

CHE COSA SIGNIFICA PRENDERE LE REGOLE SUL SERIO? IL MONDO UMANO E LA RICERCA DELL'EQUITÀ

RICCARDO FANCIULLACCI

Università degli studi di Bergamo

Dipartimento di Lettere, Filosofia, Comunicazione

riccardo.fanciullacci@unibg.it

ABSTRACT

This paper aims to explore the structure of moral deliberation and the role that rules play within it. The first part discusses a debate between H. Putnam and M.C. Nussbaum: Nussbaum has developed an account of moral deliberation centered on discernment through perception, but Putnam has objected that such an account does not seem capable of taking rules seriously. Nussbaum's response, which reflects a form of ethical particularism, is then compared with a more articulated response that can be reconstructed through S. Niccolai's book, *Principi del diritto e principi della convivenza*. The second part is therefore dedicated to this book and to the "topical tradition of the *regulae iuris*" that it investigates. I reconstruct the account of the reality of practical experience and of juridical-moral deliberation underlying this tradition, and I also examine the implications of this account concerning history, reason, and the relationship between rules and exceptions.

KEYWORD

Deliberation, rules, fact/value dichotomy, ethical particularism, exception, history, realism.

Voglio ora considerare se non esistano concezioni morali positive e radicali che non siano collegate all'idea che la morale sia essenzialmente costituita da regole universali. Mi riferisco ad atteggiamenti morali che sottolineano l'inesauribile particolarità del mondo, l'infinità del compito di comprensione, l'importanza di non dare per scontato di avere "inquadrato" individui e situazioni, la commessione della conoscenza con l'amore e dell'intuizione spirituale con l'apprensione dell'unicità.

*Iris Murdoch*¹

¹ I. Murdoch, *Visione e scelta in ambito morale* (1956), in Ead., *Esistenzialisti e mistici. Scritti di filosofia e letteratura*, tr. it. di E. Costantino et al. Il Saggiatore, Milano 2006, p. 112 (traduzione modificata).

1. Il titolo di questo scritto allude a quello di un articolo di Hilary Putnam del 1983, *Taking Rules Seriously*², che a sua volta fa allusione al celebre volume di Ronald Dworkin del 1977, *Taking Rights Seriously*.³

Nel libro di Silvia Niccolai, *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle regole iuris*⁴, il volume di Dworkin è richiamato più volte, soprattutto per la distinzione tra regole e principi, che viene poi analiticamente discussa nel capitolo finale (cfr. pp. 865-901). Il nome di Putnam, invece, compare solo in due note a piè di pagina (cfr. pp. 229-230): in entrambe viene citato il libro del 2002, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*⁵ e, nella seconda in particolare, si rimanda alla sua «famosa confutazione» dell'idea che i giudizi di valore siano «del tutto al di fuori della sfera della ragione». In effetti, la critica del dualismo tra i fatti e i valori, e di quelle altre dicotomie che vi sono variamente connesse, come quella tra ragione e volontà, tra oggettivo e soggettivo, tra comprensione e decisione, è anche una delle preoccupazioni maggiori di Niccolai, come vedremo. L'articolo citato all'inizio, tuttavia, non fa parte di quelli in cui Putnam ha progressivamente raffinato e sviluppato quella confutazione⁶: sebbene sia loro coevo e appartenga al filone della ricerca putnamiana dedicato a reimpostare la filosofia morale su basi non compromesse con le dicotomie appena rievocate, di fatto è dedicato ad una questione più specifica. Più specifica, ma non di poco conto: in ultima analisi, infatti, si tratta di capire quale ruolo abbiano le regole nella vita morale e nell'opera della ragion pratica, una volta che queste ultime siano comprese in una maniera più profonda e concreta di quella viziata dalle astrazioni moderne.

La domanda appena formulata non è senza rapporto con il grappolo di questioni che stanno al cuore del grande lavoro di Silvia Niccolai. Senz'altro, questo lavoro appartiene innanzitutto alla scienza giuridica e alla filosofia del diritto, ma, nella misura in cui si propone di ricostruire una tradizione giurisprudenziale, la riscoperta della quale comporta una ricalibratura o rimessa a fuoco dei *principi del diritto come principi della convivenza*, allora può anche essere letto avendo in vista innanzitutto le conseguenze che le sue tesi comportano per la riflessione della filosofia morale. Personalmente, l'ho letto in questo modo e ora mi propongo di

² Cfr. H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, in Id., *Realismo dal volto umano*, tr. it. di E. Sacchi, Il Mulino, Bologna 1995, pp. 357-366.

³ Cfr. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, tr. it. di F. Oriana, Il Mulino, Bologna 1982.

⁴ Cfr. S. Niccolai, *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle regole iuris*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022. D'ora in poi i riferimenti a questo libro (e solo quelli a questo libro) saranno dati nel testo, tra parentesi, e non in nota.

⁵ Cfr. H. Putnam, *Fatto/valore: fine di una dicotomia e altri saggi*, tr. it. di G. Pellegrino, Fazi, Roma 2004.

⁶ Oltre ai saggi raccolti nel volume citato nella nota precedente e alcuni di quelli raccolti nella seconda sezione del volume citato nella nota 2, si ricordino perlomeno il seminale capitolo VI del libro: *Ragione, verità e storia* (1981), tr. it. di A.N. Radicati di Brozolo, Il Saggiatore, Milano 1985, pp. 139-162 e il più recente, *Etica senza ontologia* (2002), Bruno Mondadori, Milano 2005.

esplorare almeno alcuni degli effetti che la ricerca di Niccolai può avere sul modo in cui filosofi e filosofe morali ragionano intorno al problema poc'anzi accennato.

I. LA DISCUSSIONE DI PUTNAM E NUSSBAUM SUL RUOLO DELLE REGOLE NELLA DELIBERAZIONE MORALE

I.i. Introduzione

2. Prima che Putnam lo includesse nel suo libro del 1990, *Realism with a Human Face*, l'articolo sulle regole era uscito nel fascicolo di una rivista in cui si ragionava sull'importanza della letteratura per la filosofia morale⁷. Più specificatamente, lo scritto di Putnam faceva parte della sezione dedicata alla discussione di un lungo saggio di Martha Nussbaum⁸. In questo saggio, la filosofa americana esamina e commenta il romanzo di Henry James, *The Golden Bowl*, per mostrare l'interesse e il valore filosofico che ha il modo in cui in tale romanzo viene rappresentata l'esperienza morale e in particolare la deliberazione pratica.

Nussbaum sostiene, innanzitutto, che la maturazione morale della protagonista è rappresentata come un giungere ad abbandonare l'idea secondo cui la perfezione morale consisterebbe nel «non infrangere mai una regola»⁹ e dunque richiederebbe di «non mancare a nessun dovere e avere a cuore ogni valore»¹⁰. Al posto di tale idea, nella mente della protagonista ne matura un'altra, quella secondo cui, per agire bene, occorre sviluppare un'attenzione e una sensibilità per ciò che caratterizza e differenzia le complesse situazioni della vita, sapendo che una scelta giusta può avere dei costi e imporre sacrifici, non solo in riferimento alle proprie preferenze individuali, ma anche in rapporto ai valori¹¹. In secondo luogo, Nussbaum sostiene che questa seconda idea costituisce effettivamente, e dunque anche al di là della finzione del romanzo, una comprensione della riflessione pratica, più profonda della prima. Si tratta di una concezione della deliberazione secondo cui questa «è principalmente una questione di percezione intuitiva e di risposta da improvvisare, in cui un ordine o una gerarchia fissa e antecedente tra i valori va considerata come un segno di immaturità piuttosto che di eccellenza»; secondo cui, ancora, un essere umano adulto ha da «affrontare una situazione complessa con sensibilità, lucidità e attenzione, ed essendo disposto, se necessario, a rivedere la propria concezione iniziale del bene alla luce della nuova esperienza». È una prospettiva che sta agli

⁷ Cfr. *Literature and/as Moral Philosophy*, «New Literary History. A Journal of Theory and Interpretation», XV/1 (1983), pp. 1-207.

⁸ Cfr. M.C. Nussbaum, *Flawed Crystals: James's The Golden Bowl and Literature as Moral Philosophy* (1983), in Ead., *Love's Knowledge. Essays on Philosophy and Literature*, Oxford University Press, New York 1990, pp. 125-147.

⁹ *Ibi*, p. 126.

¹⁰ *Ibi*, p. 128.

¹¹ Cfr. *ibi*, pp. 134-138.

antipodi di quella secondo cui l'ideale è disporre di «un sistema di regole inviolabili» o di «una procedura di calcolo a tenuta stagna capace di risolvere in anticipo i casi difficili»¹².

Per Nussbaum, non è un caso se tale comprensione più profonda della riflessione pratica riesca ad essere articolata piuttosto in un romanzo che nelle più tipiche trattazioni della filosofia morale: quest'ultima, infatti, piuttosto che attrezzarsi per aiutarci a pensare lo smarrimento (*bewilderment*) che possiamo provare quando dobbiamo rispondere alla situazione in cui di volta in volta ci troviamo stando all'altezza della sua complessità, ha solitamente (*usually*) preteso di sottrarci a (*extricating us from*) quello smarrimento e ha preteso di farlo proprio attraverso la determinazione di quel fantomatico sistema di regole o di una metodologia che permetta di definire, per ogni *tipo* di situazione, la regola a cui attenersi¹³.

Nella sua *Response to Martha Nussbaum* (questo il sottotitolo originale dell'articolo sulle regole), Putnam comincia rievocando il nome di Iris Murdoch: l'accento da lei posto sul *vedere* come metafora da seguire per comprendere più a fondo che cosa sia la deliberazione e la scelta, osserva Putnam, «sarebbe stata congeniale a Henry James»¹⁴. Ricordando poi quanto sia lui sia Nussbaum ammirino *The Sovereignty of Good* (1970), mi pare cerchi di offrire (perlomeno a sé stesso) l'occasione di riconoscere apertamente quanto le considerazioni in questione siano in debito con quel libro, qualcosa che invece Nussbaum quasi nasconde in una nota¹⁵. In effetti, il lavoro, tanto di raffinamento concettuale, quanto di rimessa in movimento degli attaccamenti emotivi, che Nussbaum trova compiuto dalla protagonista de *La coppa d'oro*, assomiglia molto da vicino a quella *inner life* di cui Murdoch, fin dalla fine degli anni '50, ha tentato di chiarire la dinamica, ritenendola il luogo essenziale della vita morale, ancor più del comportamento esteriore¹⁶.

¹² *Ibi*, pp. 141-142.

¹³ Cfr. *ibidem*.

¹⁴ H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, op. cit., p. 357.

¹⁵ Nella nota evocata, Nussbaum riconosce che «ci sono ovvie connessioni tra queste idee [*scil.* quelle che sta esponendo nel saggio] e la linea di ragionamento sviluppata da Iris Murdoch in *La sovranità del Bene*» (cfr. *ibi*, p. 142), ma resta l'impressione che il suo rapporto con Murdoch sia segnato da una certa difficoltà a riconoscere il debito: prova ne sia che quella stessa nota continua rimandando a *La fragilità del bene* per una discussione della concezione murdochiana dell'importanza del lavoro dell'immaginazione, sennonché, in quel luogo del suo celebre libro (si tratta delle pagine 67-68 nell'edizione italiana: Il Mulino, Bologna 1996), Nussbaum, più che esaminare e discutere la prospettiva di Murdoch, la liquida facendo leva solo su una dichiarazione rilasciata da Murdoch in una intervista in cui la filosofa irlandese si è espressa in una maniera che Luisa Muraro ha giustamente definito «reticente»; cfr. L. Muraro, *Introduzione*, in I. Murdoch, *Esistenzialisti e mistici*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁶ Che la riflessione sulla *inner life* fosse centrale nella ricerca di Murdoch da ben prima di *The Sovereignty of Good* appare molto chiaramente se i saggi raccolti in quel libro sono letti insieme a quelli che li hanno preceduti: ciò è possibile grazie alla raccolta curata da Peter Conradi, *Existentialists and Mystics*, cfr. I. Murdoch, *Esistenzialisti e mistici*, op. cit..

Inoltre, Putnam dichiara di condividere con Nussbaum la diffidenza per quel tipo di filosofia morale, la teoria morale normativa e l'etica applicata, che corre in avanti a «risolvere per noi i problemi del nostro tempo» definendo le norme sulla base di cui dovremmo affrontare «le questioni riguardanti il vegetarianismo, i diritti degli animali, la deterrenza nucleare, i doveri verso le generazioni future, e altro ancora»¹⁷.

Ciò nonostante, Putnam ritiene anche che ci sia qualcosa che non vada nel tipo di trattamento che finisce per essere riservato alle regole, all'interno della comprensione della vita morale, elaborata da Nussbaum - e mi pare lecito chiedere, alla luce di quanto osservato poc'anzi, se e come Putnam ritenga che perplessità analoghe non siano suscitate anche dalla prospettiva di Murdoch.

3. Putnam espone la sua preoccupazione attraverso due passaggi. Si considerino i resoconti della vita morale che, come quello di Nussbaum, enfatizzano la particolarità e complessità delle varie situazioni pratiche e dunque l'impossibilità di farvi fronte in maniera appropriata e giusta affidandosi "ciecamente" a regole pregresse (cioè, a regole definite *prima* di incontrare la particolare situazione che si vorrebbe affrontare appoggiandosi ad esse): ebbene, in primo luogo, Putnam riconduce tali resoconti all'affermazione che qualunque regola ha delle eccezioni. In secondo luogo, domanda se e come tali resoconti abbiano le risorse per fare sì che «l'affermazione "tutte le regole hanno un'eccezione"» non si trasformi «in un'autorizzazione per una "etica situazionalista" assolutamente vuota (etica che è, a sua volta, una ratifica dell'idea che tutto è permesso, purché si sia sensibili)»¹⁸.

Che cosa sia questa *situation ethics* in cui rischierebbero di cadere quei resoconti, non è poi così chiaro. Mi sono chiesto se tale locuzione non debba essere presa nel significato tecnico di cui si era caricata qualche decennio prima, in particolare ad opera del filosofo e teologo Joseph Fletcher¹⁹, ma niente corrobora questa ipotesi esegetica ed è più probabile che Putnam volesse evocare una posizione più generica di cui quella di Fletcher è semmai solo una specie. Per tentare di mettere a fuoco tale posizione, conviene allora procedere al contrario: piuttosto che muovere da qualche figura storica che l'abbia espressa e che Putnam poteva avere in mente, ragionare a partire dal ruolo che a tale posizione Putnam assegna nelle sue riflessioni sulle regole. E tale ruolo è quello di rappresentare uno degli estremi paradossali entro cui si colloca qualunque concezione del rapporto tra una regola e

¹⁷ H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, op. cit., p. 360.

¹⁸ *Ibi*, p. 358.

¹⁹ Cfr. J. Fletcher, *Situation Ethics. The New Morality*, The Westminster Press, Philadelphia 1966; Id., *Moral Responsibility: Situation Ethics at Work*, Westminster Press, Philadelphia 1967; Id., *Naturalism, Situation Ethics and Value Theory*, in G.F. McLean (ed.), *Normative Ethics and Objective Reason*, Paideia Publishers, Washington 1996, pp. 29-38. Sulla *situation ethics* fa sinteticamente il punto G. Outka nella voce relativa che fa parte del volume 8 della *Routledge encyclopedia of philosophy* (general editor: Edward Craig), Routledge, London 1998.

il soggetto chiamato a seguirla. Mi riferisco naturalmente all'estremo in cui la regola finisce per venir meno e il soggetto che dovrebbe rispettarla si trova sostanzialmente a doverla inventare. L'altro estremo è quello in cui a venir meno è il soggetto, che non è più un soggetto che ha da assumersi la responsabilità per la sua interpretazione della regola, bensì un semplice esecutore, quasi solo il supporto per l'autonomo operare della regola stessa.

Poiché entrambe queste posizioni estreme sono spesso evocate come spettri da cui occorre tenersi a distanza, conviene soffermarsi un poco. Per arrivare alla *situation ethics*, che si colloca vicino al primo estremo, se addirittura non coincide con esso, partirò dal secondo, tentando di trovare una posizione definita al di sotto delle varie immagini con cui tale estremo è evocato. Una di queste immagini è quella dell'automatismo: la regola detterebbe da sé come rispettarla e dunque la sua applicazione sarebbe un processo automatico²⁰.

I.ii. Il miraggio della deliberazione automatica e il respiro trascendentale della mente

4. È noto quanto anche Wittgenstein abbia lottato contro il fascino di queste immagini nelle sue osservazioni sulle regole²¹, tuttavia, il suo problema non va confuso con il nostro. Quando si chiede come stabiliamo se un certo comportamento sia un'applicazione corretta della regola, il tipo di regola che ha in mente è una regola matematica, ad esempio: "Somma 2!"²². Si chiede come si stabilisca che, dopo aver scritto 5, il corretto passo successivo sia scrivere 7 e risponde che non lo si stabilisce attraverso una decisione, ma neppure "guardando al significato della regola" *se con ciò si intende che tale significato sia una sorta di contenuto ideale associato alla formulazione linguistica della regola*: è certamente dal significato della regola che dipende che sia quello il passo giusto, ma tale significato esiste come la forma d'ordine della pratica aritmetica. Comprendere il

²⁰ Anche nel libro di Nicolai si trovano tracce di questa immagine e più precisamente due tipi di tracce: innanzitutto e perlopiù, questa immagine compare nel libro in quanto evocata, non importa se con intento critico o elogiativo, da *altri* le cui posizioni Nicolai sta discutendo (cfr. p. 197 n., 287, 345); talvolta, invece, è lei stessa ad evocarla per differenziare da essa la posizione che sta articolando (cfr. p. 85). Se ho ragione a sostenere che quell'immagine è irrimediabilmente confusa, cioè se è vero che non rappresenta una posizione precisa, ma solo uno spauracchio, allora è meglio evitare di convocarla in discorso quale termine di confronto, paragone o differenziazione.

²¹ L'ideale della regola come avente in sé inscritto il criterio secondo cui deve essere seguita è evocato da Wittgenstein attraverso una pluralità di immagini, oltre a quelle legate all'automatismo della macchina: le ho raccolte nel saggio: *La Regola d'oro e il suo sfondo pratico. Sul seguire la Regola d'oro*, in C. Vigna e S. Zanardo (a cura di), *La Regola d'oro come etica universale*, Vita&Pensiero, Milano 2005, pp. 439-517, in particolare pp. 486-489, a cui rinvio per tutti i riferimenti.

²² Darò due soli riferimenti, come *pars pro toto*: L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, tr. it. di M. Trinchero, Einaudi, Torino 1993, §§ 143-155, pp. 78-83 e soprattutto § 185, pp. 100-101; Id., *Lezioni sui fondamenti della matematica. Cambridge 1939*, tr. it. di E. Picardi, Boringhieri, Torino 2002, pp. 62-64.

significato della regola e dunque poi saperla applicare, perlomeno nei casi normali, vuol dire allora esser divenuti familiari a una pratica (il che a sua volta non si riduce ad aver acquisito una mera abitudine o un comportamento *regolare*: significa sapere realizzare un comportamento *regolato*)²³. Nelle sue osservazioni sulle regole, dunque, Wittgenstein sta ragionando in generale sulla natura del significato e non sui problemi specifici che sono posti dal tipo di regole *pratico-morali* di cui stiamo ragionando qui. Il problema che interessa Wittgenstein è se, in una data situazione (ad esempio: di fronte a un foglio su cui c'è scritto il numero 5), una certa condotta (ad esempio: scrivere accanto il numero 7) costituisca o meno il modo corretto di seguire una certa regola (ad esempio: “somma 2!”); il tipo di problema su cui ragionano, ad esempio, Nussbaum e Putnam è se, in una data situazione, seguire una certa regola, sia il modo giusto e buono per rispondere a quella situazione. In un'altra formulazione, il loro problema è se e come, per stabilire quale sia il modo giusto e buono di rispondere a una data situazione, ci si debba rifare a regole²⁴.

Data la differenza tra i due problemi, è chiaro che anche l'immagine dell'esecuzione automatica prende nei due casi un significato diverso. Per tentare di chiarire il significato che prende nel caso che ci interessa, conviene elencare gli elementi irriducibili che caratterizzano questo caso:

Innanzitutto, abbiamo una situazione o circostanza concreta: è la situazione cui c'è da rispondere (o la situazione a cui ha risposto il comportamento da valutare). Si noti che questa situazione non è un oggetto ideale, una situazione tipo o una fattispecie di situazione: è un pezzo di realtà, qualcosa in cui ci si trova e di cui si fa esperienza. Non occorre essere dei particolaristi per riconoscere che è qualcosa di particolare²⁵.

²³ Va da sé che quella che ho appena richiamato non è l'unica interpretazione che è stata offerta delle osservazioni di Wittgenstein sulle regole; due riferimenti per me importanti sono: R. Brandom, *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge 1994, pp. 18-30 e J. McDowell, *Il non cognitivismo e la questione del “seguire una regola”*, in P. Donatelli e E. Lecaldano (a cura di), *Etica analitica. Analisi, teorie, applicazioni*, LED, Milano 1996, pp. 159-182; ma si veda anche L. Perissinotto, *Introduzione a Wittgenstein*, Il Mulino, Bologna 2018, pp. 196-204.

²⁴ Naturalmente, rimarcare la differenza tra i due problemi non significa negare che quanto Wittgenstein mostra in generale sul significato non abbia conseguenze anche sul significato delle regole morali e giuridiche. Significa solo dire che tali conseguenze non risolvono, né tantomeno dissolvono il secondo problema, quello su cui stiamo ragionando.

²⁵ Detto altrimenti: che il caso cui si tratta di rispondere (o che si tratta di giudicare) sia un caso particolare deve essere riconosciuto (ed è riconosciuto) anche da chi, contro il particolarismo, sostiene che il proposito (cioè poi la massima) che dà forma alla risposta (o al giudizio) si ottiene sussumendo il caso sotto una regola generale. Chi sostiene questo sostiene che quel che conta nel caso particolare e che è ciò sulla base di cui si definisce la risposta ad esso (o il giudizio su di esso) è il suo esemplificare una fattispecie generale (perlomeno abbastanza generale da poter essere esemplificata anche da altri casi). Ora, la tesi appena evocata è quella negata dal particolarista. Ma, questo era il punto, sia il particolarista sia il generalista concordano sul fatto che la risposta (e il giudizio) sono relativi a un caso particolare.

In secondo luogo, abbiamo un soggetto che ha da rispondere a tale situazione (o che ha già risposto).

In terzo luogo, abbiamo un complesso di regole (quale che sia il modo in cui sono intese).

In quarto ed ultimo luogo, abbiamo l'ideale della risposta buona o giusta o equa (si noti che a questo punto dell'analisi, non importa se tale risposta buona sia concepita positivisticamente come la risposta che semplicemente applica correttamente quel *complesso di regole*, denominato globalmente "la Legge")²⁶.

Ebbene, come sono collegati questi elementi nell'immagine dell'automatismo? L'idea o forse meglio la suggestione veicolata da quell'immagine è che sarebbe possibile automatizzare il processo che giunge a definire come il complesso delle regole chiede che si risponda alla situazione data. Quel complesso avrebbe delle proprietà sistematiche in virtù delle quali sarebbe processabile con un algoritmo capace di dare come risultato la specifica richiesta della Legge per la situazione in oggetto. Il libro di Nicolai offre molti e preziosi elementi per ricostruire la storia di come questo sogno di fare del diritto un calcolo sia venuto a formarsi (dall'influenza di alcune istanze difese da Abelardo (cfr. pp. 344-352) al ruolo della cosiddetta Scuola Culta del XV secolo (cfr. pp. 52, 55-56), dalla reinterpretazione leibniziana della brocardia (cfr. pp. 79, 152-155) a tutta la tradizione antitopica delle *regulae iuris*, le cui vicende si intrecciano a quelle del giusnaturalismo e giusrazionalismo moderni (cfr. pp. 62, 86)) e abbia continuato a imperversare nella storia del diritto, oltre che in quella dell'etica. Qui mi limito ad osservare che questo sogno si dà una parvenza di consistenza solo perché induce a soprassedere sulle difficoltà insite nella *determinazione o comprensione della situazione data*: anche ammettendo per un momento che, una volta messa a fuoco la situazione presente, sia possibile *calcolare* come la legge chiede di rispondervi e che l'esecuzione di tale richiesta sia *per definizione* la realizzazione della risposta buona/giusta/equa, resterebbe da chiedersi se anche il processo di *messa a fuoco* della situazione presente possa essere prodotto sulla base di un algoritmo. La risposta è no e tanto Nussbaum e Putnam, quanto Murdoch prima di loro e, ci insegna Nicolai, tutta la tradizione topica delle *regulae iuris*, oltre naturalmente ad Aristotele e a molti altri, lo sanno bene.

La messa a fuoco della situazione presente intende *reperire* e, a un qualche grado, *comporre* tutti i tratti moralmente rilevanti di tale situazione, cioè tutti quei tratti di cui occorre tener conto per trovare una risposta che sia all'altezza della

²⁶ Un comportamento C può essere, nella situazione S, la corretta applicazione della regola R, ma per pretendere che C, solo in quanto corretta applicazione di R, sia anche la risposta *giusta* a S, bisogna pretendere o che R sia la giusta regola da applicare in C oppure che R non abbia alternative (ad esempio perché riassumerebbe in sé *tutta* la Legge).

complessità effettiva di tale situazione: in effetti, una risposta a una situazione non può essere buona se si appoggia su una considerazione di tale situazione in cui sono tralasciati alcuni dei suoi tratti moralmente rilevanti, infatti, sarebbe una risposta alla situazione, che si appoggia su una rappresentazione *semplificata* della stessa. La nota tesi di Murdoch in proposito, che anche Niccolai valorizza (cfr. p. 276), è che, quando si giunge a comporre tutti quei tratti in una rappresentazione unitaria (per quanto possa essere molto complessa), si è con ciò arrivati anche al termine della deliberazione: il modo giusto di rispondere a tale situazione si è ormai profilato²⁷. Tornerò su questa idea, ma al momento sto semplicemente affermando che anche chi non la condivide deve ammettere che *la messa a fuoco della situazione non può essere il risultato dell'esecuzione di un algoritmo*. Per vedere che questa tesi va affermata, si provi a negarla.

Della messa a fuoco della situazione, ho detto che include il reperimento di tutti i tratti moralmente rilevanti di tale situazione: ebbene, se si potesse individuare un criterio per discernere tali tratti, la procedura non consisterebbe forse nel passare in rassegna *tutti* i tratti della situazione per isolare quelli moralmente rilevanti? Non è certo facile capire come qui si supponga di saper seguire le tracce della salienza morale che si suppone appartenga ai vari tratti moralmente rilevanti (quasi che tale salienza sia una proprietà semplice, come forse il pesare due chili), né mi pare ci si renda conto che i tratti di una situazione, le sue determinazioni, non costituiscono un insieme finito che si possa scorrere come un elenco (se infatti ogni situazione è un pezzo di realtà, allora è formalmente connessa a tutta la realtà), ma, oltre a queste, c'è anche una terza difficoltà che l'ipotesi in questione sottovaluta: la configurazione della rilevanza morale di una situazione, che è ciò a cui deve essere commisurata la buona risposta e dunque ciò che tenta di essere catturato dalla messa a fuoco di tale situazione, non dipende solo dai tratti moralmente rilevanti che appartengono a tale situazione, ma *anche dal loro rapporto* e dunque dalla *forma generale della situazione*.²⁸ Per questo, la messa a fuoco della situazione non può ridursi a un elenco dei tratti moralmente rilevanti.

²⁷ Cfr. I. Murdoch, *Esistenzialisti e mistici*, op. cit., pp. 329, 332-333, 352.

²⁸ Dell'idea che i tratti moralmente rilevanti di una situazione si uniscano in una forma che surdetermina il loro significato e peso morali offre un'elaborata articolazione J. Dancy, *Practical Shape. A Theory of Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford 2028. A questo punto del mio ragionamento, comunque, non è importante sottoscrivere l'intero resoconto di Dancy: ciò che sto chiedendo di riconoscere è che ciascun tratto moralmente rilevante di una situazione debba essere considerato insieme alle circostanze che gli sono intorno, cioè poi insieme agli altri tratti moralmente rilevanti – dove tale considerazione complessiva non è la semplice somma dei pesi attribuibili ai vari tratti isolatamente considerati. La considerazione isolata di un tratto è una sua valutazione *prima facie* che può essere modificata in sede di considerazione complessiva – e tale considerazione complessiva può non prendere la forma di un bilanciamento, ma anche quella di una rimessa a fuoco del significato *prima facie* attribuito a un tratto. (Non sono ovviamente la stessa cosa sostenere che un atto di assassinio, che *prima facie* appare da vietare, potrebbe essere giustificato dalla presa in conto

Per far superare al sogno del calcolo quest'ultima difficoltà, si potrebbe tentare di sognare ancora più in grande e ragionare così: se si potessero individuare *tutte* le forme di situazioni, cioè le situazioni tipo o fattispecie a cui (possono essere ricondotte le situazioni concrete a cui) ci può accadere di dover rispondere, poi non resterebbe che confrontare la situazione presente a tutte queste fattispecie fino a individuare quella che in tale situazione si avvera. È il sogno di una casuistica completa o di una legislazione che ha già previsto tutti i possibili casi, per cui non resterebbe che sussumere la circostanza presente al caso-tipo che le si confà. Naturalmente, anche all'interno di questo sogno si dà per scontato che l'insieme di tutte le possibili fattispecie di situazioni in cui ci si possa trovare sia un insieme finito che possa diventare un elenco: per amor di discussione, ipotizziamo pure che le cose stiano così e che dunque si possa produrre questo interminabile elenco di fattispecie e ipotizziamo anche di disporre di un sistema di calcolo così potente da saperle confrontare tutte alla situazione presente, in tempi rapidi: ebbene, c'è ancora un problema! Il fatto è che l'ipotetico confronto tra la situazione presente e ciascuna delle fattispecie non potrebbe limitarsi a controllare che nella prima vi sia tutto quel che c'è nella seconda (compresa la *forma* d'ordine dei tratti moralmente rilevanti), ma dovrebbe anche controllare che, sempre nella prima, *non vi sia nient'altro* di moralmente rilevante. E questo è ciò che un algoritmo non può fare perché richiede di concepire, anche se solo astrattamente, la situazione presente sullo sfondo dell'intero dell'essere e dunque la messa in opera delle nozioni trascendentali.

Consideriamo pure il caso in cui la messa a fuoco della configurazione della rilevanza morale (ossia, della qualità morale) di una situazione giunga a sostenere che tale situazione non è poi così complessa e singolare, ma anzi corrisponde perfettamente a una fattispecie definita da una qualche norma: ebbene, ciò su cui ci si sta impegnando è che *tutto considerato*, nella situazione data, *non c'è nient'altro* di moralmente rilevante se non ciò che la rende un'esemplificazione di quella fattispecie. Tale impegno è implicito nella pretesa che la propria risposta pratica alla situazione sia buona/giusta/equa: evidentemente, tale pretesa può non essere soddisfatta e in questo caso la propria risposta manca di essere buona (si potrà scoprire che si fondava su una messa a fuoco che ha erroneamente tralasciato aspetti moralmente importanti), ma, nella misura in cui pretende di essere buona, cioè di essere all'altezza della particolare situazione reale cui risponde, allora pretende che la messa a fuoco di tale situazione, su cui si appoggia, sia una messa a fuoco che ha *tutto considerato*. Si noti che l'impegno a che la messa a fuoco abbia tutto considerato *non* implica l'impegno a che tale messa a fuoco sia *infallibile*: si pretende di non aver tralasciato nulla di moralmente rilevante, ma ci si potrebbe anche essere sbagliati e di tale eventuale errore si dovrà rispondere. Quell'impegno

delle sue eventuali *conseguenze* positive e sostenere che quello che *prima facie* appariva un atto di assassinio, potrebbe rivelarsi, ad uno sguardo complessivo, come un'uccisione per legittima difesa).

a che la messa a fuoco abbia tutto considerato *non* presuppone neppure che sia stato effettivamente e partitamente passato in rassegna tutto, infatti, è impossibile per una mente finita esaminare la totalità concreta della realtà, eppure è proprio a questa totalità che è collegato quel pezzo di realtà che è la situazione data. Detto altrimenti: una situazione concreta non è un oggetto dai confini ben definiti, la cui natura sia chiaramente isolabile dall'insieme infinito dei suoi rapporti con il resto della realtà (pensiamo ad esempio a quanto può cambiare l'aspetto morale di una situazione tenendo presente la storia da cui proviene oppure le dinamiche circostanti), ma tale realtà non può essere considerata *in dettaglio* nella sua totalità. Quell'impegno a che la messa a fuoco della configurazione della rilevanza morale di una situazione abbia tutto considerato, però, presuppone che le esplorazioni su cui si basa, inevitabilmente parziali per quanto accurate, scommettano sul fatto che *nulla* di quanto tralasciato fosse moralmente rilevante e tale scommessa o, per meglio dire, tale *pretesa* presuppone, a sua volta, che la mente perlomeno disponga de, e sappia usare in maniera competente, l'idea di totalità della realtà: *deve saper spaziare, almeno formalmente, sul tutto per poter impiegare la clausola "tutto considerato"*. A prescindere dal lavoro di discernimento concreto che vi sta dietro, la messa in opera della clausola "tutto considerato", che è una messa in opera qui necessaria, presuppone la capacità della mente di concepire la parte come parte, cioè sullo sfondo del tutto: detto altrimenti, presuppone l'apertura trascendentale della mente (che si manifesta nell'uso competente delle nozioni trascendentali)²⁹.

Dalle considerazioni appena svolte non deriva semplicemente che l'automatizzazione della risposta a una situazione, che tenti e pretenda di essere una risposta buona/giusta/equa, per quanto sia una possibilità in sé concepibile, di fatto non si realizzi nel modo in cui gli uomini tentano di affrontare moralmente le situazioni; deriva invece che l'automatizzazione di tale processo è solo un miraggio a cui *non corrisponde alcun concetto consistente*. La ragione che abbiamo individuato (e che potrebbe non essere l'unica) è che la messa a fuoco della configurazione della rilevanza morale della situazione data, che è un momento irriducibile di quel processo, non può essere a sua volta l'esito di una procedura algoritmica; e non può esserlo, perlomeno perché quella messa a fuoco deve attivare la clausola "tutto considerato" e tale attivazione, ben lungi dall'essere un'operazione incastonata in una procedura, richiede una mente capace di spaziare sull'intero dell'essere.

Questa potenza della mente umana si è imposta come irriducibile, all'interno di un ragionamento in cui, per amor di discussione, abbiamo provato a concedere all'immagine dell'automatismo tutto ciò che chiedeva; tuttavia, una volta che tale potenza della mente sia stata riscoperta, deve diventare il punto di partenza da cui

²⁹ Un'analisi approfondita di questa potenza della mente si trova nelle opere di Carmelo Vigna; come *pars pro toto*, rinvio al secondo tomo del suo *Sostanza e relazione. Indagini di struttura sull'umani che ci è comune*, Orthotes, Napoli-Salerno 2016, in particolare pp. 159-180.

incamminarsi nella direzione opposta, cioè lontano dall'immagine del calcolo e verso un resoconto più fedele all'esperienza di come gli esseri umani cercano di rispondere in maniera buona/giusta/equa alle situazioni in cui si trovano coinvolti. Lungo questo cammino, si incontra anche la ricerca di Silvia Nicolai e, in essa, quella *vis veri* di vichiana memoria che, come vedremo, lei valorizza e che presuppone la potenza della mente che abbiamo appena riscoperto. In questo cammino, comunque, sono impegnati anche Martha Nussbaum e Hilary Putnam: a parere di quest'ultimo, però, Nussbaum si sarebbe spinta troppo oltre nella presa di distanza dall'idea che per rispondere bene a una situazione si debba operare un calcolo a partire dal complesso delle regole valide e sarebbe così finita pericolosamente vicina a un'etica situazionalista. Dobbiamo considerare quest'altro estremo.

I.iii. L'etica situazionalista e il suo "argine"

5. L'estremo che abbiamo discusso è quello che vorrebbe ridurre il soggetto chiamato a rispondere a una situazione a qualcuno che deve semplicemente riconoscere in quella situazione una fattispecie che è già disciplinata da una delle regole date. Abbiamo osservato che persino tale compito non può essere compiuto in maniera automatica giacché richiede la messa in opera della clausola "tutto considerato", la quale a sua volta presuppone la potenza trascendentale della mente, che abbiamo evocato poc'anzi. Ora, la ragione per cui la pretesa di aver messo a fuoco la configurazione della rilevanza morale di una situazione richiede l'attivazione della clausola "tutto considerato" è che la regola che sembra *prima facie* essere la regola da applicare in quella situazione potrebbe non essere la regola attenendosi alla quale si risponde effettivamente in maniera buona/giusta/equa a quella situazione. Detto altrimenti: la regola che *prima facie* sembra quella che si adatta alla situazione data potrebbe non essere confermata in ultima analisi, cioè tutto considerato, e questo perché la situazione in questione potrebbe essere moralmente più complessa di quanto non sembrasse *prima facie*.

In quanto appena osservato è incastonata la seguente tesi 1:

[1] qualunque situazione può essere (e dunque può anche rivelarsi, o essere giudicata, in ultima analisi) moralmente più complessa di quanto non sembrava *prima facie*.

La tesi 1 giustifica la seguente tesi 2:

[2] qualunque situazione è tale che non è possibile pretendere di rispondervi in maniera buona/giusta/equa sulla base della sua sola considerazione *prima facie*

Esaminiamo attraverso quali passaggi e scivolamenti l'attenzione per la possibilità enucleata dalla tesi 1 possa portare alla *situation ethics*.

Il primo passaggio mi pare quello che riformula il punto introducendo il concetto di *eccezione alla regola*: la possibilità che a una situazione non si possa rispondere bene attenendosi alle regole che sembravano *prima facie* quelle cui attenersi non sarebbe altro che la possibilità che quella situazione faccia eccezione a quelle regole. L'idea alla base di questo primo passaggio è espressa nella seguente tesi 3:

[3] qualunque situazione potrebbe essere una di quelle situazioni per rispondere bene alle quali occorre fare un'eccezione alle regole che sembravano *prima facie* dovervisi applicare.

Per giungere alla posizione che Putnam chiama "situation ethics" è necessario (ma non ancora sufficiente) integrare ulteriormente le tesi 3 con la seguente tesi 4:

[4] qualunque situazione potrebbe essere una di quelle situazioni per rispondere bene alle quali occorre fare un'eccezione alle regole. (Ossia: qualunque situazione potrebbe essere una situazione eccezionale)

La *situation ethics* aggiunge alla 4 anche la seguente tesi 5, che è una sorta di modifica della tesi 1:

[5] qualunque situazione (per la sua particolarità) è tale che non è possibile rispondere bene ad essa semplicemente attenendosi a regole (cioè senza controllare se non sia una situazione eccezionale, controllo che non può essere compiuto applicando una qualche altra regola).

Il significato della tesi 5 viene poi articolato attraverso la seguente tesi 6:

[6] La buona risposta a una situazione non incarna una regola e perciò non può essere trovata trovando la regola che dovrà incarnare; la buona risposta a una situazione va trovata esplorando quest'ultima in maniera attenta e sensibile (*responsively*).

Si confronti infine la tesi 6 con la seguente tesi 7:

[7] La buona risposta a una situazione non incarna una regola e perciò non può essere trovata trovando la regola che dovrà incarnare; la buona risposta a una situazione va semplicemente *inventata*.

Credo che sia una tesi come la 6, tesi che è così difficile tenere veramente distinta dalla 7, la tesi che a Putnam appare «assolutamente vuota» o addirittura assimilabile a una «ratifica dell'idea che tutto è permesso purché si sia "sensibili (*sensitive*)"».

6. Per Putnam è fondamentale che una comprensione della vita morale capace di riconoscere la particolarità e complessità delle situazioni cui questa deve far fronte riesca a non scivolare nell'etica situazionalista che, pur affermando la tesi 6, rischia di ammontare all'affermazione della tesi 7. Si consideri il piano inclinato in cui si situano, prima l'affermazione (i) secondo cui la buona risposta a una situazione vada trovata *deducendo* da qualche principio la regola che tale risposta

dovrà incarnare, poi l'affermazione (ii) secondo cui la buona risposta a una situazione vada trovata trovando la regola che tale risposta dovrà incarnare (sebbene tale regola non possa essere trovata attraverso un qualche calcolo), poi l'affermazione (iii) secondo cui la buona risposta a una situazione vada trovata, non già cercando la regola che tale risposta dovrebbe incarnare, giacché tale risposta non ha affatto da incarnare una regola, bensì attraverso un qualche esercizio dell'attenzione, poi l'affermazione (iv) secondo cui la buona risposta vada inventata, anche se non arbitrariamente e, infine, l'affermazione (v) secondo cui la buona risposta vada inventata arbitrariamente, affermazione che ovviamente costituisce uno svuotamento dell'idea stessa di "buona risposta". Ebbene, per Nussbaum, non si scivola in "v" se ci si ferma alla posizione "iii"³⁰, mentre, secondo Fletcher, ci si può spingere fino alla "iv"³¹. Invece, sembra che per Putnam ci si debba fermare alla posizione "ii", altrimenti, non si prenderebbero le regole sul serio.

Bisogna riconoscere che Putnam non fa capire in maniera molto chiara che cosa intenda dire. All'inizio, con una mossa di (dichiarata) ispirazione kantiana, sembra opporsi al concetto stesso di eccezione alla regola sostenendo che le eccezioni non distruggono l'idea stessa di regola solo se sono «accuratamente "circoscritt[e]»», per poi concludere: «Ma pensare in termini di eccezioni circoscritte [*hedging exceptions*] equivale a pensare in termini di regole»³². L'idea sembra insomma la stessa per cui Richard Hare distingueva le norme generali dalle norme specifiche³³, dove le norme specifiche sarebbero le regole che hanno circoscritto le loro "eccezioni" (ad esempio: non si deve mentire, ma il caso in cui si dica il falso per salvare un innocente ecc. ecc. non è un caso di menzogna).

³⁰ Questa idea caratterizza anche il particolarismo elaborato da Jonathan Dancy, per il quale però i tratti (*features*) della situazione particolare, a cui bisogna fare attenzione, fanno da contenuto alle varie considerazioni e ragioni d'agire che si tratta di vagliare; cfr. cfr. J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford 1993. Cercherò di mostrare che, con alcuni importanti *distinguo* e l'assegnazione alle regole di un ruolo importante, anche la posizione che emerge dal libro di Niccolai (e che è la posizione di Niccolai, ma anche la posizione che lei attribuisce a quella che chiama la "tradizione topica delle *regulae iuris*") rientra in questa casella.

³¹ L'idea di Fletcher è che la buona risposta vada *decisa* dopo aver considerato in maniera complessiva (olistica) la situazione, ma ciò che rende possibile a tale decisione di non essere arbitraria è il rispetto del comandamento cristiano dell'amore. Insomma, per decidere quale sia la buona risposta alla situazione volta a volta data ci si dovrebbe chiedere quale risposta a tale situazione sia la migliore espressione di amore agapico di cui si è capaci; cfr. J. Fletcher, *Moral Responsibility: Situation Ethics at Work*, op. cit., pp. 11-27.

³² H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, op. cit., p. 358. L'insoddisfazione, tipica della tradizione kantiana, per il concetto stesso di *eccezione* quale strumento teorico utile a render conto della capacità dell'istanza morale di essere sensibile alle circostanze mi trova concorde e ci tornerò più avanti (§ 31) discutendo la valorizzazione di tale concetto che compare in alcuni luoghi importanti del libro di Niccolai. Per una recente e piuttosto originale messa a fuoco della posizione di Kant in merito a questo concetto, si veda il terzo capitolo (*Making Exceptions*) di B. Herman, *Kantian Commitments. Essays on Moral Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2022, pp. 42-57.

³³ Cfr. R.M. Hare, *Saggi di teoria etica*, tr. it. di R. Rini, Il Saggiatore, Milano 1992, pp. 53-70.

Più avanti, però, Putnam cita con approvazione questo passaggio del romanzo di George Eliot, *Middlemarch*: «Non vi è una dottrina generale che non sia capace di corrodere la nostra moralità se non è tenuta a freno [*unchecked*] da una radicata abitudine alla comprensione [*fellow-feeling*] diretta verso il prossimo» e lo commenta in questo modo: «l'implicazione di questo passaggio è che abbiamo bisogno di una “dottrina generale” tenuta a freno [*checked*] dalla “comprensione diretta verso il prossimo”»³⁴. Questo “tenere a freno” le regole non sembra assimilabile al circoscriverle, che è un'opera che si colloca all'interno dello spazio delle regole, ma fa piuttosto pensare che l'attenersi alle regole sia una declinazione specifica di una più fondamentale attitudine alla bontà che talvolta (cioè, in momenti *non* circoscritti a loro volta da regole) può sospendere quella declinazione per esprimersi invece in un altro modo, ad esempio nella comprensione diretta del prossimo.

Infine, nella penultima pagina del suo articolo, Putnam scrive che le regole possono «*guidarci*, ma non *decidere* esattamente come dobbiamo agire»³⁵, affermazione che fa pensare che prendere le regole sul serio non significhi né attenersi circoscrivendo le eccezioni, né attenersi essendo però aperti alla possibilità di doverle tenere a freno in favore di atteggiamenti che sono buoni anche se non incarnano regole (neppure regole circoscritte), bensì prenderle come linee guida, piuttosto che pretendere che decidano per noi. L'idea che la regola sia una linea guida è molto interessante, ma qui Putnam non la chiarisce affatto perché la oppone a un'altra versione del fantasma dell'automatismo, cioè all'immagine della regola che detta o decide come si debba agire in una data situazione. Per fortuna, ci verrà in soccorso il libro di Niccolai dove l'idea della regola come guida/ausilio è ampiamente esplorata e articolata.

I.iv. Deliberazione e improvvisazione. La risposta di Nussbaum

7. Quale che sia il modo in cui Putnam ritiene che si dovrebbero prendere le regole per prenderle sul serio, Nussbaum non ha accettato che la propria posizione sia difficilmente distinguibile da un «absolutely empty “situation ethics”». Nella sua replica³⁶ è tornata su una delle tesi centrali dell'articolo e cioè che il *modo* in cui la protagonista de *La coppa d'oro* giunge ad abbandonare l'idea che agire bene consista nel «non infrangere mai una regola» rappresenta, per James, ma anche in assoluto, una maturazione morale. Il senso di questa tesi, ha chiarito, non è che faccia parte della maturità morale abbandonare le regole o deporre il proprio impegno al loro rispetto, bensì, che ne fa parte apprendere come talvolta non sia possibile, per rispettare una regola, non violarne un'altra (o non rendere piena

³⁴ H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, op. cit., p. 360.

³⁵ *Ibi*, p. 365.

³⁶ M.C. Nussbaum, *Reply to Richard Wollheim, Patrick Gardiner, and Hilary Putnam*, «New Literary History», XV/1 (1983), pp. 201-208.

giustizia a un altro valore), con la colpa e la sofferenza che ne derivano. Insomma, si tratta di apprendere che esistono conflitti tra impegni normativi (che siano verso regole o verso valori) e che tali conflitti non vanno aggirati depotenziando quegli impegni o le richieste avanzate dalle regole e dai valori, cioè, rappresentandosi le situazioni come più semplici di quello che sono³⁷. Per queste ragioni, prosegue Nussbaum, la sua posizione prende le regole addirittura più sul serio di chi, come ad esempio Kant (ma anche la protagonista de *La coppa d'oro*, all'inizio della vicenda e dunque prima della sua maturazione), è così attaccato all'idea che le differenti richieste normative siano compatibili e coerenti, da esser disposto a porre i conflitti tra doveri, di cui facciamo esperienza, come conflitti solo apparenti, in cui almeno uno di tali doveri non esprime un'obbligazione realmente valida da un punto di vista morale³⁸. Secondo Nussbaum, questa strategia argomentativa non prende sufficientemente sul serio le obbligazioni e il modo in cui ci impegnano: se, quando i nostri impegni normativi entrano in conflitto, li deponessimo in nome del principio metaetico che esige che siano consistenti, daremmo prova di «evasività morale», se non di irresponsabilità³⁹.

Il conflitto tra regole non rappresenta per Nussbaum il momento in cui bisogna fare delle eccezioni, come Putnam l'accusa di credere, per poi ricordarle che tali eccezioni vanno circoscritte affinché non facciano esplodere le regole⁴⁰. Piuttosto, secondo Nussbaum, grazie all'esperienza del conflitto abbiamo l'occasione di capire che non possiamo affidarci alle regole come a un sistema che definisca per noi il modo in cui rispondere in maniera giusta a ogni situazione. Ma, se la deliberazione pratica attraverso cui cerchiamo di capire come dovremmo agire in una situazione non è assimilabile all'applicazione di «un sistema di regole [...] predeterminato [*antedecently fixed*]»⁴¹, allora come va concepita?

Putnam si domanda se Nussbaum non finisca per intenderla come un *soppesare* le varie richieste normative e dunque come un tentativo di «mantenersi in equilibrio [*balancing*]» operando dei «compromessi [*trade-offs*]»⁴², ma Nussbaum rifiuta

³⁷ Cfr. M.C. Nussbaum, *Flawed Crystals: James's The Golden Bowl and Literature as Moral Philosophy*, op. cit., p. 128. Sullo stesso punto, Nussbaum tornerà anche in un lungo saggio del 1985 dove scriverà, a proposito della protagonista de *La coppa d'oro* al termine della sua maturazione: «Il fatto che nel mondo si produca un tragico conflitto di 'doveri' non la porta né a giudicare che uno dei principi in conflitto non la obblighi più, né a riscrivere la natura del conflitto in modo da eliminare il suo aspetto tragico»; M.C. Nussbaum, *The Discernment of Perception: an Aristotelian Conception of Private and Public Morality*, in Ead., *Love's Knowledge. Essays on Philosophy and Literature*, Oxford University Press, New York 1990, pp. 54-105, la citazione è tratta da p. 90.

³⁸ Cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, tr. it. G. Vidari, Laterza, Roma-Bari 1983, pp. 26-27.

³⁹ M.C. Nussbaum, *Reply to Richard Wollheim, Patrick Gardiner, and Hilary Putnam*, op. cit., pp. 205-206.

⁴⁰ H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, op. cit., p. 358.

⁴¹ M.C. Nussbaum, *Reply to Richard Wollheim, Patrick Gardiner, and Hilary Putnam*, op. cit., p. 206.

⁴² H. Putnam, *Prendere le regole sul serio*, op. cit., pp. 359-360, 365.

questa interpretazione⁴³ e in un articolo successivo torna sull'immagine che aveva già valorizzato nel testo discusso da Putnam, cioè l'*immagine dell'improvvisazione*: la deliberazione pratica di una persona moralmente matura avrebbe qualcosa di simile all'improvvisazione. Improvvisare, tuttavia, non significa inventare arbitrariamente ed è per questo che quell'immagine non fa scadere il resoconto di Nussbaum nell'etica situazionalista che ho definito più sopra. L'improvvisazione cui Nussbaum sta pensando è quella compiuta da un esperto jazzista⁴⁴ o da un'attrice che possiede l'arte della recitazione:

La differenza fondamentale tra recitare seguendo un copione e improvvisare è che, nell'improvvisare, bisogna essere, non meno, ma molto più attenti a ciò che è offerto dagli altri attori e dalla situazione. Non si può agire in modo automatico; bisogna essere consapevoli e reattivi in ogni momento, pronti alle sorprese, per non deludere gli altri. Un'attrice che improvvisa, se sta improvvisando bene, non sente di poter dire qualsiasi cosa. Deve adattare la sua scelta all'evolversi della storia, che ha una propria forma e continuità. Soprattutto, deve preservare gli impegni del suo personaggio nei confronti degli altri personaggi (gli impegni di sé come attrice nei confronti degli altri attori). La fedeltà richiesta è una fedeltà più, non meno, attenta⁴⁵.

Anche attraverso questa immagine, dunque, Nussbaum sta cercando di rappresentare l'esperienza etica e la riflessione pratica, non solo come qualcosa che può talvolta trovarsi ad affrontare reali dilemmi, ma anche e più in generale come un tentativo di rispondere in maniera buona alla particolarità della situazione. Ecco perché, fuori della metafora dell'improvvisazione, aggiunge, «in termini etici», che chi si accosta ad una nuova situazione, lo fa portando con sé

una storia di concezioni e impegni generali, insieme a una serie di obbligazioni e affiliazioni passate (alcune generali, altre particolari), tutte cose che contribuiscono e aiutano a costituire la sua concezione, in evoluzione, della vita buona. [...] Vedrà la situazione come composta, in buona parte, da elementi generali; la sua descrizione morale di tale situazione utilizzerà [...] termini generali come “padre” e “amico”. Riconoscerà anche le obbligazioni, sia generali che particolari, che la sua responsabilità in questa situazione comporta⁴⁶.

Il riferimento alle parole “padre” e “amico” si basa sull'analisi della deliberazione della protagonista de *La coppa d'oro*, tuttavia, è molto significativo perché ci ricorda, non solo che nella deliberazione e riflessione pratica operano quel tipo di parole in cui si intrecciano inestricabilmente la cosiddetta dimensione descrittiva e

⁴³ M.C.Nussbaum, *Reply to Richard Wollheim, Patrick Gardiner, and Hilary Putnam*, op. cit., p. 205.

⁴⁴ L'idea che l'improvvisazione, soprattutto quella jazzistica, custodisca un paradigma importante per comprendere la vita etica è sviluppata anche da D. Spati, *Fra due. Etica ed estetica dell'improvvisazione congiunta*, Meltemi, Milano 2023.

⁴⁵ M.C. Nussbaum, *The Discernment of Perception: an Aristotelian Conception of Private and Public Morality*, op. cit., p. 94.

⁴⁶ *Ibidem*.

la cosiddetta dimensione normativa, su cui per prima ha portato l'attenzione Iris Murdoch⁴⁷ e che poi Bernard Williams ha determinato come parole che esprimono concetti spessi (*thick concepts*)⁴⁸, ma anche e soprattutto come queste parole non includono solo i nomi delle virtù e dei vizi, con gli aggettivi corrispondenti (Murdoch stessa porta come esempi: “coraggioso”, “libero”, “sincero”, “presuntuoso”, “allegro”, “spontaneo”, “volgare” ecc.)⁴⁹, ma anche tutte le parole che, designando un tipo specifico di rapporto o di ruolo, rimandano ai vincoli e alle norme che regolano quel rapporto o quel ruolo. Non voglio suggerire che vi sia un solo modo appropriato di relazionarsi a un padre, a una madre, a un amico, a una figlia, a un maestro, a un collaboratore ecc., bensì che sono le regole implicite in questi rapporti a costituire l'*eticità* e dunque la dimensione normativa da cui prendiamo le mosse (e che possiamo anche mettere in questione o modificare, ma sulla base delle appropriate ragioni che possono emergere in una deliberazione attenta)⁵⁰.

8. Riprendiamo il filo del discorso. La riflessione di Nussbaum sul nostro agire morale mette al centro un'osservazione tanto semplice quanto potente e cioè che le nostre azioni rispondono sempre a situazioni particolari. Per questo, aggiunge Nussbaum, non ci si può affidare a una regola fissata prima di incontrare la tal situazione particolare, per individuare la buona risposta ad essa. Come abbiamo visto, Putnam è preoccupato che la giusta intenzione di fare attenzione alla particolarità della situazione possa però tradursi nell'abbracciare un'etica situazionista in cui di qualunque possibile risposta a una situazione si potrebbe sostenere che è la risposta giusta, con l'ovvia conseguenza di svuotare di senso l'idea stessa di risposta giusta. Il rimedio proposto da Putnam consiste nel prendere le regole sul serio. La risposta di Nussbaum è consistita nel mostrare che il suo resoconto della deliberazione pratica non è esposto al rischio paventato da Putnam, tra l'altro, ma non solo, perché sa dare un posto serio alle regole.

Si potrebbe innanzitutto notare che, di per sé, la particolarità di una situazione non esclude che, perlomeno da punto di vista morale, tale situazione possa non essere altro che l'esemplificazione o istanziazione di una fattispecie generale. Detto altrimenti, la configurazione delle proprietà moralmente rilevanti di una situazione

⁴⁷ Cfr. J.E.G. Jordan, *Thick Ethical Concepts in the Philosophy and Literature of Iris Murdoch*, «The Southern Journal of Philosophy», 51/3 (2013), pp. 402-417. Mi permetto di rinviare anche al mio: *Le parole giuste per l'etica: esercizio dell'immaginazione e immaginario sociale in Iris Murdoch*, «Etica & Politica / Ethics & Politics», XVI/1 (2014), pp. 333-392.

⁴⁸ Cfr. B. Williams, *L'etica e i limiti della filosofia* (1985), trad. it. di R. Rini, Laterza, Roma-Bari 1987, pp. 170-172. Si veda inoltre: S. Kirchin (ed.), *Thick Concepts*, Oxford University Press, Oxford 2013.

⁴⁹ Cfr. I. Murdoch, *Esistenzialisti e mistici*, op. cit., pp. 100, 318, 325.

⁵⁰ Il modo in cui riprendo la nozione hegeliana di eticità, l'ho chiarito nel lungo articolo: *Dalla relazione di riconoscimento all'eticità*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics» XXVI/1 (2024), pp. 103-195.

potrebbe coincidere con una fattispecie generale, cioè tale da poter essere esemplificata anche da altre situazioni concrete. Nussbaum non esclude questa possibilità⁵¹, ma fa osservare quanto sia facile che tale eventuale fattispecie non sia una di quelle già disciplinate da una delle regole date. Ma, comunque sia, solo se la forma della situazione data coincidesse con una delle fattispecie già regolate, allora la deliberazione pratica ammonterebbe alla sussunzione della situazione sotto una delle regole già disponibili: in tutti gli altri casi, la deliberazione è una faccenda più complessa. (A questo proposito, noi abbiamo notato come, persino in questo caso, la deliberazione non sia l'esecuzione di un algoritmo, infatti, per stabilire che la forma della situazione data non presenti nessun altro tratto moralmente rilevante oltre quelli indicati nella fattispecie, bisogna attivare la potenza trascendentale della mente).

La deliberazione può essere più complessa in vari modi. Più precisamente ne distinguo tre. Per coglierli, ci si rivolga innanzitutto agli aspetti moralmente rilevanti di una situazione, cioè a quei suoi aspetti di cui occorre tener conto e tener conto nel modo giusto, per individuare la buona risposta a quella situazione. Tali aspetti sono quelli che ci impegnano e ci chiedono di essere appropriatamente onorati. Molti di questi aspetti, riconosce Nussbaum, sono legati a obbligazioni *generali* che ci vincolano: se nella situazione c'è un'altra persona, le si dovrà rispetto e se tale persona è in un certo tipo di relazione con noi, ad esempio è uno studente essendo noi degli insegnanti, oppure è semplicemente una persona anziana, allora quel dovere di rispetto si specifica e qualifica in certi modi piuttosto che in altri. L'essere una persona o l'essere una persona anziana sono proprietà generali che portano con sé vincoli e obblighi generali (e più o meno specifici). Considerando solo i vincoli *generali* che possono interpellarci in una situazione, si può notare come tali vincoli siano molteplici e si congettano in modi complessi. Ordinarli e comporli in modo da trovare una risposta unitaria che sappia render giustizia a tutti è un'operazione che, anche qualora riesca, richiede comunque un lavoro complesso. Il primo modo in cui una deliberazione pratica può essere più complessa della semplice applicazione di una regola (o del calcolo della regola da applicare, a partire da un sistema ordinato di regole) è dunque quello in cui c'è da comporre una pluralità di regole e obbligazioni. E tra l'altro, come sappiamo, tale composizione, per Nussbaum, può anche non riuscire e allora occorre accettare di non poter onorare al meglio tutte le obbligazioni: neppure questo caso, comunque, ammonta a un concedersi delle eccezioni o a un non prendere sul serio le regole che in quelle obbligazioni si esprimono.

Il secondo modo in cui una deliberazione pratica può essere più complessa dell'attenersi a una regola o a un sistema ordinato di regole è quello in cui almeno alcune delle obbligazioni generali possono e devono essere riviste o corrette: si tratta

⁵¹ M.C. Nussbaum, *The Discernment of Perception: an Aristotelian Conception of Private and Public Morality*, op. cit., p. 72.

dei casi in cui la portata di una regola va circoscritta o specificata⁵². Neanche questo caso, però, si lascia descrivere come un non prendere le regole sul serio, infatti, la limitazione della regola in questione non è altro che la determinazione di una nuova regola più specifica e per questo capace di essere più giusta.

Il terzo modo, che rinvengo nei lavori di Nussbaum, in cui una deliberazione pratica può essere più complessa dell'attenersi a una regola predeterminata è quello in cui per cui tale deliberazione si trova a dover prendere in considerazione anche delle obbligazioni e degli impegni di carattere *non generale*. Il suo esempio è ciò che dobbiamo a questo amico particolare e insostituibile o alla persona amata in quanto è questa persona particolare, differente da ogni altra⁵³. In situazioni come queste, in cui contano anche vincoli e obbligazioni particolari, salta il principio secondo cui «se si producessero le stesse circostanze, allora la stessa scelta sarebbe nuovamente quella corretta»⁵⁴, ossia salta l'idea che se l'azione in questione è giusta, lo è perché incarna una regola che, per quanto specifica possa essere, è pur sempre di carattere formale (Hare avrebbe detto: *universale*) e dunque individua una fattispecie e pretende di valere in ogni altra situazione concreta che sia esemplificazione di quella fattispecie⁵⁵. Ammettendo, oltre alle obbligazioni generali (per quanto possano essere specifiche), anche le obbligazioni particolari e dunque degli impegni che avremmo verso realtà particolari in virtù di ciò che le particolarizza, davvero Nussbaum accede a una forma di *particolarismo morale*: pretendere che un'azione o una scelta siano giuste non implica necessariamente pretendere che sarebbe giusto agire o scegliere così in qualunque altra circostanza che avesse le stesse proprietà *generali* moralmente rilevanti (il che d'altronde implica: “che avesse le stesse proprietà moralmente rilevanti”, infatti l'idea stessa che due situazioni possano avere le stesse proprietà *particolari* moralmente rilevanti si esclude da sé)⁵⁶.

⁵² Cfr. *ibi*, p. 69.

⁵³ Cfr. *ibi*, pp. 72-73.

⁵⁴ *Ibi*, p. 67.

⁵⁵ Anche Murdoch ragiona su questo problema, distanziandosi da Hare, nel suo saggio: *Visione e scelta in ambito morale* (1956), cfr. Ead., *Esistenzialisti e mistici*, op. cit., pp. 111-112.

⁵⁶ Se le proprietà moralmente rilevanti fossero solo quelle generali, allora necessariamente due situazioni concrete numericamente distinte potrebbero avere la stessa configurazione di proprietà moralmente rilevanti e allora la risposta che fosse corretta in un caso *non potrebbe non essere* corretta anche nel secondo. Per questo, pretendere che sia corretta in un caso implica pretendere che sarebbe corretta in tutti i casi che esemplificassero la stessa configurazione di proprietà moralmente rilevanti. Nel momento in cui si ammette che possano esservi aspetti moralmente rilevanti di carattere particolare (ad esempio, obbligazioni portate da persone particolari in virtù della loro particolarità: questo amico, non in quanto è un amico, ma in quanto è questo amico, l'amicizia col quale ha una storia singolare o particolare), allora ci si impegna a sostenere che, qualora in una situazione contino moralmente anche aspetti particolari, tale situazione non possa essere moralmente identica ad un'altra, infatti, di un aspetto particolare non ha senso dire che potrebbe essere “esemplificato” anche da un'altra situazione: potrà al massimo tornare anche in un'altra situazione che, però, a questo punto, potrà solo essere moralmente *molto simile*, ma mai moralmente *identica* a quella di partenza. E la

La conclusione di Nussbaum non è solo che colui che delibera, a maggior ragione quando lo fa bene, «non decide sussumendo un caso sotto regole previamente fissate», ma anche che «non esiste una procedura generale o un algoritmo per calcolare cosa fare in ogni caso»⁵⁷. L'idea non è solo, né innanzitutto che, per trovare la risposta buona a una situazione, sia possibile dover rivedere le regole date (prendendo con ciò sul serio la loro intenzione più profonda di essere giuste e cercando di realizzarla in nuove regole, migliori), bensì che, per trovare la risposta buona a una situazione, non ci si può affidare solo alle regole. Se ne può però fare del tutto a meno? E se no, qual è il loro contributo alla nostra ricerca deliberativa di una messa a fuoco dei tratti moralmente salienti della situazione in cui ci troviamo e del modo buono e giusto di rispondervi?

I.v. L'immagine delle regole come linee guida. Passaggio a Niccolai

9. Se ci chiediamo come Nussbaum precisamente intenda questo contributo portato dalle regole o dai principi più generali, ritroviamo l'idea delle «linee guida» in cui sono depositate esperienze passate⁵⁸. Tale idea, però, non viene molto articolata. A mio parere, la ragione di questo scarso sviluppo non va cercata in una sorta di insufficiente impegno teorico da parte di Nussbaum: pensare così presuppone la convinzione che l'articolazione mancante di quell'idea possa essere elaborata in astratto da un singolo pensatore o da una singola pensatrice, grazie alla sua meditazione sulla propria esperienza o eventualmente su quella che emerge in alcuni grandi romanzi. Invece, una simile elaborazione potrebbe produrre ancora

forte somiglianza morale non assicura che rispondere allo stesso modo sia ancora il modo giusto di rispondere. Detto altrimenti: un conto è sostenere che di fronte ad un amico, ci si deve comportare così e così (questa è una regola, anche se può essere molto specifica, ossia può circoscrivere molto la sua fattispecie), un altro conto è sostenere che in questa tal circostanza, di fronte al mio amico Paolo, io ho fatto bene ad agire così e così. Se un altro incontrasse Paolo o addirittura io stesso lo reincontrassi, in un'altra circostanza, molto simile alla prima, potrei non dovermi comportare allo stesso modo, ad esempio per ciò che nel frattempo fosse accaduto a lui e/o a me, oppure perché la nuova situazione avrebbe comunque nella prima un precedente. Così, quando pretendo che una certa azione sia la risposta giusta a una situazione in cui alcuni dei tratti che contano moralmente lo fanno in virtù di obbligazioni generali, ma altri lo fanno in virtù di obbligazioni particolari, ebbene, non solo non pretendo che tale risposta sarebbe giusta in un'altra situazione che esemplificasse gli stessi tratti che contano in virtù di obbligazioni generali (giacché abbiamo detto che la giustezza di tale risposta dipende anche da come ha tenuto conto delle obbligazioni particolari), ma non pretendo neppure che tale risposta sarebbe giusta in un'altra situazione che esemplificasse *tutti* i tratti moralmente rilevanti della situazione presente e questo perché *non può esserci* un'altra situazione siffatta. Al massimo potrà esserci un'altra situazione molto simile alla prima e il fatto che la mia azione fosse un modo giusto di rispondere alla prima sarà allora solo *una buona ragione per ipotizzare* che un'azione molto simile sarebbe la giusta risposta alla seconda. Questa buona ragione, comunque, andrà vagliata in una nuova deliberazione attenta anche a ciò che differenzia le due situazioni (ad esempio il fatto che la seconda situazione si presenti dopo e appunto per seconda).

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibi*, pp. 68, 73, 75, 90, 92, 93.

solo una bella pensata, cioè una nozione o un grappolo di nozioni non realmente radicati in una pratica e di cui dunque sarebbe difficile immaginare gli usi. L'idea della regola come linea guida può essere sviluppata solo se tale sviluppo è un rendere esplicito un significato che è venuto definendosi e articolandosi all'interno di una tradizione, una tradizione che lo ha custodito continuando a rilanciarlo e a metterlo alla prova delle esperienze. Riprendendo una nota nozione di Charles S. Peirce, potremmo riformulare il punto anche nel modo seguente: per articolare e dunque comprendere a fondo e in maniera determinata le idee sulla deliberazione suscitate dalla rappresentazione della stessa offerta da James, la propria esperienza non può essere l'unico *interpretante*, occorre anche una tradizione vivente in pratiche e contesti, con cui mettere in connessione sia quelle idee, sia la stessa esperienza propria affinché sia un riferimento reale e non la si confonda con qualche sua immagine

Bisogna riconoscere che Nussbaum in qualche misura avverte questa necessità e infatti, già nell'articolo a cui Putnam risponde, osserva come la sua rappresentazione della deliberazione pratica, quella che ha fatto emergere da un'attenta lettura de *La coppa d'oro* e che si oppone a quella presupposta dalla teorizzazione etica dominante, ci permetta anche di riscoprire la «forza e la verità della tesi aristotelica secondo cui “la decisione [*decision*] dipende dalla percezione”»⁵⁹. In effetti, intendendo la posizione cui è giunta grazie a un attraversamento del romanzo di Henry James come un'occasione per rileggere Aristotele (cosa che farà più ampiamente nel secondo articolo da cui ho tratto alcune delle citazioni precedenti e nel capitolo X de *La fragilità del bene*), Nussbaum sta insomma anche *collocando quella posizione nella tradizione dell'aristotelismo*.

Tuttavia, nella misura in cui questa rilettura di Aristotele si pone come originale rispetto all'aristotelismo, ecco che torna a perdere la possibilità di appoggiarsi a una tradizione vivente che unisca, ma faccia anche da luogo in cui siano articolabili (perché sono in parte già state articolate) le idee suscitate dall'opera narrativa di James e le osservazioni, profonde, ma solo accennate, di Aristotele sul ruolo della percezione morale nella deliberazione pratica.

È proprio a questo punto che si apre per noi la possibilità del passaggio alla ricerca di Silvia Nicolai. Anche Nicolai infatti valorizza l'impostazione etica di Aristotele, insistendo in particolare sulle pagine dedicate all'equità (*epieikeia* – *Ethica Nicomachea*, V 14, 1137a 31 – 1138 a 3) che sono evidentemente legate a quelle sulla necessità che il discernimento morale, avendo a che fare con particolari, debba sempre intrecciarsi anche alla percezione e mai essere solo inferenziale;

⁵⁹ M.C. Nussbaum, *Flawed Crystals: James's The Golden Bowl and Literature as Moral Philosophy*, op. cit., p. 141. La tesi aristotelica citata (cfr. *Ethica Nicomachea*, II 9, 1109b 23; IV 11, 1126b 4) può essere resa in maniera più precisa così: «il giudizio/il discernimento [*e krisis*] spetta alla percezione [*te aisthese*]». Nussbaum stessa talvolta preferisce al termine “decision”: “discernment” e “discrimination”; cfr. Ead., *The Discernment of Perception: an Aristotelian Conception of Private and Public Morality*, op. cit., pp. 66, 97.

tuttavia, ben lungi dal dimenticare l'importanza epistemica e pratica di una tradizione vivente per dare un senso determinato alle idee, Niccolai imposta il suo libro proprio come una ricostruzione della tradizione giuridica dell'*interpretatio* secondo equità (o tradizione topica delle *regulae iuris*), dai giureconsulti romani fino al presente⁶⁰. Naturalmente, con questo passaggio non voglio suggerire che il lavoro di Niccolai vada inteso come un semplice contributo al resoconto della vita morale proposto da Nussbaum: al contrario, l'immersione in quella articolata tradizione consente un incomparabile arricchimento e sviluppo della nostra comprensione delle idee su cui anche Nussbaum ha portato l'attenzione (prima fra le quali è quella che sottolinea la particolarità della situazione cui la deliberazione morale ha da rispondere).

Questo passaggio non è peregrino o artificioso: e non già perché Niccolai dipenda da Nussbaum, il che non è, bensì innanzitutto perché, ripercorrendo le vicende di quella che chiama la tradizione topica delle *regulae iuris*, Niccolai ritrova l'Aristotele caro anche a Nussbaum. Ma c'è anche una seconda ragione che legittima il passaggio ed è l'importanza che anche Niccolai attribuisce – e in maniera del tutto esplicita, come a Putnam piace che si faccia – alla ricerca di Iris Murdoch. In effetti, il nome di Murdoch ricorre nel libro di Niccolai sia per indicare un filone, certo minoritario, ma non assente, dell'etica contemporanea (cfr. pp. 317-318), sia soprattutto, e davvero in quasi ogni capitolo del libro, per indicare una fonte di ispirazione e una sorta di alleata teorica, cioè un riferimento autorevole cui appoggiarsi per chiarire alcune tesi centrali. È come se quel che ci insegna la tradizione topica delle *regulae iuris* e quel che apprendiamo dagli scritti di Murdoch si illuminassero a vicenda. Ma data l'influenza di questi scritti anche sulle ricerche di Nussbaum e di Putnam, ecco giustificato il presente tentativo di fare sì che questa illuminazione reciproca si produca anche tra quella tradizione e quanto emerso dalla discussione tra la filosofa e il filosofo americani, che abbiamo esaminato.

10. A riprova di quanto appena detto, possiamo avviare il passaggio a Niccolai, e insieme compiere un primo rapido giro dei temi su cui torneremo nella sezione II, soffermandoci su alcune pagine in cui lei, in primo luogo, considera la tesi che Alasdair MacIntyre attribuisce ad Aristotele, ma che fa anche sua, secondo cui il giudizio pratico non è una meccanica applicazione di regole e, in secondo luogo, muove una critica che, almeno in parte, assomiglia a un obiettarli che non ha preso le regole sufficientemente sul serio.

⁶⁰ Ad un certo punto, Niccolai fa la seguente osservazione sul rapporto tra le ricerche di Alessandro Giuliani sulla tradizione medioevale dell'*interpretatio* secondo equità e quelle di Pierre Aubenque sul concetto aristotelico di prudenza: «gli studi di Giuliani sulla logica medievale comprovavano che l'«altro» Aristotele non era il prodotto della sola mente di Aubenque, ma aveva vissuto nel tempo, trovando alimento proprio nella logica giuridica, logica del controverso che si dipana intorno alle opinioni comuni» (p. 366). Ebbene, credo che gli studi di Niccolai possano avere, quanto meno, un effetto analogo rispetto all'Aristotele di Nussbaum.

Bisogna innanzitutto ammettere che tali pagine non si presentano come una vera e propria discussione della posizione di MacIntyre, quanto piuttosto come un modo per far risaltare l'originalità della lettura di Aristotele offerta da uno degli eredi contemporanei della tradizione topica delle *regulae iuris*, cioè Alessandro Giuliani (1925-1997), attraverso un accostamento tra questa lettura e quella elaborata appunto da MacIntyre, di cui Niccolai scrive: «un filosofo, non un giurista, tra i più significativi esponenti della contemporanea riscoperta di Aristotele» (p. 384). Proprio per questo, il mio proposito non è di stabilire se la critica di Niccolai si fondi o meno su una lettura troppo poco caritatevole degli scritti di MacIntyre, bensì è di riprendere quella critica per esplorare che cosa ci dice in positivo della concezione delle regole che ci interessa.

Di MacIntyre, Niccolai naturalmente apprezza la contestazione della separazione tra fatti e valori e il tentativo di recupero della «“visione classica” della persona umana, unitaria e non spezzata in facoltà opposte e inconciliabili» (p. 384), mentre contesta l'uso della contrapposizione tra “morale delle virtù” e “morale delle regole” come schema interpretativo attraverso cui comprendere il passaggio dall'etica antica all'etica moderna e, a maggior ragione, contesta il proposito di riproporre o difendere un'etica delle virtù *come contrapposta a un'etica delle regole*: «nella sua radicale opposizione alla morale “normativa”, MacIntyre finisce per tagliare completamente i ponti tra la morale e le regole e perciò col diritto» (p. 385).

Fin da *Whose Justice? Which Rationality?* (1988), MacIntyre ha contestato la pertinenza di obiezioni lessicalmente simili a quella di Niccolai e tentato di mostrare come la sua etica delle virtù faccia spazio a e anzi richieda quelle che ha chiamato le «regole della giustizia», tuttavia, ciò che sta a cuore a Niccolai non coincide con quello di cui si preoccupano tali obiezioni, né con ciò a cui MacIntyre fa spazio. Per illustrare il suo punto, Niccolai si concentra sulle pagine di *After Virtue* (1981) e su quelle del libro appena citato, dedicate alla trattazione aristotelica della *phronesis* e dell'*epieikeia*. La prima tesi di MacIntyre, credo possa essere attribuita anche a Niccolai e non solo come tesi esegetica su Aristotele, ma anche come tesi teorica sull'equità. Questa tesi asserisce che «ciò che si dice dell'*epieikeia* in contesti puramente giuridici vale anche in generale per la vita pratica e il ragionamento pratico»⁶¹. La divergenza tra Niccolai e MacIntyre comincia là dove quest'ultimo formula quel che, riguardo all'*epieikeia*, vale sia nei contesti giuridici, sia nella vita pratica in generale, nel modo seguente:

Ciò che fa il giudice quando non può semplicemente seguire e applicare una regola fornita da un legislatore, ma in qualche modo deve andare oltre quella regola, è un

⁶¹ A. MacIntyre, *Giustizia e razionalità*, tr. it. di C. Calabi, Anabasi, Milano 1995, vol. I, p. 149.

esempio di ciò che deve fare di tanto in tanto qualsiasi *phronimos* non solo per essere giusto, ma anche per esemplificare adeguatamente una virtù⁶².

La stessa idea era già stata formulata in *After Virtue*:

in parte a causa della generalità delle leggi, si presenteranno sempre casi particolari in cui non è chiaro come la legge vada applicata e che cosa richieda la giustizia. Perciò vi sono necessariamente situazioni per cui non è disponibile in anticipo nessuna formula; è in tali situazioni che dobbiamo agire *kata ton orthon logon* (“in base alla giusta ragione”, *Etica Nicomachea*, 1138b 25), un’espressione che W.D. Ross traduce in maniera fuorviante con: “in base alla giusta regola”. (Questa lettura erronea da parte di un traduttore solitamente scrupoloso di Aristotele è forse di importanza non secondaria, perché rispecchia la diffusa e non-aristotelica preoccupazione per le regole da parte dei filosofi morali moderni)⁶³.

Secondo Niccolai, impostando il ragionamento in questo modo, MacIntyre «dimostra di pensare che la parola “regola” possa avere solo un significato prescrittivo, autoritativo, eteronomo [...]. Così, ci pare, egli ricade in una delle pregiudiziali – la separazione tra diritto e morale – più caratteristiche della modernità che pure fermamente contesta» (p. 385). E ancora:

Sottoscrivendo una certa invariabile definizione, per cui la regola è sempre e solo ciò a cui si dà applicazione, esecuzione, ed equivale in buona sostanza a “legge” nel suo significato più generale e generico di prescrizione autoritativa ed eteronoma, di «soluzione preconstituita indipendentemente dalle sollecitazioni della pratica», come direbbe Giuliani, MacIntyre vi contrappone inappellabilmente il momento morale. Il fulcro di quest’ultimo è il giudizio, «che non è mai meccanica applicazione di regole»⁶⁴; la soluzione giusta ha sempre una caratterizzazione empirica, proprio perciò *non è applicazione di regole, e non vi si perviene attraverso regole, «perché nessuna applicazione di regole può rendere giustizia»*⁶⁵.

Come ho lasciato intendere più sopra, si potrebbe forse accusare questo passaggio di essere davvero poco caritatevole (e dunque di essere ingiusto) verso il testo di MacIntyre, che non dice che il giudizio morale ha «sempre» una caratterizzazione empirica e che, quando scrive che «nessuna applicazione delle regole poteva rendere giustizia» non sta parlando in generale, ma in riferimento a un esempio specifico. Tuttavia, la questione fondamentale che Niccolai vuole

⁶² *Ibidem*.

⁶³ A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, tr. it. di P. Capriolo e M. D’Avenia, Armando, Roma 2007, p. 194.

⁶⁴ Qui Niccolai sta citando MacIntyre, *Dopo la virtù*, op. cit., p. 191 (la citazione corretta, però, è: «L’esercizio di una siffatta capacità di giudicare non è un’applicazione meccanica di regole», «The exercise of such judgment is not a routinizable application of rules»)

⁶⁵ La citazione è ancora da *Dopo la virtù*, op. cit., p. 195 (la citazione corretta, però, è: «nessuna applicazione delle regole poteva rendere giustizia ai piccoli proprietari di case», «no application of the rules could afford small homeowners justice» – tali piccoli proprietari sono quelli del caso introdotto in quella pagina del libro).

portare all'attenzione è davvero importante e non dipende veramente da ciò che è scorretto o ingiusto nella sua lettura di MacIntyre.

Nella misura in cui il giudizio che non può dispiegarsi come applicazione di una regola è il giudizio che può solo tentare di essere espressione della prudenza (la *phronesis*), allora, l'esito dell'impostazione di MacIntyre è una separazione tra, da un lato, la prudenza e l'equità e, dall'altro, le regole. Probabilmente senza volerlo, MacIntyre si troverebbe così pericolosamente vicino alle posizioni che «esalta[no] il giudizio come momento dell'intuizione e delle decisioni» (p. 389). Lontana sia da queste posizioni, sia da quelle opposte che ritengono che le regole possano costituire un sistema assiomatico da cui dedurre i giudizi, si situa la tradizione topica delle *regulae iuris* in cui è possibile affrontare la questione che Niccolai pone a MacIntyre e cioè come il *phronimos* sia supposto trovare la misura del suo giudizio. E la risposta è che la può trovare in quella «esperienza ragionata» (p. 410) che consiste in un esercizio di attenzione alla situazione da giudicare, in cui vengono richiamate alla memoria le regole e i precedenti giudizi di altri su situazioni simili e poi le une e gli altri sono discussi secondo i modi dell'arte dialettica e della controversia:

La concezione che Giuliani fa propria, per cui l'uomo prudente è la regola, che individua *in rapporto* con la situazione contingente in cui si trova, e con l'esperienza, i ricordi, i consigli e il sapere che, in quanto uomo, ha in sé, si avvale di un appello alla dimensione dialettica della regola, che è quanto rimane sconosciuto sia a MacIntyre, sia a Dworkin [...]. La dimensione dialettica della regola di condotta fa [...] della regola il veicolo di opinioni, da tenere in considerazione, legate all'esperienza vissuta [...] e dunque degne di essere almeno *confutate*, ciò che permette alla scelta di manifestarsi, ma anche evita che il campo delle scelte appaia così indeterminato da essere insensato e perciò tale per cui una scelta equivale ad ogni altra, e dunque è irrilevante. (pp. 389-390).

Si comincia a intravedere il senso determinato in cui la tradizione topica delle *regulae iuris* attribuisce alle regole il ruolo di guide della riflessione deliberativa o, per meglio dire, di luci o di stelle polari. E si comincia a intravedere anche quanto radicale deve essere la ricalibratura delle categorie del nostro quadro concettuale affinché quel senso determinato possa trovare spazio e venire articolato.

II. LA TRADIZIONE TOPICA DELLE *REGULAE IURIS* NELLA RICOSTRUZIONE DI SILVIA NICCOLAI E IL SUO SIGNIFICATO PER LA COMPrensIONE FILOSOFICA DELLA DELIBERAZIONE MORALE

11. Negli scritti che abbiamo esaminato, Nussbaum propone di guardare alla deliberazione pratica attraverso l'immagine dell'improvvisazione compiuta da un bravo attore, cioè come a un processo in cui si cerca il modo giusto di rispondere

alla situazione in cui ci si trova, attraverso un esercizio di attenzione alle circostanze e di discernimento dei tratti moralmente rilevanti, che dipende sempre anche dalla percezione. La discussione con Putnam però ha riportato al centro la questione di quale sia il ruolo delle regole in tale processo deliberativo. Se ho voluto prendere questa discussione e le distinzioni che abbiamo introdotto ragionandoci su, come via d'accesso e filo conduttore per entrare nella complessa architettura del libro di Silvia Niccolai, è perché, passando attraverso la ricerca esposta in questo libro, la nostra comprensione di quella questione uscirà più ricca e più profonda. A questo mio progetto, però, si potrebbe subito obiettare che il lavoro di Niccolai non è dedicato in generale alle regole, ma nello specifico alle *regulae iuris*, come d'altronde ricorda il suo sottotitolo. Cominciamo dunque dal chiarire questo punto.

Sebbene nelle mille e più pagine del libro di Niccolai non vi sia mai un momento in cui lei sintetizzi il suo progetto e le sue scansioni o faccia il punto sul percorso compiuto o su quello da svolgere nelle pagine successive – e questo rende certamente difficile tenere il filo del discorso principale nel momento in cui la si segue nelle analisi accurate che sviluppa –, credo si possa dire che tale libro si dispiega, in primo luogo, come ricostruzione di una tradizione che ha custodito e sviluppato un certo modo (definito: *topico*) di intendere e rifarsi alle *regulae iuris* (questo soprattutto, ma non solo, nella prima parte) e, in secondo luogo, come esplorazione ed esplicitazione della concezione dei principi del diritto (intesi appunto come principi della convivenza umana), che anima quella tradizione (questo soprattutto, ma non solo, nella seconda parte: *Alla fonte del diritto*). È vero, dunque, che la ricerca di Niccolai non indaga le regole in generale o le regole morali in particolare o, ancora, le norme giuridiche, bensì quelle regole, denominate appunto *regulae iuris*, che sono raccolte, innanzitutto, anche se non solo, nell'ultimo libro del *Digesto* (da qui il senso del titolo della prima parte del volume: *Un libro e le sue vicende*). È però vero altresì che il modo in cui tali regole sono interpretate all'interno della tradizione topica ha implicazioni vastissime, che non riguardano solo l'idea stessa del diritto, ma anche quelle di deliberazione e di norma, fino alle idee stesse di ragione, di realtà, di verità, di storia e di essere umano. Sono proprio queste implicazioni quelle che vorrei un poco esplorare. E non potrò che farlo seguendo un movimento a spirale, dove il chiarimento dell'idea successiva consente sempre anche un ulteriore approfondimento di quelle chiarite in precedenza.

II.i Una tradizione antica, ma ancora vivente per sottrarsi ai presupposti moderni

12. Come accennato, le *regulae iuris* sono *innanzitutto* le duecentoundici proposizioni elencate nell'ultimo libro del *Digesto*, *De diversis regulis iuris antiqui* (D. 50.17), «vale a dire nel cuore del corpo stesso del diritto» (p. 24). Sono innanzitutto queste, ma non sono solo queste (cfr. p. 177), infatti, nella tradizione topica o tradizione dell'*interpretatio* secondo equità, sono state valorizzate anche le

cosiddette “regole sparse”, cioè quelle che si trovano esposte in altre parti del Digesto, ad esempio all’interno dell’esposizione e discussione di casi particolari. Niccolai fa in proposito l’esempio della regola *Malitiis non est indulgendum* (“Non si deve avere indulgenza per gli atti maliziosi, cioè mossi da animo malvagio”), estrapolata da un passo di Celso (riportato nel libro 6 del Digesto) che commenta il caso di un «possessore senza causa che, avendo tinteggiato un edificio altrui, si rifiutava di ricevere l’equivalente» da parte del proprietario e invece «pretendeva di graffiar via la pittura», gravandosi con ciò di tale inutile lavoro di distruzione «pur di non far godere il proprietario del vantaggio arrecato». Ebbene, «Celso osserva che non si dovrebbe dar corso a questa pretesa, di carattere evidentemente pretestuoso e emulativo, cioè, esprime null’altro che rivalità [...] e del resto, nota incidentalmente, in generale “*neque malitiis indulgendum est*”» (p. 58). Si tratta evidentemente di una regola che ha una portata potenzialmente molto generale e che perciò è stata giustamente contata tra le *regulae iuris*, sebbene non sia inclusa nel libro ad esse dedicato. D’altronde, anche le regole che invece in quel libro sono inserite sembrano di primo acchito in un certo senso “sparse”, infatti, non vi sono ordinate in una qualche maniera sistematica e, scorrendone l’elenco, colpiscono per la loro varietà: vi troviamo proposizioni come *In dubio pro reo* (“Nel dubbio, a favore dell’imputato”) o *Nemo iudex in causa propria* (“Nessuno può giudicare in una causa nella quale ha un interesse personale”, cfr. p. 63), ma anche regole più specifiche, come ad esempio *Nemo de domo sua extrahi debet* (“Nessuno può essere preso con la forza da casa sua”, cfr. p. 413 n) o, infine, delle proposizioni che sembrano enunciati dichiarativi o descrizioni che riguardano nessi più o meno specifici, come *Impossibile nulla est obligatio* (“Un’obbligazione avente a oggetto cose impossibili è nulla”, cfr. p. 74), *Eius est nolle qui potest velle* (“Chi può volere può anche non volere”) o *Non vult heres esse qui ad alium transferre voluit hereditatem* (“Non vuole essere erede chi volle che la sua eredità fosse trasferita ad altri”, cfr. p. 295).

Proprio questa varietà e il carattere non sistematico dell’elenco hanno ripetutamente motivato alcune critiche a quel libro del Digesto, che Niccolai passa in rassegna mostrando come, talvolta, tali critiche abbiano dato luogo ad altri modi di intendere e rifarsi alle *regulae iuris*, ad esempio quello della Scuola Culta propensa a riordinare e razionalizzare quell’elenco (cfr. pp. 55-63), altre volte si siano tradotte in una più decisa presa di distanza dalle *regulae* stesse (ad esempio nella posizione elaborata da Vittorio Scialoja tra la fine del XIX e l’inizio del XX secolo, cfr. p. 592). La non sistematicità dell’elenco delle regole nell’ultimo libro del Digesto, il fatto che ve ne siano di «sparse qua e là» nel resto dell’opera (p. 57, la locuzione è ripresa da Guglielmo Nocera), il fatto che la forma logico-grammaticale delle *regulae* non sempre presenti un carattere deontico, il fatto che non tutte queste regole condividano lo stesso grado di generalità e che comunque il loro significato e la loro portata non siano mai del tutto determinabili in astratto

(cfr. p. 416), il fatto che vi siano ripetizioni e perfino il fatto che siano rinvenibili delle contraddizioni tra quanto richiesto dall'una e dall'altra (cfr. p. 21), tutti questi tratti sono invece valorizzati all'interno della tradizione topica. Questi tratti, infatti, rivelano immediatamente che le *regulae iuris* non sono e non vanno supposte essere un *sistema* di prescrizioni che si tratta semplicemente di applicare sussumendo il caso presente all'appropriata fattispecie, quasi che la deliberazione pratica avesse la forma di un sillogismo con il complesso assiomatico delle regole nella posizione della premessa maggiore e la sussunzione del caso a una fattispecie nella premessa minore. Come vedremo, si tratta piuttosto di capire quale sia la *qualitas* del caso presente, facendo leva sulle *regulae*, da interpretare alla luce dei fatti in rapporto a cui sono state elaborate e introdotte. In questo senso, le «regole sparse» sono emblematiche perché, essendo ciascuna riportata nel Digesto nel contesto della discussione di un caso, aiutano a ricordare che

il contesto contiene le regole in tutti i sensi dell'espressione, e cioè le esprime ma anche le trattiene, in particolare da un'eccessiva generalizzazione: le regole appaiono così tutte importanti, tutte in un certo senso universali, eppure non per questo valide in ogni caso, sufficienti a spiegare qualunque fatto, ed è il fatto a cui sono riferite che mette in evidenza certi rapporti tra loro, segnala la regola rilevante e quella irrilevante, la regola che prevale e quella che soccombe. L'ordine delle regole non si può dunque stabilire *a priori*, neppure se ne può stilare un elenco esaustivo; tanto meno di ciascuna regola si può delimitare una volta per tutte la portata, che appare in relazione al problema considerato e tenendo in mente le poche regole "che valgono sempre". Proprio di questo erano convinti i giuristi che non vollero abbandonare l'ordine del Digesto perché pensavano che il diritto non fosse separabile dal fatto (pp. 58-59)

I giuristi evocati alla fine di questo passaggio sono innanzitutto i cosiddetti Glossatori (XII e XIII secolo), ma quanto affermato vale per tutta la tradizione topica, cominciata con l'opera dei giuristi e giureconsulti romani, proseguita appunto con quella dei Glossatori, tra cui spicca Bulgaro (cfr. 38-44), poi con quella dei Commentatori del XIV secolo (cfr. p. 83), dei giuristi che si opposero alla Scuola Culta nel XV secolo, di predecessori di Vico, come Hermann Vultejus o Angelo Matteacci (cfr. pp. 166-174), dello stesso Giambattista Vico, che sta al cuore di questa tradizione. Ma dopo Vico, tale tradizione continua a vivere soprattutto grazie al lavoro di una parte della giurisprudenza e della scienza giuridica italiane dell'Ottocento (Niccolai si sofferma in particolare, ma non solo, su Francesco Buonamici e Carlo Lozzi, cfr. pp. 174-185) e poi del Novecento, dove, per Niccolai, spicca in particolare il lavoro del già ricordato Alessandro Giuliani (cfr. in particolare pp. 289-390).

Naturalmente, questa tradizione, proprio perché tale, non ha l'unità di una dottrina o di una scuola in senso stretto: alcuni temi sono in essa persi e poi ritrovati, altri sono continuamente ripresi, ma con accentuazioni differenti e attraverso vocabolari almeno in parte diversi; l'influenza di altre istanze induce alcuni autori in posizioni ambivalenti, dove la voce della tradizione topica si mescola con altre

voci, ma anche grazie a questo continua a vivere (a questo proposito, sono magnifiche le pagine dedicate alla riflessione di Leibniz sul diritto, cfr. pp. 158-162); non mancano poi conflitti su questioni specifiche da parte di autori che pure condividono le idee di fondo di questa tradizione. È chiaro che qui non possiamo seguire Niccolai nella sua accurata analisi di queste differenze interne, né della loro più profonda convergenza rispetto alla molteplicità di “avversari” che di epoca in epoca sono apparsi più agguerriti (tra questi spiccano il giusrazionalismo, il giuspositivismo e lo storicismo): come ho già accennato, possiamo solo tentare di mettere a fuoco il nucleo di questa tradizione e, ancor più precisamente, prestare particolare attenzione al suo significato in rapporto alle questioni della filosofia e soprattutto della filosofia morale. Ciò nonostante, merita di essere rimarcata l’insistenza con cui Niccolai sottolinea come, a partire dalla modernità e fino ad oggi, l’antica tradizione dell’*interpretatio* secondo equità sia stata coltivata soprattutto nella «scienza giuridica italiana» (p. 37). Non è infatti per una mera coincidenza che proprio la cultura giuridica italiana si trovi in questa posizione: ci sono anzi ragioni storiche, che Niccolai esplora in dettaglio soprattutto nella seconda parte del suo libro (cfr. pp. 515-559), ma tra le quali spicca «la tardiva realizzazione dell’unità statale, che l’hanno mantenuta più ancorata alle concezioni antiche» (p. 165), che hanno cioè fatto sì che tale cultura si sviluppasse «mantenendosi in forte relazione di continuità col diritto romano comune» (p. 192).

La tesi di Niccolai è insomma che la cultura giuridica italiana, proprio perché è «rimasta più attaccata di altre [...a quelle] concezioni, tradizionali» (p. 31), si è «dimostrata particolarmente resistente» «all’avvento degli assunti moderni circa il dualismo tra fatti e valori» (p. 46; cfr. anche pp. 132 e 451-452). Si tratta di una tesi che ha in sé implicita tutta una concezione del rapporto tra verità e storia. Per chiarirla, cercherò di enucleare le idee forti che vi sono sottese, a cominciare da quella che riconduce il dualismo tra fatti e valori al cuore della modernità.

La cesura moderna, legata a fenomeni reali di vasta portata come la nascita degli stati nazionali e la rivoluzione scientifica, si è espressa, sul piano delle idee e dei concetti fondamentali, in quel grappolo di dualismi, non solo quello tra fatti e valori, ma ad esempio anche quello tra pensiero e realtà, tra intelletto e volontà, tra diritto e morale, tra oggettivo e soggettivo, tra universale e particolare, tra uomini e natura (cfr. p. 237), che ho richiamato anche all’inizio di questo scritto e che deformano la nostra comprensione di ciò che siamo e di ciò che facciamo, ad esempio quando deliberiamo.

Ad essere più precisi, questi dualismi non intaccano solo la nostra *comprensione* di quel che facciamo, lasciando invece l’agire intonso: arrivano anche ad avere effetti sul modo in cui agiamo, tanto da renderlo *quasi* corrispondente con quella comprensione (in questo senso, si potrebbe dire, con Marx, che quella

comprensione è un'astrazione che diventa "praticamente vera")⁶⁶. Neppure, però, l'agire deformato da quei dualismi diventa *pienamente* corrispondente alla comprensione deformata da essi: al contrario, è davvero intellegibile solo per lo sguardo che da quei dualismi non è gravato. Detto altrimenti, solo quando si smette di pensare entro quei dualismi, si può comprendere la dinamica profonda dell'esperienza e dell'agire umani, e dunque persino quell'agire moderno che, essendo da tali dualismi accecato, si autointerpreta e dispiega come l'agire di un essere che è spaccato tra volontà e ragione, che non può comprendere la realtà, ma solo rilevare delle covarianze empiriche e che può ordinare la sua condotta solo rifacendosi a norme comandate e calcolando le sue preferenze meramente soggettive.

Per smettere di ragionare entro questi dualismi, tuttavia, non è sufficiente una loro sofisticata o ben trovata confutazione teoretica: occorre potersi appoggiare ad *habitus* pratici ed epistemici che incarnino una prospettiva differente. Occorre insomma avere una linea di contatto con qualche pratica antica (cioè, una tradizione che abbia conservato pratiche antiche e gli *habitus* corrispondenti): non perché l'antico sia meglio del moderno, in una contrapposizione di sapore conservatorista, bensì perché nell'antico si incarnava un punto di vista più vero sugli esseri umani e dunque l'unico punto di vista riprendendo e sviluppando il quale sia possibile comprender la stessa vita moderna e le sue impasse⁶⁷. La scienza giuridica italiana

⁶⁶ Mi riferisco, naturalmente, a K. Marx, *Introduzione alla critica dell'economia politica*, trad. it. di G. Backhaus, Quodlibet, Macerata 2010, p. 40. Questa idea marxiana, tuttavia, può essere recuperata solo con cautela: ne chiarisco le ragioni nell'articolo, *Dalla relazione di riconoscimento all'eticità*, op. cit., in particolare pp. 109-124, dove è illustrata in maniera un poco più distesa la concezione che richiamo qui nel testo per articolare il modo in cui Niccolai pensa il rapporto tra la verità custodita dalla tradizione topica delle *regulae iuris* e la vicenda storica in cui consiste l'avvento della modernità.

⁶⁷ Questo tipo di schema opera, ad esempio, anche nel libro di B. Williams, *Vergogna e necessità* (tr. it. di M. Serra, Il Mulino, Bologna 2007): non ha nulla a che vedere con l'idea che sarebbe auspicabile un ritorno all'antico, qualunque cosa ciò possa mai significare; l'idea è invece che le categorie fondanti il punto di vista moderno (in particolare quello sulla vita pratica) non solo non consentono di comprendere le forme di vita premoderne (in cui non riescono a far altro che vedere o irrazionalità o insufficiente dispiegamento del nucleo vero e valido della vita spirituale), ma non consentono neppure di rendere conto in maniera profonda del modo di vita moderno. Ad esempio, il nostro stesso modo di deliberare non può trovare un adeguato resoconto attraverso l'impianto categoriale moderno. Come ho accennato nel testo, inoltre, poiché questa autocomprensione inadeguata ha anche degli effetti pratici, allora sostituirla con una migliore avrà a sua volta effetti di ricalibratura più o meno profonda del nostro agire. A differenza di Williams, però, qui si sostiene anche che l'impianto categoriale premoderno, che si tratta di recuperare (e, ovviamente, sviluppare all'altezza della problematica moderna - nel libro di Niccolai, è il compito della seconda parte: articolare la tradizione topica all'altezza del dibattito della scienza giuridica contemporanea) sia un impianto non recuperabile semplicemente attraverso la lettura, la meditazione o lo studio di opere antiche, ad esempio l'*Etica Nicomachea* cara a Nussbaum o le tragedie greche care a Williams: occorre una tradizione pratica vivente che faccia da mediazione. Da qui l'importanza che, nell'economia del discorso di Niccolai, riveste il fatto che le idee della tradizione topica siano state custodite in una delle correnti della nostra cultura giuridica: il lavoro di Niccolai può porsi e

gioca, nello scacchiere di Niccolai, proprio nel ruolo di questa linea di contatto con l'antico, che, a sua volta, è qui rappresentato dalla cultura romana e medioevale delle *regulae iuris* e dell'*interpretatio* secondo equità. Siamo lontanissimi dalla filosofia idealistica della storia, secondo cui è proprio nella modernità che si dispiega e diventa autotrasparente la verità che giaceva non pienamente espressa nel mondo antico. Non siamo però neppure nella posizione opposta, ma simmetrica. Qui semplicemente si constata che i dualismi che caratterizzano la modernità non consentono di comprendere quell'esperienza che invece diventa intellegibile grazie a quella scienza giuridica che, per le circostanze storiche sopra accennate, si è lasciata meno permeare da quei dualismi e, anzi, li ha criticati proprio facendo leva sulla memoria che ha saputo serbare della prospettiva più antica, la prospettiva che si appoggia alle *regulae iuris* all'interno della ricerca di una *interpretatio* secondo equità.

Alla luce di questi chiarimenti può essere letta la seguente pagina, tratta dal capitolo dedicato ad Alessandro Giuliani (a cui appartengono le parole citate da Niccolai tra virgolette). Ad uno sguardo superficiale, potrebbe sembrare una contrapposizione tra l'individuo dei moderni e quello degli antichi, ma in realtà si tratta della contrapposizione, alla comprensione moderna dell'individuo, della comprensione classica, che ritorna però anche in Vico. E il tutto al fine di render conto dell'individuo presupposto nell'esperienza giuridica in generale:

L'individuo a cui l'esperienza giuridica rimanda, e che Giuliani intende salvaguardare, certo non è, dunque, «il soggetto che Cartesio ha collocato sullo scoglio in mezzo all'oceano». [...] Non [è] l'individuo dei moderni, con un suo individualismo fatto di indipendenza ma pagato con la rinuncia alla pretesa di partecipare a stabilire le norme della vita sociale e all'interpretazione della realtà, ma il soggetto della ragione classica, vichiano, comunicante, col suo intelletto, con un'esperienza che è comune a tutti gli uomini. «In conseguenza dell'allontanamento dalle esperienze fondamentali, vi è l'indebolimento della posizione del soggetto» (p. 318-319).

II.ii La riscoperta delle regulae iuris da parte delle teorie dell'argomentazione e i suoi limiti

13. Abbiamo visto come ciò che Niccolai articola nel suo libro, non solo non vada inteso come una sua sofisticata elaborazione, cioè come la proposta di un modello teorico più o meno promettente frutto delle sue pensate, ma non vada inteso neppure solo come la riabilitazione di un'antica tradizione da lei recuperata tra i monumenti del passato: è piuttosto la consapevole ripresa di una tradizione giuridica certo molto antica, ma che per alterne vicende si è mantenuta viva fino al

dispiegarsi come una ripresa e un ulteriore sviluppo di quella corrente, piuttosto che come una bella trovata teorica da gettare nel dibattito tra «quella pletora di filosofi morali pronti a risolvere per noi i problemi del nostro tempo [... formulando] regole per risolvere questioni che non riusciamo [ancora] a penetrare fino in fondo», secondo le efficaci parole, già citate, di Hilary Putnam.

presente. Questo però non significa che tale tradizione sia l'unico luogo del panorama giuridico contemporaneo in cui le *regulae* siano oggetto d'attenzione. Al contrario, nell'ultimo capitolo della prima parte, Niccolai ne individua altri tre e li esamina uno dopo l'altro per far emergere la specificità della tradizione topica. Per noi è particolarmente interessante la discussione del terzo, «quello che guarda alle regole come un catalogo di *topoi* utilizzabile nell'argomentazione giuridica» (p. 394). La ragione di tale interesse non è data solo dal fatto che questo modo di accostarsi alle *regulae iuris* è quello oggi dominante e dunque il primo su cui misurare la differenza della tradizione topica, ma anche dal fatto che, denominando la tradizione topica proprio con questo aggettivo, diventa irrimandabile il compito di chiarire il suo rapporto con le varie riscoperte dell'antica retorica e dei *topoi* argomentativi, che sono fiorite nella seconda metà del XX secolo (ad opera in particolare di Chaïm Perelman, Stephen Toulmin e Theodor Viehweg).

Niccolai sottolinea innanzitutto come queste teorie dell'argomentazione siano nate, o comunque si siano imposte, come una risposta alla crisi del paradigma moderno di ragione, quello costruito prendendo a modello la ragione logico-matematica messa all'opera dalla scienza moderna. Nel filone perelmaniano è anzi del tutto *esplicito* che la nuova retorica intende rispondere a necessità di cui è divenuto ormai evidente che non sono affrontabili con le forme della razionalità cartesiana (cfr. p. 420). L'elaborazione di queste teorie dell'argomentazione è dunque compiuta all'insegna della ricerca di una ragione flessibile e “plurale” che possa costituire un modello valido per la ragione giuridica e, più in generale, per la ragion pratica (cfr. p. 435). Entrato in una crisi definitiva il sogno di poter riformare la ragion pratica sul modello della ragione che deduce o calcola, ossia che procede applicando algoritmi, si tratta, per questi teorici, di non lasciare tale ragion pratica in balia dei resoconti volontaristi secondo cui l'ambito di questa cosiddetta “ragione” andrebbe piuttosto inteso come l'ambito della decisione, della volontà e delle loro prese di posizione, cioè come un ambito in cui, proprio perché non è possibile calcolare, quello che accade è uno scontro di forze che può al massimo essere regolato (attraverso una forza superiore). L'idea che anima le varie teorie dell'argomentazione, ma anche alcune delle forme del neoaristotelismo tedesco, è che ci si possa sottrarre a questa alternativa mortale tra ragione calcolante e volontà irrazionale riscoprendo e riabilitando quelle altre forme di ragione che, prima della modernità, erano riconosciute e coltivate, in particolare la ragione che si esprime nelle discussioni argomentative. L'elaborazione classica di queste altre forme di razionalità, che risale fino ad Aristotele e in particolare ai suoi *Topici*, oltre che, subordinatamente, alla sua *Retorica* e poi all'*Etica Nicomachea*, ma che si esprime anche nel libro sulle *regulae* del Digesto, potrebbe dunque fornire una «cassetta degli attrezzi» (p. 422) di inestimabile valore agli eredi, ormai disillusi, del sogno cartesiano.

Senmonché, osserva Niccolai, questa impostazione non riesce ad attribuire alle *regulae iuris* e alle risorse topiche altro che un valore utilitario o strumentale: di fronte ai tempi nuovi e a una realtà sociopolitica cambiata, lo stesso obiettivo di sempre, che sarebbe approntare norme e legittimare decisioni che disciplinino le condotte (cfr. pp. 422, 436), non potrebbe più essere perseguito coi metodi precedenti, bensì appunto riscoprendo le forme topiche di argomentazione, più flessibili e perciò più adattabili e adatte al presente (cfr. pp. 423, 435). Questo quadro è molto diverso da quello sotteso alla tradizione dell'*interpretatio* secondo equità e per cogliere questa divergenza conviene tornare alla critica della ragione cartesiana.

Le teorie dell'argomentazione criticano l'identificazione moderna tra ragione e calcolo, ma non giungono a mettere in questione la causa profonda di quella identificazione, cioè il presupposto dualistico secondo cui la ragione non è immediatamente aperta sull'essere: proprio perché la ragione ritiene di non poter contare sull'esperienza, intesa in senso non empiristico, per trovare la misura al suo procedere, poiché, cioè, non è più certa di poter trovare la sua misura nella fedeltà ai fatti d'esperienza, allora la cerca in ciò che può trarre autonomamente da sé, cioè appunto nel calcolo, nella deduzione a partire da idee innate, nelle procedure a priori, eventualmente integrate da meri riscontri osservativi. È solo perché l'accesso all'essere o al mondo diventa incerto e dubbio che può imporsi l'idea che le catene deduttive dei matematici siano l'unica possibile forma di ragione. Ma questo presupposto gnoseologico che, lo vedremo, è estraneo alla tradizione topica delle *regulae iuris* (ed è attivamente messo in questione dagli eredi moderni e contemporanei di questa tradizione, tra cui Giuliani e Niccolai), è invece operante negli assunti di cornice delle teorie dell'argomentazione. E le conseguenze sono evidenti: ne isoło tre.

Innanzitutto, all'argomentare, cioè al concreto uso delle risorse topiche (comprese le *regulae iuris*), non è riconosciuto alcun valore veritativo: le discussioni dialettiche non sono un luogo di verità, più esattamente, un luogo di accesso alle verità relative al mondo delle cose umane, alla qualità morale delle situazioni; al contrario, sono contesti in cui la posta in gioco *ultima* è la persuasione (cfr. pp. 419, 428). In proposito, si noti la differenza tra le due seguenti attitudini:

1. considerare l'onesta persuasione di persone ragionevoli, impegnate quanto noi nella ricerca del vero, come *probabile* segno del fatto che la posizione su cui tale convincimento si è prodotto sia vera, cioè come segno del fatto che si è *giustificati a pretenderla* vera, perlomeno fino a che non emergano ragioni in contrario;
2. considerare la persuasione dell'altro, ottenuta attraverso l'offerta di argomenti, come tutto ciò che si tratta di raggiungere.

Nel secondo caso, l'argomentazione è arte della persuasione o del convincimento, nel primo è parte di una ricerca epistemica che pone la verità delle

cose come sua misura ultima. Là dove, come appunto nel secondo caso, la posta in gioco ultima è invece la persuasione, questa viene trattata come «un mero fatto», «una mera forza» più o meno manipolabile o «producibile con tecniche efficaci» (p. 435n), tecniche che potranno essere regolate affinché non includano l'inganno, ma lo saranno comunque dall'esterno.

In secondo luogo, e di conseguenza, le posizioni che vengono convocate nella discussione argomentativa come opinioni notevoli, ad esempio quelle che trovano espressione nelle *regulae iuris*, ricevono tale trattamento solo in virtù del loro «credito sociale» (p. 422), ossia della loro autorevolezza intesa come reputazione o come quella rispettabilità che *deriva* dal *fatto* di riscuotere credito invece di spiegarlo. Come vedremo (cfr. *infra* § 23), nella tradizione topica, invece, il credito che viene assegnato *prima facie* alle opinioni tramandate è giustificato dalla fiducia nella tradizione come luogo in cui altri, prima di noi, si sono impegnati a cercare il vero (cfr. p. 149), per cui, se le convinzioni a cui sono con ciò pervenuti hanno superato la prova del tempo, allora, proprio per questo, cioè per la loro probabile *verità*, meritano di essere prese in considerazione (cfr. p. 426).

In terzo ed ultimo luogo, le teorie dell'argomentazione, poiché ritengono che il senso ultimo del lavoro della ragion pratica sia stabilire e giustificare norme ragionevoli che governino i giudizi e i comportamenti - là dove, invece, la tradizione topica si fonda sull'idea che il senso ultimo dell'attività della ragion pratica sia la ricerca dell'equità immanente alle varie situazioni della vita -, allora fraintendono anche il senso del rapporto tra l'opera della ragion pratica e le trasformazioni storiche (cfr. pp. 424-425). Tali trasformazioni vengono concepite come eventi esterni, cioè, come eventi rispondenti a una qualche logica indifferente alla ragion pratica, di cui tale ragion pratica deve tener conto come di una modifica del suo campo di gioco, cioè come di qualcosa a cui ci si deve "adattare" per poter continuare la propria partita di sempre. I "tempi nuovi" sono tali perché impongono nuove esigenze che si tratta di assumere come nuove premesse o come nuovi postulati di cornice (cfr. *infra* § 15). Vedremo (cfr. *infra* §§ 28-30) come la tradizione dell'*interpretatio* secondo equità concepisce la storia in modo del tutto diverso (cfr. anche p. 439). Possiamo anticipare il punto nel modo seguente: se quelle trasformazioni storiche meritano di essere prese in considerazione, lo saranno, ma non grazie ad una astratta e preliminare richiesta di adattamento rivolta al gioco complessivo della ricerca dell'equità, bensì in virtù del loro andare a modificare le esperienze dei soggetti concretamente coinvolti in tale ricerca, ossia, *entreranno in gioco* e saranno prese in considerazione attraverso il modo in cui quei soggetti le nominano e le rielaborano all'interno del loro tentativo di rispondere con equità alle varie situazioni in cui si trovano (cfr. anche pp. 462-464).

II.iii Verso una concezione non dualistica della realtà dell'esperienza pratica.

14. *Il dualismo tra mente e mondo alla radice di quello tra fatti e valori.* - È evidente che le teorie dell'argomentazione e le connesse riabilitazioni dei *topoi* dialettico-retorici intendono opporsi al dualismo tra fatti e valori e lo fanno sostenendo che la posizione di valori è un atto che può essere sostenuto e legittimato da ragioni, anche se non da ragioni aletiche, cioè da ragioni che sostengono una pretesa di verità. La tradizione dell'*interpretatio* secondo equità, però, rivela i limiti di quella opposizione e di questi limiti spiega anche l'origine nell'accettazione dogmatica dell'assunto per cui l'unica ragione che può pretendere di essere veritativa è quella logico-scientifica: è da questo assunto che deriva che la ragione dialettico-retorica sia una ragione senza verità, che può solo sostenere al massimo che una certa norma o una certa risoluzione siano *opportune*, dati certi valori e certe istanze di cornice. Per mettere in questione quell'assunto, però, bisogna opporsi al dualismo tra fatti e valori in maniera più radicale di quanto non abbiano fatto le teorie dell'argomentazione: occorre spingersi fino alla sua prima radice, che è il dualismo gnoseologico, cioè la divisione tra pensiero e realtà o tra ragione e verità, quel «sommovimento che, nel trapasso verso l'età moderna ha investito l'idea di verità, il suo rapporto con la realtà e con la ragione umana, l'idea stessa di realtà e di ragione» (p. 99). Insomma, per lasciarsi veramente alle spalle il dualismo tra fatti e valori, non basta contestare l'ideale cartesiano di ragione, bisogna smontare l'impianto che ha portato Descartes ad elaborare quell'ideale.

Come è noto, per Cartesio *non* è immediatamente privo di senso il dubbio sulla conoscibilità della realtà: domandarsi se la mente riesca ad accedere alla realtà è un atto che non si disfa da sé - salvo nel caso in cui sia rivolto alla realtà del proprio pensare: in tutti gli altri casi, non è impossibile restare nel dubbio. Ebbene, che non appaia immediatamente privo di senso essere in dubbio sul fatto che l'esperienza, cioè l'orizzonte della manifestazione, quel che per Cartesio era il *cogito*, sia di per sé esperienza della realtà è *il nucleo essenziale del dualismo tra mente e mondo*. Implica che l'idea di esperienza non rimandi come tale all'idea di realtà quale oggetto dell'esperienza, ossia implica non riconoscere che la mente è in quanto tale apertura sul mondo.

È però altrettanto noto che Cartesio non si accontenta di quell'unica certezza della cui verità sia del tutto impossibile dubitare (cioè, la certezza-verità espressa dalla celebre formula "cogito ergo sum") e, attraverso una complessa mediazione che include una dimostrazione dell'esistenza di un dio non ingannatore, giunge alla conclusione che in tutte quelle esperienze che hanno la caratteristica di essere chiare e distinte si realizza effettivamente un accesso alla realtà. Detto altrimenti, la conclusione è che solo la mente che si attiene alla chiarezza e alla distinzione (e per quel tanto che fa così) è aperta sul mondo. Detto ancora altrimenti, della realtà è conoscibile tutto ciò di cui si può avere una rappresentazione chiara e distinta.

All'interno dell'impianto cartesiano, si impone a questo punto la seguente domanda: delle cose che ci interessano o ci preoccupano quando agiamo, delle cose che Aristotele designava con la locuzione *ta ethika* (*Politica*, IV 11, 1295a 36) o *ta anthropina* (*Ethica Nicomachea*, X 10, 1181n 15), cioè le cose umane, ma non nel senso dei fatti biologici relativi all'uomo, bensì di ciò che riguarda il suo agire, *ta pragmata*, ebbene, di questo variegato ambito di cose e dei rapporti tra loro è possibile avere una conoscenza chiara e distinta e dunque una conoscenza tout court? Chi (non senza l'influsso di «alcuni motivi platonici», p. 353) ha risposto affermativamente ha inteso modellare la ragion pratica, cioè la ragione che si esercita in relazione alle cose umane, sul paradigma della ragione *par excellence*, quella che si muove entro il chiaro e il distinto, cioè la ragione logico-teoretica. Molti di coloro che hanno invece risposto negativamente (come ad esempio Hume - p. 231), lo hanno fatto accettando l'assunto secondo cui non vi è conoscenza al di fuori della chiarezza e della distinzione (o di qualunque altro criterio ristretto sia messo nello stesso posto, cioè nel posto del *criterio ponte* per fare sì che il dominio della mente raggiunga il dominio, separato, della realtà) e dunque hanno concluso che l'ambito delle cose umane sia un ambito entro cui non ci si muove sulla base di una conoscenza, ma sulla base di prese di posizione della volontà, eventualmente legittimate agli occhi degli altri attraverso argomentazioni persuasive e poi integrate con calcoli vari delle loro implicazioni e conseguenze più o meno probabili. È a questo punto che emerge ciò che chiamiamo il dualismo tra fatti e valori.

Il dualismo tra fatti e valori è solitamente identificato nella tesi secondo cui solo riguardo ai fatti vi sono verità da accertare e accertabili, mentre riguardo ai valori non avrebbe neppure senso chiedersi quale sia la verità. Tuttavia, *la radice ultima di tale dualismo risiede nell'idea stessa di valore*⁶⁸ e dunque nella tesi secondo cui le cose umane sarebbero un miscuglio di (meri) fatti e di (misteriosi) valori. Ritengo che cominceremo veramente a pensare fuori da quel dualismo, solo quando disporremo di risorse linguistiche e concettuali grazie alle quali non sentiremo più il bisogno di parlare di valori, neppure per dire che non sono separati dai fatti, come ad esempio dice ancora Murdoch e con lei anche Niccolai. Avremo allora il tipo di vocabolario che Murdoch auspicava, strutturalmente simile, ad esempio, a quello degli antichi, dove non si parla dei valori, ma vi sono nomi per indicare (o tentare di discernere) i beni e i mali, ciò che merita o è degno di rispetto e attenzione, ciò che va biasimato, ciò per cui bisogna trovare una riparazione ecc. Sono queste cose dei fatti? Dei valori? O, ancora, sono un «intreccio» di fatti e valori? Neppure questa

⁶⁸ Un'acuta decostruzione genealogica di questa idea, idea inseparabile dal dispositivo concettuale moderno e dai dualismi che lo caratterizzano, è offerta da C. Schmitt, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla Filosofia dei Valori*, tr. it. di G. Guirisatti, Adelphi, Milano 2008 (notevole in questa edizione anche il saggio finale di F. Volpi, *Anatomia dei valori*, che chiarisce il contesto in cui si inserisce l'analisi schmittiana e la pone poi a confronto con quella nietzschiana e con quella heideggeriana).

terza ipotesi è accettabile e non lo è in nessuno dei due sensi in cui può essere intesa.

Nel primo di questi due sensi, l'intreccio in questione, se anche fosse inestricabile, lo sarebbe solo empiricamente o contingentemente, giacché le due nozioni impiegate per determinarlo, cioè la nozione di fatto e la nozione di valore sono qui assunte come nozioni consistenti e per sé distinte: l'idea è che un fatto è un fatto e un valore è un valore, solo che, *nella nostra realtà*, le due cose si intrecciano e non possono essere distinte che con la ragione – ma appunto, questo vuol dire che la ragione sa tenerle distinte e definirle separatamente. Nel secondo dei due sensi in cui può essere intesa la formula impiegata nella terza domanda, invece, si tenta di contestare anche questa separabilità concettuale, per cui quella formula va parafrasata così: quelle cose sono una *sorta* di intreccio tra i *cosiddetti* “fatti” e i *cosiddetti* “valori”. Qui i concetti di fatto e di valore non sono accettati, ma trattati come nozioni spurie impiegabili solo in attesa di elaborare un concetto veramente capace di pensare ciò che quella formula riesce giusto ad indicare. Ma se, in questo secondo senso, la formula è solo un segnaposto per un concetto mancante, allora è chiaro che non è adeguata. Dunque, che cosa sono quelle cose che ho richiamato poc'anzi, se per pensarle non basta il concetto di fatto, né quello di valore, né parlare di un intreccio tra i fatti e i valori? Una risposta, da articolare, ma non sbagliata come le tre considerate, è semplicemente questa: sono le cose umane, tratti delle situazioni a cui abbiamo da rispondere.

Non appena si comincia a ragionare nel modo che ho appena evocato, la domanda stessa sulla conoscibilità delle cose umane perde di senso. Perde di senso, certamente anche perché appare una domanda che presuppone e proietta un unico modello di conoscenza (ad esempio la conoscenza matematica), ma, ancor più profondamente, perché appare una domanda che presuppone quella separazione tra mente e mondo per far fronte alla quale è stato individuato quell'unico modello di conoscenza. Insomma, il modello di conoscenza sulla base di cui ci si chiede se sia conoscibile anche l'ambito delle cose umane è esattamente il modello di conoscenza che è apparso capace di far da ponte tra la mente e il mondo: ci si può veramente liberare dall'incanto di quel modello, solo se ci si libera del problema che esso pretende di saper risolvere.

Come vedremo tra poco, quando ci si libera di quel problema e dell'impostazione che lo impone, *non si può più dare per scontato neppure il fatto che le cose umane siano un ambito separato*. Non solo le cose umane non sono un ambito, come sarebbero i cosiddetti “valori”, separato dalla realtà conoscibile, ma non sono neppure un ambito della realtà conoscibile, unificato da qualche speciale proprietà (ad esempio l'intreccio tra fatti e valori) che lo identifica e distingue (anche se non ne esclude la conoscibilità). Come vedremo, le cose umane non sono una regione della realtà, piuttosto, sono la realtà considerata sotto un certo rispetto, quello animato dalla domanda umana sul bene. (Si tratta a mio parere dell'autentica

idea di Aristotele, ma è stato innanzitutto Heidegger, nei suoi corsi marburghesi degli anni Venti, a delucidarla: la *phronesis*, intesa come la forma eccellente dell'atteggiamento pratico verso il mondo, è appunto una forma di *aletheuein*, cioè di apertura e scoprimento del mondo, ma «ciò che essa scopre è chiamato in causa sin da principio in vista di un possibile agire»⁶⁹).

In attesa di approfondire quanto appena anticipato (e lo faremo tra poco), attestiamoci sulla seguente osservazione che deriva da quanto detto: una volta che ci siamo lasciati alle spalle il dualismo tra mente e mondo, nella maniera che ho appena richiamato, allora l'unica domanda relativa alla conoscibilità delle cose umane che resta in piedi è quella che, ad esempio, si poneva Aristotele: non se siano conoscibili, bensì *come* lo siano, cioè *secondo quali forme* di conoscenza o, per dirlo in maniera ancor più profonda, che tipo di conoscenza caratterizzi quel modo di accostarsi e abitare la realtà che la rivela l'ambito delle cose umane⁷⁰.

A questa domanda, Aristotele offriva anche una risposta (sia attraverso la sua analisi delle virtù intellettuali relative all'agire, *in primis* la *phronesis* e la *technè*, ma anche la *sunesis*, la *kaloumene* ecc.⁷¹, sia attraverso la sua analisi del metodo appropriato alla filosofia delle cose umane⁷², giacché le cose umane sono conosciute sia del soggetto pratico – che quando è virtuoso realizza tale conoscenza al meglio – sia dalla filosofia che riflette sulla vita pratica e le due forme di conoscenza non sono identiche, anche se vi sono dei rapporti importanti di dipendenza della

⁶⁹ M. Heidegger, *Il "Sofista" di Platone*, tr. it. di A. Cariolato et al., Adelphi, Milano 2013, p. 177. Su questi temi, si veda il recente e puntualissimo studio di R.M. Marafioti, *La verità come 'disvelamento'. Aristotele, Heidegger e l'esserci autentico*, «Logoi.ph – Journal of Philosophy», X/25 (2024), pp. 61-86 (<https://logoi.ph/edizioni/numero-x-25-24/theoretical-issues-ricerca-numero-x-25-24/focus-on-specific-issues-of-the-course-focus-su-specifiche-questioni-del-corso/la-verita-come-disvelamento-aristotele-heidegger-e-lesserci-autentico.html>).

⁷⁰ Al modo di intendere le cose umane che sto qui cominciando ad introdurre si potrebbe obiettare, prendendo ispirazione da Aristotele, che è troppo esteso: non è proprio Aristotele che ci ricorda che oltre alle cose umane ci sono ad esempio anche quelle divine, che stanno al di sopra delle prime (*Ethica Nicomachea*, VI 7)? Ma, sulla falsariga di questa osservazione, si potrebbe anche chiedere in che senso sarebbero parte delle cose umane, nella "mia" accezione, i rapporti tra le quantità indagati dalle matematiche, oppure le dinamiche legiformi indagate ad esempio dalla geologia. La risposta è duplice. In primo luogo, si tratta di riconoscere che perlomeno le indagini sulle cose divine o le indagini matematiche o geologiche sono delle attività umane, ma soprattutto si tratta di riconoscere che ad esempio le cose divine diventano parte delle "cose umane" nell'accezione ampia, attraverso la religione, mentre ad esempio le vicende geologiche diventano una preoccupazione umana nel momento in cui viene il dubbio che le attività industriali umane possano avere effetti anche a quel livello ecc.

⁷¹ Come è noto, la trattazione delle virtù intellettuali occupa il libro VI dell'*Etica Nicomachea*: alla *phronesis* sono dedicati soprattutto i capitoli 5, 8 e 9, alla *technè* il capitolo 4, alla *sunesis* e alla *kaloumene*, il senno e la comprensione pratica, il capitolo 11.

⁷² Sul metodo dell'etica aristotelica mi permetto di rinviare ai primi due capitoli del mio: *L'esperienza etica. Per una filosofia delle cose umane*, Orthotes, Napoli-Salerno 2012, che discute anche la letteratura critica principale sul tema. Più recente è poi il volume di L. Rustighi, *La scienza politica in Aristotele. Funzione, oggetto, metodo*, Carocci, Roma 2024.

seconda dalla prima⁷³). Anche la tradizione topica delle *regulae iuris* offre una risposta a questa domanda (una risposta che consente inoltre di articolare quella aristotelica). Ovviamente, è questa risposta quella che ora innanzitutto ci interessa, ma tale risposta diventa pienamente comprensibile solo se si comprende il senso della domanda a cui risponde e dunque si comprende anche perché tale domanda *non sia e non presupponga* la domanda sulla possibilità o meno di conoscere le cose umane. Quest'ultima "domanda", invece, va disfatta e a maggior ragione va disfatta quella sua versione ancora più carica di presupposti che chiede se sia conoscibile quella "componente" delle cose umane che sarebbero i valori.

Vorrei sviluppare ancora un poco questo giro di considerazioni valendomi delle osservazioni e delle analisi dedicate da Nicolai al modo in cui è concepito il rapporto tra mente e mondo all'interno della tradizione dell'*interpretatio* secondo equità: si tratta delle osservazioni e delle analisi sul tipo di realismo che caratterizza tale tradizione.

15. *Resoconti dualistici dei fatti morali*. – Si legga questo passaggio del libro di Nicolai:

Coloro che hanno difeso l'equità, ovvero il legame tra il fatto e il diritto, coloro che hanno ricercato i principi del diritto in una lunga tradizione istituita dal rapporto tra fonti assai risalenti nel tempo, quali il *Corpus iuris*, e il lavoro che ne ha utilizzati e messi in pratica i criteri, hanno dunque portato avanti nel tempo, dopo l'avvento della ragione moderna, un complesso di idee che risalgono invece a una idea premoderna, o classica, che presuppone un rapporto tra la realtà e il soggetto che si interroga su di essa, un rapporto tra "l'oggettivo" e il "soggettivo", che in età moderna, sul presupposto che la realtà contiene solo fatti, e non *comunica coi valori*, è divenuto difficile ammettere (p. 277 corsivo mio).

A noi ora interessa capire come vada determinatamente inteso questo rapporto tra la realtà e il soggetto, che è presupposto dalla tradizione topica delle *regulae*, cioè come vada articolata questa «idea premoderna della realtà, della ragione, con la corrispondente convinzione dell'esistenza di un rapporto tra le parole e le cose, tra il linguaggio e la realtà», su cui gli eredi e i continuatori moderni e contemporanei di quella tradizione hanno fatto leva per «contrastare le conseguenze che il moderno dualismo tra fatti e valori è venuto introducendo nelle credenze maggiori circa ciò che è il diritto» (p. 275). Prima però, soffermiamoci ancora un poco su tale dualismo per introdurre alcune distinzioni importanti.

Come abbiamo visto, la tesi per cui solo i "fatti" sono conoscibili da ciò che unicamente merita il nome di "Ragione" (che sia l'apprensione dei contenuti chiari e distinti o che sia intesa in altri modi), impone il problema di rendere conto delle

⁷³ Come *pars pro toto*, si rammenti che Aristotele sottolinea come chi si impegna nelle ricerche etiche deve avere una ricca esperienza e conoscenza pratica della vita: *Ethica Nicomachea*, I 1, 1095a 1-4.

cose di cui, in generale, ci preoccupiamo nella vita pratica. Tali cose, per come appaiono a chi si pone quel problema, cioè come una porzione più o meno *distinta* della realtà (perlomeno della realtà quale se la rappresenta il punto di vista comune e ordinario), possiamo designarle: “fenomeni morali” o “fatti morali”⁷⁴. La tesi appena evocata dunque impone il problema di render conto dei fatti morali.

Se dovessimo collocare su un segmento le diverse strategie secondo cui si è tentato di realizzare tale resoconto, dovremmo senz'altro mettere sul primo estremo la posizione (A) che tenta di mostrare che quella stessa Ragione sa conoscere anche i fatti morali (senza ridurli ad altro). Lasciando da parte tale posizione (già evocata nel paragrafo precedente) e volgendoci invece all'estremo opposto, naturalmente, troviamo la posizione (B) per cui i cosiddetti fatti morali non sono per nulla dei fatti rispetto a cui si possano stabilire delle verità: sono piuttosto decisioni, prese di posizione, prescrizioni (per cui, considerare un'azione o una condotta o un carattere ecc. equivarrà a guardare a un fatto e a commisurarlo a quelle prescrizioni oppure a prendere posizione su di esso, attraverso una valutazione compiuta dalla volontà). Per questa posizione, che chiameremo “volontarista”, i fatti *morali* sono identificati dal ruolo che in essi svolge il “dover essere” e tale dover essere è posto dalla volontà. Detto altrimenti: i fatti morali sono essenzialmente dei valori e i valori sono dei voluti⁷⁵. Le conseguenze, non solo sul modo in cui sono concepite le norme morali (cfr. p. 285), ma anche sul modo in cui è inteso il diritto, sono così profonde da costituire un cambio di paradigma rispetto all'intendimento coltivato nella tradizione topica delle *regulae*: «Se il dover essere è separato dall'essere allora il diritto, il dover essere, è solo l'espressione di scelte volte a *determinare* dall'esterno la condotta umana» (p. 292); si tratta del «passaggio [...] verso l'attribuzione al diritto del ruolo di *governare* la realtà sociale e *indirizzarla*, anziché di descrivere la “natura delle cose”» (p. 224, corsivi miei), «*dirigere*, anziché comprendere, la realtà» (p. 355). Il diritto insomma appare come una realtà

⁷⁴ Nelle pagine precedenti e ancora per alcune delle prossime, uso la parola “fatto” nell'accezione dualisticamente compromessa che designa solo una porzione dei fenomeni d'esperienza: innanzitutto, sono i fenomeni la cui conoscenza supera il dubbio iperbolico, dunque, sono i fenomeni autenticamente conoscibili (questa porzione di fenomeni sarà poi determinata in modo diverso a seconda di come è intesa la conoscenza autentica). Questa accezione, che sto criticando in queste pagine, è quella che poi va a fare il paio con la nozione di “valore”. C'è però anche una seconda accezione della parola “fatto” che, grosso modo, serve a indicare qualunque fenomeno. Ciò che sto dicendo ora nel testo è che, una volta isolata la classe dei fatti nel primo senso, cioè dei fenomeni la cui conoscenza dei quali passa il test del dubbio iperbolico, resta da render conto di quei fenomeni che ci preoccupano sotto altri rispetti, ad esempio dei fenomeni morali o “fatti morali”, quelli che ci interessano e preoccupano in quanto soggetti pratici. Resta che questo problema è compromesso dal dubbio iperbolico. Lasciarselo alle spalle significherebbe ragionare semplicemente sui fatti/fenomeni d'esperienza (cioè, sui fatti in un'accezione ampia) e, nello specifico, su che cosa significa preoccuparsene moralmente-praticamente.

⁷⁵ Questa è la decostruzione del concetto stesso di valore a cui Heidegger arriva nei suoi corsi su Nietzsche: cfr. in particolare, M. Heidegger, *Il nichilismo europeo* (1940), in Id., *Nietzsche*, trad. it. di F. Volpi, Adelphi, Milano 1994, pp. 563-743.

artificiale (cfr. p. 165) che serve a *regolare* le condotte *dall'esterno* (cfr. pp. 30 e 294), cioè in nome di esigenze socio-politiche (ad esempio, quella di garantire la convivenza pacifica dei cittadini).

Oltre a queste due posizioni estreme, A e B, esistono comunque perlomeno altre due strategie, C e D, per render conto dei fatti morali, senza però mettere in questione l'assunto dualistico relativo alla "Ragione", che meritano di essere esaminate.

La strategia C è caratterizzata dall'introdurre una sorta di seconda facoltà conoscitiva specificamente calibrata su quel secondo strato della realtà in cui consisterebbe il mondo dei valori. I fatti morali sarebbero fatti speciali e dunque conoscibili con una sorta di ragione speciale da affiancare o giustapporre alla Ragione vera e propria. A svolgere il ruolo di quest'altra speciale facoltà conoscitiva, può essere chiamata l'intuizione oppure la ragione della fede o quella del cuore o *l'esprit de finesse* o la percezione sentimentale o il senso comune, ma, in un'altra variante di questa posizione, si può anche sostenere che dei valori abbiamo idee innate e dunque che è grazie a questa forma di sapere a priori che li conosciamo⁷⁶. Rispetto a questa strategia, Niccolai si sofferma soprattutto sulle sottovarianti dell'innatismo e del senso comune (ma *non* inteso come lo intende Vico; cfr. pp. 147, 198-199, 234). Quale che sia il modo in cui è determinata l'altra forma di conoscenza parallela alla Ragione, la strategia C salvaguarda formalmente la conoscibilità dei fatti morali e l'esistenza di verità morali, ma lo fa al prezzo di dover inventare un'epistemologia a sé attraverso cui articolare quella conoscibilità e spiegare come lo stabilire una verità morale non si riduca di fatto a una decisione, spacciata (anche se in buona fede) per un'attestazione intuitiva.

Naturalmente, la critica appena evocata non varrebbe se l'altra forma di conoscenza, poniamo il cuore, non fosse intesa come una semplice alternativa alla Ragione e dunque il tutto non si riducesse a dire che ad oggetti di natura diversa si accede con facoltà diverse. Immaginiamo, ad esempio, che il cuore sia inteso come il nome dell'intenzionalità trascendentale della mente, cioè dell'apertura esperienziale integrale, mentre la Ragione sia intesa come un'irreggimentazione metodologica o una restrizione metodologica di quello sguardo integrale, volta a concentrare l'attenzione su un aspetto particolare della realtà (ad esempio: le relazioni matematizzabili tra i fenomeni). In questo secondo scenario, la mente umana, proprio in quanto caratterizzata dal cuore, è aperta conoscitivamente sul mondo in tutta la sua ricchezza, ma inoltre ha istituito una pratica, la scienza naturale, in cui questa apertura è organizzata secondo una metodologia precisa e i concetti ammessi per render conto dei dati (e che dunque lasciano apparire solo un

⁷⁶ Si noti che, formalmente, rappresenta solo una variante di questa posizione anche la tesi secondo cui i fatti morali sono essenzialmente prescrizioni imposte da un qualche legislatore (ad esempio Dio) e la loro conoscibilità consiste nella capacità di comprendere la loro promulgazione. Niccolai considera questa tesi nel paragrafo dedicato alla trasformazione che Francisco Suárez ha impresso all'intendimento di origine tomista della legge: cfr. in particolare pp. 117-121.

certo tipo di dati) sono quelli selezionati all'interno dell'elaborazione di un certo modello teorico (come ad esempio la fisica di Cartesio o quella di Newton). Questo tipo di scenario, che è ad esempio lo scenario sviluppato da Husserl (usando tutt'altro vocabolario), è compatibile con la tradizione topica delle *regulae iuris* e anzi le offre un inquadramento generale. All'interno di tale inquadramento quella tradizione si colloca come luogo capace di render conto, con finezza e profondità, del modo in cui si dispiega l'esperienza *pratica* del mondo e in particolare la *deliberazione* in cui ci si chiede come sarebbe meglio che si rispondesse alla situazione in cui ci si trova. Non è che tra i fatti del mondo ce ne sia una sottoclasse (i "fatti morali") cui si accede con occhi speciali, ad esempio gli occhi del cuore. Piuttosto, vi è quel modo di declinare l'unica apertura esperienziale al mondo, caratterizzato dal fatto che in tale modo ci si chiede come si dovrebbe rispondere alla situazione in cui ci si trova. Quando ci si fa questa domanda, è piuttosto ovvio che non si ragiona e non si guarda al mondo allo stesso modo in cui lo si fa quando si partecipa alla pratica di una scienza naturale. La tradizione topica non si limita certo a ricordare questa ovvietà, bensì offre una rappresentazione raffinata del modo in cui effettivamente si ragiona e si guarda al mondo quando ci si fa quella domanda pratica.

Quanto alla strategia D, è quella che afferma che i fatti morali sono conoscibili come tutti gli altri fatti perché *sono riducibili* a questi. Questa strategia la ritroviamo in un certo modo di sviluppare l'idea per cui i fatti morali sarebbero fatti relativi ai costumi: si tratta dello sviluppo in cui i costumi sono intesi come forme abitudinarie di condotta e disposizioni acquisite attraverso l'imitazione o processi di addestramento simili. In questa prospettiva, i fatti morali non sarebbero comportamenti regolati, bensì comportamenti che, attraverso processi di carattere non normativo, sono giunti ad acquisire una regolarità. Tali abitudini regolari possono anche riguardare il modo in cui sono attribuiti lode e biasimo o merito e demerito. Così intesi, i fatti morali sono indagabili, ad esempio, da parte di una sociologia costruita prendendo a modello l'etologia, insomma da parte di un sapere che registra come, nei vari gruppi umani, certi comportamenti (e certi sentimenti e certe disposizioni caratteriali ecc.) vengono apprezzati o non apprezzati in quel modo per cui gli si attacca sopra l'etichetta di "lodevole", "degnò", "giusto" o "biasimevole", "turpe", "ingiusto" ecc.

Questa strategia D, che Niccolai evoca soprattutto attraverso il nome di Hume (cfr. pp. 229-231, 273-274), salvaguarda la conoscibilità dei fatti morali, ma al prezzo di svuotarne il significato pratico-morale. Tale significato è quello su cui ciascuno di noi si interroga quando si chiede come dovrebbe agire o come sarebbe meglio che agisse: apprendere che gli uomini (o gli uomini del proprio gruppo sociale) per lo più si comportano così e così o valutano così e così un comportamento di questo tipo o di quello, che importanza può avere per chi si pone la domanda pratica? Può acquisirne solo se si introduce, come ad esempio fanno i vari tradizionalismi oppure

il cinismo realista, una qualche “premessa ponte” che consigli a chi si interroga su come agire, di attenersi alle abitudini dominanti o ai costumi tramandati, ad esempio perché il filtro tradizionale è una fonte affidabile per discernere il bene oppure perché “conviene” fare così per salvaguardare l’ordine sociale o per potersi dedicare il più possibile ai propri godimenti privati o, ancora, perché la domanda di un singolo su come sarebbe meglio agire non ha alcuna consistenza autonoma (al di fuori delle immagini ingenuie di quel singolo), per cui non ha che da maturare fino a ridursi alla domanda su come la propria società valuterrebbe che sia meglio agire.

Siffatte integrazioni della tesi per cui i fatti morali sono costumi (nel senso, non aristotelico, di mere abitudini), che la rendono una tesi capace di dare una qualche risposta alla domanda pratica, sono assimilabili a una posizione su cui Nicolai torna più volte per mostrare quanto sia in realtà lontana dalla risposta che a quella stessa domanda è offerta dall’*interpretatio* secondo equità. Mi riferisco alla posizione secondo cui il diritto ha sì una realtà, come vuole anche la tradizione topica delle *regulae*, ma tale realtà è quella di un *fatto sociale* che cambia nel tempo a causa di dinamiche e tipi di cause in relazione alle quali non ha peso la ricerca dell’equità da parte delle persone. Tale posizione può poi essere sviluppata in due modi che conviene distinguere.

Per il primo, che chiamerò per comodità “determinismo sociale”, quelle dinamiche spiegano come nelle varie società ed epoche si configuri la ricerca umana dell’equità, la quale ricerca è dunque solo una sorta di epifenomeno, qualcosa che va spiegato, ma che non ha potere causale e dunque capacità di spiegare alcunché sul piano storico. Secondo questa prospettiva, sono cause di ordine sociale (come, ad esempio, quelle invocate dal materialismo storico) le cause adatte a spiegare il formarsi e il trasformarsi delle costellazioni giuridiche entro cui le persone *di fatto* cercano di rispondere equamente alle situazioni in cui si trovano⁷⁷.

Per il secondo sviluppo, che chiamerò “realismo sociale”, quelle dinamiche spiegano come, col cambiare dei tempi, nuove *esigenze* vengano ad imporsi a chi delibera, sia esso il legislatore (o l’assemblea legislativa) o il giudice o ancora il soggetto pratico in generale, e gli *chiedano* di *adattarsi* per non essere in ritardo sulle trasformazioni sociali.

Si noti che nel primo caso la deliberazione e la ricerca dell’equità sono salvaguardate nel loro aspetto esperienziale, sebbene siano private di ogni efficacia storica. Detto altrimenti, nel primo caso, l’esperienza della deliberazione è

⁷⁷ Detto altrimenti, l’idea è che il modo in cui gli esseri umani di una data società cercano l’equità spiegherebbe qualcosa del modo in cui agiscono, ma il modo in cui cercano l’equità dipenderebbe per l’essenziale dalle costellazioni giuridiche date, le quali, a loro volta, sarebbero spiegate da cause in cui la ricerca umana dell’equità non ha peso.

salvaguardata, sebbene sia posta come una realtà della cui concreta configurazione cercare le cause *altrove*. Nel secondo caso, invece, lo stesso aspetto esperienziale della deliberazione pratico-giuridica risulta deformato, infatti, qui si sostiene che le circostanze storico-sociali cui ci si dovrebbe adattare entrino nella deliberazione come una cornice di premesse a partire da cui si debba ragionare. L'idea non è che la deliberazione, nella misura in cui deve tener conto di tutto ciò che caratterizza in modo moralmente rilevante la situazione, allora debba tener conto, *nel modo che sembrerà giusto*, anche dei fatti portati da quei cambiamenti storici: tutt'al contrario, l'idea è che il senso di questi fatti, fissato fuori della pratica giuridica (dalla dinamica socio-politica? Dalla dinamica politico-ideologica?), debba essere in questa pratica *assunto come una premessa vincolante*. Insomma, la deliberazione giuridica sarebbe inscritta in una cornice di premesse ed esigenze fissate all'esterno e che perciò tale pratica riceverebbe come esigenze imposte da fuori.

Il modo appena evocato di rendere conto della deliberazione è completamente diverso da quello sotteso alla tradizione topica delle *regulae iuris* e, proprio alla luce di quest'ultimo, appare in tutta la sua inadeguatezza e mancanza di fedeltà all'esperienza. Non possiamo però ancora introdurre nel dettaglio il resoconto su cui si fonda la tradizione topica: lo faremo più avanti (cfr. *infra* sez. II.iv) e solo allora potremo tornare sulla questione che è appena emersa e che possiamo chiamare la *questione della storia* (cfr. *infra* §§ 28-30). In quel momento, cercheremo insomma di capire che ruolo venga assegnato ai cambiamenti storici nella prospettiva della tradizione topica delle *regulae*, ossia, e ancor più profondamente, cercheremo di capire come spiegare il modo in cui le trasformazioni storico-sociali entrano nella deliberazione pratica – posto che non operano solo alle sue spalle (come vorrebbe il determinismo sociale), né vi entrano come contenuto di premesse più o meno vincolanti (come vorrebbe il realismo sociale).

16. *Il carattere vischioso dei dualismi moderni*. – Nel paragrafo precedente, ho descritto quattro posizioni, A, B, C e D che tentano, ciascuna a suo modo, di render conto dei fatti morali, dopo avere assunto, tutte quante, che vi sono dei fatti che, almeno in prima battuta, sembrano molto diversi dai fatti morali e che però sono ciò che noi conosciamo autenticamente (cioè, conosciamo con la Ragione), se addirittura non sono l'unica cosa che conosciamo tout court.

La tradizione topica delle *regulae iuris* non costituisce un quinto tentativo di produrre tale resoconto, accettando quell'assunto. Piuttosto, questa tradizione, *nella sua fase premoderna*, è estranea a quel presupposto, mentre, *nella sua fase moderna*, lo contesta e rifiuta criticamente. Ma la contestazione più radicale, cioè l'unica che non resta a mezza via, è quella che giunge a rifiutare la stessa partizione originaria tra fatti morali e fatti non morali (cioè, è quella che rifiuta tale partizione come partizione originaria). Come abbiamo detto, tale partizione deriva dal

dualismo gnoseologico perché deriva dalla partizione tra i fatti autenticamente conoscibili e gli altri. La storia in questione, insomma, non è una storia che comincia con una classe di fatti di cui colpisce la differenza e la forma di conoscenza dei quali viene considerata l'unica o la principale forma di conoscenza; piuttosto è una storia che comincia con una forma di conoscenza che viene considerata l'unica veramente legittima (l'unica che vince il dubbio iperbolico) e che porta a isolare quella porzione o quell'aspetto della cosiddetta realtà che è ad essa correlato. È così che sorge la classe dei "fatti" e dunque poi sorge il problema se le cose umane di cui tutti ci occupiamo ordinariamente siano anch'esse "fatti" (in questa nuova accezione ristretta) o siano "fatti speciali" (conosciuti da una seconda e speciale forma di Ragione) o siano qualcos'altro, ad esempio valori o miscugli tra fatti e valori.

Nella sua ricostruzione della tradizione topica, Niccolai dedica grande attenzione alla critica di questo assunto e nel farlo, da un lato riprende e sviluppa il lavoro che in tal senso aveva avviato Giuliani, dall'altro lato, si rifà e trova ulteriore ispirazione nella ricerca etica di Iris Murdoch. Tutti e tre, però, non sempre giungono a formulazioni felici del punto e talvolta sembrano restare invischiati nel vocabolario di cui pure stanno cercando di far apparire l'inadeguatezza.

Si noti che Giuliani e Niccolai possono incorrere ed incorrono in questa difficoltà in quanto eredi *moderni* della tradizione topica, in quanto, cioè, si trovano a difenderla in un tempo in cui i dualismi in questione sono penetrati così a fondo nella mentalità e nel vocabolario da rendere faticoso, per loro come per noi, riaprire la via alla prospettiva più antica. Tale prospettiva più antica, invece, è interamente in salvo da quelle difficoltà. Dunque, la sfida che sta di fronte a Giuliani e a Niccolai, e a noi con loro, può essere descritta in due modi:

- come tentativo di pensare le *regulae iuris* e in generale la deliberazione pratica e l'idea di realtà ad essa correlata, al di fuori dei dualismi;
- come tentativo di ricostruire la tradizione topica delle *regulae iuris* e l'idea di realtà ad essa sottesa, in opposizione, non solo, in generale, alle altre prospettive sul diritto e la morale (ad esempio la prospettiva giuspositivista o quella giusnaturalista) o, più specificatamente, alle altre prospettive sulle *regulae iuris* (ad esempio quella propria alle teorie dell'argomentazione), ma persino in opposizione agli autofraintendimenti in cui possono cadere gli stessi eredi di tale tradizione.

Tra queste due descrizioni, la seconda sembra più ristretta e, anche se non presenta la sfida in questione come se avesse solo una valenza esegetica, comunque sembra presentarla come degna di preoccupare soltanto chi abbia già deciso, per qualche sua ragione, di iscriversi nella tradizione topica delle *regulae iuris*. In realtà, però, la seconda formulazione è più profonda della prima e abbiamo già spiegato il motivo (cfr. § 12): perché ci ricorda che non si tratta di giungere all'elaborazione di un bel resoconto, astrattamente sofisticato ma sganciato da una tradizione vivente che lo incarni. Si tratta invece di ricostruire e articolare la *verità*

custodita in quella tradizione, restituendola all'altezza della modernità e contro le formulazioni dualistiche a cui questa induce.

17. *La realtà del mondo pratico-umano.* – Tra le formulazioni che ho definito infelici o non del tutto riuscite dell'idea, non dualisticamente compromessa, di realtà, che è sottesa alla tradizione dell'*interpretatio* secondo equità e che è l'idea di cui abbiamo bisogno per rendere adeguatamente conto della deliberazione pratica umana, c'è ad esempio la seguente, presa in prestito da Michel Villey, secondo cui la natura non dualisticamente intesa è quella «dalla quale si possono discernere sia i fatti che i valori» (p. 132) o quelle che insistono sulla «connessione tra il fatto e il valore» (p. 364) o sulla «connessione tra essere e dover essere» (p. 305) o sul fatto che i fatti «comunicano con valori» (pp. 108, 272) o «incorporano valori» (p. 286). Ma vi sono anche le formule che evocano una realtà che «partecipa continuamente del mondo dei valori» (p. 262) o che è «percorsa da valori» (p. 255) o «non è separata [...] dal mondo dei valori» (p. 234). Aggiungerei poi le formule che riprendono la locuzione di Giuliani: «assegnazione di valore a una situazione» (pp. 280 e 333), ma anche quelle che traggono ispirazione dall'idea espressa da Murdoch secondo cui «il mondo con il quale ci confrontiamo non è solo un mondo di "fatti", ma anche un mondo sul quale la nostra immaginazione ha già lavorato», «il mondo che vediamo contiene già i nostri valori e potremmo non essere consapevoli del lento e delicato processo dell'immaginazione e del desiderio che ha portato all'esistenza di tali valori», «l'attività costruttiva dell'immaginazione e dell'attenzione "introduce" il valore nel mondo con il quale ci confrontiamo. Abbiamo già in parte creato il nostro mondo quando arriviamo a osservarlo e dobbiamo assumerci la responsabilità morale per questo mondo "costruito", per quanto possa essere difficile controllare il processo di costruzione»⁷⁸. Niccolai non solo fa sue queste formule attraverso il modo in cui le cita (cfr. p. 365), ma riprende anche altrove l'immagine della realtà pratica come una realtà alla «costituzione» della quale ha partecipato la mente umana (cfr. p. 333, 379).

Come ho anticipato nel § 14, credo che formule come queste debbano essere intese come dei segnaposto per un'elaborazione efficace che ancora manca. Murdoch, ad esempio, nella prima e nella terza citazione appena riportate, invita a questa interpretazione mettendo tra virgolette, in un caso, la parola "facts", per suggerire che sta impiegando il concetto dualistico, senza accettarlo, nell'altro caso, la parola «introduces», come a voler ricordare che è un'immagine e che come ogni immagine, per quanto possa essere efficace, comunque è sempre anche zoppicante. E d'altronde, come sottolineava spesso Hegel, quando si vuole esprimere un concetto speculativo, è inevitabile che non si possa trovare soddisfazione in nessuna formula: ma non perché tale concetto sia ineffabile, bensì perché qualunque formula, proprio perché fissa, non riesce a contenere quel movimento del pensiero

⁷⁸ Le tre citazioni sono tratte da Murdoch, *Esistenzialisti e mistici*, op. cit., pp. 210-212.

che solo può articolare un concetto speculativo⁷⁹. Per questa ragione, non intendo criticare le formule appena citate per sostituirle con altre, ma per ricondurle a quel movimento concettuale che tenta di portarsi oltre l'opposizione tra mente e mondo e dunque, poi, tra fatti e valori.

Propongo di far partire tale movimento dalla seguente citazione:

Da quando questi dualismi si sono annunciati, la difesa della tradizione delle regole ha assunto i toni di una consapevole differenziazione rispetto ad essi; con le regole, è stata difesa l'idea che il diritto scaturisce dal rapporto tra l'uomo e la realtà, è frutto di un costante coinvolgimento tra l'oggettivo e il soggettivo, l'esteriore e l'interiore, e perciò il diritto è fatto umano (p. 31)

Per render conto di questo *fatto umano* che è il diritto, non conviene prendere le mosse dall'immagine del rapporto tra l'uomo e la realtà, neppure per aggiungere subito appresso che tale rapporto non è una separazione, ma un coinvolgimento: ci si trova infatti giocoforza a sostenere che tale rapporto non è una mera registrazione di "fatti", ma include anche un'assegnazione a tali fatti di "valori", assegnazione che è resa possibile dalle «capacità assiologiche della mente umana» (p. 165, cfr. pp. 29, 381), le quali, si dovrà tosto aggiungere, non vanno intese sulla falsariga della volontà quale è concepita dall'antropologia filosofica moderna ecc.. Che cosa rende così irresistibile entrare in questa spirale infernale in cui ogni cosa che si aggiunge per tappare la falla aperta dalla precedente, ne apre a sua volta un'altra? Credo sia un ragionamento come il seguente: "per quanto si voglia dire che i valori o il dover essere sono incorporati nell'essere, sarebbe ben strano sostenere che tali valori e tale dover essere ci sarebbero anche se non ci fossero uomini, ma se d'altronde si ritiene che verrebbero meno con il venir meno degli uomini, allora non si può sostenere che siano parte dell'essere come lo sono altre cose"; e ragionando così, si finisce per pensare che i valori siano sì parte della realtà, ma perché introdotti dall'uomo ecc. ecc. Per uscire da questa trappola, si provi a cambiare prospettiva: se il diritto è un fatto umano, allora è parte della realtà umana ed è una delle cose umane; partendo dall'idea delle cose umane, non ci si troverà mai catturati dal problema di capire quale sia la realtà *in sé* di tali cose, se con ciò si vuole chiedere quale sia la loro realtà *a prescindere dagli esseri umani*: perché mai questa dovrebbe essere una domanda rilevante? Non sembra neppure sensata! Che le cose umane siano una realtà inseparabile dagli esseri umani non le rende una loro "costruzione", in quel senso del termine che sembra acquisire plausibilità quando si immagina la realtà non umana e poi vi si aggiunge quel che sarebbe portato o introdotto o forgiato (cfr. p. 293) dagli uomini.

Torniamo alla realtà del diritto: invece di tentare di pensarla come risultato di un certo incontro tra l'uomo e la realtà non umana, si tenti semplicemente di

⁷⁹ Quello appena accennato è uno dei temi approfonditi, con ampio esame dei testi hegeliani, da G. Rametta, *Il problema dell'esposizione speculativa nel pensiero di Hegel*, Inschibboleth, Roma 2020.

descriverla per quello che è. La ricostruzione sviluppata da Nicolai della tradizione topica delle *regulae iuris* offre ben più che alcuni elementi per rispondere. Come vedremo, l'idea guida è che l'esperienza giuridica sia una certa declinazione della ricerca riflessiva compiuta da qualunque essere umano riguardo a come sarebbe meglio che rispondesse alla situazione in cui volta a volta si trova: l'idea guida, insomma, è che l'esperienza giuridica sia una certa declinazione della deliberazione pratico-morale. In tale deliberazione, siamo confrontati a situazioni che consistono innanzitutto nei rapporti entro cui ci troviamo. Per analizzare la struttura della deliberazione, tendiamo a rappresentarla come un nostro esser *di fronte* a una cosa chiamata "situazione", ma ciò che accade nella deliberazione potrebbe invece esser descritto come un interrogarci su come abitare la situazione in cui ci troviamo e come rispondere alle varie pretese normative che in essa ci raggiungono, ci interpellano e ci «domanda[no] di agire» (p. 120). Nicolai parla in proposito delle «implicazioni deontologiche» (p. 31) che hanno le varie qualità della situazione in cui ci si trova: sono le obbligazioni, generali e particolari, connesse ai vari tratti moralmente rilevanti della situazione, che abbiamo incontrato nella prima sezione di questo scritto (cfr. § 7).

Piuttosto che ragionare sul rapporto tra l'uomo e la realtà, ci siamo rivolti alle cose umane, al mondo umano. In una delle sue formule più felici, Nicolai scrive: «la realtà [...] è il mondo che gli uomini hanno in comune» (p. 267). In tale mondo, troviamo esseri umani coinvolti in rapporti qualificati, tra loro e anche con altre cose (ad esempio, con il mondo ambiente, con le risorse naturali). Precisare che tale mondo "incorpora" anche "valori" e "dover essere" suona, da un lato, come un'ovvietà, ma dall'altro, come un'affermazione astratta e astrusa: qual è esattamente l'errore che si intende correggere quando si fa quella precisazione? Forse si vuol dire che il mondo che incontriamo in quegli scambi e in quelle interazioni non è una mera somma di «fatti inerti» (p. 113) che staremmo solo "registrando"? Se è questo l'errore che si vuol correggere, può risultare fuorviante dire che l'intelletto umano non è limitato a questa registrazione, eventualmente aggiungendo che ha anche delle capacità assiologiche grazie a cui può cogliere pure le implicazioni deontologiche o i valori intrecciati a quei fatti. Nella comprensione pratica dei fatti non accadono due cose, più o meno intrecciate, cioè la registrazione dello strato inerte e l'assegnazione dello strato assiologico, bensì una sola. E questa cosa è appunto la comprensione o il tentativo di comprensione (cioè, l'interpretazione) pratica della situazione. Si tratta della messa a fuoco di tale situazione, che impiega tutte le risorse del nostro linguaggio e non solo il set limitato di concetti e di metodi cui ci si impegna a limitarsi quando si fa quella particolare cosa che è partecipare a una pratica scientifica⁸⁰. Il tentativo di mettere a fuoco il

⁸⁰ Per lo stesso motivo, è fuorviante dire che «il dover essere [...] lo si può capire osservando l'essere» (p. 27): questa formula infatti presta il fianco alla interpretazione secondo cui la comprensione dei fatti guida la *successiva* determinazione dei loro risvolti deontologici. In realtà, la

senso di un fatto ha già in sé la messa a fuoco delle sue “implicazioni deontologiche” – ma ce l’ha in sé, non come una componente materialmente separabile, né come una componente solo formalmente separabile (cioè distinguibile solo razionalmente), ce l’ha in sé solo come una componente apparente; detto altrimenti, la nozione che designa il coglimento delle sole implicazioni deontologiche è una cattiva nozione che usiamo perché siamo invischiati nel dualismo e che usiamo con tutte queste precisazioni e aggiunte, “non è separata”, “è intrecciata” ecc., perché stiamo cercando in tutti i modi di sottrarci a quel dualismo. Piuttosto che la strategia delle precisazioni e delle aggiunte, io qui sto esplorando quella della riformulazione radicale del punto. Ad esempio, invece di dire che il mondo che incontriamo nelle interazioni con gli altri non è una mera somma di fatti pronti per essere registrati, non sarebbe più facile dire che ciò che facciamo in quelle interazioni non è solo un registrare fatti applicando un certo set delimitato di concetti e metodi? Chiunque sentirebbe immediatamente che è ovviamente così.

Lasciamo ancora una volta da parte il linguaggio dei “valori” e del “dover essere” e torniamo alle situazioni e ai contesti in cui si dispiega la vita umana: sono le situazioni in cui gli esseri umani agiscono e interagiscono. Sono situazioni qualificate in vari modi e le loro qualità sono ciò che chiede di essere preso in considerazione al momento di determinare come agire: portano obbligazioni e impegni di vario genere. La messa a fuoco delle qualità della situazione, cioè il tentativo di comprendere la situazione in cui ci troviamo, è già una messa a fuoco del modo in cui ci impegna. Ebbene, render conto di tutto questo descrivendolo come un trovarsi davanti un complesso di “fatti” unito a un complesso di prescrizioni volute da altri, cui possiamo attenerci o che possiamo modificare introducendo nuove volizioni, equivarrebbe a produrre un resoconto infedele all’esperienza della deliberazione pratica: quella non sarebbe una buona rappresentazione della realtà umana e del modo in cui ciascuno di noi la abita.

Non proiettiamo qualità assiologiche su situazioni “di per sé” inerti, piuttosto ci interroghiamo sulle qualità assiologiche delle situazioni in cui siamo coinvolti, per rispondervi equamente e con ciò farle proseguire equamente. Si noti fin d’ora come questo implichi che le qualità assiologiche di una situazione non sono solo qualcosa che recepiamo mettendole a fuoco e interpretandole (cioè, cercando di comprenderle), ma anche qualcosa che con il nostro agire contribuiamo a sviluppare. Se è vero che *non* “introduciamo” i valori nel mondo non umano per farlo diventare mondo umano – questa è infatti solo una immagine fuorviante per dire che nel mondo umano, a differenza che nel mondo non umano, ci sono anche i valori, il che è a sua volta un modo astruso per dire che il mondo umano è il mondo umano –, è altrettanto vero che, agendo, introduciamo, almeno

comprensione dei fatti, che, in quanto tale, è già comprensione della loro qualità, guida solo una cosa, cioè l’azione, come Niccolai sa bene e ricorda citando Murdoch (cfr. p. 276).

potenzialmente, delle modifiche nell'articolazione qualitativa delle situazioni che attraversiamo (torneremo tra poco su questo punto - § 19).

Lasciarsi alle spalle il dualismo tra fatti e valori non consiste nel passaggio da questa prima rappresentazione:

di fronte al soggetto umano sta un mondo di qualità primarie su cui il soggetto proietta delle qualità secondarie grazie a qualche sua facoltà (come, ad esempio, la volontà)

a questa seconda rappresentazione:

di fronte al soggetto umano sta un mondo riccamente caratterizzato da qualità primarie e da qualità secondarie, che il soggetto ha da esplorare.

Per lasciarsi alle spalle quel dualismo, occorre invece rivolgere lo sguardo alla realtà umana, dove i soggetti interagiscono all'interno di rapporti qualificati, tentando di far fronte equamente alle differenti richieste e obbligazioni da cui nelle varie situazioni sono investiti. Insomma, la realtà dell'esperienza pratica, che stiamo cercando di definire, *non è tanto la realtà che si offre in tale esperienza*, ma la realtà *a cui appartiene tale esperienza*, cioè la realtà del mondo umano.

Non c'è possibilità di essere in dubbio sul fatto che, praticando il mondo umano, ciascuno di noi si trovi ad avere a che fare con "valori", "impegni", "obbligazioni": il problema è semmai come vi abbiamo a che fare. Come vedremo tra poco, la tradizione topica delle *regulae iuris*, attraverso il suo sguardo profondo e comprensivo, risponde che non vi abbiamo mai solo a che fare come fossero semplici prescrizioni imposte, a cui reagiamo con una volontà più o meno obbediente o più o meno creativa, piuttosto, vi abbiamo a che fare all'interno di una ricerca, più o meno ben condotta, dell'equità, cioè all'interno di una ricerca della risposta equa alla situazione di volta in volta presente.

18. *Ex facto oritur ius*. - È difficile smettere di essere invischiati nel *dualismo tra fatti e valori* perché per uscirne occorrerebbe giungere a liberarsi dell'*idea stessa di valore* (cfr. anche p. 230), giacché si tratta solo di una nozione residuale, che innanzitutto designa quell'ambito che non è conoscibile o non è immediatamente conoscibile, come si suppone che lo siano invece i "fatti" (cfr. *supra* § 14). Ma ecco allora che ci si può liberare della nozione di valore solo liberandosi anche della *nozione (dualisticamente compromessa) di fatto* (cfr. *supra* § 16), cioè della nozione che innanzitutto designa l'ambito degli oggetti la pretesa di conoscenza dei quali vince la *domanda scettica* (cioè, il dubbio iperbolico). La radice ultima del dualismo è dunque la messa a distanza del mondo o il proprio estraniarsi dal mondo, che sono impliciti nella stessa formulazione del dubbio scettico: dissolvere questa distanza significa tornare a riconoscersi coinvolti nel mondo⁸¹. Insomma, l'idea di

⁸¹ Questa messa a distanza del mondo non è solo un presupposto epistemologico che deforma ogni resoconto delle nostre pratiche (non solo la pratica della deliberazione morale o giuridica, ma

realtà, libera dalla dicotomia tra fatti e valori, non è l'idea di una realtà a cui l'uomo ha da rispondere praticamente e che dunque gli si rivela come un *ob-iectum* tutto intessuto di qualità assiologiche, bensì è l'idea di una realtà, il modo umano, che è fatta di rapporti qualificati entro cui gli esseri umani *si rispondono gli uni agli altri* e rispondono anche a esseri determinati (come ambienti, animali, risorse ecc.). In questo intreccio di risposte, gli esseri umani perseguono i loro fini, ma per farlo e dunque anche per individuare ciò che li può condurre a tali fini (cioè, per selezionare i mezzi e le vie), non possono che tener conto dei tratti delle situazioni in cui si trovano. "Equità" è il nome della qualità che appartiene al modo appropriato di tener conto di quei tratti, cioè delle richieste che avanzano e degli impegni che richiamano. (Si noti fin d'ora che tali richieste possono essere avanzate e tali impegni richiamati, in maniera implicita: non è detto, cioè, che ci sia qualcun altro che li formula. Tuttavia, nel momento in cui i tratti e le qualità della situazione sono messi a fuoco, ad esempio, nel momento in cui una certa relazione è compresa come un'amicizia, un possibile comportamento come una frode, un bene che ci attrae come di proprietà di un altro, ecco che vengono esplicitate le obbligazioni connesse - cioè, le obbligazioni che poi si tratta di comporre in qualche modo, auspicabilmente equo).

Nella tradizione topica delle *regulae iuris* è conservata ed onorata una formula che, sebbene non appartenga letteralmente al Digesto, si collega ad alcune *regulae* in esso raccolte (cfr. p. 59) e soprattutto cattura uno degli aspetti più importanti che appartengono in generale alle *regulae iuris*, perlomeno per come ad esse ci si rifà in quella tradizione. Mi riferisco alla formula: *Ex facto oritur ius* ("Il diritto nasce dal fatto"). Niccolai mostra (cfr. p. 60) come questa formula fosse letta, in quella tradizione, insieme a quella di Paolo che sta all'inizio dell'ultimo libro del Digesto e in particolare con quella sua parte che dice *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* ("Il diritto non si genera dalla regola, ma questa risulta dal diritto esistente") e poi «con la più celebre e influente definizione dell'equità» (p. 32),

persino le pratiche conoscitive), ma è anche un'esperienza vissuta. Anzi, si dovrebbe dire che il presupposto epistemologico dualista, quello dissolto dalla stagione dell'idealismo e del neoidealismo o dalla tradizione della fenomenologia, è una messa in forma (erronea e fuorviante) di quell'esperienza vissuta. Insomma, un allentamento pratico dei legami propri al mondo umano ha dato luogo a un'esperienza di estraniamento che, nel gioco linguistico della filosofia, è stata espressa come una tesi epistemologica generale. Ora, se tutto questo è vero, allora, la critica filosofica di tale tesi dualistica dovrebbe essere raddoppiata da un gesto pratico-trasformativo rivolto a quell'esperienza. Più esattamente, di quell'esperienza di estraniamento e messa a distanza occorrerebbe, in primo luogo, fornire un resoconto non dualista: è ovvio, infatti, che in tale esperienza, ben lungi dal venire in chiaro una originaria separazione tra mente e mondo, si produce una declinazione difettiva dell'originario coinvolgimento; in secondo luogo, offrire un gesto trasformativo nei confronti di tale coinvolgimento difettivo. Su tutti questi temi, sono impareggiabili le ricerche di Stanley Cavell, in particolare il suo capolavoro: *La riscoperta dell'ordinario. La filosofia, lo scetticismo, il tragico* (1979), trad. it. di B. Agnese, Carocci, Roma 2001; ma anche: *Il ripudio del sapere: lo scetticismo nelle tragedie di Shakespeare* (1987), trad. it. di D. Tarizzo, Einaudi, Torino 2004.

inclusa anch'essa nel libro *De Regulis* (dove è la novantesima proposizione): *In omnibus quidem maxime in iure aequitas spectanda est* ("In tutte le cose, ma specialmente nel diritto, si deve aver riguardo all'equità"). Da questa lettura congiunta, per come la ricostruisce Niccolai, emerge la seguente idea: «la regola non nasce da una regola preesistente, ma da un certo procedimento, che ricerca nel fatto lo *ius quod est*» (p. 60), cioè, cerca la risposta a tale fatto che conservi o ripristini la giusta proporzione, cioè l'equità, che gli spetta. Se teniamo inoltre presente il nesso tra l'accezione ampia (e non dualisticamente compromessa) di *facto* qui impiegata e quella di *rese* di *causa* (cfr. p. 38), possiamo ben vedere come la formula *Ex facto oritur ius* si colleghi alla nostra attuale domanda sul senso della realtà implicito nella tradizione delle *regulae iuris*: consente di ridefinire la nostra domanda nel modo seguente. Se la regola nasce dal fatto, cioè se la «cosa [...] è la causa della regola» (p. 38), allora come vanno intesi i fatti e le cose?

Ebbene, la risposta a cui siamo pervenuti è che non è un soggetto di tipo cartesiano, cioè originariamente separato dal mondo (salvo scoprire *poi* nella chiarezza e nella distinzione un ponte ecc.), quello che trova la regola nella *res*, per cui non basta precisare che questa *res* non è semplicemente una *res extensa*, ma ha anche delle qualità assiologiche che la mente del soggetto è in grado di cogliere grazie alle proprie capacità assiologiche. Il soggetto qui in questione è invece un soggetto immerso nella *res* o nel *factus* su cui si interroga, cioè nei variegati rapporti in cui quella *res* consiste, i rapporti di cui si tratta di capire come abitarli al meglio e dunque equamente.

La formula *Ex facto oritur ius*, oltre che consentire di porre la domanda posta poc'anzi, consente anche di porne una seconda, non meno importante: se la «cosa [...] è la causa della regola», allora come va intesa la regola? Di certo, non come una prescrizione che dall'esterno raggiunge la cosa per disciplinarla, «modellarla, determinarla» (p. 287), ma allora come? La risposta della tradizione topica è: come un enunciato dichiarativo (cfr. anche p. 171) che «non fa che esplicitare una equità, una corretta relazione con una [qualche] porzione di realtà, che è già leggibile nella realtà stessa, se la si considera col dovuto impegno» (p. 114). Insomma, nella tradizione topica, le regole sono «*interpretazioni di comportamenti*» (p. 295): l'espressione è di Giuliani che porta come esempio la regola (che abbiamo già citato): *Non vult heres esse qui ad alium transferre voluit hereditatem*. La differenza tra intendimento prescrittivo e intendimento descrittivo di una regola è invece chiarita da Niccolai attraverso il commento di un «*topos* che si trova in Cicerone e in Quintiliano»: *Si mater est, diligit filium* ("Se è madre, ama il figlio"). Scrive dunque Niccolai che tale *topos* «può essere usato in senso descrittivo, esprimere ciò che di solito le madri fanno osservare e dunque porger un punto di vista che aiuta a orientarsi in una controversia su chi è la madre di taluno, oppure può essere usato in senso prescrittivo, esprimere ciò che tutte le madri devono sempre fare per

essere considerate veramente tali. La frase non cambia, cambia la funzione che le è assegnata, e nel secondo caso la frase *non funziona* in modo topico» (p. 66).

19. *La realtà del processo dell'agire umano.* - Nonostante la sua potenza di sintesi, la formula *Ex facto oritur ius* non porta in primo piano un'idea assolutamente decisiva nella tradizione topica, su cui Niccolai insiste e che articola come nessun'altra. Si tratta del ruolo incancellabile che ha il soggetto umano in quella nascita del diritto dal fatto e dunque poi anche nella formulazione della regola a partire da quel diritto. La prestazione soggettiva in questione ha un nome ben preciso: è l'*interpretatio*, che dunque, prima di essere interpretazione di proposizioni che esprimono regole o di leggi e dunque di testi, è un'interpretazione del *factus*, della situazione, un tentativo di discernere e comporre le sue qualità moralmente rilevanti (cfr. p. 44n). Prima di approfondire questo aspetto, che ci ripoterà a riflettere sulla deliberazione pratica, tuttavia, vorrei soffermarmi ancora sul problema della eventuale dipendenza ontologica dei fatti umani da tale soggetto.

Se ci chiediamo che cosa faccia tale soggetto, la risposta che dobbiamo dare è che cerca di discernere la qualità delle situazioni in cui si trova, così da poterle attraversare equamente mentre persegue i fini che persegue. Ma questa risposta, abbiamo visto, equivale a dire che cerca di capire quali impegni e obbligazioni siano comportate dai vari rapporti in cui è coinvolto, compreso quel rapporto con sé stesso che è il rapporto con i propri progetti (e dunque coi propri impegni verso i fini che sono stati fatti propri). Se volessimo tornare a usare il vocabolario dei valori, dovremmo dire, all'incirca, che cerca di discernere i valori immanenti alla situazione: sarebbe un'immagine migliore di quella secondo cui li assegna o li forgia. Tuttavia, quel vocabolario rende irresistibile la seguente domanda: "ma i valori che quel soggetto cerca di discernere, chi li ha forgiati e introdotti nel mondo?". Nelle pagine precedenti, ho fatto di tutto per trovare formulazioni in cui questa domanda non si imponga e così farla apparire, perlomeno, come una domanda da non dare per scontata e dunque, eventualmente, da giustificare. Sotto quella domanda, tuttavia, c'è effettivamente una questione che merita di essere recuperata e formulata adeguatamente: l'ho già evocata (§ 17) e posso ora reintrodurla dando nuovamente voce al ragionamento che la porta. Tale ragionamento dice: "questo mondo umano in cui ciascuno e ciascuna di noi ha da tracciare la sua traiettoria e che è fatto dai rapporti qualificati tra gli uomini (e tra gli uomini e vari tipi di entità) è ovviamente un mondo che non potrebbe sussistere senza esseri umani, ma allora sono gli esseri umani che lo fanno essere? E come, forse forgiandolo? Costruendolo? Costituendolo? Qual è il segreto di questo mondo di forme di rapporto, che a ciascun essere umano appare indipendente da lui tanto quanto lo è una montagna e di cui però sappiamo che, a differenza delle montagne, non resterebbe lì se non ci fossero più esseri umani?".

È chiaro che per Niccolai e la tradizione topica delle *regulae iuris* il mondo umano non è un artificio costruito dagli individui attraverso una qualche convenzione o qualche contratto: stipulare convenzioni e contratti e, più in generale, consimili azioni coordinate intenzionalmente presuppongono il mondo comune, ad esempio, presuppongono un linguaggio comune attraverso cui coordinarsi e accordarsi. Vi è allora una sorta di spontaneità naturale che, operando alle spalle degli esseri umani, ha reso possibile l'insorgenza di un mondo comune entro cui quelli sono divenuti i soggetti pratici che conosciamo? Sarebbe insomma un moto naturale che avrebbe portato i primi esemplari della specie umana ad associarsi in modi che ammonterebbero a una prima forma di mondo comune. Sarebbe questa dinamica spontanea, irriducibile a una coordinazione intenzionale, la condizione prima dell'istituirsi del mondo umano, cioè la condizione prima dell'aver luogo, là dove c'erano raggruppamenti di ominidi, di soggetti pratici in interazione all'interno di rapporti qualificati e almeno in parte registrati nel tesoro del linguaggio.

Non è possibile accertare se i frequenti riferimenti ai comportamenti o ai bisogni che apparirebbero alla natura dell'uomo (cfr. ad esempio, p. 228) o che sarebbero «comuni a tutti gli uomini» (p. 29), che compaiono nel libro di Niccolai, debbano essere intesi e sviluppati nella direzione appena accennata. Né d'altronde è importante farlo: se ho accennato a questa prospettiva di analisi, era solo perché consente di aprire e disambiguare una formula che potrebbe generare fuorviamenti di sapore dualistico. La formula in questione è quella che pone l'uomo o, meglio, l'umana ricerca dell'equità, alla fonte del diritto (cfr. ad esempio, p. 229). Ebbene, qualunque uomo che cerchi l'equità, lo fa e lo può fare solo all'interno del comune mondo umano, dunque, quella ricerca non può essere all'origine del comune mondo umano. D'altro canto, osservare questo non implica che quella ricerca sia inscritta nel mondo umano *come in una cornice di premesse esteriori che la vincolano*, né tantomeno implica che da quella ricerca non possano scaturire e non scaturiscano trasformazioni più o meno profonde del comune mondo umano. E queste due tesi, non solo non sono implicate da quell'osservazione, ma sono anche false.

La falsità della prima appare chiaramente se ricordiamo in cosa consiste il comune mondo umano, cioè in rapporti qualificati: ebbene, tali rapporti e le loro implicazioni deontologiche non sono premesse, bensì ciò che nella ricerca dell'equità si tenta di mettere a fuoco; il mondo comune entra nella ricerca dell'equità come ciò che si cerca di mettere a fuoco equamente, *non* come ciò *entro cui* (o *assunto il quale*) si cerca l'equità.

La falsità della seconda tesi può cominciare ad apparire se, ad esempio, si pensa a una situazione in cui era stato stipulato un patto, il quale dunque chiede d'essere rispettato, ma in cui ci si accorge pure che quel patto era stato accettato sotto costrizione: capire che in tale caso non sarebbe espressione

di equità considerare il rispetto del patto come un atto dovuto non comporta solo articolare il significato e la portata della regola *pacta sunt servanda* (su questo torneremo - § 31), ma, nella misura in cui questa comprensione si tradurrà in un'azione che la incorporerà ed esprimerà, allora anche il mondo comune si trasformerà registrando (o consolidando la registrazione de) la differenza tra rispettare qualunque patto quale che sia e farlo subordinatamente al rispetto dell'equità. In generale, il discernimento interpretativo della qualità di una situazione, che si tradurrà in una certa risposta pratica ad essa, può non confermare i modi consueti di condursi in situazioni simili, ma introdurre una differenza che, se registrata e custodita nella memoria sociale, diverrà un precedente e dunque un nuovo termine di paragone, che modificherà il mondo comune e il modo di condurvisi o di abitarlo⁸².

Chiarito che cosa non implica, torniamo sull'osservazione di prima: qualunque uomo che cerchi l'equità lo può fare solo all'interno del comune mondo umano. Ma il comune mondo umano è fatto di rapporti qualificati (che hanno, cioè, delle forme che li distinguono: un rapporto di cooperazione non è un rapporto di competizione, la forma dell'uno non è quella dell'altro) e tali rapporti qualificati sono ciò che si tenta di mettere a fuoco nella ricerca dell'equità. Ora, tali rapporti qualificati si riproducono e durano anche perché le loro forme e qualificazioni sono tramandate e rese familiari a coloro che potranno poi realizzarne degli esempi: posso partecipare a un rapporto di cooperazione perché ho una qualche idea di cosa sia la cooperazione, idea che mi consente ad esempio di usare con una certa competenza questa parola, riconoscendo se quel che vado facendo ne sia o meno un esempio. Ebbene, queste qualificazioni tramandate sono state progressivamente sbazzate lungo la catena delle varie ricerche dell'equità. Si pensi al significato della parola "amicizia": è venuto precisandosi, come la cosa che esso designa è venuta trasformandosi, attraverso i vari tentativi di mettere a fuoco con attenzione certi concreti rapporti. La conclusione del ragionamento è che, se è vero che qualunque particolare esempio di ricerca dell'equità presuppone le qualità del mondo umano (ad esempio la qualità della relazione di amicizia e il significato della parola "amicizia"), è altrettanto vero che queste qualità e il significato delle parole per nominarle sono sempre anche il frutto di precedenti ricerche dell'equità. Dunque, *qualunque esempio di ricerca dell'equità da parte di un qualche essere umano è sempre già inscritto nell'umana ricerca dell'equità (cioè, nella concatenazione di tali*

⁸² Scrive Niccolai: «La possibilità di rispondere alle domande morali sull'agire virtuoso, che l'incontro con la realtà solleva, rientrano dunque, per Tommaso [d'Aquino], come per Aristotele, tra le cose cui l'uomo è proporzionato; né vi erano confini, o gerarchie, tra ciò che l'uomo conosce per sé e la conoscenza valida anche per altri, sicché le risposte che il singolo dà a una domanda sul giusto agire che lo riguarda individualmente possono fornire esempi o modelli, e coinvolgono, in ogni caso, il piano generale o sociale» (p. 167)

ricerche particolari), la quale è a sua volta un momento del processo attraverso cui il comune mondo umano, una volta che si è istituito, va articolandosi e trasformandosi.

Grazie a queste ultime considerazioni, siamo anche giunti a una buona determinazione dell'idea di realtà implicita nella tradizione topica delle *regulae iuris*: è il processo del vivere umano, cioè dell'*agire* umano, nel quale si iscrive anticipatamente ogni singola azione e ogni risposta a situazioni, che tenta di essere una risposta equa; ma è anche un processo che va trasformandosi per effetto di quelle azioni e quelle risposte.

Se ogni singola azione o ricerca dell'equità si dispiegano sempre in uno spazio di istituzioni e rapporti qualificati e nominati da parole, è vero altresì che quelle istituzioni, quei rapporti e quelle parole sono venuti trasformandosi e articolandosi grazie alle precedenti azioni e ricerche dell'equità. La sequenza delle azioni e delle ricerche dell'equità *non ha istituito il mondo comune*, infatti lo presuppone, ma *non ha mai smesso di trasformarlo*: dunque, *nel senso appena precisato*, è vero che, in ogni dato momento, tale mondo comune è sempre *anche* il portato dell'*agire* umano e dell'umana ricerca dell'equità (consiste, cioè, nelle «creazioni storiche dell'uomo», p. 236). (Come vedremo, il dispositivo concettuale che ho appena delucidato si applica anche alle *regulae iuris*: da un lato, la regola è quella che esplicita l'equità che è immanente al fatto o alla situazione presente, dall'altro lato, non è possibile cogliere questa regola senza avere sullo sfondo le regole tramandate, il complesso delle quali, infine, non è indifferente all'elaborazione compiuta nell'*interpretatio* della situazione presente).

È alla luce di questi chiarimenti che propongo di intendere queste due belle pagine di Niccolai:

La strada che contrappone una ragione dai contorni più vasti all'idea moderna, deliberatamente molto limitata, di ragione (ridotta a razionalità e pertanto incapace di fondare i giudizi morali), ha trovato in Vico una sua potente espressione, e lungo di essa si modella, in lui, l'idea che il diritto abbia alla sua fonte l'uomo, il messaggio che tanti hanno tratto dalla sua meditazione [...] e il cui significato è che il diritto è l'espressione, la traduzione in esperienze reali, in istituti e strutture concrete e mondane, della lotta, dello sforzo e del bisogno, in una parola della capacità degli uomini di realizzare, o verosia appunto di rendere *reali*, aspirazioni, interessi e cioè valori, i quali per effetto di quello sforzo costituiscono la realtà, con cui l'uomo poi si trova a misurarsi (p. 265).

La realtà non è *solo* macchinata da quelle forze [*scil.*, le «grandi forze collettive e impersonali, ad esempio le classi sociali (o le masse, o i generi)», p. 274] e perciò, alla fine, da rapporti materiali e di potere, i quali rendono insignificante l'individuo, la sua esperienza interiore, le azioni in cui la traduce, le relazioni cui dà vita nel contesto in cui si trova. [...] la realtà è costituita, invece, *anche* da tutto questo, e cioè da ciò che pensiamo, sentiamo e, per averlo sentito e pensato - qualcosa che accade sempre in relazione a ciò che *l'altro* ci ha suscitato, proposto, domandato -, mettiamo al mondo, nella realtà. Tutte queste implicazioni del pensiero classico [...] significano, in una

parola, riconoscere all'individuo la risorsa simbolica e pratica di essere *interprete della realtà* (e pertanto suo facitore) (p. 275).

II.iv L'interpretatio secondo equità come dinamica della deliberazione

20. *La realtà della deliberazione.* – Ci siamo lungamente soffermati sul senso della realtà che è implicito nella tradizione topica delle *regulae iuris* quale la ricostruisce Niccolai, cioè sull'idea di realtà che è sottesa a tale tradizione e presupposta dal suo modo di render conto dell'esperienza giuridica e, più in generale, dell'esperienza pratica. Lo abbiamo fatto, però, dopo aver chiarito che la posta in gioco ultima non era semplicemente esplicitare una delle idee che operano più o meno implicitamente in una certa veneranda tradizione: la posta in gioco ultima era mettere a fuoco un'idea di realtà grazie a cui elaborare un resoconto valido e fedele della verità dell'esperienza pratica. Detto altrimenti, nel libro di Niccolai e anche qui, la tradizione topica delle *regulae* non interessa solo o innanzitutto come oggetto di un'attenzione erudita, bensì in quanto si ritiene che custodisca la comprensione più profonda e vera di ciò che accade nell'esperienza pratica: non di ciò che dovrebbe accadere se riuscissimo a lasciarci alle spalle i dualismi moderni, bensì, ciò che accade e non ha mai smesso di accadere, anche se, sotto il peso di quei dualismi, è stato franteso (e perciò, in una qualche misura, si è anche in parte, ma mai completamente, deformato anche *in re* – cfr. § 12).

La chiave per mettere a fuoco tale idea di realtà grazie a cui la tradizione topica delle *regulae* e ora anche noi possiamo comprendere la dinamica dell'esperienza pratica, l'abbiamo trovata quando abbiamo smesso di supporre che si trattasse di capire quanto sia ricca di strati (lo strato dei fatti, ma anche quello dei valori, lo strato delle qualità primarie, ma anche quello delle qualità secondarie e assiologiche, lo strato colto dalla ragione e quello colto dalle capacità assiologiche ecc.) la realtà contemplata dal soggetto pratico e siamo invece passati a chiederci come tale soggetto pratici la realtà, ossia come abiti il mondo umano, come risponda alle situazioni in cui si trova, come si conduca entro i rapporti qualificati in cui è coinvolto.

Se vogliamo considerare il punto di vista filosofico sulla falsariga del punto di vista del *per noi* che opera nella hegeliana *Fenomenologia dello spirito* o sulla falsariga del punto di vista teoretico-contemplativo di classica memoria, allora possiamo riformulare il passaggio appena evocato nel modo seguente: abbiamo smesso di supporre di dover contemplare il mondo come lo contemplerebbe il soggetto pratico, perché abbiamo capito che il soggetto pratico non contempla affatto il mondo (neppure con uno sguardo che non esclude dalla considerazione i valori o le qualità assiologiche) e siamo così giunti a proporci di contemplare come il soggetto pratico abita e si muove nel mondo umano, come riflette sulle situazioni che attraversa, al fine di farlo in modo equo.

Animati da questo proposito e da questa domanda, possiamo finalmente tornare alla deliberazione pratica e così ritrovare anche la problematica che abbiamo esplorato ragionando sul dibattito tra Nussbaum e Putnam. Dobbiamo tornare su questo tema perché l'idea guida della tradizione topica delle *regulae iuris* è appunto che il tratto distintivo e singolare dell'esperienza pratica umana è dato appunto dalla riflessione che la anima (a prescindere dal fatto che talvolta agiamo senza pensare) e tale riflessione è appunto quella che tenta di essere una *interpretatio* secondo equità. Evidentemente, in questa tradizione e anche nel libro di Niccolai, tale riflessione è innanzitutto accostata a partire da quella sua declinazione che è la riflessione e la deliberazione *giuridica*, tuttavia, è del tutto esplicito che questa particolare forma di deliberazione, cioè, più esattamente, la deliberazione che accade in quei contesti particolari che sono i contesti giuridici, non è comprensibile nella sua autentica dinamica (e specificità) se non viene ricollocata sullo sfondo della deliberazione pratico-morale umana in generale. Il fatto è che, come sappiamo, questa tradizione ritiene che l'autonoma realtà del diritto e il suo farsi non siano afferrabili se il diritto non è restituito al «campo dell'azione morale, secondo una linea che collega Aristotele, Tommaso, Vulteo, e Vico stesso» (p. 170, linea che nel XVII secolo include anche Angelo Matteacci, di cui si tratta nella pagina ora citata). Più precisamente, l'idea è riferire il diritto alla prassi *nella sua irriducibilità alla poiesis*: là dove, infatti, è messo in rapporto a quest'ultima, appare come un «fare tecnico, esecutivo» (p. 302) e si genera un divorzio tra la sfera giuridica e quella morale, a sua volta relegata alla dimensione «soggettiva/individualistica» (p. 261n). Invece, per la tradizione topica delle *regulae iuris*:

la norma giuridica e quella morale [...] hanno in comune il loro processo di formazione, le domande che affrontano, che sono quelle di un soggetto il quale, collocato in un tempo, nella concretezza di date circostanze, si chiede ogni volta: come dovrei comportarmi in questo caso? (p. 319, cfr. anche p. 315).

Dobbiamo dunque esplorare la comprensione della deliberazione pratico-morale che è custodita ed elaborata dalla tradizione topica delle *regulae iuris*, facendo particolare attenzione al ruolo che viene riservato alle regole: vogliamo infatti capire che cosa significa prenderle sul serio.

21. *Deliberazione pratica e "vis veri"*. - La posta in gioco ultima della deliberazione, sia quella giuridica, sia, più in generale, quella pratico-morale non è (individuare come) applicare correttamente, nella situazione volta a volta data, la Legge, cioè un complesso di regole e norme dato (quale che sia l'origine che si suppone che abbia, se promulgato da Dio o da un sovrano o, ancora, se ereditato dalla tradizione). Nella prima parte di questo scritto (cfr. § 4), ho mostrato che persino una deliberazione così intesa non potrebbe essere un processo automatico e automatizzabile: la capacità della mente di spaziare sulla trascendentalità dell'essere sarebbe comunque presupposta nel pretendere che la situazione

presente non abbia *nessun'altra* qualità moralmente rilevante, oltre a quelle definite nella fattispecie disciplinata dalla regola a cui la si sta sussumendo. Tuttavia, questa capacità della mente la scopriamo messa all'opera in maniera ben più significativa quando ci accorgiamo che la deliberazione pratica non può affatto essere intesa in quel modo.

Posto, innanzitutto, che la posta in gioco ultima della deliberazione morale non è individuare una risposta pratica alla situazione data, che sia una corretta applicazione della Legge, bensì individuare una o la risposta *giusta* a tale situazione, bisogna poi aggiungere questo: non renderebbe conto della complessità dell'esperienza pratica sostenere che per trovare tale risposta giusta non ci sia altro da fare che trovare la fattispecie già definita e disciplinata che la situazione presente esemplifica. Secondo la tradizione topica delle *regulae*, quello che bisogna fare e che facciamo nei casi migliori è ben altro che controllare se la situazione data, cioè il *factus* in questione, presenti tutti e soli i tratti moralmente rilevanti previsti nella fattispecie definita dalla regola cui, *prima facie*, si ipotizza di sussumerlo. Ciò che facciamo è immergerci nella situazione ed esplorarla tentando di comprenderne la qualità, cioè, tentando di mettere a fuoco e comporre quei suoi tratti che sono moralmente rilevanti. Come stiamo per vedere, le regole ricevute hanno un ruolo in questa ricerca, ma *non* quello che gli viene attribuito dalle posizioni che suppongono che l'equità (o il diritto) stia «tutt[al] nelle regole» (p. 62) e da lì venga trasferita ai fatti grazie a un'opera di mera applicazione: sappiamo infatti che *Non ex regula ius sumatur*, bensì *Ex facto oritur ius*; ossia, l'equità che si cerca è quella «racchiusa» nella situazione stessa (cfr. p. 409) e le regole, usate nel modo appropriato, aiutano a coglierla.

Nella ricerca dell'equità, ho detto poc'anzi che la capacità della mente di spaziare sull'orizzonte trascendentale dell'essere si esercita e si mette in opera in una maniera particolarmente significativa. Lo si può riconoscere facendo almeno due osservazioni:

La prima è che, se tale ricerca può non essere un'applicazione di regole e, in generale, l'esecuzione di una procedura, è proprio perché la mente è capace di fare un passo indietro rispetto a qualunque complesso di regole e a qualunque procedura e grazie a ciò di metterle in questione, cioè è capace di non farne la misura cui si attiene, bensì misurarle a loro volta su un ideale più alto, cioè l'ideale di cogliere l'equità nella situazione singolare in cui ci si trova (cfr. pp. 166-167). (Può ben darsi il caso in cui la risposta equa a una certa situazione sia quella che applica una regola, ma che sia così emerge in un confronto con la situazione, in cui si cerca la sua equità, senza dare per scontato che sia già espressa da questa o quella regola: nel caso appena prospettato, la regola fa da misura alla risposta pratica, ma trova pur sempre la sua misura e la sua ragione nell'equità racchiusa nella situazione, nello *ius quod est*, cioè nello *ius* che emerge *ex facto*). Ebbene, la mente può fare un

passo indietro rispetto a qualunque regola, cioè, può trascendere qualunque regola, appunto perché l'orizzonte entro cui si muove arriva fino ai confini dell'essere, cioè *non* ha confini: è l'orizzonte trascendentale.

Con la seconda osservazione, si va ancora più a fondo perché si nota che la ricerca dell'equità, non solo non è inscritta entro qualche misura più limitata dell'idea stessa di equità, la quale è uno dei nomi del bene, ma, quella ricerca, quando si immerge nella particolarità della situazione volta a volta data, non dà per scontato neppure un qualche set di concetti ricevuti. Sotto questo rispetto i giudizi in cui si concretizza l'*interpretatio* della situazione sono sì dichiarativi nella misura in cui pretendono di rivelare il senso e la qualità di quella situazione, ma non lo sono se si assume che un giudizio dichiarativo è sempre la sussunzione di un caso sotto un concetto dato: qui infatti i concetti stessi si vengono definendo e raffinando nella concatenazione delle interpretazioni. Il lavoro dell'*interpretatio* secondo equità, insomma, ha anche una dimensione inventiva e creativa: da qui l'insistenza di Niccolai, con Giuliani (e Murdoch), sul fatto che in tale lavoro sono inevitabilmente mobilitate delle metafore (cfr. pp. 77-81, 329-333), cioè i concetti non sono semplicemente applicati secondo criteri rigidi, ma anche sulla base di analogie, di somiglianze e differenze tra il caso in questione e altri casi vicini. Ebbene, l'invenzione richiede che la mente sia capace di portarsi agli estremi confini del pensabile, cioè appunto che spazi sull'orizzonte trascendentale.

Che nella ricerca umana dell'equità si eserciti in maniera eminente questa capacità della mente, Niccolai non lo dice esplicitamente, tuttavia, mi pare chiaramente implicito in una delle più importanti tesi che attribuisce alla tradizione dell'*interpretatio* secondo equità, quella che formula ricorrendo a una locuzione vichiana e che dice che nella ricerca dell'equità è all'opera la *vis veri*. Di primo acchito, questa tesi può sorprendere: la deliberazione pratica non sembra una ricerca di verità, non è infatti tesa a rispondere alla domanda in cui ci si chiede che cosa fare? E a una simile domanda, non è forse vero che non si risponde scoprendo una qualche verità, bensì decidendosi?

Per comprendere la tesi evocata, occorre innanzitutto chiarire quale sia la domanda pratica che governa la deliberazione: non è la domanda kantiana, "Che cosa devo fare?", che suppone la concezione kantiana del dovere ed equivale a chiedersi che cosa esiga da noi la moralità universale, ma non è neppure l'astratta domanda che suona: "che fare?". Si tratta piuttosto della domanda su cui portava l'attenzione Socrate: come dovrei vivere e dunque che cosa qui dovrei fare? Ossia, dove portano le mie migliori ragioni?⁸³ Il che equivale a sua volta a: che cosa sarebbe meglio fare? O, ancora: «come è *meglio* agire, pensare, decidere in una data

⁸³ Su questo, si vedano anche le lucide osservazioni di Bernard Williams, nel primo capitolo del suo: *L'etica e i limiti della filosofia*, op. cit.

circostanza?» (p. 51). Vi sono dei fini, assunti i quali sotto un certo loro intendimento, mi interrogo su come concretamente perseguirli nella situazione qualificata in cui mi trovo; ma vi è anche la possibilità di reinterrogare quell'intendimento dei fini e di abbassare questi ultimi allo stato di pre-articolazioni di fini ancor più profondi (come quando, durante la giovinezza, se non, malauguratamente, dopo, ci si accorge che in certi fini che si sono perseguiti, quel che si cercava era in realtà qualcos'altro, ad esempio compiacere i propri genitori e realizzare le loro attese). Queste interrogazioni, sui mezzi appropriati per raggiungere certi fini (che non sono semplicemente i mezzi più efficace, bensì i mezzi appropriati tenuto conto delle obbligazioni generali e speciali che ci vincolano agli altri e a noi stessi e che sono portate dai rapporti qualificati in cui siamo coinvolti - cfr. p. 307), ma che possono anche investire la comprensione iniziale di questi stessi fini, alla luce di ciò che scopriamo su noi stessi, grazie ai rapporti qualificati in cui siamo coinvolti, ecco, queste interrogazioni sono la deliberazione pratica. Sono, cioè, la ricerca con cui ciascuno di noi, «nella concretezza di date circostanze», tenta di rispondere alla domanda: «come dovrei comportarmi in questo caso?» (p. 319).

Per rispondere a questa domanda si vagliano ragioni e considerazioni che, in ultima analisi, fanno riferimento e si appoggiano a tratti e qualità della situazione in rapporto a cui ci si è fatti quella domanda. (La persona che ho di fronte, proprio in quanto è una persona, merita rispetto, ma non è che le devo una spiegazione del mio proposito di andare altrove; nella misura in cui, però, è un amico, allora ho degli obblighi speciali, per cui forse quella spiegazione gliela devo eccome; nella misura in cui, però, questa spiegazione sta cercando di estorcermela, allora il nostro rapporto di amicizia sta quantomeno attraversando un momento di difficoltà, per cui servirebbe una risposta creativa per dare a tale rapporto una nuova chance ecc.: in questo ragionamento cerco quale sia la «giusta proporzione» (p. 61), o equità, nel rapporto con questo amico, che si tratta di assecondare nella risposta pratica). In questo senso, alla domanda su come ci si dovrebbe comportare nel caso presente si risponde mettendo a fuoco la qualità di tale caso e rimettendo a fuoco i propri desideri e fini alla luce di questo caso. Ecco perché la domanda pratica presuppone un impegno verso la verità, verso quella verità relativa alla situazione, che consiste nella sua qualità morale, cioè nell'equa composizione delle obbligazioni e richieste che avanza, delle sue implicazioni deontologiche. E questo è ovviamente ancora più facile da cogliere se ci si figura un soggetto che deve esprimere un giudizio su una situazione e dunque non ha tanto da chiarire i suoi desideri, bensì innanzitutto i desideri e le intenzioni delle persone coinvolte nella situazione e in particolare di chi ha compiuto l'atto che va giudicato: un tale soggetto è ad esempio un giudice, ma è anche chiunque di noi quando riflette su un caso a cui non ha, in senso stretto, da rispondere, ma il giudizio sul quale lo sosterrà in qualche modo qualora dovesse trovarsi a rispondere a casi simili.

Per la tradizione topica delle *regulae*, la domanda pratica, “come è meglio che agisca?” è dunque animata da «un’esigenza interiore» di equità (p. 270), che non è altro che «una spinta innata nell’uomo a ricercare il vero» (p. 236), ossia, ciò che Vico chiamava «vis veri» e che si traduce nella capacità di riconoscere nelle varie situazioni anche qualità e implicazioni deontologiche che vanno contro gli interessi e le inclinazioni particolari del soggetto che sta deliberando (cfr. p. 433). La *vis veri*, insomma, è la capacità della mente di indagare un *factus* senza essere necessariamente destinata a muoversi solo entro le sue preferenze, i suoi interessi e soprattutto entro le sue proiezioni valoriali, cioè entro quel che Niccolai, ad un certo punto, designa come il «particolarismo di una ragione “soggettivizzata”» (p. 262), mentre Murdoch chiamava le “fantasie” dell’io. Si tratta di una capacità che presuppone (anche se non vi si esaurisce) la capacità di spaziare sull’orizzonte trascendentale e dunque di dislocarsi rispetto al proprio punto di vista particolare.

Si leggano a questo punto le seguenti righe, dove ciò che abbiamo chiamato “deliberazione” è descritto come

un orientamento alla conoscenza *veridica* della realtà e alla ricerca dell’assetto *migliore* di date relazioni, orientamento che è soggettivo, perché implica il soggetto, ma è anche impersonale, oggettivo, perché tende non ad affermare il punto di vista arbitrario di un singolo ma qualche cosa che è leggibile nelle cose, sforzo, infine, che delle cose *ha bisogno* per esistere e trovare misura (p. 285).

22. *Regole come ausili al discernimento secondo equità.* – La deliberazione pratica, sia che miri a definire l’azione attraverso cui rispondere alla situazione in cui ci si trova, sia che miri a produrre un giudizio sulla situazione in questione, è animata da «un impegno a essere giusti rispetto alla realtà» (p. 285) e tenta di realizzare un «*decernere secundum aequitatem*» (p. 397). Concretamente, si dispiega come uno «sforzo di conoscere la realtà» (p. 285), di capire il senso dei fatti (cfr. p. 427), di discernere la loro qualità (cfr. p. 177), di «chiamare le cose col loro giusto nome» (p. 262), «per capire quello che, in condizioni date, è il caso di dire e di fare» (p. 285). In particolare, si tratta di impegnarsi «a non sfuggire alla realtà, a non sopprimerla, a non assecondare una tentazione *semplificatrice* sempre presente» (p. 283). Insomma, è ciò che qui ho chiamato il tentativo di mettere a fuoco la qualità di una situazione, attraverso il discernimento di tutti i suoi tratti moralmente rilevanti e una loro ricomposizione narrativa sensata.

Ora dobbiamo tornare a chiederci qual è il ruolo che, secondo la tradizione dell’*interpretatio* secondo equità, va assegnato alle regole nel perseguimento di questo obiettivo. Ebbene, non vi sono dubbi su quale sia la risposta che emerge dalla ricostruzione di Niccolai. Una sua formulazione quasi poetica si trova nelle seguenti righe del giurista italiano del XIX secolo, Matteo Pescatore, dove le *regule* sono chiamate “precetti dell’arte” giuridica:

Così, prima dell'interpretazione, i precetti dell'arte spargono luce sull'esplorazione da farsi; dopo l'interpretazione, quella delle regole, che in effetti indicava la verità, invocata a proposito servirà a giustificare il processo e a dimostrare che la presa risoluzione risponde a quel modo che in simili contingenze tennero i maestri dell'arte (p. 206).

Pescatore distingue dunque due funzioni delle regole, quella che svolgono durante la ricerca deliberativa e quella che svolgono dopo: *dopo*, la regola che infine è apparsa più adatta a comprendere il caso, può essere invocata per giustificare la risoluzione finale⁸⁴, ma *prima*, cioè durante la ricerca, quella regola ha operato *insieme alle altre* per *spargere luce* sul tentativo di mettere a fuoco la qualità del fatto. Dal libro di Niccolai si apprende quanto antico fosse, e quanto poi sia stato frequentemente ripreso, questo ricorso alle metafore della luce (cfr. pp. 87-90, 244-246) per definire il ruolo delle regole nella deliberazione: sono paragonate a stelle polari, ma anche a «fiamme che rischiarano le nostre difficoltà, dipanano le nubi (...) che non ci fanno vedere tutto ciò che di buono e di equo c'è nelle nostre azioni» (sono parole del giurista francese del XVIII secolo, Robert Joseph Pothier - p. 90).

Le regole e innanzitutto le *regulae iuris* sarebbero insomma come delle linee guide dotate di un «valore solo *orientativo*» (p. 212); sarebbero «*ausili* per capire una situazione, per conoscerla, per chiarirla» (p. 65, cfr. anche pp. 98, 208); sarebbero utili a fornire «dei *punti di riferimento* per la singolarità che si chiede come agire in un certo momento e luogo, senza sostituire la sua scelta, ma anche, in quanto offrono termini di raffronto, rendendola possibile» (p. 180). Alessandro Giuliani precisa ulteriormente l'idea presentando le regole come «il tramite di una logica della rilevanza» (p. 328), cioè, sostenendo che, se usata correttamente, la regola «serve [...] a distinguere il rilevante dall'irrilevante» (p. 426) nel *factus* che si tratta di interpretare e mettere a fuoco. Nel tentativo di chiarire ulteriormente le ricerche di Giuliani sul senso attribuito alle regole nella tradizione dell'*interpretatio*, Niccolai scrive:

La regola permette l'esplorazione del fatto alla luce delle costanti note e rilevanti, che in esso ritornano, e delle eccezioni, non offre una soluzione estensibile per via di generalizzazione perché essa propone ogni volta il problema, morale, di attribuire a un fatto il suo giusto valore (in questo consiste un agire corretto rispetto alla realtà (pp. 302-303)

Se questa è la funzione che, secondo la tradizione topica, le regole possono svolgere all'interno della deliberazione (in particolare, quella giuridica, ma anche, più in generale, in quella pratico-morale), qualora siano usate nel modo

⁸⁴ In tale giustificazione, di cui non si dimentichi l'intenzione prima, cioè supportare la pretesa che il giudizio dato sia *veramente* quello equo, si tratta di mostrare che tale giudizio «è sostenuto da quello di tante persone abili che sono state gli autori di queste leggi e dalla approvazione universale che hanno dovunque dopo tanti secoli», secondo l'espressione del giureconsulto francese del XVII secolo, Jean Domat (citata a p. 151).

appropriato, allora si impongono due domande: in che cosa consiste quest'uso appropriato? In virtù di quale loro caratteristica le regole possono svolgere quella funzione di ausilio al discernimento della qualità morale di un fatto? Cominciamo da questa seconda domanda e poi torneremo alla prima.

23. *Le regole come espressione della vis veri.* - Là dove si sostiene che il diritto stia tutto nelle regole, per cui si suppone che la deliberazione sia calcolo (della regola specifica adatta al caso presente) e applicazione (della regola ottenuta attraverso il calcolo), non sorprende che si sostenga pure che le regole sono come stelle polari che guidano la determinazione della giusta risposta alla situazione in questione. Ma la tradizione topica non sostiene affatto che il diritto stia tutto nelle regole, anzi, comincia proprio affermando che *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* e dunque mettendo al centro il *factus*, la *res*, il rapporto reale di cui si tratta di discernere quale sia la giusta proporzione, cioè l'equità. Ebbene, all'interno di questa impostazione perché mai le regole ricevute e tramandate dovrebbero essere capaci di spargere luce sull'esplorazione del *factus*? Non converrebbe anzi, con mosse di sapore cartesiano-illuminista, accantonarle tutte in modo da avere la mente sgombra da pregiudizi nel momento in cui ci si appresta ad esplorare la situazione? La tradizione topica risponde decisamente di no, ma in base a cosa lo fa?

La risposta a quest'ultima domanda, che emerge dal libro di Niccolai, fa perno sulla *vis veri*, ma per comprenderla conviene articolarla in due momenti. Il primo è custodito in un'osservazione tanto potente, quanto semplice: le regole tramandate sono la messa in parola di precedenti tentativi di mettere a fuoco il senso e la qualità di situazioni e dunque sono espressive di quella stessa *vis veri* che anima anche le deliberazioni attuali; risultano da precedenti sforzi di cogliere con verità il modo equo di rispondere a situazioni e dunque non avrebbe senso non prenderle in considerazione (dove "prenderle in considerazione" non equivale ad applicarle). Posso riformulare questa prima osservazione nel modo seguente. Nella misura in cui, come abbiamo visto, le regole non sono intese innanzitutto come prescrizioni, bensì come descrizioni o enunciati dichiarativi, si potrebbe dire che sono opinioni (cfr. p. 283) e che perciò, ben lungi dal gettare luce, non meritano attenzione. Semmonché, per la tradizione topica non è affatto *legittimo*, né *ragionevole* scartare a priori qualunque opinione. Non è legittimo, perché il criterio che viene surrettiziamente fatto valere per poter scartare *tutte* le opinioni, ad esempio il criterio della chiarezza e della distinzione, è appunto un criterio introdotto surrettiziamente e che non può essere riscattato (infatti, non appare in maniera chiara e distinta che solo quel che è chiaro e distinto meriti fiducia). Non è ragionevole, perché non tutte le opinioni sono opinioni *arbitrarie* e quelle depositate in regole lungamente tramandate non lo sono di certo (cfr. pp. 46, 254, 369): al contrario, sono il frutto di una successione di sforzi di cogliere il vero non

dissimili da quello che possiamo riconoscere in noi quando riflettiamo seriamente su come dovremmo agire in una certa situazione (cfr. p. 285). Scrive Niccolai che la regola è sì opinione:

ma non opinione qualsivoglia, purché sostenibile, soggettivistica, opinione che si può confondere con un'affermazione di volontà [...], bensì opinione soggettiva che è sforzo di oggettivazione, di riconoscimento della realtà esterna; punto di vista, dunque, che *concorre alla formazione della realtà* e vi *concorre sul lato qualitativo*, nel senso della assegnazione di valore, ed esprime più una logica di necessità che non una di "libera scelta", più un impegno di personalizzazione che non l'accentuazione del soggettivismo (p. 283 - i corsivi sono miei e sottolineano un aspetto che sarà tra poco messo al centro della seconda osservazione).

Ovviamente, il fatto che alla base di una regola vi sia un tale sforzo non ne assicura la validità, ma rende opportuno prenderla in considerazione e discuterla: prendere in conto il punto di vista su una situazione almeno per certi aspetti simile a quella presente, elaborato nel passato e che ha superato almeno fino ad ora la prova del tempo è del tutto ragionevole, anzi, sarebbe irragionevole fare il contrario: non sarebbe dar prova di umiltà epistemica (cfr. pp. 283n, 443) o del riconoscimento della propria «parzialità» (p. 286). In una parola, misconoscere e tralasciare indiscriminatamente il punto di vista che si è espresso nelle regole che trattano di situazioni almeno in parte simili a quella in questione *non sarebbe equo*.

L'osservazione appena sviluppata è potente e per certi aspetti è sufficiente a spiegare perché si suppone che le regole tramandate gettino luce: gettano luce perché sono il risultato di un lungo lavoro di discernimento del senso delle situazioni in cui si articola il nostro comune mondo umano. Tuttavia, va integrata con una seconda osservazione, più profonda e difficile. Per accedere a questa seconda osservazione, si noti innanzitutto come la prima potrebbe di per sé essere usata anche per giustificare il fatto che le opinioni tradizionali siano prese in considerazione e discusse in qualunque ricerca: ad esempio, in una ricerca sul calore perché non tenere in conto le antiche opinioni sugli spiriti leggeri? Incalzati da questo tipo di obiezione, si potrebbe voler sostenere che, in rapporto alla qualità dei fatti umani, non disponiamo di qualcosa come la ricerca scientifica e che è *per questo* che è opportuna la discussione delle opinioni ponderate e dunque in particolare di quelle ponderate per tutto il lungo arco di tempo in cui sono state tramandate. Si tratta di una buona risposta, ma può essere raddoppiata da un'altra, che è ancora migliore.

In nuce, il punto è questo: in relazione ai fatti umani, le opinioni autorevoli tramandate non sono solo punti di vista su di essi, ma sono entrate a farne parte. Consideriamo ancora una volta l'esempio dato dalla regola *Pacta sunt servanda*: tale regola esprime la qualità di molti dei rapporti in cui si stringe un patto, dà cioè voce a un'obbligazione o a una implicazione deontologica di molti di quei rapporti; venendo tramandata è divenuta parte del processo attraverso cui ogni nuova

generazione viene ad apprendere che cos'è e che cosa comporta un patto; il modo in cui ci si comporta entro una relazione di patto dipende anche dall'aver incamerato quella regola durante la formazione (ad esempio, attraverso la fiaba dei fratelli Grimm intitolata: *Il principe ranocchio*)⁸⁵. Quando dunque si deve discernere la qualità morale di una situazione, uno dei cui tratti è che è stato stretto un patto, tener conto di quella regola non è come tener conto di un qualche punto di vista sulla cosa, magari interessante, ma comunque esterno ad essa; al contrario, è un modo diretto per cogliere quel tratto. Si potrebbe dire che il punto di vista espresso dalla regola ha operato nel costituirsi della situazione: ha forgiato le attese reciproche di coloro che hanno stretto il patto, per cui, tenerne conto è tener conto di un tratto della situazione⁸⁶.

La seconda osservazione, insomma, fa attenzione al fatto che per Vico, quanto è espressione della *vis veri*, non è solo una pretesa di verità che è ragionevole discutere per decidere se scartarla o meno, ma si incarna in fatti, creazioni storiche e istituzioni, cioè nei rapporti che costituiscono il comune mondo umano (cfr. p. 236). Le regole, dunque, illuminano l'esplorazione dei fatti perché sono una parte luminosa dei fatti stessi - e sono una parte luminosa perché sono già articolate nel linguaggio, a differenza delle altre parti, che attendono che sia il lavoro della deliberazione (cioè, della messa a fuoco) a dare loro il giusto nome.

24. *Leggere una regola "topicamente"*. - Come abbiamo detto, Niccolai non studia la tradizione topica come un interesse antiquario, bensì sulla base dell'idea che in essa sia custodito il senso più profondo secondo cui pensare il diritto. E pensato in questo senso, il diritto risulta non essere innanzitutto ed essenzialmente il contenuto di regole, norme, leggi o prescrizioni fissate da una qualche istanza (divina, umana, tradizionale ecc.), risulta non essere *ex regula*, bensì *ex facto*, cioè risulta nascere dal lavoro di attento discernimento delle situazioni in cui consiste l'opera della *prudenzia* nel suo significato più antico. Ma allora le regole tramandate nascono esse stesse come messa in parole di analoghi tentativi di discernere il senso pratico o la qualità di situazioni, cioè, sono esse stesse analoghe espressioni di questa *vis veri* (nel doppio senso chiarito nel paragrafo precedente)⁸⁷. Ed è per questo che meritano di essere prese nella giusta considerazione, appunto perché, articolando il senso delle situazioni a cui sono originariamente legate, gettano luce sulla situazione più o meno simile (giacché è pur sempre una situazione che appartiene

⁸⁵ Cfr. J. e W. Grimm, *Tutte le fiabe. Prima edizione integrale 1812-1815*, tr. it. di C. Miglio, Donzelli, Roma 2015, pp. 17-20.

⁸⁶ Scrive Niccolai: «il mondo esiste [≠ è conoscibile] grazie alla *mediazione* dell'uomo, e, nelle sue qualità [che sono il tratto caratteristico dei fatti umani], dipende dalla *qualità di quella mediazione*, dal tipo di impegno di cui è portatrice» (p. 365).

⁸⁷ Ogni regola è da intendere, secondo la tradizione topica, come la «formulazione rappresentativa di una esperienza pregressa», secondo la felice espressione del romanista Carlo Beduschi citata da Niccolai (p. 283).

al mondo umano) che è ora in questione e che chiede di essere messa equamente a fuoco. Resta però da affrontare l'altra domanda formulata alla fine del paragrafo 22, ossia quella che chiede quale sia il modo appropriato di prendere in considerazione le regole tramandate, per affrontare la concreta e particolare situazione in questione, affinché quelle gettino luce su questa. La risposta custodita e praticata dalla tradizione topica si può sintetizzare così: occorre considerarle in maniera topico-dialettica. Vorrei ora riprendere alcuni delle analisi offerte da Niccolai per chiarire questa risposta, cominciando dal riferimento alla topica, per poi arrivare a quello alla dialettica.

Che cosa significhi considerare le regole come topoi e dunque usarle topicamente si può comprendere ragionando a partire da due premesse. La prima formula quella che abbiamo visto essere la natura stessa di una regola: è la messa in parola del risultato di un discernimento della qualità di un certo grappolo di situazioni simili (ad esempio, nel caso di *In dubio, pro reo*, le situazioni in cui non vi sono argomenti dirimenti contro l'imputato). La seconda premessa è una tesi generale di semantica e dice che il significato determinato degli enunciati non è afferrabile se questi vengono separati dai loro contesti d'uso e in particolare da ciò a cui fanno riferimento. Insomma, che cosa un enunciato dice del mondo non è davvero afferrabile guardando al solo enunciato, mentre diventa afferrabile (per come può diventarlo, cioè mai in maniera del tutto univoca) solo se quell'enunciato non è separato da un riferimento alle esperienze che porta a parola (cfr. ad esempio, p. 332)⁸⁸. Ebbene, da queste due premesse deriva che una regola tramandata può essere compresa solo se non viene separata dal riferimento al tipo di esperienze dal discernimento delle quali è nata⁸⁹. In un confronto con alcune analisi offerte dal romanista Carlo Beduschi (a cui appartengono le parole tra virgolette), Niccolai scrive:

⁸⁸ La teoria semantica sottesa alla tradizione topica corrisponde ad alcune delle posizioni difese da linguisti o filosofi del linguaggio contemporanei, ad esempio alla teoria difesa da Patrizia Violi, *Significato ed esperienza*, Bompiani, Milano 2001; vista però l'importanza che Niccolai attribuisce al femminismo italiano del simbolico come luogo in cui sono elaborate idee ed esperienze simili a quelle coltivate nella tradizione topica (cfr. pp. 946-953), può essere interessante ricordare come un'idea del significato vicina a quella appena evocata sia stata sviluppata da Luisa Muraro: secondo Muraro, il significato di un'esperienza non può mai essere interamente catturato da un discorso afferrabile senza riferirsi a quell'esperienza, come invece si suppone e si cerca di realizzare là dove è dominante ciò che lei chiama "regime ipermetaforico"; piuttosto, il significato dei discorsi è afferrabile se non sono separati dalle esperienze, come riconosce quello che lei chiama il "regime metonimico"; cfr. L. Muraro, *Maglia o uncinetto. Racconto linguistico-politico sulla inimicizia tra metafora e metonimia*, Manifestolibri, Roma 1998. Quella strategia argomentativo-euristica che Niccolai chiama "analogia classica" (su cui torneremo tra poco) realizza un movimento di tipo metonimico.

⁸⁹ Scrive Niccolai, per esplicitare un insegnamento che riceviamo dalla brocardia, ma che è custodito da tutta la tradizione topica: «il senso della regola, per essere capito e precisato, richiede di essere rapportato alle cose, e questa operazione chiama in causa l'attività mentale di un soggetto che compara, che individua somiglianze e differenze tra situazioni» (p. 58).

Le parole di cui è costruita una regola sono forme di un rapporto, di «rinvio selettivo, attraverso il dato linguistico, a complessi di esperienza, a relazioni», le quali hanno a loro volta «una dimensione logica», in quanto «costituiscono il tessuto dell'esperienza e sono lo strumento ordinario con cui si prende posizione sulla realtà»: «nel rapporto tra parola e realtà la parola fornisce indicazioni che condizionano l'approccio con la realtà, ma che non possono surrogarla sul piano conoscitivo; al tempo stesso la realtà, per il fatto di venire ricondotta alle parole, si incorpora in esse e ne condiziona il contenuto significativo» (p. 277).

Si noti che quanto detto non vale solo per le *regulae iuris*, bensì per qualunque regola, anche per quelle che vorrebbero, grazie alla loro formulazione “rigorosa”, contenere in sé anche il loro criterio di applicazione (è il miraggio della «norma autosufficiente che da sola riesce a qualificare un fatto», p. 281): come ci ha insegnato Wittgenstein (cfr. *supra* § 4), neppure le regole della matematica hanno in sé il loro criterio di applicazione, neppure del segno di una freccia (→) possiamo stabilire, solo guardandolo, che lo si debba seguire proseguendo nella linea che parte dall'angolo esterno e non da quella che si diparte dall'angolo interno⁹⁰. Le *regulae iuris*, però, hanno la virtù di non occultare come il loro significato sia afferrabile solo se non vengono isolate dalle situazioni in riferimento alle quali sono state elaborate: come abbiamo visto (cfr. *supra* § 12), la loro stessa raccolta non sistematica nell'ultimo libro del Digesto, per non parlare delle “regole sparse”, ci ricorda con forza che nessun ordine sistematico o assiomatico potrebbe fornire qualcosa come un algoritmo di applicazione: per rifarsi a tali regole è del tutto chiaro che le si deve saper interpretare alla luce dei casi e delle controversie cui sono legate (cfr. p. 281). Più esattamente, non è che sia “del tutto chiaro” in generale, ma è del tutto chiaro alla tradizione topica: è una verità *generale* sulle regole, che la tradizione topica ha saputo custodire.

In questo senso, Giuliani si sofferma sull'adagio di Giavoleno, *Omnis definitio in iure civili periculosa est*, e, come spiega Niccolai, vi «vede espressa la consapevolezza che “una lingua giuridica non può esistere indipendentemente da una comunità giuridica e spirituale, perché il diritto si trasmette attraverso l'eredità dello spirito”. [...] *Omnis definitio*, dunque, non ammonisce contro le definizioni, necessarie al lavoro del giurista, ma contro le pretese di purificazione del linguaggio normativo e delle sue categorie dal mondo storico dei valori, in cui si svolge la vita umana, e di cui il linguaggio è portatore» (p. 312).

Tra gli esempi di lettura topica di una regola che si trovano nel libro di Niccolai, vorrei ricordare quello attraverso cui si svela l'assurdità di un certo modo di connettere le due seguenti regole: *Res divinae nullius sunt* (“le cose divine, cioè i beni sacri, non appartengono a nessuno”) e *Quod nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur* (“Ciò che non appartiene a nessuno, per legge naturale, è concesso a chi se ne appropria”) (cfr. pp. 40-41). La congiunzione astratta di queste

⁹⁰ Cfr. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, op. cit., § 85, pp. 56-57 e § 454, p. 174

due regole potrebbe portare a credere che le cose sacre appartengano legittimamente a chi se ne appropria, ma la lettura topica impedisce questa inferenza ricordando che le cose divine non appartengono a nessuno appunto perché appartengono a Dio e poiché un uomo non è Dio, non può affatto appropriarsene. La lettura topica offre questo chiarimento, senza bisogno di correggere o circoscrivere la seconda regola (ad esempio dicendo: “Ciò che non appartiene a nessun *uomo* e dunque fatta eccezione per ciò che appartiene a Dio, ecc. ecc.”) in modo che, in seguito, possa essere applicata “automaticamente” (a meno che non sia da circoscrivere ulteriormente). La lettura topica non è una correzione di formule troppo generiche, al fine di renderle formule appropriatamente specifiche, bensì, è un saperci fare con le regole generiche, cioè poi con qualunque regola, visto che, lo abbiamo visto nella prima parte, nessuna regola, per quanto specifica, potrebbe escludere di dover essere ancora circoscritta e specificata di fronte a una qualche differenza moralmente rilevante che, al momento della sua formulazione, non era presente alla coscienza. La lettura topica lascia cadere il miraggio di una regola che ha previsto tutte le possibili complicazioni e dunque si applica da sé⁹¹: piuttosto riconosce che qualunque regola ricevuta debba essere interpretata alla luce dell’esperienza, sia dell’esperienza dal tentativo di leggere equamente la quale quella regola è nata, sia anche alla luce dell’esperienza che ora si cerca di discernere, cioè in cui ora si cerca, non già di applicare correttamente la regola, bensì di agire equamente⁹².

Ma, ancora, la lettura topica non si limita a dire che qualunque regola ereditata va letta, interpretata e applicata esercitando la prudenza (cioè, ponendo la misura ultima nello *ius quod est*, nell’equità della cosa), ma aggiunge che tale *interpretatio* prudente, ossia compiuta secondo equità, non va necessariamente intesa come una specificazione o una circoscrizione della regola di partenza. Torneremo tra poco su questo punto, ragionando sul problema delle eccezioni (§ 31). Per il momento, attestiamoci su quanto appena rilevato: la lettura topica delle regole è un saperci fare con la genericità che appartiene alle regole, un saperci fare grazie a cui tale genericità non paralizza la deliberazione, perché è controbilanciata dal riferimento prudenziale all’esperienza, all’esperienza da cui la regola nasce e a quella in cui, ora, alla regola ci si richiama. Nel lavoro in cui consiste l’*interpretatio* secondo equità, insomma, le regole sono ausili «nella ricerca della soluzione del caso, vale a dire

⁹¹ Si noti che questo sogno o miraggio non è tale *solo* in riferimento all’ambito delle cose umane. Che nella scienza applicata, ad esempio nella costruzione di un laser, si proceda seguendo una procedura algoritmica, i cui passaggi siano dedotti dalla teoria fisica generale, è solo un’immagine: questa è perlomeno la tesi difesa da H. Collins, *Changing Order. Replication and Induction in Scientific Practice*, SAGE Publications, London 1985, in particolare pp. 51-78.

⁹² Citando ancora Giuliani, Niccolai scrive: «ci si “rivela l’esigenza insopprimibile di riferirci costantemente all’agire umano nell’interpretare il diritto, per quanto perfetta e razionale possa essere la costruzione logica di un sistema e la geometria delle norme: *interpretare è un fatto tipicamente umano e spirituale*”» (p. 302).

[nella ricerca] del “precedente giusto e opportuno”, qualificanti un modo di giudicare che confida nell’esperienza di chi ci ha preceduto, pur non rimettendosi acriticamente ad essa, perché chiamato, d’altronde, a rispondere a un fatto, che richiede ogni volta di essere visto per quello che è» (p. 355).

A proposito di come vengono intese le regole quando sono ancorate a una «logica topica», ossia quando sono trattate con il “saperci fare” appena evocato, si legga quest’ultima importante precisazione che Niccolai ricava da Pescatore e in cui inserisco una numerazione:

(1) le regole hanno ciascuna un suo ambito, (2) non possono essere separate l’una dall’altra, (3) hanno valore solo orientativo, (4) devono essere comprese nella cornice delle fonti e (5) insieme al caso che è da giudicare (p. 212).

Le pagine precedenti forniscono un commento a ciascuno di questi motivi, tranne il numero 2, che però è essenziale: poiché la situazione su cui si sta riflettendo e deliberando, nella misura in cui è una situazione concreta e particolare, richiamerà di più certe regole che certe altre (sarà cioè più simile ai casi da cui traggono origine alcune regole piuttosto che ai casi da cui traggono origine altre), allora si dovranno privilegiare queste regole, ma senza isolarle dalle altre, le si dovrà mettere al centro dell’attenzione, ma lasciando le altre sullo sfondo *da cui potranno essere richiamate* in caso di bisogno, cioè nel caso in cui, ragionando sul caso in questione, emergano analogie inaspettate con altri casi.

25. *Distinzione dialettiche, dispute, analogia.* – Per Niccolai e la tradizione di cui si fa erede, le regole illuminano il lavoro di *interpretatio* secondo equità della situazione in questione, non solo se vengono considerate topicamente, cioè non isolandole dall’esperienza ecc., ma anche se vengono lavorate dialetticamente. La dialettica in questione non è la *logica dell’apparenza* di kantiana memoria, ma è una logica del vero, come lo sono quella di Platone e quella di Hegel, tuttavia, questa dialettica è strumento della ricerca della verità e della *vis verū* in un senso irriducibile (perché non dimostrativo) sia a quello platonico, sia a quello hegeliano. Si tratta di un senso che trae origine da Aristotele (cfr. pp. 82, 330), il quale, come è noto, tratta della dialettica (nei *Topici*) innanzitutto come della logica delle discussioni (dove cioè si tratta di avere, onestamente, ragione dell’avversario nell’interlocuzione), ma ammette che, in quanto «esaminatrice» possa essere impiegata anche nella ricerca della verità (cfr. *Topica* I 2, 101a 25 - b 4) e di fatto lui la impiega così in molte delle sue opere, *in primis* in quelle dedicate alle cose umane, dove serve per stabilire delle tesi attraverso la discussione delle opinioni autorevoli (opinioni serie e ponderate, denominate *endoxa* e, ovviamente, appartenenti al genere dei *legomena*, dei discorsi), ma senza dimenticare di prendere in considerazione anche

le esperienze e i *phainomena*⁹³. È una dialettica di questo tipo, una «ars inveniendi» (p. 65) capace di verità e che si dispiega esaminando opinioni significative, ma che sa considerare anche esperienze e percezioni, quella che la tradizione dell'*interpretatio* secondo equità attribuisce alla scienza giuridica, ma che sarebbe in qualche modo all'opera anche nel lavoro di discernimento che è compiuto, con più o meno qualità e attenzione, da qualunque soggetto pratico (cfr. p. 252n, 369, 377).

Attraverso questo riferimento alla dialettica, la tradizione topica delle *regulae* mette in evidenza innanzitutto tre aspetti del lavoro di discernimento e *interpretatio*: il primo è dato dall'importanza che in questo lavoro ha «l'arte di saper fare distinzioni nel discorso» (p. 358), il secondo riguarda il ruolo delle dispute o controversie e il terzo riguarda l'uso del ragionamento analogico.

Quanto al primo aspetto, Nicolai spiega come sia stato motivo della ripetuta critica alla tradizione topica secondo cui si perderebbe a cavillare su antichi testi romani (cfr. ad esempio p. 247, dove viene ricordata la diffidenza in proposito, di Hume e di Cartesio). Ma il senso più profondo della distinzione dei termini è quello di cui abbiamo trovato un esempio nella discussione della locuzione “*res nullius*”, le cose senza proprietario, discussione che Nicolai, citando anche Giuliani, commenta così:

L'esempio delle *res nullius* implica «la consapevolezza [che] un fatto può essere simile a un altro per una circostanza, per un'altra no», e richiama un procedimento di analisi dialettico, nel senso di capace di fare distinzioni concettuali perché impegnato nell'esame delle cose per come si presentano: «Il dialettico perviene a identificare [le circostanze] rilevanti, e proprio la considerazione degli elementi circostanziali rende impossibile la frattura, a noi familiare, tra fatto e diritto» (p. 45).

Le distinzioni dialettiche o *diaretiche*, dunque, non meritano di essere equiparate a sofisticherie e cavilli, ma solo in quanto siano prodotte all'interno di una ricerca animata dalla *vis veri*, che trattenga dall'«abuso della distinzione di significati» (p. 328):

le tecniche dialettiche [...] sorgevano dalla consapevolezza che la varietà dell'esperienza sensibile (delle cose) è tale da sormontare sempre le risorse della lingua, che perciò può sforzarsi di ricercare la corrispondenza con le cose, ma non può conquistarla in modo definitivo e tuttavia compie, nello sforzo di mettere in rapporto le parole e le cose, un'opera del vero, in quanto è orientata alla verità. Ma togliendo la *vis veri*, in quanto idea innata, della *diæresis* rimaneva solo un complesso di artifici, mistificatori e soprattutto vani (p. 247).

Quanto al secondo aspetto, il ruolo delle controversie, mi limiterò ad osservare due cose. Innanzitutto, che l'opinione dell'altro è qui ritenuta meritevole di

⁹³ Mi permetto di rinviare nuovamente al mio libro *L'esperienza etica. Per una filosofia delle cose umane*, op. cit., in particolare pp. 93-160 dove è discussa anche la più importante letteratura in proposito.

discussione in quanto è supposta animata da un impegno di verità e non il prodotto di un puro arbitrio: merita attenzione in quanto, se è seria, potrebbe apparirvi «un *argumentum veritatis*» (p. 34). In secondo luogo, che se la controversia ha valore in quanto luogo di scoperta e di verità, questo valore si riferisce in particolare alla sua capacità di essere luogo in cui si mettono a fuoco gli elementi rilevanti della situazione in questione (cfr. pp. 328, 418): le diverse parti, infatti, rimarcano aspetti differenti della situazione e dal confronto è possibile giudicare in maniera ponderata quali siano rilevanti e quali no o come comporre quelli rilevanti.

Il terzo aspetto, il ruolo dell'analogia, è particolarmente interessante e Niccolai ci si sofferma a più riprese, soprattutto per distinguere il tipo di ragionamento analogico privilegiato nella tradizione topica delle *regulae* rispetto alla «analogia in senso moderno» (pp. 45, 394)⁹⁴. Questa distinzione, propongo di metterla a fuoco nel modo seguente.

Il punto di partenza non può che essere l'elemento che accomuna le due diverse forme di analogia, cioè l'intenzione di rendere possibile una «*extensio ad similia*» (pp. 395, 397). Ma estensione di che cosa? La risposta che possa valere per entrambe le analogie deve essere molto generale ed è grosso modo questa: il trattamento equo della tal situazione. L'analogia, in generale, promette di rendere possibile un'estensione di tale trattamento equo anche ad altri casi, che sono appunto simili al caso di partenza. Questa determinazione generalissima dell'analogia si specifica o declina diversamente nel caso dell'analogia classica o argomentativa e nel caso dell'analogia moderna. Conviene cominciare da questa seconda perché ingombra il nostro sguardo e ci impedisce di riconoscere la specificità della prima.

La concezione moderna dell'analogia parte dalla premessa secondo cui il trattamento equo di una situazione deriva dalla riuscita sussunzione di tale situazione sotto una regola. Impiegando il vocabolario che abbiamo introdotto fin dalla prima parte di questo scritto, possiamo riformulare il punto nel modo seguente: si può pretendere di aver giudicato equamente una situazione, qualora si possa pretendere che tale situazione corrisponde perfettamente alla fattispecie disciplinata da una regola (cioè, la configurazione di tutte le qualità moralmente rilevanti di quella situazione corrisponde a quella fattispecie) e il giudizio è l'applicazione di tale regola.

Data questa premessa, è chiaro che, se si presentasse un'altra situazione che avesse però la stessa forma morale della prima, cioè, esemplificasse la stessa fattispecie giuridica esemplificata dalla prima, questa seconda situazione sarebbe da giudicare come è stata giudicata la prima. È questo un esempio di *extensio ad similia*? In un senso molto generale sì: le due situazioni considerate sono

⁹⁴ Pur non entrando in questo problema di carattere storico, osservo come Niccolai trovi delle anticipazioni premoderne di questo senso moderno, ad esempio presso il giurista medioevale Azzone da Bologna: cfr. p. 404.

numericamente distinte e potrebbero anche differire per altre loro qualità *non* moralmente rilevanti, ma dal punto di vista giuridico-morale sono simili, *anzi*, sono *identiche* (hanno infatti, per ipotesi, la stessa forma morale)!

È chiaro, comunque, che l'analogia moderna non può prevedere solo questo caso banale (cioè, quello in cui una regola che definisce una fattispecie si estende a tutti i fatti la cui forma morale sia identica a quella fattispecie). Ne prevede infatti anche un altro, quello in cui una norma che definisce una certa fattispecie viene estesa, previa ricalibratura, ad altre fattispecie. Ma a quali? A quelle che condividano con la prima una stessa *ratio* (la «ratio delle norme», p. 45n). L'idea insomma è che una regola, tanto più una regola specifica, disciplina una fattispecie sulla base di qualche principio più generale, per cui, se si fa leva su tale principio (la *ratio* della norma), diventa possibile definire e disciplinare altre fattispecie (cioè, generare nuove norme): queste altre fattispecie saranno simili alla prima nel senso di dipendere dallo stesso principio più generale. L'analogia moderna è dunque una dinamica normo-genetica (cfr. p. 396) che presuppone una gerarchia sistematica tra norme più specifiche e norme più generali (i principi che esprimono la *ratio* delle norme specifiche).

Si tratta di una teoria molto elegante, ma resta da vedere se sia realista, cioè fedele all'esperienza, o sia un sistema di postulati. Per la tradizione topica delle *regulae iuris*, questo elegante modello non è fedele all'esperienza, dove è invece all'opera tutt'altro tipo di movimento analogico.

La premessa, in questo caso, è che il giudizio equo su una situazione può non essere, e spesso non è, la sua sussunzione sotto una regola data ma, in ogni caso, deriva *sempre* da un esame della situazione, alla luce delle regole date, ma essendo pronti a “fare delle eccezioni” (dopo correggerò questa locuzione) per essere giusti con tale situazione. Il movimento analogico sarà dunque dalla situazione particolare data (e di cui si cerca l'equità che racchiude) ad altre situazioni particolari in rapporto alle quali si dispone già di una messa a fuoco della loro equità, una messa a fuoco che è espressa in una delle regole tramandate⁹⁵. L'analogia classica è insomma un «*argumentum a similibus*» (p. 396n), un «passaggio dal particolare al particolare» (p. 408), mediato dal riferimento a regole, ma appunto in quanto tali regole sono comprese topicamente, cioè in riferimento ai casi particolari che sanno mettere a fuoco e illuminare⁹⁶. Le regole gettano luce sul caso in questione in quanto

⁹⁵ Data la ricostruzione che ho offerto nel testo, ritengo erronea la descrizione dell'analogia antica offerta da Piano Mortari e riportata da Niccolai (p. 45n), secondo cui tale analogia «offriva la possibilità di argomentare da una fattispecie particolare a un'altra simile».

⁹⁶ Scrive Niccolai: «Giuliani [...] offre] rilievi sempre molto attenti a far risaltare che, nell'*interpretatio* secondo equità, l'oggetto dell'interpretazione è il fatto; che è sulla somiglianza tra i fatti che verte l'analogia “classica”; che questa è interessata non alla *similaris ratio* tra le norme ma alla *similaris qualitas* tra i fatti, in quanto è volta non a realizzare uniformità e prevedibilità, ma equità, e pertanto è sensibile all'eccezione (si tratta in ultima analisi di rendere a ogni fatto la giusta attenzione, e per tal via fare ad esso giustizia)» (p. 408).

innanzitutto illuminano i casi da cui sono state *indotte*⁹⁷, ma data la somiglianza e dunque vicinanza tra quei casi e questo, allora quella luce raggiunge anche questo e ne mostra qualche aspetto, facilitando il discernimento di somiglianze e differenze, alla ricerca dei tratti moralmente rilevanti.

II.v Implicazioni notevoli sulla coralità della ragione, la continuità della storia e il problema delle eccezioni

26. *Una domanda per Silvia Niccolai.* – Abbiamo lavorato a ridosso della ricostruzione offerta da Niccolai della tradizione topica delle *regulae iuris*: questa ricostruzione è animata dall'idea che in quella tradizione siano custodite e coltivate delle verità generali, innanzitutto, su quel fatto umano che è il diritto e sui suoi principi, ma, seguendo le implicazioni, anche sulla realtà del mondo umano, sui principi della convivenza e sulla dinamica dell'esperienza pratica, quell'esperienza che, quando riflette su di sé, si ordina intorno alla domanda: “come sarebbe meglio agire nella situazione in cui mi trovo?” e dunque si dispiega come una deliberazione morale. Questa deliberazione ci è apparsa, alla luce del libro di Niccolai, come consistente in una *interpretatio* secondo equità della situazione volta a volta presente, in cui le regole sono ausili nello sforzo di discernere e poi comporre le qualità moralmente rilevanti di tale situazione. Si noti che le regole svolgono questo ruolo di ausili, non semplicemente essendo *utili*, bensì essendo *indispensabili*: soffermiamoci ancora un momento su questo punto.

Perché le regole sono letteralmente indispensabili, cioè non è possibile fare a meno di considerarle? Innanzitutto, perché custodiscono un lavoro sulle esperienze umane che, informando l'agire, è giunto a determinare (anche se non come unico fattore) le forme dei rapporti che costituiscono il mondo umano, cioè le forme che si tratta di discernere per poter rispondere equamente alle situazioni in cui ci si trova. Questa è la ragione *ontologica* della loro indispensabilità (cfr. *supra* § 23). Vi è anche una ragione epistemologica che merita di essere chiarita. Nel paragrafo 23, la considerazione epistemologica consentiva solo di mostrare sia l'*utilità* di non tralasciare le regole (sono opinioni ponderate e serie, espressive dello sforzo di verità, quindi è probabile che contengano in sé delle verità che *conviene* raccogliere), sia la *doverosità* di non tralasciarle (non sarebbe giusto o equo non prestare nessun ascolto e quindi misconoscere queste voci che ci raggiungono dal passato), ma si potrebbe aggiungere che è impossibile non tenerle in *nessuna* considerazione. Il motivo è che la somma di esperienze «lungamente sperimentat[e]» (p. 235) che si è depositata nelle regole tramandate e che noi ereditiamo dal passato non si esprime solo in quelle regole ma è giunta a risuonare anche altrove, ad esempio nelle fiabe, ma infine pure in alcune delle *parole* stesse

⁹⁷ L'induzione qui in questione è l'*epagoghé* aristotelica (cfr. p. 49n), che coglie la forma in un particolare, non ciò che astrattamente accomuna più particolari; cfr. pp. 46n, 47-52.

che usiamo per rendere conto della nostra esperienza (cfr. pp. 158, 256). Se dunque non ci si riferisce solo alle *regulae iuris* in senso stretto, bensì al sapere che si è depositato in esse, ma anche altrove, ad esempio nei significati di alcune delle parole che usiamo, allora si può capire in che senso ho affermato che è *impossibile* non tenere quel sapere in alcuna considerazione: di fatto tale sapere è sempre all'opera, perlomeno attraverso il linguaggio ereditato.

A questo punto, si impone la seguente domanda: le regole tramandate in cui si esprime questa esperienza lungamente sperimentata sono proprio le *regulae iuris*, oppure le osservazioni appena fatte valgono in generale per le regole venerande di qualunque cultura e le *regulae iuris* sono “solo” le regole venerande della nostra? Detto altrimenti, si sta qui forse sostenendo che qualunque essere umano, anche uno cresciuto in una cultura lontana nel tempo e nello spazio, quando cerca di interpretare secondo equità la situazione in cui si trova, non può che cercare lumi (nel modo che abbiamo chiarito: topico, analogico e dialettico) nel patrimonio di regole tramandato e le regole di tale patrimonio sono contenutisticamente molto simili a quelle che noi possiamo trovare nel Digesto? Se la risposta fosse affermativa, l'idea sottostante sarebbe che l'intelligenza che ha colto l'equità racchiusa in alcuni fatti umani comuni, nel modo espresso nelle *regulae iuris*, sarebbe simile all'intelligenza operante in altri luoghi e tempi, che, riflettendo su fatti simili a quelli, non potrebbe che essere giunta a risposte simili e le avrebbe espresse nelle “regole” tramandate in quei luoghi e tempi. Ma la risposta alla domanda formulata poc'anzi potrebbe anche essere negativa, infatti, è pure possibile che si stia qui sostenendo solo che qualunque essere umano, anche uno cresciuto in una cultura lontana nel tempo e nello spazio, quando cerca di interpretare secondo equità la situazione in cui si trova, non può che cercare lumi (nel modo che abbiamo chiarito: topico, analogico e dialettico) nel patrimonio di regole che gli è stato tramandato e che potrebbe anche essere contenutisticamente molto diverso dalla tradizione delle *regulae iuris*.

È una domanda che bisogna rivolgere a Silvia Niccolai. Per me è già molto impegnativo rispondere prendendo la seconda via, ma azzarderei che Niccolai vorrebbe spingersi fino alla prima. La verità della prima opzione, comunque, non si può provare con argomenti filosofici (non basta ad esempio dire che anche nei luoghi più lontani nello spazio e nel tempo, troviamo sempre esseri umani con i loro bisogni simili, infatti questa somiglianza non è una ragione sufficiente per convalidare l'ipotesi che tali uomini abbiano dato vita a convivenze articolate in maniere molto simili, cioè articolate intorno ad alcune tipologie di rapporto che sarebbero molto simili alle nostre e che dunque racchiuderebbero equità simili ecc.). Per provare la verità della prima opzione, occorrerebbe invece un'indagine tra la storia e l'antropologia culturale, capace di operare comparazioni tra i complessi di regole tramandati nelle diverse culture. Di una simile indagine, l'unica traccia che ho trovato nel libro di Niccolai risiede nelle pagine in cui lei mostra,

appoggiandosi innanzitutto agli studi di Bruno Snell, come idee simili a quelle articolate nelle *regulae iuris* si trovino anche nelle più antiche massime di saggezza della Grecia antica (pp. 73-77): non si tratta, comunque, di una comparazione sufficiente giacché è anzi probabile che proprio quelle massime, attraverso i rapporti storici tra la Grecia e Roma, abbiano influenzato il lavoro dei giureconsulti romani, cioè abbiano funzionato come lo sfondo di regole tramandate, alla luce delle quali quei giureconsulti hanno tentato di cogliere l'equità racchiusa nei fatti che avevano di fronte, quell'equità che poi hanno espresso nelle *regulae iuris*.

Riformulo il punto in maniera ancor più generale. Scrivendo il suo *studio sulle regulae iuris*, Nicolai può aver fatto una di queste tre cose, visto che di certo non ha semplicemente prodotto un libro di storia del diritto:

- a. ha seguito le tracce della tradizione topica delle *regulae iuris* per rivelarci la verità più profonda sul senso del diritto nella *nostra* cultura; ci ha mostrato qual è la dinamica profonda (lottando con gli auto-fraintendimenti di origine moderna) dell'esperienza giuridica e, più in generale, dell'esperienza pratica, *quali si configurano nella nostra cultura* (dove i confini della nostra cultura sono grosso modo i confini dell'influenza del diritto romano).
- b. Ha seguito le tracce della tradizione topica delle *regulae iuris* per rivelarci la verità più profonda sul senso del diritto e della vita pratica *umani*. Lo ha fatto ricavando i suoi esempi dalla nostra cultura, per cui le sue tesi generali possono dover essere un poco riviste affinché non siano troppo condizionate da tali esempi, ma sostanzialmente la tesi secondo cui ci chiediamo come sarebbe meglio agire e per tentare di rispondere cerchiamo di stare all'altezza della complessità morale delle situazioni e per mettere a fuoco tale complessità ragioniamo *a similibus* ecc., ecco, questa tesi pretende di valere per noi *esseri umani*, non solo per noi eredi del diritto romano.
- c. Ha seguito le tracce della tradizione topica delle *regulae iuris* per rivelarci la verità più profonda sul senso del diritto e della vita pratica umani ma, in proposito, non solo sostiene la tesi appena evocata in "b", ma aggiunge pure che lo sfondo di regole alla luce del quale gli esseri umani delle varie epoche e società cercano l'equità è grosso modo lo stesso da un punto di vista contenutistico (non perché derivi da un'unica fonte, ma perché nei vari luoghi e tempi si è giunti grosso modo alle stesse conclusioni pratiche).

Personalmente, io ho letto il libro di Nicolai nel modo indicato dall'opzione "b", ma forse lei vorrà cogliere l'occasione di questo simposio per esplicitare il suo proprio intendimento del suo libro.

Ad ogni modo, e proseguendo ancora con il mio tipo di lettura del libro di Nicolai, vorrei ora esplicitare tre implicazioni notevoli del resoconto dell'esperienza pratico-morale che tale libro offre e che io ho ripreso, per l'essenziale, nelle pagine precedenti. La prima riguarda la ragione, la seconda

riguarda la storia, mentre la terza è relativa al problema che stava al centro anche del dibattito tra Nussbaum e Putnam, il problema delle eccezioni alle regole.

27. *L'opera della ragione come opera corale.* - Abbiamo visto come la dicotomia tra fatti e valori, che ostacola così potentemente l'autocomprensione della vita pratica e che ha anche effetti pratici deformanti, si radichi sulla separazione tra mente e mondo o tra pensiero e realtà, ma quest'ultima è strettamente solidale con la separazione tra l'io e gli altri. Uno dei modi più radicali di decostruire quest'ultima separazione consiste nel mostrare che quell'io non potrebbe realizzare le sue prestazioni peculiari se non fosse originariamente coinvolto in uno spazio intersoggettivo o, più precisamente, sociale, uno spazio cioè caratterizzato da interazioni intersoggettive, mediate da un'istanza terza (essenzialmente, si tratta del luogo in cui sono apparecchiate le condizioni grazie a cui esiste ed è tramandato un linguaggio e un tessuto di forme di rapporti entro cui si realizzano, differenziandosi, le interazioni)⁹⁸. Ebbene, la tradizione delle *regulae iuris* ci consegna un'immagine delle prestazioni pratiche dell'io che rende del tutto evidente come non possano essere realizzate da un soggetto solipsisticamente inteso. Mostrerò la presenza degli altri nel cuore stesso dell'esperienza pratica del soggetto, quale appare nella tradizione topica, attraverso tre osservazioni, dalla più semplice alla più profonda.

La prima osservazione si limita a ricordare che se, nella deliberazione pratica volta a individuare i tratti moralmente rilevanti della situazione data, giocano un importante ruolo di luoghi di verità le controversie, allora è chiaro che quella deliberazione non può essere innanzitutto una prestazione che si realizza in solitaria.

La seconda osservazione va più a fondo e ricorda che non sono solo quegli altri con cui il soggetto può dibattere o dare vita a un contraddittorio, che entrano nella sua riflessione deliberativa: nella misura in cui tale riflessione prende in considerazione regole, per comprendere le quali è necessario non separarle dalle esperienze che elaborano, ecco che ci si trova a confronto con l'opera delle generazioni precedenti, che hanno distillato quelle regole e le hanno tramandate, reinterpretandole, fraintendendole e riscoprendole. È questo un modo per dire che la deliberazione pratica non può essere compiuta senza memoria, senza una memoria che vada oltre le esperienze del singolo e porti in sé le esperienze altrui, dunque la memoria sociale (cfr. pp. 28, 147, 230n). Ed è molto interessante che la tradizione topica delle *regulae* ci insegna ancora una cosa sul nostro rapporto a tale memoria, cioè che si tratta davvero di un rapporto vivo: le regole non si accendono e dunque non possono gettare luce se sono recepite come proposizioni che parlano da sé; come abbiamo visto, vanno connesse alle esperienze a cui si riferiscono: ma tale connessione non è solo, né innanzitutto l'opera di un erudito che conosca a

⁹⁸ Ho maggiormente approfondito questo tema nel già citato articolo: *Dalla relazione di riconoscimento all'eticità*, op. cit..

menadito il Digesto e il diritto romano; richiede piuttosto uno sguardo “from within”, da dentro il mondo umano (cfr. p. 309), cioè uno sguardo che vada incontro alla regola come all’opera di un altro essere umano e per questo non incomprensibile nelle sue ragioni (cfr. p. 306).

La terza osservazione è questa:

la ragione individuale non è sufficiente: la ragione umana non può avvicinarsi al vero e al giusto senza rapportarsi alle “approssimazioni” che di queste idee sono state realizzate nell’esperienza, quindi depositate nel linguaggio (p. 158).

Queste approssimazioni al giusto che si sono depositate nel linguaggio si sono anche realizzate nell’esperienza, cioè hanno contribuito a rimodellare il mondo umano: quegli stessi rapporti riguardo ai quali l’io si chiede come praticarli equamente, non solo coinvolgono altri (ad esempio, la persona con cui ho stretto un patto), ma incorporano anche forme che sono venute tessendosi lungo la storia degli umani tentativi di vivere equamente o, meglio, *di essere felici, ma senza essere iniqui verso gli altri e verso tutto ciò con cui si è in rapporti qualificati e riconoscibili*, cioè praticabili in maniera intenzionale⁹⁹. Insomma, un soggetto solipsisticamente inteso non potrebbe essere il soggetto di un’esperienza pratica, non solo e non tanto perché non saprebbe discernere le qualità della situazione in cui si trovasse, bensì perché non potrebbe trovarsi in una situazione umana qualificata.

28. *Contro una concezione deterministica della storia.* - Rispetto all’immagine di quel fatto umano che è il diritto e, più in generale, del vivere pratico, cioè del vivere nel comune mondo umano, che ci è consegnata dalla tradizione topica delle *regulae iuris*, quel che ora vorrei tentare di mettere a fuoco è il modo in cui in tale immagine è determinata la relazione tra la vita pratica e la storia. Detto altrimenti: che cosa implica quell’immagine, cioè quel resoconto, riguardo al problema di come pensare la storia? Nel porre questa domanda, uso la parola “storia” in un’accezione il meno impegnativa possibile: non indica però qualunque cambiamento che si verifica nel divenire temporale, bensì i cambiamenti di peso, quelli per cui variano i modi della convivenza umana. D’altronde non occorrerebbe aggiungere alcunché a quanto abbiamo già detto riguardo a quel resoconto della vita pratica, se volessimo solo spiegare come in tale resoconto viene intesa la relazione tra la vita pratica e i cambiamenti ordinari, infatti, la vita pratica è proprio ciò che continuamente passa per quei cambiamenti ordinari. Si può chiarire questo punto con un esempio: il resoconto quale l’abbiamo chiarito fino ad ora non ha nessuna difficoltà a riconoscere che un essere umano che si chiede come sia meglio agire

⁹⁹ Si può avere l’intenzione di partecipare ad un rapporto di un certo tipo (ad esempio, di coltivare un incontro come una *amicizia*), solo se si è in grado di riconoscere (a un qualche grado) tale tipo di rapporto (nell’esempio: se si ha una qualche idea di che cosa sia l’amicizia). Dunque che un’interazione abbia una forma o qualità e dunque una riconoscibilità fa sì che si possa avere l’intenzione di abitarla/parteciparvi/coltivarla intenzionalmente.

nella situazione data si trovi in una situazione qualitativamente diversa se passa da una situazione in cui le sue obbligazioni prevalenti sono quelle verso un suo progetto meditato o verso i suoi talenti a una situazione in cui tra le sue obbligazioni c'è anche quella verso un figlio appena nato o verso un genitore (o un caro amico) affetto da una grave malattia debilitante. I cambiamenti su cui ci interroghiamo quando ci interroghiamo sulla storia non sono cambiamenti come questi.

Più sopra (§ 15), abbiamo anticipato la “questione della storia” distinguendo due posizioni da cui Niccolai separa nettamente l'immagine della vita pratica custodita dalla tradizione topica delle *regulae*. Queste due posizioni le abbiamo chiamate “determinismo sociale” e “realismo sociale” (dove la parola “realismo” ricorre in un senso simile a quello che possiede nella locuzione “realismo politico” e dunque per indicare la richiesta di essere realisti, quando si delibera, rispetto ai cambiamenti sociali). Ciascuna di queste posizioni offre una sua risposta alla domanda sulla relazione tra la deliberazione giuridico-morale e la storia, ma, secondo Niccolai, tali risposte sono diverse da quella custodita nella tradizione topica delle *regulae*.

Nel libro di Niccolai non esiste una vera e propria formulazione e confutazione della posizione che ho chiamato “determinismo sociale”. Non mi propongo di sviluppare tale possibile confutazione, ma vorrei perlomeno distillare la tesi determinista e le opposte tesi anti-deterministe che appartengono alla tradizione topica delle *regulae*.

Per come l'abbiamo introdotto, il determinismo sociale non misconosce la prima e più importante tesi custodita dalla tradizione topica e cioè la tesi per cui l'agire umano risponde al senso che viene riconosciuto alle situazioni all'interno della riflessione deliberativa su di esse. (Non importa che molto spesso gli esseri umano rispondono alle situazioni sulla base di un senso o di una messa a fuoco ricevuta e poco meditata: questo è solo il grado più basso di impegno nel discernimento della qualità della situazione particolare in cui ci si trova). La tesi distintiva del determinismo sociale è che i quadri concettuali sullo sfondo dei quali gli esseri umani di un dato gruppo e di una data epoca mettono a fuoco il senso delle situazioni in cui si trovano e così definiscono le loro risposte pratiche sono quadri determinati da dinamiche che gli esseri umani non possono modificare.

Riformulo la stessa tesi. Il punto di partenza è l'idea forte della tradizione topica: i soggetti pratici sono impegnati a deliberare e determinare il modo equo di perseguire, nelle situazioni in cui si trovano, i loro fini e le loro immagini della felicità. La tesi distintiva del determinismo è che vi sono delle dinamiche storiche che fissano i limiti entro cui di fatto le deliberazioni si dispiegano e entro cui soltanto possono avere effetti le loro risoluzioni. Si noti che questi limiti non sono riconosciuti come tali, cioè come limitanti, dai soggetti pratici: vanno intesi come i limiti del campo visivo, che ovviamente non sono visibili.

Consideriamo la struttura logica della dinamica storica: ci sarà una causa (non importa quanto complessa) A che determina un effetto B che a sua volta ne

determinerà un altro C ecc.. L'idea del determinismo sociale è che a ciascuno di questi effetti, A, B, C, corrisponde un certo quadro concettuale o campo visivo entro il quale poi si svolgono le messe a fuoco delle situazioni e delle risposte pratiche ad esse. Le azioni e le comprensioni delle situazioni che accadono entro i limiti di A, però, condizioneranno i limiti fissati in B *solo entro i limiti di A*, ossia, semplificando un poco, non condizioneranno i limiti fissati in B che dipenderanno solo dai limiti fissati in A. Ciò che accade entro i limiti non ha la forza causale di introdurre scarti e biforcazioni nella dinamica sociale dominante (A>B>C). Questa è l'idea peculiare del determinismo sociale e comporta che i soggetti pratici siano come schermati riguardo alle vere dinamiche che condizionano le loro riflessioni e le loro risoluzioni: loro ragionano liberamente, ma entro un campo "visivo" che è fissato alle loro spalle.

Il determinismo sociale può essere negato in maniera più o meno radicale. La negazione meno radicale, che però è già una negazione, afferma che quel che accade entro i limiti di un quadro concettuale o campo visivo, cioè le messe a fuoco e le azioni elaborate sullo sfondo di quel quadro, può avere dei controeffetti inintenzionali imprevisi sulla dinamica generale. Quel che gli uomini pensano e fanno può avere degli effetti imprevisi sulla dinamica generale, anche se tali effetti non possono essere progettati intenzionalmente.

Una negazione più radicale del determinismo sociale sostiene invece che gli esseri umani possano anche riconoscere quella dinamica generale e dunque rispondere ad essa, non solo entro i limiti da essa fissati. Questo vuole ad esempio dire che può accadere che gli uomini mettano in questione i quadri concettuali ricevuti e dentro i quali si sono formati. La potenza trascendentale della mente, che si esprime anche nella *vis veri*, è una condizione di possibilità di messe in questione come quella appena evocata.

In generale, credo che il resoconto della vita morale che emerge dal libro di Nicolai possa far valere, contro il determinismo sociale, l'ontologia del mondo umano che sottende e che ho esplicitato sopra (§ 19 e 23), quella per cui le stesse *forme* dei rapporti in cui consiste il mondo umano dipendono *anche* da come i soggetti decidono di condurvisi e dunque da come sono giunti a ritenere che sarebbe *giusto* condurvisi (cfr. l'ultima citazione del § 19). Detto altrimenti: i quadri concettuali entro cui comincia una deliberazione possono essere raffinati e messi in questione da questa deliberazione nel suo tentativo di essere equa verso la situazione particolare cui ha da rispondere. Ma, non appena si ammette che c'è un controeffetto dell'agire umano sulle dinamiche che sembravano fissare i suoi margini di manovra (non percepiti come tali), allora si è già fuori dal determinismo.

29. *I limiti del campo visivo.* - Negare il determinismo sociale, comunque, non comporta negare che i quadri concettuali e i campi visivi entro cui pensiamo o quantomeno cominciamo a pensare prima di metterli in questione (e comunque,

anche quando li mettiamo in questione, lo facciamo sempre localmente: è sempre ancora sullo sfondo del linguaggio ricevuto che vengono messi in questione alcuni dei significati ricevuti), ebbene, *negare il determinismo non comporta negare che tali quadri dipendano anche da dinamiche che agiscono alle nostre spalle*. Per capire questo punto è utile considerare brevemente la difficile pagina del libro di Niccolai in cui viene commentata la discussione offerta da Carlo Beduschi del «famoso caso del parto della schiava» (p. 277).

Nel caso in questione ci si chiede se il bambino generato da una schiava spetti al padrone «come qualunque altro frutto» generato dalle sue proprietà, «sicché la schiava potrebbe essere stabilmente adibita alla procreazione, onde l'usufruttuario possa accrescersi dei suoi "frutti"» (*ibidem*):

Così sostenne Manlio, seguito da Scevola, in ossequio alla regola generale sull'usufrutto, *quidquid [in fundo] nascitur, quidquid percipi potest, salva rerum substantia* ["Qualunque cosa nasca nel fondo e qualunque provento possa essere percepito appartiene all'usufruttuario, a condizione che la sostanza del bene rimanga integra"]. Bruto oppose che l'uomo non può essere considerato frutto dell'uomo.

Quel che in proposito interessa a Beduschi e a Niccolai è illustrare sulla base di quale ragionamento Bruto sia giunto al suo giudizio. Scrive dunque Niccolai:

«*Non potest*», disse Bruto, ma in relazione a che cosa, per effetto di cosa lo disse, si trattò forse di una petizione di principio, di una mera convinzione soggettiva, di un comandamento etico, magari di un sentimento di equità-benevolenza annunciatore del senso cristiano dell'umanità di ognuno, anche degli schiavi, e, in una parola, di una scelta [...]? In altri termini: dobbiamo pensare di essere davanti a un caso che dimostra, una volta di più, l'influsso della grande storia esterna, del mutare delle stipulazioni generali, sulla decisione di un giudice o sul pensiero di un giurista [...]? (pp. 277-278)

La risposta di Beduschi che Niccolai riprende è decisamente negativa ed esprime al meglio il modo in cui la riflessione giuridico-morale è intesa all'interno della tradizione topica delle *regulae*. Bruto avrebbe risposto negativamente sulla base della sua considerazione attenta del «contenuto reale della controversia». Scrive Beduschi per articolare il punto di vista di Bruto:

La regola del *fructus* deve fermarsi perché non ci sono le condizioni per parlare di un '*frui*' e non c'è bisogno di fare spazio a regole diverse perché non c'è nulla in gioco che giustifichi una deroga al principio di base che assegna al proprietario ciò che il bene produce (p. 278)

Si rimarchi questo passaggio, su cui torneremo per ragionare sulle eccezioni: non occorre introdurre una circoscrizione o limitazione o specificazione della regola, qualcosa come: "Qualunque cosa nasca nel fondo, salvo si tratti di un bambino, ecc.". È sufficiente riconoscere il significato della parola "frutto" che la regola

eredita dal tipo di situazioni e controversie a cui è legata e che è un significato che non include il “frutto del ventre” di una donna. Ecco l'ulteriore e magnifico commento di Niccolai:

Bruto ha detto quello che ha detto perché pensava che la parola *fructus* non avesse senso da sola, convenzionalmente, autoreferenzialmente, ma in un contesto, che non è solo quello della regola, della proposizione, in cui è inserita; la controversia invece è stata il contesto, delimitato, e reale, in cui la parola, e pertanto la regola, ha preso senso. Bruto ha tenuto presente che ogni regola, come la regola dell'usufrutto, rinvia a un rapporto tra persone e tra persone e cose, a qualcosa d'altro da sé; ha visto che un conto è chiamare *fructus* un raccolto, un conto chiamare *fructus* un bambino. [...] I sentimenti e la mentalità di Bruto, verosimilmente diversi da quelli di Manlio, possono averlo spinto a ritenere inaccettabile che un bambino, per quanto nato da una schiava, sia considerato un *fructus*, ma, a vedere che un bambino e un raccolto non sono lo stesso e che la regola dell'usufrutto rinvia a una relazione che influisce su di essa (anziché essere vero il contrario), l'hanno portato il suo senso della realtà e la sua preoccupazione che la regola, fatta di parole, ne rendesse conto correttamente: non cercava il diritto nella regola sola, ma nell'incontro tra una regola e un fatto (in una relazione tra le parole e le cose). La coerenza del discorso, o l'osservanza della regola preesistente, in sé e per sé non erano sufficienti né significativi, occorreva una coerenza rispetto alla realtà osservata (p. 279).

Il suo «senso della realtà», ha permesso a Bruto di vedere e lo «ha portato [...] a dare un certo *significato* al fatto che una schiava avesse partorito, un fatto che non è mai stato inerte, ma ricco di indicatori (c'è una donna, c'è un nato, non ci sono una vigna e un raccolto), un fatto, a cui il suo *dictum* ha reso più giustizia di quello di Manlio, se non altro perché, anziché far finta che quei dati di realtà non ci fossero, li ha visti, li ha nominati, li ha considerati, ha cercato di tenerli in relazione» (*ibidem*).

Nel leggere il fatto come lo ha letto (con un impegno moralmente orientato alla realtà, al vero), Bruto ha agito precisamente come deve agire un giurista: è facile comprendere che, se Ulpiano approva l'operare di Bruto, non lo fa perché la sua soluzione è la più umana, la più adatta sotto certi profili di astratta giustizia o moralità, oppure di convenienza, o in vista di certi fini sociali, ma perché Bruto ha agito come Paolo, nella regola di apertura del *De Regulis*, insegna ad agire, e proprio perché lo ha fatto, diremmo, la sua soluzione risulta la più umana e la più giusta. Prendere la regola dell'usufrutto, tener conto di quale è la *res* di cui esprime la regolarità, l'equilibrio, il giusto assetto. Vedere se la regola riesce a esprimere un equilibrio anche nel caso di un'altra *res*, concludere, se così non è, che in questo caso la regola è viziata, quindi cercarne un'altra, diversa, e che però sia, come quella, capace di essere giusta rispetto alla cosa, e pertanto capace di essere *iuris*. In effetti l'usufruttuario fa qualcosa per cui la cosa fruttifera dia frutti, ad esempio coltiva il campo (ecco il senso del *quidquid in fundo nascitur*). Però non si coltivano gli schiavi, e allora la regola generale dell'usufrutto, estesa sofisticamente attraverso un abuso del verbo *nascitur*, non aderirebbe bene alla cosa (p. 280).

Questa pagina davvero ispirata esplicita in maniera molto chiara il suo principale intento, cioè mostrare come il ragionamento di Bruto e di Ulpiano (un modo di ragionare in cui si realizza al meglio ed esemplarmente, quello che, per la tradizione topica, non solo “si dovrebbe” realizzare sempre, ma di fatto sempre si realizza, *in qualche modo o a un qualche grado*) non assuma sentimenti, esigenze o fini generali come sue premesse: ciò che in esso conta è solo il *factus* e le sue qualità moralmente rilevanti.

In questa pagina, tuttavia, compare anche un’osservazione enigmatica o comunque bisognosa di un’ulteriore delucidazione. Dopo aver precisato che «Beduschi non vuol portare i suoi lettori a sottovalutare l’ipotesi che Ulpiano, il quale spiega e fa proprio il punto di vista di Bruto, abbia avuto sentimenti cristiani, e che questi abbiano contato nella sua conclusione» (pp. 278-279), Niccolai non dice, come le ho fatto dire io poco fa, che è il suo «senso della realtà» ad aver portato «Bruto a dare un certo *significato* al fatto che una schiava avesse partorito» ecc., bensì dice che ad averlo fatto è «l’incrocio tra i due movimenti (quello da dentro, che sono i sentimenti di Bruto, e quello da fuori, che è la realtà del *fructus*-bambino) sul terreno della *quaestio*». Ciò che rende difficile questo passaggio non è il riferimento alla *quaestio*, che è anzi chiarito nella pagina precedente, bensì il concetto di “incrocio tra i due movimenti”, ossia l’incrocio tra i sentimenti di Bruto e la realtà. Si noti che qui i sentimenti giocano nel ruolo del luogo in cui si imprime il cambiamento storico (nello specifico, la diffusione di una nuova religione, il Cristianesimo), dunque, in modo solo apparentemente paradossale, in quelle righe Niccolai non sta tanto parlando dell’incrocio tra il movimento da dentro e il movimento da fuori, ma sta parlando dell’incrocio tra la realtà che ci sta davanti e che cerchiamo di capire e mettere a fuoco e la realtà che opera alle nostre spalle, modificando il nostro sentire e dunque anche i limiti invisibili del nostro campo visivo. Come dobbiamo pensare questo incontro al di là dell’immagine, insufficiente, dell’incrocio? Innanzitutto, nel modo in cui l’ho appena fatto e cioè come un rapporto tra la realtà che vediamo e cerchiamo di interpretare e comprendere e la realtà che agisce sul nostro campo visivo. A questo punto, si tratterebbe di vedere come si dispiega tale rapporto.

Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, il determinismo sociale offre la sua risposta: la realtà che determina il campo visivo entro cui vediamo la realtà che abbiamo davanti è del tutto invisibile e immodificabile da parte dell’opera umana. Così, l’opera umana non è un’opera storica, non ha peso sulla dinamica storica, ma ne è solo condizionata. L’immagine dell’esperienza pratica, che è custodita dalla tradizione topica, porta in sé una risposta diversa. Piuttosto che provare ad articolarla, vorrei tentare di farla baluginare.

Torniamo alla controversia tra Bruto e Manlio. Non è che Bruto veda *la* differenza (tra bambino e frutto) che invece Manlio non vede, piuttosto, vede *come rilevante* (in relazione alla disputa sull’usufrutto) una differenza (quella tra bambino

e frutto) che per Manlio non lo è (sempre in relazione a quella disputa). Questa rilevanza, comunque, Bruto non la attribuisce a quella differenza deducendo tale attribuzione da qualche premessa generale (che catturi un sentimento, una fede, un fine, una esigenza sociale ecc.), piuttosto egli vede quella differenza *così*, la vede *come* rilevante: quella differenza, agli occhi di Bruto (cioè già a livello della sua messa a fuoco dell'esperienza), spicca e conta, anche in relazione a quella disputa. Si noti che, invece, Bruto non vede allo stesso modo la differenza tra la donna del caso e gli altri tipi di proprietà del padrone o, meglio, a proposito di questa differenza probabilmente gli pare un buon resoconto quello di origine aristotelica tra strumento inanimato e strumento animato. Come si spiega il fatto che una differenza (quella tra bambino e frutto) appaia a Bruto come rilevante, mentre non gli appaia così un'altra differenza (quella tra persona e strumento di cui qualcuno possa essere proprietario), che a noi pare altrettanto rilevante?

Il modo in cui Bruto (o qualunque altro uomo) vede le cose dipende sempre anche da tutto ciò (la sua religione, la sua società, la sua cultura ecc.) che ha pesato sulla formazione del suo campo visivo e sui quadri concettuali che impiega attraverso il linguaggio. Questa è la verità ben colta dal determinismo sociale e che può essere salvaguardata dall'integrazione propriamente determinista. Si tratta infatti di aggiungere che quei quadri e campi visivi si modificano anche grazie a ciò che gli uomini fanno e dicono, magari riprendendo osservazioni di altri e reinnestandole in contesti nuovi per tentare di comprendere con verità ed equità le situazioni in cui si trovano coinvolti.

30. *Contro la presunta esigenza di adattarsi ai tempi nuovi.* - L'altro modo che abbiamo introdotto di concepire il rapporto tra la deliberazione pratica e i cambiamenti storici è quello che caratterizza la posizione che ho chiamato "realismo sociale".

Per il "realismo sociale", le dinamiche socio-storiche non operano del tutto alle spalle dei soggetti (cioè, non determinano lo stesso campo visivo dei soggetti), ma si impongono alla loro coscienza *come esigenze o richieste* di "adattamento" (cfr. anche, *supra*, § 13 alla fine). Niccolai dice che richieste come queste si impongono *dall'esterno* (cfr. p. 408) alla deliberazione pratico giuridica: per chiarire questa affermazione, ho scritto che tali esigenze si pongono come le premesse di cornice della deliberazione. A differenza dei limiti del campo visivo, che non sono visibili, le esigenze che si pongono come premesse di cornice chiedono di essere trattate come postulati a cui attenersi o entro il perimetro fissato dai quali permanere: ciò che sta oltre questo perimetro, ben lungi dall'essere invisibile, è rappresentato da quelle esigenze come "non all'altezza dei tempi nuovi" ecc.

Niccolai rifiuta con decisione questa rappresentazione della deliberazione giuridico-morale e il motivo credo possa essere riformulato nel modo seguente: a differenza di tutte le altre esigenze, richieste e obbligazioni che il soggetto può

riconoscere nella situazione cui ha da rispondere, che sono esigenze, richieste e obbligazioni il cui senso è quello che lui stesso scopre e mette a fuoco in coscienza indagando la situazione (cfr. pp. 315-316), le “esigenze di adattamento ai tempi nuovi” (cfr. p. 401) pretendono di imporre al soggetto il senso che deve dare loro e il peso che deve assegnare loro rispetto a tutte le altre. E questo è inaccettabile perché costituisce una violenza alla coscienza ricercante del soggetto. Ovviamente, può ben accadere che un soggetto subisca imposizioni violente, ma questo è appunto un caso difettivo. Il “realismo sociale” presenta una situazione che di fatto è una violenza o un sopruso come se fosse la dinamica naturale della deliberazione, come se per la coscienza non fosse un patimento (cfr. p. 380) dover accettare delle premesse invece di potersi *liberamente* interrogare sul *vero* senso dei tratti reali che quelle premesse nominano. Detto altrimenti, non si tratta di negare quei cambiamenti che vengono nominati parlando dei “tempi nuovi” o *similia*, ma si tratta di capire che questi cambiamenti saranno presi in considerazione nella deliberazione come tutti gli altri tratti della situazione in questione e al fine di comprenderne il giusto senso, quello che alla coscienza, dopo una ponderazione più o meno attenta, apparirà il giusto senso.

Consideriamo ad esempio il cambiamento climatico: in relazione ad alcune situazioni pratiche, forse anche a tutte, tale cambiamento può apparire come un tratto moralmente rilevante di cui mettere a fuoco la relazione con gli altri tratti, ma tale lavoro di discernimento e di messa a fuoco del senso spetta al soggetto pratico; nella situazione in cui si trova, avrà da mettere a fuoco anche questo aspetto e le messe a fuoco proposte da altri potranno ingenerare confronti, discussioni, controversie, negoziazioni concettuali, mediazioni simboliche, che getteranno luce sulla sua riflessione deliberativa. Per il “realismo sociale”, invece, il senso del cambiamento climatico è quello “dato” e la deliberazione, se non vuole diventare anacronistica o cadere “nell’idealismo”, ha da prenderne atto. Ma chi è che ha “dato” quel senso di cui la coscienza del soggetto è chiamata a “prender atto”? (E, di conseguenza, chi e come giudicherà se il soggetto ne ha preso atto *in modo corretto*, cioè, se si è adattato *bene* a quel tratto dei “tempi nuovi”?). Quel senso non è certo nelle cose stesse *in sé considerate*, giacché il senso delle cose emerge nella ricerca che ne fa la coscienza ed è il senso del loro rapporto con la coscienza stessa. Dunque, così conclude Niccolai, quel senso è un senso imposto da qualche centro di potere: è un’ideologia che la pratica giuridico-morale dovrebbe ratificare per avere i piedi per terra ed essere “realista”!

Da quanto osservato emerge il senso della storia sotteso alla concezione del diritto (e della deliberazione morale) custodita dalla tradizione topica delle *regulae iuris*. Niccolai scrive:

Così come non comprende l’uomo, il pensiero moderno non comprende la storia, rifiutandosi di vedervi altro che una formazione razionale, che procede verso il progresso in un movimento volto al superamento del passato, e di capire che, invece,

essa riflette continuità e costanti, in quanto impastata della natura umana, che è sempre la stessa, e perciò non risponde a un piano, pur avendo senso (p. 317).

Per comprendere queste righe, occorre articolare il binomio «continuità e costanti». *Costante* è la presenza degli esseri umani impegnati nella loro ricerca del miglior modo di agire e condursi nella vita: la costanza della natura umana non è tanto il contenuto di una constatazione fatta da una qualche scienza naturale (o dall'antropologia filosofica), dunque fatta "from without" (p. 309), bensì è il contenuto di una *supposizione* in cui ciascuno di noi non può non impegnarsi nel momento in cui tenta di comprendere le azioni o le parole di un altro, anche qualora costui avesse vissuto lontano nel tempo e nello spazio¹⁰⁰: dobbiamo supporre, ad esempio, che avesse dei fini e che si interrogasse su "come perseguirli senza venir meno agli impegni impliciti nei rapporti qualificati in cui era coinvolto". *Continua* è la concatenazione delle esperienze, e relative messe a fuoco, fatte dai vari esseri umani e che ciascuno suppone di poter almeno in parte comprendere, non appena si riconosca nella comune e condivisa condizione umana, cioè non appena vi si avvicini "from within".

Ora, questo senso della storia, ben lungi dal negare la stessa possibilità dei cambiamenti storici, li riconosce come cambiamenti il cui giusto senso non può che emergere là dove i soggetti, confrontandosi e disputando tra loro, cercano di fissarlo, animati dalla *vis veri* e tentando di essere giusti con i vari tratti delle situazioni in cui si trovano. Non è che la tradizione topica delle *regulae* neghi che le cose cambiano, ad esempio assumendo che non c'è mai nulla di nuovo sotto il sole perché la natura degli esseri umani non muta. Piuttosto, quella tradizione precisa che tali cambiamenti diventano significativi per i soggetti solo in quanto passano attraverso i soggetti e le loro riflessioni pratiche. Detto altrimenti, quei cambiamenti, se interrogano i soggetti, lo fanno a partire dal loro impatto sui rapporti entro cui quei soggetti sono presi e a cui tentano di rispondere con equità, rimettendone ogni volta a fuoco il senso. Torniamo ancora all'esempio del cambiamento climatico: il senso che vi riconoscerà un soggetto dipenderà dal modo in cui tale cambiamento penetra nella sua esperienza e dunque nei rapporti che la articolano. Da qui l'importanza di una vita politica ricca di scambi: perché, in una vita politica siffatta, ciascuno ha la possibilità di incontrare, attraverso le parole

¹⁰⁰ Così interpreto, forse contro il suo intendimento, il riferimento di Niccolai ai «profili di continuità e unità che sono la *condizione per pensare* l'esperienza giuridica come esperienza scaturente dall'uomo, anziché dal sistema» (p. 425 corsivo mio). Per me, la continuità in questione è innanzitutto ciò che va posto per rendere pensabile l'esperienza giuridica propria (in quanto eredita da altri regole e linguaggio) e altrui. Forse, per Niccolai, quella continuità è invece attestabile e per questo rende pensabile l'esperienza giuridica propria e altrui. Credo comunque che Niccolai farebbe meglio a non ragionare così, se lo fa, infatti, per attestare la continuità in tutte le varie esperienze bisogna già pensarle per cui o la continuità si constata nelle varie esperienze (ma non la si potrà mai constatare in tutte quelle possibili), ma allora non è condizione di pensabilità di quelle esperienze, oppure è condizione di pensabilità di quelle esperienze, ma allora non è oggetto di constatazione.

dell'altro, il modo in cui certi fenomeni, che lui incontra sotto un certo rispetto (cioè a partire dal loro impatto sui rapporti in cui è coinvolto, ad esempio, sui rapporti sociali della comunità montana a cui appartiene), si rivelano invece all'altro (ad esempio, impattando sui rapporti di lavoro all'interno dell'industria automobilistica in cui è l'altro è impiegato).

Nessun cambiamento storico è escluso per principio dalla considerazione che accade nella deliberazione pratica, ma nessuno "deve" entrarvi con un senso già definito che il soggetto della deliberazione sarebbe chiamato ad assumere. Se di fatto accade che il senso di alcuni fenomeni fissato altrove *si imponga* all'interno della deliberazione di un soggetto (non si tratta dunque del caso in cui la cultura data condiziona il nostro campo visivo operando alle nostre spalle: qui abbiamo a che fare con una forma di imposizione sostenuta dalla minaccia di apparire non al passo coi tempi), allora questi è succube di ideologie che fissano per lui il senso di (almeno una parte di) quel che *gli* accade. E questa, se solo ci si riflette su, appare chiaramente una situazione priva di equità.

31. *L'eccezione conferma la regola?* - In questo scritto, abbiamo preso le mosse da una preoccupazione suscitata in Putnam dal tentativo di Nussbaum di pensare la deliberazione pratica come una ricerca del giusto modo di rispondere a una situazione particolare, in cui le regole ricevute sono delle linee guida che potrebbero dover essere lasciate cadere per stare alla particolarità della situazione. La preoccupazione di Putnam era che, se la posizione di Nussbaum prevede e richiede la possibilità di fare eccezioni alle regole, allora finisca per non prendere sul serio le regole, infatti, quando si comincia ad aprire alle eccezioni, le regole finiscono per esplodere. Putnam pensava ad esempio alla regola che vieta le torture: se ci si apre alla possibilità di ammettere eccezioni, si finisce per fare di quella regola una vaga istanza che invita a non torturare le persone, a meno che non vi siano ragioni per farlo!

Grazie alla ricostruzione offerta da Niccolai della tradizione dell'*interpretatio* secondo equità, abbiamo esplorato un resoconto della deliberazione pratica che raccoglie le più profonde istanze che anche Nussbaum ha saputo far valere nel suo tentativo di restare fedele all'esperienza e che però chiarisce l'indispensabile ruolo di ausilio che in tale deliberazione svolgono le regole¹⁰¹. Resta da capire se in tale resoconto della riflessione deliberativa abbia un posto e, in caso, quale, il concetto di eccezione.

Se bastasse la lettera dei testi per risolvere le domande filosofiche, a quella appena formulata potremmo rispondere facilmente: Giuliani descrive la logica

¹⁰¹ Scrive Niccolai: «La regola serve a istituire questo raffronto, a indicare che cosa è rilevante conoscere per apprezzare la somiglianza o la differenza tra due fatti specifici [cioè, *particolari*]» (p. 45)

topico-dialettica coltivata dalla tradizione dell'*interpretatio* anche come una «logica dell'eccezione» (p. 400) e Nicolai sembra accogliere questa formula:

Tenendo ferma la prospettiva, topica, dell'equità soggettiva, è possibile comprendere che è proprio perché è legato al fatto che il diritto procede secondo una logica dell'eccezione, ma questo non in nome di istanze adattative ad esigenze esterne, ma in nome di una propria esigenza costitutiva, che è appunto l'equità (p. 408).

Cercherò di spiegare perché a mio parere Nicolai farebbe meglio ad abbandonare il concetto di eccezione, non già per correggere l'immagine della deliberazione giuridico-morale consegnata dalla tradizione topica, ma ancora e sempre per articolarla ed esporla in tutta la sua potenza.

Il noto adagio secondo cui *l'eccezione conferma la regola* significa ovviamente che il concetto stesso di eccezione presuppone il concetto di regola. Ma, domandiamoci: quale concetto di regola è presupposto dal concetto di eccezione? Perché abbia senso parlare di eccezione alla regola, occorre assumere che nel caso in cui si fa questa eccezione, avrebbe dovuto applicarsi la regola: la regola chiedeva di essere applicata anche a questo caso come a tutti gli altri che regola e invece in questo caso viene fatta una eccezione. Questa è l'idea.

Ma se questa è l'idea, come non dare ragione a Putnam e prima di lui a Kant, secondo cui ammettere la possibilità di eccezioni rischia di far saltare la certezza della regola? Ogni caso potrebbe pretendere di meritare un'eccezione... A chi paventa questo piano inclinato, di solito si risponde che bisognerà vedere caso per caso se davvero ci sono gli estremi per chiedere un'eccezione. Ma con questa risposta si è già abbandonato il concetto di eccezione: la questione diventa semplicemente quella della specificazione o circoscrizione della regola, cioè della messa a fuoco di una *nuova regola*, più specifica, e per questo più giusta nei confronti di una differenza moralmente rilevante.

Quella appena richiamata è un'autorevole strategia per liberarsi delle difficoltà portate dal concetto di eccezione, ma non è quella sulla falsariga della quale ricostruire il modo in cui la tradizione dell'*interpretatio* secondo equità difende la priorità del fatto particolare rispetto a qualunque regola già data e più o meno generale. Per delucidare quest'altro modo nella sua differenza dal primo (cioè dalla strategia della specificazione), conviene, come sempre, partire dal punto che hanno in comune, cioè il riconoscimento dei problemi che presenta il sogno di disporre di un sistema di regole che si tratterebbe semplicemente di applicare a ogni caso (si ricorderà che era il sogno che incantava la protagonista de *La coppa d'oro*, all'inizio del romanzo). Ecco come il punto è formulato da Nicolai:

nel mondo della prassi [...] domina il problema della scelta su come agire in date circostanze, che sono sempre particolari: perché sono sempre legate a differenti tempi e luoghi e mettono sempre in campo diversi agenti, la soggettività di ognuno, e perciò può accadere che, a uno, il comportamento che in date circostanze altri hanno tenuto sembri scorretto, inopportuno, sbagliato. La giustizia di un'azione in questi casi non

può dipendere dal suo corrispondere a una regola precostituita, dal momento che nel mondo delle azioni umane non è possibile prevedere tutte le circostanze, quindi, non può esservi una prescrizione valida immancabilmente per ogni azione e che risulti accettabile a tutte le coscienze (p. 380).

Per mostrare come la tradizione topica affronti questo nodo, Giuliani ha introdotto l'idea della logica dell'eccezione: «La logica dell'eccezione fa parte dell'*interpretatio* secondo equità *proprio perché* la regola serve a permettere l'esplorazione del caso alla luce della dialettica tra le costanti note e rilevanti, che in esso ritornano, e delle possibili eccezioni, che il caso può incorporare» (p. 409).

Ma come opera questa logica dell'eccezione? Qualche pagina prima, esaminando una disputa tra Bulgaro e la sua scuola, da un lato, e Martino Gosia, dall'altro, disputa in cui sono i primi ad esprimere l'ispirazione più autentica della tradizione topica, Niccolai ricostruisce l'idea di questi nel modo seguente:

tennero fermo il punto che l'*exceptio* è *de regula*. Si intende dire che l'eccezione non rappresenta una negazione/soppressione della regola ma è *la diversa regola più specifica* di un caso con caratteristiche (qualità) particolari, vale a dire è la dichiarazione, a sua volta, dell'equità inerente ad un certo rapporto, considerate le sue caratteristiche (p. 400).

Qui, la logica dell'eccezione è chiarita riportandola alla logica della specificazione. Così, regole generali come *Pacta sunt servanda* sarebbero formule approssimative per catturare o tenere a mente una norma che in realtà è più specifica e che potrebbe essere espressa in maniera più corretta dicendo ad esempio che i patti sono da rispettare a meno che non siano estorti ecc. ecc.

Come anticipato, non penso che una simile ricostruzione afferri il senso più profondo della tradizione topica, quale appare dal resto del libro di Niccolai. Il primo problema sta nel modo stesso in cui la strategia della specificazione intende la generalità della regola: cioè come un difetto, riscattabile al massimo con argomenti di utilità (una regola generale sarà più stringata e quindi più facile da ricordare ecc.). La tradizione topica, invece, «delle *regulae* valorizza proprio l'aspetto generale, se per generale si intende un significato vago, non del tutto determinato, né determinabile, ovvero sia “non del tutto chiaro né del tutto oscuro”» (p. 416). Questa vaghezza è proprio ciò che ricorda come il rifarsi alla regola non possa mai essere una sua applicazione, ma sia interno all'*interpretatio* secondo equità.

Tale *interpretatio*, da parte sua, non è un'interpretazione della regola, animata da un intento normogenetico (anche qualora tale generazione non sia intesa come un calcolo assiomatico, ma come un movimento analogico, nel senso *moderno* del termine): è una interpretazione *delfatto*, un tentativo di metterne a fuoco le qualità.

Tenendo conto delle caratteristiche del fatto una regola generale, di per sé valida ed equa (*pacta sunt servanda*), può risultare *in aliquo vitiata*, e allora occorrerà ricercarne

un'altra, diversa, e che però sia, come quella, capace di essere giusta rispetto alla cosa, e pertanto capace di essere *ius* (p. 60).

Tornando ancora su questo esempio in un'altra pagina, Niccolai scrive: «vale in questo caso *Pacta sunt servanda*, o è *in aliquo vitiata* e vale allora, semmai, *Turpia non servanda?*» (p. 93). E, ancora, questo fondamentale commento:

Una regola, pur di diritto (*pacta sunt servanda*), può non dover essere osservata in certi casi, perché ve ne possono essere alcuni, in cui rispettare il patto non sarebbe equo, in quanto realizzerebbe una sproporzione, e cioè non realizzerebbe il diritto; nondimeno, la regola è di per sé valida ed equa. La rilevanza del fatto non sta dunque nello scalzare la regola, ma nell'incitare a ricercarne ogni volta una che lo restituisca secondo le sue qualità, tenendo ferma l'esigenza generale della giusta proporzione (p. 44).

Nello sforzo di individuare l'equità racchiusa nel fatto a cui la regola non si adatta con giustizia, non si tratta di «scalzare la regola», cioè di decidere sovranamente perché ci si trova in uno stato di eccezione, dove non c'è regola da applicare; ma non si tratta neppure di specificare quella regola per assicurarsi di non averla violata e che dunque essa, nella sua versione più specifica, continui a valere *senza eccezioni*. Quello che succede è ancora un'altra cosa: ci si accorge che la regola che sembrava poter essere la guida per affrontare il fatto in questione, in realtà non lo illumina, non vi si applica. Questo non è fare un'eccezione alla regola! Quella regola, in questo caso, non è da applicare, quindi non occorre fare alcuna eccezione.

Abbiamo già incontrato tre esempi del tipo di situazione appena evocata. Il primo è dato dal rapporto tra la regola *Quod nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur* e le cose sacre: tali cose non sono di nessun uomo, ma non per questo si applica quella regola. Non si tratta di fare un'eccezione, né di limitare o circoscrivere la regola iniziale per fare sì che, attenendosi ad essa, non si incorra nell'appropriazione di cose sacre: si tratta di comprendere il senso di quella regola e perciò vedere che non si adatta al caso perché il fatto che il qui presente bene di nessun uomo *sia un oggetto sacro* è un tratto moralmente rilevante della situazione data. Il secondo esempio è dato dal rapporto tra la regola sull'usufrutto e il parto della schiava: anche lì, non si tratta di fare un'eccezione o una specificazione, ma di capire che quella regola parla d'altro, non di bambini. Il terzo esempio è proprio dato dal rapporto tra *Pacta sunt servanda* e una situazione dove a qualcuno sia stato estorto un accordo attraverso minacce: non è che in questo caso si dia un patto che però può non essere rispettato perché si verificano le circostanze concomitanti previste dalla regola più specifica; piuttosto, in questo caso non si dà un esempio di *pacta*, ma di *turpia* ed è dunque quell'altra regola, *Turpia non servanda*, quella in cui cercare ausilio per trovare l'equità¹⁰².

¹⁰² Nel tentativo di chiarire ulteriormente questo punto, vorrei portare l'attenzione sulla differenza tra queste due prestazioni della ragione (della nostra mente): “Questo è un furto, il furto è sempre sbagliato, dunque, questo è sbagliato” e “Questo è un furto ed è sbagliato proprio per questa ragione”.

Nell'ultima citazione si parla di un incitamento a ricercare ogni volta una regola che restituisca il *factus* presente secondo le sue qualità. Qual è l'idea sottesa, forse che, tra le regole tramandate, ce ne sia già una appropriata, anche se può non essere quella che lo era parsa *prima facie*? O forse che si tratta di generare, attraverso un calcolo deduttivo o un ragionamento analogico (nel senso moderno), la regola appropriata? Né l'una, né l'altra cosa: ben venga se c'è un'altra regola tramandata che illumina il caso meglio della prima, ma il punto dirimente è un altro e cioè che si tratta di cercare la "regola" nel fatto, cioè, più precisamente, che si tratta di cercarvi il diritto, l'equità. La posta in gioco ultima non è la regola, ma l'elaborazione di un giudizio equo, cioè di un giudizio che catturi l'equità racchiusa nella situazione.

Orbene, questo giudizio che tenta di cogliere l'equità del *factus* che giudica, che è stato distillato attraverso un lavoro di discernimento e *interpretatio* di quel *factus*, lavoro in cui si è tentato di individuare tutte e sole le qualità rilevanti e di comporle in un quadro sensato e, per quanto possibile, unitario, in cui ci si è rifatti alle regole tramandate per confrontare il *factus* con altri più o meno simili, secondo il movimento dell'analogia antica, tale giudizio che ha alle spalle tutto questo lavoro avanza forse la pretesa di valere per tutti i casi qualitativamente identici al caso presente? La riflessione moderna sull'idea stessa di norma ci insegna a rispondere di sì: in cos'altro può consistere la pretesa di validità di quel giudizio se non nella pretesa che il suo valore non dipenda dalla particolarità di questa situazione, ma dall'universalità o formalità della regola o massima che incarna? Se si nega questo, non ci si trova nell'arbitrio delle preferenze particolari?

La tradizione topica delle *regulae iuris* ci insegna che le cose non stanno così e che il fondamento del valore di un giudizio è nell'equità particolare che ha saputo onorare. Ben lungi dall'essere al di qua del dominio della ragione, quel giudizio è opera della ragione, la ragione che ha saputo prendere in considerazione i tratti esperiti nella situazione presente, che li ha confrontati con altri, alla luce del sapere tramandato e che ha cercato di comprenderne il senso, nel tentativo di cogliere la verità/equità del *factus* presente.

Il secondo asserto sta dicendo che il fatto che il concreto atto in questione sia caratterizzato da quel tratto che è catturato dal concetto di furto lo rende sbagliato, ma non si impegna sul fatto che tutti gli atti che presentino quel tratto siano sbagliati (o che lo siano tutti quelli che presentano quel tratto più alcuni altri specificabili). Dunque, si domanderà con tono accusatorio, il giudizio su quest'atto non ha nessuna portata sui giudizi futuri, riguarda solo il caso presente? Certo che ha una portata! Ha la portata di una sorta di "precedente giudiziario": se quest'atto, a causa di questo suo tratto, merita di esser giudicato sbagliato, allora la presenza di questo tratto in altri atti è un fatto da ponderare con attenzione nella valutazione di quegli altri atti, è un tratto moralmente rilevante che andrà considerato nella messa a fuoco delle situazioni a cui appartengono questi altri atti. Su questi temi, ha elaborato distinzioni raffinate (di cui però non è sempre chiaro quale esperienza concreta vogliamo salvaguardare - da qui l'importanza di leggerlo *insieme* al libro di Niccolai) Jonathan Dancy nel suo: *Moral Reasons*, op. cit..

Inoltre, se tale giudizio è riuscito a cogliere l'equità del *factus* a cui si riferisce o se almeno vi si è approssimato, allora fornirà un esempio o un termine di paragone per i giudizi a venire. Come scrive Niccolai:

proprio l'esistenza degli *esempi* che provengono dalla condotta altrui, dall'opinione altrui, sono punti di riferimento per prendere una nostra posizione, che, rispetto ad essi, anche differenziandosene, assume senso (p. 380).

Così, un giudizio che sia espressivo della *vis veri*, può spargere luce su altre deliberazioni che cercano di capire come sia meglio agire corrispondendo equamente ai rapporti in cui si è coinvolti. Proprio come la spargono le regole tramandate, quando sono prese sul serio.