoló juan, "El orden natural y el derecho", in *Verbo*, nn.53-54, Speiro, Madrid, 1967.

vallet de goytisoló juan, "El derecho entre la ética y la ciencia", in *Los fundamentos de la ética en la actividad científica*, Real Academia de Ciencia Exactas, Físicas y Naturales, Madrid, 1983.

vallet de goytisoló juan, "La praxis de la armonía", in *Verbo*, nn. 173-174, marzo-abril, Speiro, Madrid, 1979.

vallet de goytisolo juan, "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, nn.135-136, mayo-julio, Speiro, Madrid, 1975.

vallet de goytisolo juan, "Las defensas de nuestra libertad", in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979.

vallet de goytisolo juan, "Las enseñanza de la historia", in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979.

vallet de goytisolo juan, "Perspectivas parciales y acción uniformante total", in *Verbo*, nn. 143-144, marzo-abril, Speiro, Madrid, 1976.

vallet de goytisolo juan, "Razón teórica y razón práctica", in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979.

vallet de goytisolo juan, "Revolución, conservadurismo y tradición", in *Verbo*, nn.119-120, noviembre-diciembre, Speiro, Madrid, 1973.

vallet de goytisolo juan, "De la filosofía política al cientismo operativo", in *Verbo*, nn.169-170, noviembre-diciembre, Speiro, Madrid, 1978.

vallet de goytisolo juan, *En torno al derecho natural*, Sala, Madrid, 1973.

vallet de goytisolo juan, "Constitución orgánica de la nación", in *Verbo*, nn. 233-234, Speiro, Madrid, 1985.

vallet de goytisolo juan, "Controversias en torno al derecho natural", in *Verbo*, n.90, diciembre, Speiro, Madrid, 1970.

vallet de goytisolo juan, "Derecho, poder y libertad", in *Verbo*, nn.87-88, agosto-septiembre-octubre, Speiro, Madrid, 1970.

vallet de goytisolo juan, "El derecho natural como arte jurídico", in *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982.

vallet de goytisolo juan, "El profesor Federico de Castro y el derecho natural", *Anuario del Derecho Civil*, tomo XXXVII, fascículo IV, 1983.

vallet de goytisolo juan, "La justicia social", in *Verbo*, n.157, julio-agosto, Speiro, Madrid, 1977.

vallet de goytisolo juan, "La naturaleza de las cosas. Ambito y medio para armonizar economía y ecología", in *Anales de la Real Academia de Ciencia Morales y Políticas*, n.71, 1994.

vallet de goytisolo juan, "La praxis democrática", in *Verbo*, n.291-292, enero-febrero, Speiro, Madrid, 1991.

vallet de goytisolo juan, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982.

vallet de goytisolo juan, "Las fuentes del derecho según Santo Tomás de Aquino" e "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", in *Verbo*, nn.135-136, Speiro, Madrid, 1975.

vallet de goytisolo juan, "Libertad y liberalismo", in *Verbo*, nn. 15-16, Speiro, Madrid, 1963.

vallet de goytisolo juan, "Lo superfluo según Santo Tomás de Aquino y su reflejo jurídico", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.3, 1975.

- vallet de goytisolo juan**, "Los enemigos de nuestra libertad" in *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979.
- vallet de goytisolo juan**, *Los principios generales del Derecho*, Editorial Actas, Madrid, 1993.
- vallet de goytisolo juan**, *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979.
- vallet de goytisolo juan**, "Metafísica cristiana de la familia", in *Verbo*, nn. 219-220, octubre-noviembre-diciembre, Speiro, Madrid, 1983.
- vallet de goytisolo juan**, "Observaciones en torno de la concepción del derecho natural de Santo Tomás de Aquino", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.3, 1975.
- vallet de goytisolo juan**, "Perfiles jurídico del derecho natural en Santo Tomás de Aquino", in *Estudios jurídico en Homenaje al Profesor Feredico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976.
- vallet de goytisolo juan**, "Revolución, historicismo y tradición en el hallazgo, conservación y progreso del derecho", in *Verbo*, nn.128-129, septiembre-octubre-noviembre, Speiro, Madrid, 1974.
- vallet de goytisolo juan**, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1972.
- vallet de goytisolo juan**, *En torno a la tecnocracia*, Speiro, Madrid, 1982.
- vallet de goytisolo juan**, *Estudios sobre derecho de cosas*, vol.I, 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1985.
- vallet de goytisolo juan**, *Ideología praxis y mito de la tecnocracia*, 1.ª ed. Escelicer, Madrid, 1971, e 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1975.
- vallet de goytisolo juan**, *Metodología de la determinación del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- vallet de goytisolo juan**, *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991.
- vallet de goytisolo juan**, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- vallet de goytisolo juan**, *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- vallet de goytisolo juan**, *Panorama del derecho civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1973.
- vallet de goytisolo juan**, Prologo a *El campesinado di helion de beaulieu*, *Verbo*, n.20, Speiro, Madrid, 1963.
- vallet de goytisolo juan**, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997.
- vallet de goytisolo juan**, *Sociedad de masas y derecho*, parte seconda, cap. XI, "La cultura y las masas", Taurus, Madrid, 1969.
- vallet de goytisolo juan**, *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1986.
- vázquez de mella juan**, *Obras completas*, vol. IV, Junta del Homenaje a Mella, Madrid, 1931.
- vegas latapie eugenio**, *Consideraciones sobre la democracia*, Real Academia de Ciencias Morales y Politicas, Madrid, 1965.

vicén gonzález, *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart*, Mohr, Tübingen, 1937.

villafañe emilio serrano, "Lo permanente y lo histórico en el derecho natural", in *El derecho natural hispanico*, Escalicer, Madrid, 1973.

villey michel, *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979.

villey michel, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaka Book SpA, Milano, 1986