

Diritto naturale italiano*

Se il diritto naturale fosse italiano o inglese o francese, allora non sarebbe più «naturale», cioè universale. Parlare di «diritto naturale italiano» è un controsenso. È il diritto positivo ad avere un carattere nazionale, mentre il diritto naturale, se esiste, non dipende da alcun determinato contesto e si rivolge all'uomo di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Infatti, uno degli argomenti più forti contro l'esistenza del diritto naturale è sempre stato proprio la constatazione della varietà del modo d'intenderlo.

Non bisogna però confondere il diritto naturale con la dottrina del diritto naturale. Quest'ultima è il modo di pensare il diritto naturale, il frutto di una riflessione su di esso, l'opera della sua concettualizzazione. Tutto ciò non può non essere dipendente in una certa misura da condizionamenti culturali. Le controversie intorno al diritto naturale sono nella sostanza il confronto tra differenti dottrine sul diritto naturale. In questo senso non è affatto contraddittorio parlare di una «via italiana» al diritto naturale, uno stile italiano del giusnaturalismo. Ma esiste veramente una tendenza unitaria siffatta nella cultura italiana?

In un tempo in cui si mette in discussione l'unità della nazione italiana può apparire stravagante proporsi lo scopo di esplorare l'esistenza di una via italiana al diritto naturale [Fassò 1964; Pérez Luño; Lorenzi; Marini]. Tuttavia qui non si tratta di collegare la dottrina del diritto naturale all'unità politica o statale, ma piuttosto alla mentalità o al genio di una cultura. Ogni cultura si può considerare come un particolare approccio alla natura dell'uomo. È questo d'altronde l'unico senso accettabile in cui può distinguersi tra una filosofia italiana, anglosassone, francese, tedesca e così via. Esiste una cultura italiana del diritto naturale?

Limiterò questa domanda al periodo di tempo che va dal secondo dopoguerra ai nostri giorni e trascurerò del tutto gli studi di carattere storico, anche se hanno una grande rilevanza. Esiste una dottrina del diritto naturale che sia dominante nell'Italia della seconda metà del Novecento?

Anticipo che la risposta a questa domanda sarà negativa. Più che di dottrina unitaria si dovrà parlare di alcuni modi tipici di approccio alla problematica del diritto naturale persistenti nella cultura italiana e derivati dalla sua tradizione di pensiero. Tuttavia oggi è in atto in Italia un lento processo di maturazione di un nuovo modo di accostare la problematica del diritto naturale.

* Pubblicato in lingua inglese nel volume collettaneo *Law and Politics between Nature and History*, in «European Journal of Law, Philosophy and Computer Science», 2 (1998), pp. 355-367.

La tradizione italiana

Per comprendere la storia più recente del diritto naturale in Italia bisogna tener presente una tradizione di pensiero che viene da lontano.

In questa tradizione il tessuto materiale comune è rappresentato dall'etica cristiana, i cui principi e valori sono ampiamente condivisi, anche se non sempre adeguatamente praticati. Per il popolo italiano per lunghissimo tempo la morale cristiana s'è identificata con la morale *tout-court* e non ha avuto alternative rivali di una qualche importanza. Su questa base comune si sono articolati due orientamenti di pensiero che possono farsi emblematicamente risalire l'uno a Tommaso d'Aquino (1225-1274) e l'altro a Giambattista Vico (1668-1744), ambedue filosofi napoletani. Il primo ha rappresentato sia l'origine teologica di quest'etica normativa, sia la sua possibile fondazione razionale, essendo la legge naturale insieme legge divina e legge della ragione. Il secondo, a cui si deve una filosofia della storia attenta al modo in cui le inclinazioni naturali ed i principi della ragione si fanno strada nella mente degli uomini e nell'opera d'incivilimento, ha rappresentato l'esigenza di un legame con la prassi e con l'esperienza concreta della vita sociale e politica. Ragione e storia, volontà divina e cultura umana sono, dunque, gli elementi sempre presenti nello sfondo di questa tradizione di pensiero.

Una delle indubbie caratteristiche della riflessione italiana sulla legge naturale è data dal fatto che questi due orientamenti di pensiero, di per sé non inconciliabili, raramente si sono fecondati reciprocamente e spesso, invece, si sono sviluppati per linee parallele e spesso antagoniste.

Gli interpreti italiani di Tommaso d'Aquino hanno dato vita a varianti interpretative oscillanti tra il volontarismo e il razionalismo, ma spesso chiuse all'attenzione per la storicità dell'esperienza umana.

I seguaci della linea di pensiero vichiana, che per la verità non generò una vera e propria scuola e cadde per lunghi periodi in oblio, rivolsero la loro attenzione soprattutto all'interpretazione della storia politica e civile, lasciando cadere l'indubbia ispirazione religiosa di Vico.

Se ora, facendo un salto di alcuni secoli, guardiamo, anche se superficialmente, al secolo XIX, dobbiamo riconoscere che i fondamenti filosofici non furono adeguatamente sviluppati nell'ambito del pensiero cattolico che aveva il monopolio della dottrina del diritto naturale¹. È da tutti riconosciuta una notevole dose di eclettismo presente nello stesso pensiero cristiano e, più ampiamente, in tutta la cultura filosofica italiana fino ai giorni nostri². Nella

¹ Una delle poche eccezioni è costituita dal sistema filosofico di Antonio Rosmini (1797-1855), un sacerdote cattolico che è stato capace di far dialogare la tradizione filosofica cristiana con il pensiero moderno. A questo fine egli ha valorizzato il pensiero di Kant contro il sensismo e l'empirismo. Ma è rimasto isolato e guardato con sospetto nell'ambito della Chiesa cattolica [Fassò 1970].

² Un esempio tipico di eclettismo in campo filosofico-giuridico è rappresentato dal pensiero di Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), che mescola naturalismo e finalismo etico. Non si sa bene se debba essere considerato un giusnaturalista o un giuspositivista. Tuttavia è uno studioso di rilievo della teoria della società e del diritto costituzionale.

prima metà dell'Ottocento le uniche trattazioni articolate del diritto naturale avevano un'impronta dichiaratamente razionalistica.

La tradizione gloriosa del pensiero cristiano era stata gravemente ferita dall'impatto con l'Illuminismo, ma non era morta del tutto. Nella seconda metà dell'Ottocento alcuni studiosi interessati alla problematica giuridica e politica riprendono con piena consapevolezza la concezione della legge naturale di san Tommaso d'Aquino. Tra essi si distingue per la profondità del pensiero Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862), che elabora una compiuta e dettagliata dottrina del diritto naturale non priva ancora oggi di una certa importanza. Certamente si tratta di un orientamento conservatore che è volto a contrastare il diffondersi dell'individualismo liberale. Tuttavia c'è, specie da parte di Taparelli d'Azeglio, lo sforzo di non calare i principi del diritto naturale dall'alto, ma di leggerli come in una certa misura immanenti nella storia dei costumi e della prassi sociale.

In seguito all'enciclica di Leone XIII *Aeterni Patris* (1879) il pensiero cattolico ritrova una sua identità e riprende la tradizione del tomismo. In Italia il movimento neotomistico si sviluppa fin dopo la seconda guerra mondiale e ad esso dobbiamo ovviamente anche una determinata concezione del diritto naturale. Gli orientamenti di questa scuola avranno molto peso sull'immagine che del diritto naturale si è diffusa nella cultura italiana anteriore e posteriore alla seconda guerra mondiale.

Il neotomismo fu in Italia un movimento di pensiero strettamente legato alla Chiesa cattolica. Ricordiamo che in Italia non vi erano, e ancora non vi sono, facoltà teologiche statali. La cultura cattolica, anche in ragione delle vicende politiche legate all'unità dell'Italia, è stata fortemente imbevuta di una dimensione ecclesiastica e clericale. Conseguentemente la problematica tomista del diritto naturale ha vissuto una duplice separazione: quella dalla cultura laicale e quella dalla cultura giuridica. Essa è rimasta confinata nel rango di una problematica teologico-filosofica ed etica, mentre l'orientamento prevalente dei giuristi restava legato al giuspositivismo³. Così la dottrina tomista del diritto naturale è rimasta in una posizione difensivistica nei confronti della cultura laica e non ha potuto e saputo sviluppare la sua capacità di dialogo e di valorizzazione dell'universalità della ragione.

Se guardiamo poi al modo di pensare il diritto naturale, esso è principalmente incentrato sull'affermazione di norme assolute ed immutabili non dipendenti dalle variazioni storiche e fondate sulla volontà razionale di Dio o sulla natura umana intrisa di dover essere in ragione del principio di creazione. Una certa articolazione è possibile sulla base della distinzione tomista della derivazione del diritto naturale *ad modum conclusionis* o *ad modum determinationis*. Tuttavia il ricorso all'esperienza storica non serve tanto per

³ È dominante nel mondo dei giuristi italiani della prima metà del secolo l'istituzionalismo di Santi Romano, che è una concezione rigorosamente giuspositivistica.

conoscere i principi di diritto naturale, ma piuttosto per rendersi conto della varietà delle loro applicazioni [Olgiati 1944].

Il concetto stesso di diritto s'identifica con la giustizia intesa come sintesi suprema tra azione interiore (virtù) e regola intersoggettiva e sociale [Olgiati 1932]. La riduzione all'etica conduce alla perdita dell'autonomia del concetto di diritto. I neotomisti debbono difendersi da quest'accusa ed alcuni cercano di separare più nettamente l'azione esteriore da quella interiore [Graneris].

Dall'accusa di astoricità il pensiero neotomista si è difeso invocando la distinzione tra giusnaturalismo antico e cristiano e giusnaturalismo moderno. Quest'ultimo sarebbe responsabile di una concezione astratta e astorica del diritto naturale, mentre il primo sulla scia di Aristotele non perderebbe mai di vista la concretezza dell'esperienza morale. Tuttavia si va ben poco al di là di quest'affermazione di principio senza curarsi di mostrare la differenza tra l'una e l'altra prospettiva nel modo di affrontare i problemi concreti.

Da parte laica⁴ lo storicismo e l'idealismo, che rappresentavano la filosofia dominante e che negavano ovviamente la naturalità del diritto naturale, si erano a loro volta impadroniti del pensiero di Vico, l'altro grande interprete dello spirito italiano, piegandolo alle istanze di una filosofia della storia immanentistica. Benedetto Croce nel 1910 e Giovanni Gentile nel 1915 con la loro interpretazione del pensiero del Vico hanno condizionato profondamente l'approccio al filosofo napoletano e non tanto per la sua riconduzione alla filosofia hegeliana quanto piuttosto per l'eccessiva rilevanza data ai temi di estetica e di poetica rispetto a quelli giuridici considerati di basso profilo teoretico. Di conseguenza lo storicismo non era meno astratto nelle posizioni di pensiero e lo scontro tra pensiero cattolico e laico si consumava sul piano dei massimi sistemi. In questi casi alla feroce battaglia sui principi si accompagna quasi sempre un pragmatismo poco attento ai valori sul piano pratico.

C'è anche da segnalare la situazione di particolare difficoltà in cui si trovava la filosofia giuridica. Da una parte per essere riconosciuta come vera e propria speculazione filosofica doveva collegarsi strettamente con le correnti dominanti di pensiero, cioè a quell'epoca con il positivismo, il neokantismo e il neoidealismo; dall'altra parte, però, da questi orientamenti filosofici non proveniva un'adeguata valorizzazione del fenomeno giuridico. Il positivismo filosofico considerava il diritto come uno strumento antiquato di controllo sociale; il neokantismo tendeva a pensarlo nell'ottica della mera esteriorità e coercitività; il neoidealismo ora lo riduceva all'economia, ora lo annegava nell'etica. Di conseguenza i filosofi del diritto si presentavano quasi sempre come eterodossi rispetto alla tradizione di pensiero a cui pure facevano riferimento ed erano perciò guardati con sospetto dai filosofi puri. Se dai filosofi

⁴ Tra i pochi esponenti della cultura cattolica laica ricordiamo per le sue aperture alla dimensione storica del diritto naturale Eugenio Di Carlo (1882-1969) dell'Università di Palermo.

erano declassati al rango di giuristi, da quest'ultimi non erano considerati come appartenenti alla loro corporazione⁵.

L'orientamento neotomista, o più in generale lo spiritualismo cattolico, rappresentava di fatto l'unica dottrina del diritto naturale esistente in Italia prima della seconda guerra mondiale. Certamente alcune esigenze della problematica del diritto naturale erano accolte anche dagli avversari del giusnaturalismo e, in particolare, quelle riguardanti la formazione di un diritto positivo più giusto. Il positivismo parlava di «idealità sociali». Si possono anche individuare orientamenti giusnaturalisti non cattolici risalenti ad una linea di pensiero che parte da Filomusi Guelfi (1846-1903) e Igino Petrone (1870-1913) e si collega alla Scuola neohegeliana napoletana (Augusto Vera e Bertrando Spaventa). Ma si tratta di posizioni molto tentate dallo storicismo.

L'unica vera e propria dottrina del diritto naturale originariamente differente da quella neotomista si ritrova nel neokantismo del bolognese Giorgio Del Vecchio (1878-1970), fondatore della «Rivista internazionale di filosofia del diritto». La differenza non consiste nei contenuti del diritto naturale, che sono pur sempre quelli dell'etica cristiana, ma nella distinzione tra giuridicità e giustizia. Del Vecchio sostiene l'indipendenza del concetto logico di diritto da quello di giustizia. La giuridicità è una forma logica che consente di dar senso giuridico a fenomeni sociali d'intersoggettività e che è neutra dal punto di vista valutativo. Ma il diritto si muove verso l'ideale della giustizia, che è il suo principio contenutistico. L'originalità e l'importanza del pensiero di Del Vecchio, a cui pure dobbiamo successivi e pregevoli scritti sul diritto naturale [ad es., Del Vecchio 1954], sta principalmente nell'elaborazione di una definizione del diritto che prescinda dalla controversia tra giuspositivismo e giusnaturalismo, in quanto solo su questa base è possibile che tale controversia non sia un dialogo tra sordi.

Pertanto Del Vecchio ha distinto tre campi d'indagine filosofico-giuridica, quello logico del concetto di diritto, quello fenomenologico riguardante lo sviluppo storico ed empirico del diritto e quello deontologico relativo all'idea di giustizia. Questa tridimensionalità della problematica filosofico-giuridica ha avuto molta fortuna nella filosofia giuridica italiana, anche se i tre campi sono stati variamente intesi [Del Vecchio 1930].

Sul piano dell'impegno etico-politico nessuna delle forme di giusnaturalismo presenti nell'Italia prebellica ebbe piena consapevolezza dell'incompatibilità dell'ideologia fascista nei confronti del diritto naturale, sviluppando un'organica e combattiva contestazione critica. Ciò è una riprova del carattere astratto del diritto naturale italiano e della sua incapacità di misurarsi con la storia.

⁵ Si è parlato giustamente di «tendenze antifilosofiche della giurisprudenza» italiana [Cammarata].

Il giusnaturalismo dei giuristi

Uno dei più importanti effetti culturali della seconda guerra mondiale sulla problematica filosofico-giuridica è stato – come è noto – una rinnovata attenzione per il diritto naturale⁶. Ciò è avvenuto in generale nella cultura dei Paesi sconfitti, cioè in Italia e in Germania. S'è molto discusso sulle responsabilità del giuspositivismo nei confronti del totalitarismo nazista e fascista⁷. È comprensibile che tutta la configurazione della cultura prebellica senza distinzioni fosse messa sotto accusa. In realtà bisognava cercare la vera responsabilità non tanto nel giuspositivismo, ma nella separazione tra la cultura etico-filosofica e quella giuridica. E di questo erano responsabili in egual misura sia i giuspositivisti che i giusnaturalisti.

Uno dei primi risultati della rinascita del diritto naturale fu la rinnovata attenzione per esso da parte dei giuristi. Ancora una volta l'iniziativa e l'impulso proviene dalla Chiesa cattolica. Il papa Pio XII ha grande sensibilità giuridica e propugna un nuovo ordine giuridico internazionale.

La storia del diritto naturale nel dopoguerra ha inizio con un Convegno dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani dedicato al «diritto naturale vigente» [U.G.C.I.]. È interessante notare che il problema centrale è ora quello della deontologia professionale del giurista. Il mestiere del giurista è legato al diritto positivo e al valore della certezza. La consapevolezza di un diritto ingiusto produce un vero e proprio dramma di coscienza nel giurista. Il diritto positivo ingiusto non è più soltanto mera esercitazione teorica, ma è ora un evento che pesa nella coscienza storica.

La varietà delle opinioni presenti in questo dibattito è il segno indubitabile di uno sviluppo nella problematica della vigenza del diritto naturale. Si ripropone innanzitutto la posizione neoscolastica per cui il diritto naturale ha insieme un carattere trascendente e sistematico. Di conseguenza ove il giurista constati la contraddizione tra la norma positiva e quella naturale dovrà riconoscere che la prima non è vero e proprio diritto [Barbero, 40]. Ma questa *versione forte*⁸ del giusnaturalismo riceve un'accoglienza molto limitata ed i suoi stessi sostenitori fanno il possibile per attutirne l'impatto negativo sul valore della certezza e sui doveri del ruolo del giurista. Le *versioni deboli* insistono o sulla differenza tra la singola norma positiva e il sistema delle norme nel suo complesso o sul carattere particolare delle norme di diritto naturale. Sono queste due vie moderate che permettono un dialogo tra diritto

⁶ È curioso osservare la rapida conversione di filosofi idealisti al giusnaturalismo. Dalla stessa scuola crociana verrà un difensore del diritto naturale [Antoni].

⁷ Uberto Scarpelli e Norberto Bobbio hanno vigorosamente difeso il giuspositivismo da quest'accusa: il primo sulla base del collegamento tra giuspositivismo e lo Stato di diritto e il secondo sulla base della distinzione tra il giuspositivismo come teoria e come ideologia.

⁸ Una versione è forte se racchiude i seguenti assunti: esiste un diritto non positivo; questo diritto è valido di per sé, cioè senza bisogno di riconoscimento umano; questo diritto, essendo assiologicamente superiore al diritto positivo, prevale su di esso per quanto riguarda l'obbligatorietà [D'Agostino, 71].

positivo e diritto naturale senza presupporre una duplicazione dei sistemi della giuridicità⁹.

Secondo la prima prospettiva si fa una sostanziale differenza tra l'ordinamento giuridico nel suo complesso e la singola norma. Il primo non può mai essere in contrasto con il diritto naturale, poiché è l'ordine oggettivo della coesistenza sociale, un ordinamento che si è consolidato attraverso le prove della storia ed è quindi dotato di una razionalità immanente. In questo senso il diritto naturale è l'insieme delle esigenze (*requirements*) costitutive dello stesso diritto positivo, siano esse derivate dalla struttura dell'azione o espresse nei valori interni che costituiscono un ordine giuridico. È questa anche nella sostanza la posizione di Giuseppe Capograssi (1889-1956), un filosofo del diritto che ha esercitato una grande influenza sulla formazione dei giuristi italiani del dopoguerra. Capograssi, propugnatore di una filosofia dell'esperienza giuridica¹⁰, si rifà esplicitamente a Vico e parla del «diritto naturale degli addottrinati», cioè del risultato dell'opera della ragione che si dispiega nella storia evidenziando le esigenze profonde dell'umanità. In quest'ottica la legge ingiusta deve essere ricondotta per mezzo dell'interpretazione ai valori interni dell'ordinamento positivo e così purificata dalle sue contraddizioni.

Possiamo considerare questa linea di tendenza come pienamente giusnaturalistica, anche se i suoi sostenitori non sempre accettavano questa qualificazione che nell'immaginario culturale sembrava essere monopolio solo della *versione forte*. Certo la sua debolezza consiste nel non avere difese teoretiche sufficienti nei confronti dello storicismo.

La seconda linea di tendenza rifiuta l'identificazione del diritto naturale con un sistema di precetti. Esso consiste invece in pochi precetti fondamentali o nucleari e in un insieme di orientamenti che guidano la produzione del diritto positivo. Oggi si direbbe che il diritto naturale si manifesta soprattutto attraverso principi, cioè orientamenti generali per l'azione. Conseguentemente il conflitto insanabile tra diritto naturale e positivo sarebbe ristretto a pochi casi estremi che riguardano i precetti, mentre avrebbe solo una valenza morale e non strettamente giuridica nel caso dei principi.

Le novità consistono, dunque, in una differenziazione dei modi d'intendere la vigenza del diritto naturale e nel coinvolgimento dei giuristi in questa problematica. Quest'ultimo aspetto è rafforzato dalla presenza di un testo legislativo intriso di valori etico-politici qual è quello della Costituzione italiana entrata in vigore nel 1948. Poiché il testo costituzionale recepiva alcuni principi che appartenevano alla tradizione del diritto naturale, la fedeltà alla legge tipica del giurista italiano si poteva coniugare in certo qual modo con

⁹ L'accusa al giusnaturalismo di duplicare il sistema giuridico è avanzata da Kelsen e ribadita da Bobbio.

¹⁰ La filosofia di Capograssi è una forma di esistenzialismo cristiano ispirato ad Agostino ed a Rosmini. Tra i suoi numerosi discepoli uno dei più fedeli custodi di questa linea di pensiero è Enrico Opocher, che ha esercitato il suo magistero nell'Università di Padova.

il giusnaturalismo. In ogni caso è significativo che si cominci a parlare della «filosofia dei giuristi» [Caiani]¹¹, cosa che prima della guerra sarebbe sembrato un nonsenso. Questa filosofia non abbandona il formalismo astorico tipico del giurista italiano [Merryman], ma prende atto che i valori sono incorporati nelle formule giuridiche ed istituzionali, sono «diritto vigente» e, quindi, devono essere tenuti presenti nelle procedure dell'interpretazione giuridica e della scienza giuridica.

Il risultato di quest'evoluzione è stato un rafforzamento della convergenza sui contenuti fondamentali del diritto, che per i giusnaturalisti poggiavano sul diritto naturale vigente, mentre per i giuspositivisti erano diritto positivo a tutti gli effetti. Ma l'accordo ha sempre per effetto la paralisi della ricerca. Non c'è a quel tempo dibattito in Italia sui contenuti dei valori giuridici fondamentali, ma solo sulla loro qualificazione giusnaturalistica o giuspositivistica. Una dottrina del diritto naturale dovrebbe, invece, presentarsi come un programma di ricerca dei precetti e dei principi di diritto, cioè dovrebbe esercitare il ragionamento pratico per rintracciare e giustificare le regole giuridiche. D'altronde ciò non è per nulla estraneo alla tradizione della scienza giuridica italiana che risale al diritto romano, alla giurisprudenza medievale e al diritto comune, e che – come ha ben messo in luce Alessandro Giuliani – potrebbe ora utilizzare le risorse della nuova retorica e della teoria dell'argomentazione. Ma i giuristi dell'età della codificazione avevano abbandonato questa tradizione, a differenza dell'anglosassone *jurisprudence*. In conclusione si può affermare che le due versioni deboli del diritto naturale non furono sviluppate ed approfondite adeguatamente.

Il giusnaturalismo come teoria della morale

Non c'è pertanto da stupirsi se il centro più vitale del dibattito si trasferisce sul piano epistemologico. Non essendo più il contenuto dei precetti a qualificare una dottrina come giusnaturalistica, allora l'accento cadrà su un determinato fondamento o su una determinata giustificazione. Norberto Bobbio ha colto con la consueta lucidità questo problema quando ha considerato il giusnaturalismo non già come una determinata morale, ma come una determinata teoria della morale [Bobbio, 180]. Si tratta di una teoria oggettivistica dell'etica che presume di fondare sul piano cognitivo contenuti di valore. Il conflitto tra giusnaturalismo e giuspositivismo diventa così quello tra cognitivismo e non cognitivismo dei giudizi di valore [Viola 1993]. Questa controversia epistemologica attira a sé l'attenzione principale, segnando l'oblio delle questioni di etica normativa.

¹¹ La distinzione tra «filosofia del diritto dei filosofi» e «filosofia del diritto dei giuristi» diventa per Bobbio una separazione tra due filosofie, quella sintetica o «metafisica» e quella analitica o «empirica» [Bobbio, 43].

La divisione ora riguarda la metaetica, la concezione della scienza e dell'interpretazione giuridica, e il concetto di diritto, cioè se esso sia fatto o valore. Prende consistenza una forte corrente di pensiero giuspositivistico d'ispirazione analitica, che s'ispira alle opere di Hans Kelsen, di Alf Ross e di Herbert Hart e che diviene l'avversario principale della teoria giusnaturalistica della morale, usando *the is-ought question* come arma preferita [Bobbio, 172; ma v. Carcaterra].

Intanto nella più generale cultura filosofica cattolica si è esaurito fin quasi a scomparire il neotomismo senza che sia stato sostituito da una diversa, e più adeguata, interpretazione del pensiero di Tommaso d'Aquino. È vero che nella cultura cattolica dell'Italia del dopoguerra ha avuto notevole influenza il pensiero di Jacques Maritain, ma soprattutto in riferimento alla filosofia politica e sociale più che alla filosofia giuridica¹². Di fatto il giusnaturalismo si è disperso in mille rivoli, non avendo più alle spalle una forte ed unitaria base speculativa. Resta ovviamente in piedi il suo argomento eterno ed invincibile, cioè che è necessario ammettere un criterio di misura morale del diritto positivo se si vuole evitare il trionfo della fattualità. Ma resta l'incertezza sul modo di fondare sul piano cognitivo questa *recta ratio* e sul suo carattere propriamente «giuridico».

La stessa connessione essenziale tra Cristianesimo e giusnaturalismo è messa profondamente in dubbio da Guido Fassò (1915-1974), filosofo del diritto dell'Università di Bologna e autore dell'unica storia completa del pensiero giuridico che sia mai stata pubblicata in Italia. Fassò, in cui nuovamente fa sentire la sua voce la filosofia vichiana, separa nettamente il piano della trascendenza assoluta dei valori morali e religiosi dal piano istituzionale e sociale, che è necessario alla convivenza e alla coesistenza e che quindi deve accettare un certo qual relativismo e storicismo dei valori con la conseguente necessaria loro mondanizzazione [Fassò 1956; ma v. Ambrosetti]. Il diritto si colloca in quest'ultimo, così come tutte le morali sociali o razionali sono in realtà forme giuridiche della coesistenza in un certo contrasto con la essenziale ultramondanità del Cristianesimo. C'è in questo una buona dose di sfiducia nella ragione umana che in certo qual modo richiama il non-cognitivismo [Pattaro] e il misticismo di Wittgenstein, ma Fassò rifugge nettamente dal volontarismo. In questo sfondo religioso egli riconosce per la costruzione delle istituzioni giuridiche e politiche l'importanza educativa del diritto naturale inteso come *legge della ragione* [Fassò 1964a]. Si tratta di una ragione vichiana empirica e storica e per nulla eterna ed immutabile, ma essenziale per la garanzia dei diritti e della libertà, cioè per fondare i valori del costituzionalismo. Su questo piano è possibile anche intercettare il giusnaturalismo di Tommaso d'Aquino, che appare a Fassò come il sostenitore di una ragionevo-

¹² L'opera di Maritain più interessante per i filosofi del diritto è stata pubblicata postuma in italiano prima ancora che nella lingua originale, ma sfortunatamente non ha trovato adeguata risonanza [Maritain].

lezza critica e non dogmatica capace di adattarsi alla storicità delle relazioni umane.

Nonostante il valore non assoluto del diritto naturale, è interessante questo riconoscimento dell'importanza della ragionevolezza pratica e di un uso del tomismo in questa direzione. Fassò stesso fa riferimento alla tradizione giuridica inglese che ha sviluppato un diritto dalle concrete esigenze della società interpretate dalla ragione, un diritto non volontaristico – come quello continentale – o un *positive natural law* per usare l'espressione di Roscoe Pound.

C'è da ricordare che alcuni anni prima un italiano di formazione tomista profondo conoscitore del pensiero giuridico e politico inglese, Alessandro Passerin d'Entrèves (1902-1985), nel suo *Natural Law* aveva sostenuto che l'importanza della nozione del diritto naturale consiste più nella sua *funzione storica* che nella sua dottrina. E questa funzione storica era proprio quella che sottolineerà Fassò, cioè quella di limitare il potere statale e di proteggere l'individuo dall'arbitrio del sovrano. Riconoscendo questo merito «storico», Bobbio aveva notato che per questo non era necessaria una teoria oggettivistica dell'etica come il giusnaturalismo, in quanto lo stesso merito si deve riconoscere ad altre dottrine o filosofie che nulla hanno a che vedere con esso [Bobbio, 190]. Ma il giusnaturalismo non è l'unica metaetica cognitiva possibile e resta dubbio se il costituzionalismo e i diritti dell'uomo siano meglio difesi sul piano teorico dal cognitivismo o dal relativismo etico. In definitiva per le sorti del giusnaturalismo il punto cruciale non è il contenuto del diritto naturale, ma *il suo fondamento, cioè il concetto di natura umana. Sarebbe* privo di senso continuare a parlare di diritto «naturale» se ciò non significasse in certo qual modo un appello alla natura, e tuttavia la fallacia naturalistica sembrerebbe impedirlo.

Per uscire da questa difficoltà bisogna offrire un'interpretazione non naturalistica della natura umana e ciò richiedeva un nuovo sforzo speculativo. È a quest'impresa teoretica che ha dedicato i suoi studi Sergio Cotta, che ha fatto confluire un'originaria ispirazione agostiniana in una rivisitazione ontologica della fenomenologia husserliana [Cotta 1991]. Cotta non indugia a difendere determinati contenuti del diritto naturale, di cui ammette una buona dose di storicità. Il concetto filosofico di «natura» non può ridursi a mera fattualità, ma indica la struttura costitutiva di un ente esistenziale. L'ente a cui si riferisce il diritto è l'uomo. L'indagine filosofica mette in luce le caratteristiche strutturali di quest'ente e ne rivela la relazionalità coesistenziale. Da questa verità antropologica discendono doveri oggettivi ossia validi per ogni essere umano. Pertanto il diritto naturale è quel diritto positivo che è giustificato dalla sua corrispondenza alla struttura dell'ente a cui si riferisce. Non è un diritto ideale, né un diritto naturalistico, ma un *diritto vigente* per il suo essere espressione dell'essere dell'uomo. Il compito principale del giusnaturalismo diviene quello di giustificare l'obbligatorietà del diritto positivo, cioè in sostanza di rispondere alla domanda radicale «perché il diritto?» [Cotta 1981]. In tal modo Cotta può rintracciare nei sistemi giuridici positivi alcuni principi

irrinunciabili di carattere strutturale, la cui violazione renderebbe impossibile la relazione coesistenziale (come il dovere di rispettare l'innocente e quello di non assoggettare l'altrui volontà). Tali principi non sono meramente formali, perché esprimono una sorta di apriori ontologico, e non meramente logico, e nello stesso tempo richiedono un'articolazione nella prassi storica. Limitare il diritto naturale al solo primo principio della ragion pratica, cioè «il bene deve essere fatto e perseguito e il male deve essere evitato», significherebbe abbandonare i contenuti del diritto naturale al divenire della storia e allo storicismo relativistico. Bisogna dunque – secondo Cotta – tradurre la vecchia ontologia metafisica del tomismo nell'ontologia fenomenologica.

Il pensiero di Cotta in certo qual modo riprende il tema del concetto di diritto caro a Del Vecchio, di cui è successore nell'Università di Roma, ma non lo risolve nel mero formalismo logico quanto piuttosto mostra che la forma della giuridicità implica delle condizioni antropologiche ed ontologiche.

Questo dibattito sul diritto naturale si colloca sul piano già precisato da Bobbio, cioè su quello epistemologico. Cotta, infatti, è d'accordo che il criterio dei contenuti storici e quello della funzione sociale non sono adeguati a definire il giusnaturalismo. Esso non è l'unità di una scuola o di una dottrina, ma l'unità di un *modello di ricerca* caratterizzato dalla domanda sul fondamento del diritto quand'esso viene cercato nella natura dell'uomo [Cotta 1989].

Questo ritorno della problematica del diritto naturale alla dimensione filosofica, sia in senso ontologico che epistemologico, per quanto di grande valore speculativo, non è andato incontro alle esigenze dei giuristi più interessati ai contenuti del diritto che alla sua fondazione. D'altronde i giuristi favorevoli al diritto naturale erano rimasti appagati dai valori costituzionali e si erano perciò attestati nel formalismo legislativo a difesa della certezza del diritto. Al contrario saranno i giuristi animati da ideologie di sinistra a tentare interpretazioni alternative del diritto positivo in nome della ricerca di un diritto più giusto. Ciò non favorisce certamente la ricerca dei contenuti del diritto naturale e la filosofia del diritto torna ad allontanarsi dall'attenzione dei giuristi [Viola 1994].

Il ritorno dell'etica normativa all'interno del diritto

A partire dagli anni '70 comincia ad evidenziarsi un fenomeno culturale di grande importanza per la ricerca del diritto naturale. Abbiamo detto che l'unico punto fermo indiscusso era l'accordo intorno ai contenuti dell'etica cristiana. Ma nella società italiana del tempo progressivamente questa convergenza viene meno. L'introduzione del divorzio (1970) e la legalizzazione dell'aborto (1978) sanciscono la fine di un'etica comune e la frammentazione pluralistica delle convinzioni morali. La crisi delle credenze morali rimette in discussione l'etica normativa che le ricerche metaetiche avevano fatto trascurare.

I principi e i precetti di diritto naturale hanno bisogno di essere difesi sul piano argomentativo dall'interno dell'esperienza giuridica. Ma i filosofi del diritto si erano allontanati dall'esperienza giuridica e i giuristi erano oscillanti tra formalismo ed ideologismo. Tuttavia la crisi dell'etica comune sposta sul diritto positivo il compito di garantire la comunanza di valori necessaria per ogni convivenza civile [Viola 1989]. Questa paradossalmente è una situazione favorevole per il diritto naturale, che ha sempre dovuto rispondere a due accuse contraddittorie, cioè di essere etica e non diritto e di poggiare sulla natura come fatto. Oggi in Italia – come d'altronde nel resto del mondo – la legislazione torna ad interessarsi delle questioni etiche e del tema della natura (bioetica, ecologia, diritti delle generazioni future...). Il concetto generale di «natura» è diventato la questione cruciale del diritto e della morale [Lombardi 1990]. La storia stessa s'incarica di confutare la feroce aggressione di Piovanini nei confronti del giusnaturalismo considerato come antimoderno [Piovanini, 11].

Il giusnaturalismo si presenta oggi non più come una teoria della morale, ma come un'etica derivata dal carattere normativo della natura e da un'uso specifico della ragionevolezza pratica. A questo fine bisogna riconquistare non solo la normatività, ma anche tutta l'ampiezza del concetto di «natura». Per il giusnaturalismo – come ha notato Luigi Lombardi Vallauri – non si tratta solo della natura dell'uomo, ma anche della natura delle cose e della stessa natura del diritto. Il diritto naturale non riguarda solo le norme di condotta, ma anche le norme di organizzazione [Lombardi 1987]. Le stesse procedure, a cui oggi si vuole ridurre tutto il diritto positivo, non sono meramente arbitrarie, ma devono rispettare certi vincoli di valore e di praticabilità. Il costituzionalismo, la democrazia, i diritti dell'uomo hanno regole interne vincolanti, hanno – come direbbe Fuller – una loro moralità interna. La «naturalità» del diritto positivo risiede in tutto ciò che è sottratto alla piena disposizione della volontà umana. In questo senso c'è una sorta di giusnaturalismo minimo che è alla base della nostra cultura giuridica attuale. Esso si basa sul rifiuto del riduzionismo dei valori ai fatti e sul rigetto del soggettivismo assoluto [Lombardi 1981] e sulla difesa dell'individuo nei confronti del potere pubblico [Cattaneo].

Sui contenuti del diritto naturale strutturale o procedurale c'è oggi in Italia un alto grado di consenso, incrinato solo di recente dal dibattito sulla revisione della Costituzione italiana. Il problema più difficile riguarda il diritto naturale di condotta, perché esso resta legato al controverso concetto della natura dell'uomo, intorno a cui permane la divisione tra pensiero cattolico e laico. Per la sua soluzione si richiede il superamento di due ostacoli ancora presenti nella problematica italiana del diritto naturale.

Il primo ostacolo è la conciliazione tra la forma universale del precetto di diritto naturale e il suo contenuto in una certa misura storico [Sala]. Si tratta ancora una volta di riuscire ad unire in una sintesi reale Tommaso d'Aquino e Giambattista Vico, cioè la ragione e la cultura, i principi e la storia.

Il secondo ostacolo risiede nella difficoltà di sviluppare il ragionamento pratico senza essere condizionati da presupposti ideologici. C'è bisogno oggi in Italia di una maggiore fiducia nella ragione e nella sua capacità di istituire una comunicazione e un dialogo tra posizioni diverse. I filosofi devono conoscere meglio i processi argomentativi dei giuristi e questi ultimi devono saper cogliere i presupposti non positivistici dei loro ragionamenti e delle loro interpretazioni.

Alcuni indizi che guardano al futuro sono favorevoli ad un rinnovato approccio alla problematica del diritto naturale inteso come ricerca dei primi principi del ragionamento giuridico.

La svolta più rilevante consiste – a mio parere – nel lento ma progressivo abbandono dell'identificazione del diritto con la norma. Noi tendiamo a pensare il diritto naturale al modo stesso in cui pensiamo il diritto positivo. Oggi nel diritto positivo si riconoscono altri fattori normativi oltre le norme. La distinzione di Dworkin tra norme e principi è stata ampiamente discussa in Italia. Il diritto positivo appare più come un insieme di processi interpretativi che come un sistema di norme e si ripropone il problema delle fonti del diritto. Ed allora ci si chiede se questa prassi abbia dei *beni interni* ovvero principi-guida, quali essi siano e ci si chiede anche che tipo di normatività esibiscano. Lo studio dei diritti dell'uomo, d'altra parte, favorisce una riconsiderazione della teoria del diritto naturale, costringe gli stessi giuristi ad abbandonare ogni rigoroso formalismo ed a rimettere in questione la rigida separazione tra validità e giustizia, tra diritto e morale [U.I.G.C.].

Tuttavia, pur essendo ormai chiaro che il concetto di natura non possa ridursi al mero fattualismo ma debba riferirsi all'unità di senso degli ambiti ontologici fondamentali dell'esperienza umana, esso resta ancora troppo lontano ed esterno nei confronti della prassi sociale e dei processi storici, che costituiscono la vita effettiva del diritto. Una via ancora poco esplorata è quella che cerca dall'interno stesso dell'esperienza storica le costanti delle regole giuridiche, facendo appello alle acquisizioni dell'antropologia culturale e alle leggi transculturali [Carcattera; Così], alle suggestioni di Maritain e di Gadamer sugli «schemi dinamici» dell'azione e al giudizio riflettente di Kant [Mathieu].

Francesco VIOLA

Bibliografia

- G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, Giuffrè, Milano 1985².
 C. ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Neri Pozza, Venezia 1959.
 D. BARBERO, *Studi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1953.
 N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano 1965.
 L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955.
 A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3 (1922), pp. 234-258.
 G. CAPOGRASSI, *Opere*, Giuffrè, Milano 1959.
 G. CARCATERA, *Il problema della fallacia naturalistica*, Giuffrè, Milano 1969.
 M. A. CATTANEO, *Persona e Stato di diritto*, Giappichelli, Torino 1994.
 G. COSÌ, *Il Logos del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.
 S. COTTA (1981), *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano.
 — (1989), *Diritto Persona Mondo umano*, Giappichelli, Torino.
 — (1991), *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991².
 F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.
 G. DEL VECCHIO (1930), *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1930¹.
 — (1954), *Mutabilità ed eternità del diritto*, in «Jus», 5 (1954).
 E. DI CARLO, *Diritto naturale e storia*, in «Circolo Giuridico L. Sampolo», 37 (1966), pp. 9-42.
 G. FASSÒ (1956), *Cristianesimo e società*, Giuffrè, Milano 1969².
 — (1964), *Il diritto naturale*, Eri, Torino, pp. 109-128.
 — (1964a), *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna.
 — (1970), *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Il Mulino, Bologna; 1994, nuova ed. a cura di C. Faralli e G. Zanetti.
 A. GIULIANI, *Osservazioni introduttive*, in *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, «L'educazione giuridica», Esi, Napoli 1988, vol. V, t. I, p. 3 ss.
 G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Sei, Torino 1949.
 L. LOMBARDI VALLAURI (1981), *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova.
 — (1987), *Diritto naturale*, in «Jus», 34, 3 (1987), pp. 241-261.
 — (1990) (a cura), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano.
 G. LORENZI, *Il dibattito sul diritto naturale in Italia dal 1945 al 1960*, in «Verifiche», 19, 3 (1990), pp. 327-370 e 4 (1990), pp. 489-533.

- G. MARINI, *Il giusnaturalismo nella cultura filosofica italiana del Novecento*, ora in *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Morano, Napoli 1987.
- J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di F. Viola, Jaca Book, Milano 1985.
- V. MATHIEU, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Giappichelli, Torino 1989.
- J. H. MERRYMAN, *Lo stile italiano: la dottrina*, in «Rivista trim. di diritto e procedura civile», 20 (1966), p. 1169 e ss.
- F. OLGIATI (1932), *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Milano.
- (1944), *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano.
- E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1983.
- A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson's University Library, 1951 (trad. it. di V. Frosini: *La dottrina del diritto naturale*, Ed. di Comunità, Milano 1954¹).
- E. PATTARO, *Sull'assoluto. Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 59 (1982), pp. 42-94.
- A.-E. PÉREZ LUÑO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bologna, 1971.
- P. PIOVANI, *Giusnaturalismo e etica moderna*, Laterza, Bari 1961.
- G. B. SALA, *Lex naturae e storia*, in «Rivista di filosofia neo-scolastica», 3 (1971), pp. 241-294.
- L. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teoretico del diritto naturale appoggiato sul fatto (1840-1843)*, Ed. Civiltà Cattolica, Roma 1949, 2 voll.
- U.G.C.I. (a cura), *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma 1951.
- U.I.G.C. (a cura), *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo*, in «Quaderni di Iustitia», n. 40, Giuffrè, Milano 1993.
- F. VIOLA (1989), *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino.
- (1993), *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, in «Ragion Pratica», 1, 1 (1993), pp. 61-81.
- (1994), *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in B. Montanari (a cura di), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Giuffrè, Milano, pp. 119-131.