

MAURICIO MALDONADO
PAU LUQUE
(A CURA DI)

**DISCUTENDO
CON
BRUNO CELANO**
VOL. I
CONTRIBUTI

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

IL GIUSNATURALISMO SECONDO BRUNO CELANO

Francesco Viola
Università di Palermo

1. UNA QUARTA VIA?

Esaminerò esclusivamente un saggio di Bruno Celano dedicato al dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo¹. Non è un tentativo di cavarmela a buon mercato, perché si tratta di una tematica all'incrocio fra le riflessioni sviluppate tra il 2000 e il 2005 riguardanti l'interazione fra tesi di metaetica e la problematica dei diritti e dei valori nello Stato costituzionale² e i numerosi saggi dedicati al ragionamento pratico nello stesso periodo. Si può dire che le acquisizioni congiunte di questi scritti vengano ora applicate alla trattazione della tematica centrale della filosofia del diritto, quella dell'eterno conflitto fra i due fratelli nemici. Quindi questo testo può essere considerato come un osservatorio privilegiato e significativo del pensiero di Celano.

Per non alimentare ingannevoli speranze, avverto subito che dopo la lettura dell'articolo di Celano il giusnaturalista e il giuspositivista resteran-

¹ Celano 2005.

² Ora raccolti in Celano, 2013.

no a bocca asciutta. All'uno e all'altro si concede qualcosa, ma non sino al punto da lasciare almeno uno dei due soddisfatto. Oggi si moltiplicano i tentativi di trovare una terza via tra il giusnaturalismo e il giuspositivismo, perché ci si rende sempre più conto delle loro buone ragioni come anche dei difetti di entrambi. Ma la traiettoria delineata da Celano non può essere ricondotta alle teorie della terza via siano esse post-positiviste, non-positiviste o neocostituzionaliste. La tesi sostenuta, per quanto avanzata in forma ipotetica, ha esplicitamente un carattere paradossale nella misura in cui afferma la piena compatibilità tra un giusnaturalismo basato su fondamenti squisitamente filosofici e un giuspositivismo rigoroso sul piano teorico. L'uno finisce per collassare sull'altro e per fornire all'altro la sua giustificazione. Se così fosse, allora secoli di infiniti dibattiti fra giusnaturalismo e giuspositivismo sarebbero non solo zeppi di malintesi e fraintendimenti, come in effetti sono, ma anche in buona parte inutili e vacui. Tuttavia il nostro senso comune resiste di fronte a questa conclusione e continua a ritenere che, quando ci si dichiara giusnaturalisti, si vuol proprio dire che non si è giuspositivisti, anzi che si aborrisce il giuspositivismo. Ovviamente ciò vale anche in senso inverso. Bisogna vedere se questa riluttanza ad abbandonare la contrapposizione abbia le sue ragioni anche nei confronti delle argomentazioni di Celano.

2. IL DIRITTO COME ARTEFATTO

Prima di esaminare gli aspetti salienti dello scritto di Celano, devo premettere che concordo pienamente sulla tesi generale che è così lapidariamente espressa nell'incipit dello scritto: «il diritto, pur essendo necessariamente espressione di valori e principi etici oggettivi, è un artefatto umano»³. D'accordo, totalmente d'accordo, entusiasticamente d'accordo. Concordo anche su altri aspetti della posizione di Celano che segnalerò in seguito. Ma evidentemente ciò non basta, perché è dalla dimostrazione della tesi che si comprende il suo senso reale e qui alla fine l'entusiasmo si spegne. Ed allora rileggo la formulazione iniziale e non sono più tanto d'accordo. Sembra che un artefatto, o almeno l'artefatto giuridico, sia per definizione in contrasto con la possibilità di esprimere valori e principi etici oggettivi, poiché solo così la tesi assume un carattere intrigante, irritante e paradossale, altrimenti sarebbe banale. Quindi si presuppone un concetto di artefatto giuridico che è misurato soltanto dalla volontà del suo artefice. Per intenderci, come il paleo-positivismo pensava fossero i comandi del sovrano: pura creazione dal nulla normativo. Evidentemente

³ Celano 2005: 161.

la tesi di Celano intende traumatizzare direttamente i giuspositivisti o tutti coloro che hanno un'idea del genere di artefatto giuridico. Essa intende affermare che questo prodotto di un'umana volontà sovrana è ciononostante necessariamente espressione di valori e princìpi etici oggettivi.

Il giusnaturalista, invece, non resta per nulla sorpreso, o almeno non dovrebbe sorprendersi, perché ha, o dovrebbe avere, un'altra idea di artefatto giuridico. Anche ammettendo che ci siano stati sostenitori del diritto naturale come un ordine giuridico ideale non bisognoso di positivizzazione se non sul piano delle sanzioni⁴, si tratterebbe delle pecore nere del giusnaturalismo. Ogni famiglia ne ha almeno qualcuna e di questo approfittano astutamente le famiglie avversarie. Di per sé il giusnaturalismo è pienamente compatibile con l'idea che il diritto sia necessariamente e radicalmente un artefatto. Non c'è diritto che non sia positivo. Tuttavia l'artefatto giuridico è pensato dal giusnaturalismo in modo differente rispetto al paleo-positivismo. Il principio delle cose artificiali si trova nell'arte (nel senso aristotelico di *techne*). Questo è un concetto conoscitivo e significa sapersi orientare in ciò che determina la riuscita di una produzione fino a giungere al suo fine o compimento (*telos*). È vero che negli artefatti il principio del loro sorgere e della loro motilità non è in loro stessi come negli enti naturali, ma in un altro essere, cioè nell'artefice, ma ciò non significa che questi possa disporre a suo piacimento dei princìpi dell'arte di cui si tratta. Può decidere se produrre o meno, ma, se lo fa, deve farlo *a regola d'arte*. Non vedo perché ciò non debba valere anche per l'arte del diritto. Ebbene, il giusnaturalista ritiene che la nomodinamica non basti e che tra queste regole dell'arte giuridica ci siano anche quelle che Celano chiama «valori e princìpi etici oggettivi»⁵. Per questo la tesi che il diritto sia un artefatto umano non è – contrariamente a quanto afferma⁶ – quella distintiva del giuspositivismo. Lo sarebbe solo a patto di sposare una determinata concezione dell'artefatto giuridico, quella cioè propriamente giuspositivistica. Ma questa sarebbe una petizione di principio. Escluderei, pertanto, l'artificialità o meno del diritto come criterio di distinzione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. D'altronde, anche l'espressione stessa di valori e princìpi etici è già un atto di determinazione fin dalla sua formulazione linguistica. In tal modo questi valori entrano nel mondo del fare e dell'agire e diventano princìpi di produzione o di azione. Cosa sono le culture se non colossali artefatti? Cosa sono i ragionamenti se non artefatti?

⁴ Cfr. George 2000: 1634-1639.

⁵ La similitudine fra il legislatore e l'artigiano, che trae dalla forma generale della casa quella specifica di questa o quella casa, si trova in Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

⁶ Celano 2005: 161.

3. UNA CONTROVERSIA VERBALE MA ISTRUTTIVA

La prima mossa di Celano è quella di distinguere due modi di considerare il giusnaturalismo, quello che è chiamato “definitorio” da quello denominato come “trascendentale”. Si tratta della chiave di volta di tutto il saggio che interpreto come segue.

Com'è noto, la vulgata dei manuali di filosofia del diritto ci dice che la validità di un norma giuridica può dipendere da criteri puramente formali (validità formale) o da criteri fattuali (validità come efficacia) o da criteri assiologici (validità come giustizia) e che il giusnaturalismo si distingue dal giuspositivismo nel ritenere essenziale per la validità della norma giuridica anche la sua giustizia. Questa griglia concettuale si presenta tra l'altro come un modo imparziale di definire il giusnaturalismo, ma in realtà i termini del problema sono occultamente dettati dal giuspositivismo stesso come suggerisce Celano⁷. Il giusnaturalismo viene trascinato in campo avverso, che si basa sul presupposto dell'identificazione del diritto con la norma, e viene chiamato a rispondere ad una questione che a rigore non è, o non dovrebbe essere, cruciale per un giusnaturalismo avveduto, cioè se per la validità della singola norma giuridica sia o meno essenziale la dimensione assiologica.

Come sappiamo, il giusnaturalismo cerca di cavarsela appellandosi ad una validità assiologica rivale o integrativa della validità formale. Ma, così facendo, è indotto a presentare il diritto naturale come una norma morale preesistente a cui conformare quella positiva, cioè configurandolo come un sistema normativo statico. Non si accorge di essere caduto in una trappola in quanto ha accettato il modo definitorio d'intendere il concetto di diritto. Ma la vittoria del giuspositivismo somiglia molto a quella di Pirro, perché è riuscito soltanto a far passare la tesi che una norma ingiusta è tuttavia una norma giuridicamente valida se prodotta secondo i criteri meramente procedurali. Magra consolazione, perché resta la domanda se tale norma debba essere seguita o obbedita, cioè quella della sua obbligatorietà. Separare quest'ultima dalla validità sarebbe un nonsenso (anche se qualcuno lo sostiene). Ed allora il giuspositivista a sua volta dovrà concedere che almeno le norme gravemente e palesemente ingiuste, anche se formalmente valide, non dovrebbero essere seguite. «Law may be law but too evil to be obeyed»⁸. Anche il giuspositivismo deve ricorrere ad una mossa verbale. La disputa si conclude con un gioco delle parti e con un nulla di fatto. Celano fa bene a considerarla una controversia “verbale”, cioè relativa alle

⁷ Celano 2005: 162 n. 1.

⁸ Hart 1958: 629.

parole e non alle cose, ma è troppo severo nel ritenerla priva d'interesse sul piano teorico⁹. Al contrario proprio sotto questo profilo a me sembra molto istruttiva.

Come ha notato Glainville Williams¹⁰, le controversie verbali sono vacue quando le parti non si rendono conto che la disputa è solo verbale e confondono le parole con le cose, ma sono significative quando le parti si rendono conto che la disputa è solo di parole, ma discutono di quale sia il linguaggio più conveniente per esprimere le cose. Nel nostro caso alla parola “diritto” è stato attribuito il significato di “norma” e si discute intorno ai caratteri essenziali della norma giuridica. Ma – come s'è visto – alla fin dei conti i confini tra giusnaturalismo definitorio e giuspositivismo definitorio risultano molto sfumati e il conflitto è solo verbale. A questo punto la vocazione definitoria del giuspositivismo cercherà altre strade, altre ridefinizioni della parola “diritto”: come sanzione, come istituzione, come rapporto sociale e così via. È facile prevedere che i risultati saranno pressoché gli stessi. Ci si ingolferà in sterili dispute come quella ormai datata sulla giuridicità o meno del diritto internazionale o quella recente sulla giuridicità o meno del *soft law*. Bisognerà, pertanto, rimettere in discussione questo modo di accostarsi al diritto segnato dal riduzionismo e dall'atomismo analitico¹¹. Esso è utile a livello settoriale (teoria della norma giuridica, teoria dell'ordinamento giuridico, teoria della sanzione giuridica, etc.), ma non è adeguato a cogliere quei caratteri che appartengono al diritto nel suo complesso e non già soltanto ai suoi elementi costitutivi. A questo punto ci si dovrebbe chiedere se vi sia e quale sia il linguaggio più adatto per esprimere la cosa-diritto in modo da rispettarne la complessità e l'integrità.

4. LA CONNESSIONE NECESSARIA TRA DIRITTO E MORALE

Tirando ora provvisoriamente le somme, ho cercato di mostrare che le appropriate riflessioni di Celano a proposito del giusnaturalismo definitorio sono a mio parere l'indizio di un'inadeguatezza ben più ampia che riguarda una modalità di approccio al diritto, quella meramente descrittiva. Per converso il “giusnaturalismo trascendentale”, come Celano lo chiama (ma qui non è il caso di fare questione di nomi), non è soltanto un modo di considerare il giusnaturalismo, ma anche più in generale un approccio alternativo al diritto. Come forma particolare è – a prima vista – l'unica

⁹ Celano 2005: 163.

¹⁰ Williams 1956: 155.

¹¹ Cfr. Coyle e Pavlakos 2005.

degnata di essere presa in considerazione sia perché più fedele allo spirito originario del giusnaturalismo sia perché guarda al diritto nel suo complesso. Infatti, senza il presupposto metafisico¹² il diritto non può essere pensato come un intero non riducibile né ad una delle sue parti né alla loro somma, come una totalità di senso di discorsi e azioni volti a rendere possibile, effettiva e stabile la convivenza sociale. A detta di Celano, secondo il giusnaturalismo trascendentale il diritto, in quanto tale o nel suo insieme, dà ordine alla vita sociale e, dunque, per ciò stesso è intellegibile e buono¹³. Ciò secondo Celano conduce alla tesi della connessione necessaria tra diritto e morale in quanto nessun ordine sociale potrebbe avere successo, cioè essere effettivo e stabile, se non fosse rispondente ad alcuni valori fondamentali, per quanto minimi.

Il pensiero va subito alla dottrina, caldeggiata da Jellinek, del minimo etico necessariamente presente in ogni ordinamento giuridico, ma saremmo fuori strada. Il minimo etico, infatti, è stato prevalentemente inteso come moralità positiva. Qui invece siamo in pieno giusnaturalismo e alla presenza di valori morali oggettivi. Allora si dovrebbe pensare che questi valori fondamentali strettamente indispensabili per l'esistenza dell'ordine sociale debbano essere tutti soddisfatti e in egual misura? Il politeismo dei valori, a cui il giusnaturalismo trascendentale di cui parla Celano è – come vedremo – legato, non permette che ciò sia possibile. A questo livello del discorso per l'esistenza di un ordine sociale basta che almeno alcuni valori fondamentali siano soddisfatti e in una qualche misura. Non sempre gli stessi valori e non sempre nella stessa misura. Tuttavia ciò implica che tale ordinamento della vita sociale sia (o possa essere) al contempo buono e giusto e né buono né giusto. Buono e giusto in quanto incorpora valori fondamentali, anche se in grado minimo, e né buono né giusto in quanto disattende o viola altri valori fondamentali. Si tratta di una situazione a dir poco imbarazzante, anche se corrisponde all'esperienza quotidiana degli abitanti degli ordini sociali.

Un tentativo possibile di spiegazione di quest'ambiguità dell'ordine sociale potrebbe indurre a recuperare la distinzione fra bontà ontologica e bontà morale, se posso permettermi anch'io di usare categorie scolastiche. In questo caso ci sarebbe una discrepanza fra la bontà ontologica dell'ordine sociale, che è buono per il fatto stesso di esistere, e la sua bontà morale, che è sempre questionabile. Si potrebbe pensare che un ordine sociale è buono per il fatto stesso che realizza il valore dell'ordine, cioè nella sostan-

¹² Celano richiama a titolo puramente indicativo la dottrina scolastica dei trascendentali dell'essere (2005: 163, 173).

¹³ Celano 2005: 163.

za quello della vita associata. Che una vita associata debba essere ordinata in modo effettivo e stabile è infatti una verità analitica (*ubi societas ibi ius*). Basta questo per dimostrare che v'è una connessione necessaria fra diritto e morale nel senso del giusnaturalismo trascendentale? Allora anche Kelsen, che ha considerato la pace (e non la giustizia) come il fine del diritto¹⁴, sarebbe da annoverare fra i giusnaturalisti trascendentali¹⁵.

Non credo che Celano abbia in mente questa linea di pensiero, perché essa non conduce alla connessione necessaria tra diritto e morale nel senso del giusnaturalismo trascendentale. Essa sarebbe conforme al “trascendentale” (*ens et bonum convertuntur*), ma non al “giusnaturalismo”, poiché i valori dell'ordine, della vita associata, della pace o della sicurezza sono strumentali e non finali. È evidente che per stabilire la connessione necessaria fra diritto e morale quest'ultima deve essere intesa come il luogo di valori finali ed è infatti così che Celano sembra intenderla, soprattutto nel proseguio del suo discorso. Semmai la distinzione fra bontà ontologica e morale potrebbe essere attraente per un giuspositivista per cui un diritto ingiusto sul piano morale tuttavia esiste come diritto, così come secondo gli scolastici un'azione cattiva sul piano morale tuttavia in quanto azione esiste e per questo è ontologicamente buona. Ma per il giusnaturalismo in generale questa distinzione non è significativa e ora dobbiamo chiederci perché.

Non bisogna dimenticare che qui stiamo parlando di un ordine sociale effettivo, cioè del diritto positivo. Il giusnaturalismo trascendentale non sta prendendo in considerazione un ordine ideale di diritto naturale. Il problema non è quello della connessione del diritto naturale con la morale, cosa che sarebbe come sfondare una porta aperta, ma quello della connessione degli ordinamenti storici concreti delle società umane con la morale oggettiva. Celano osserva che questi artefatti umani per il fatto che esistono e sono identificati come diritto vuol dire che sono rispondenti in qualche modo almeno ad un minimo di valori morali. Non significa forse questo che la via per comprendere gli artefatti non è quella di chiedersi che cosa sono o come sono prodotti o di cosa sono costituiti, ma di chiedersi perché sono, a cosa servono e a quale fine sono predisposti¹⁶? Se la finalità fosse esclusa dalla definizione del diritto, allora sarebbe come descrivere un orologio senza mai dire che esso serve a segnare il tempo. La ragione per cui un ordine giuridico non può essere effettivo senza incorporare valori morali oggettivi risiede nel fatto che solo in tal modo esso ha successo (o è

¹⁴ Kelsen 1945: 21.

¹⁵ Cfr. però anche il commento di Bobbio 1977: 67-69.

¹⁶ Finnis 2003: 107-108.

riuscito anche se in forma infima) come quell'artefatto che intende essere. Se è necessario ricorrere alla funzione costitutiva della finalità, vuol dire che l'approccio al diritto del giusnaturalismo trascendentale è normativo, mentre la concezione giuspositivistica dell'artefatto giuridico – come abbiamo già visto – è meramente descrittiva e in essa il ruolo del fine è normativamente inerte. Non capisco perché Celano continui a sostenerla¹⁷.

Se distinguiamo le arti che si realizzano in un'opera (*artes in effectu*) da quelle che hanno in se stesse il loro fine (*artes actuosae*), allora dobbiamo riconoscere che l'arte del diritto appartiene a queste ultime¹⁸. Il fine per cui l'artefatto giuridico fin dal suo prodursi è diretto è quello di realizzare un bene umano, cioè un bene che per sua stessa natura è moralmente valutabile. Abbiamo bisogno di regole, istituzioni, procedure, autorità competenti e così via *per il bene della giustizia*. Questa non è propriamente un valore distinto, ma la partecipazione quanto più completa e diffusa possibile ai valori morali fondamentali. C'è quindi piena continuità tra il caso infimo di ordine giuridico e quello esemplare nel senso che i princìpi finalistici già presenti nel primo sono la ragione interna del suo superamento o dei suoi continui aggiustamenti. Come Celano bene nota¹⁹, nel concetto di diritto c'è già l'idea a cui esso deve adeguarsi, il che significa che il dover essere del diritto appartiene al suo essere, tesi questa essenziale per ogni giusnaturalismo vero e proprio. Per questa ragione non credo, a differenza di Celano²⁰, che la dottrina hartiana del *contenuto minimo del diritto naturale* possa essere considerata come una prova della connessione necessaria tra diritto e morale nel senso del giusnaturalismo trascendentale²¹. Se così fosse, allora nel concetto hartiano di diritto vi sarebbe già incorporato il fine della giustizia. Il diritto naturale per Hart, invece, ha un carattere strutturale e non finalistico, senza dubbio olistico ma necessariamente e irrimediabilmente “minimo” senza capacità espansiva.

A conclusione dell'esame di questo primo passo dell'argomentazione di Celano è opportuno notare che non bisogna identificare il giusnaturalismo solamente con la tesi della connessione necessaria tra diritto e morale. Questa è un semplificazione utile ai fini del dibattito con il giuspositivismo ed è infatti in tal senso che Celano se ne serve. Ma un giusnaturalismo con le carte in regola richiede molto di più. Non basta sostenere l'oggettività e l'universalità dei valori fondamentali, ma in più occorre che si giustifichi

¹⁷ Celano 2005: 179.

¹⁸ Viola 2015.

¹⁹ Celano 2005: 163.

²⁰ Celano 2005: 170-172.

²¹ Un discorso diverso dovrebbe farsi per l'altra prova che Celano (2005: 172-173) trae sempre da Hart, cioè quella riferita ai *princìpi di giustizia naturale e di legalità*.

in qualche modo il riferimento alla “natura” senza cui non avrebbe senso continuare ad usare la denominazione di questa dottrina. Esso indica – come s’è già visto – che il fine del diritto positivo è il bene umano, cioè il bene proprio della “natura umana”, per quanto sempre più ambigua sia oggi quest’espressione, o, se si vuole, la difesa della dignità umana in tutte le sue forme principali. Ma indica anche – come d’altronde Celano riconosce – che l’esercizio del ragionamento pratico deve essere libero da vincoli esterni e, quindi, in questo senso “naturale”. Di conseguenza, anche ammesso che la connessione necessaria tra diritto e morale sia compatibile con il giuspositivismo, il giusnaturalismo in senso pieno non sarebbe ancora soddisfatto.

5. IL GIUSPOSITIVISMO SECONDO BRUNO CELANO

La seconda mossa dell’argomentazione di Celano è quella diretta a mostrare che la connessione necessaria fra diritto e morale è compatibile con una forma di positivismo giuridico se si presuppone una determinata teoria metaetica²². Questa teoria è denominata «realismo etico politeista» e si risolve nella configurazione dell’etica (e del diritto naturale) come necessariamente indeterminata, antinomica e conflittuale. Di conseguenza i vincoli sostanziali alle decisioni autoritative si assottigliano gravemente e la determinazione del diritto naturale collassa, e di fatto s’identifica, nel diritto positivo *tout-court*²³. A causa della molteplicità e della rilevanza dei profili che tale tesi mette in gioco, mi limiterò soltanto ad alcune osservazioni disordinate che hanno il malcelato obiettivo di minarne la plausibilità²⁴.

È interessante notare che il dibattito tra giusnaturalismo e giuspositivismo diventa significativo (e non verbale) quando si presuppone una tesi metaetica. Il realismo etico politeista ora prende il posto del non-cognitivismo etico. Se quest’ultimo non riguarda direttamente il concetto di diritto – come Celano nota²⁵ – la stessa cosa dovrebbe dirsi del primo. In questo non c’è nulla di male. Anzi si mette in luce che la contrapposizione alla fin dei conti ha radici filosofiche. Tuttavia, si scelga il realismo etico politeista o il noncognitivismo etico, i risultati saranno sempre gli stessi. Non c’è infatti in pratica alcuna differenza fra l’abbondanza di dilemmi tragici generati da troppe verità morali antinomiche e l’irrazionalità dei giudizi

²² Celano 2005: 174.

²³ Celano 2005: 175, 179.

²⁴ Avverto che trascurerò le critiche di Celano ai giuspositivismi inclusivo ed esclusivo, perché questo è affar loro. Non sarò certo io a difenderli.

²⁵ Celano 2005: 163 n. 2.

morali. In ogni caso non ci resta che affidarci alla volontà del sovrano. Si dirà, molto rumore per nulla? Sì e no, perché le argomentazioni di Celano nella sostanza sono volte a mostrare che l'antitesi tra giusnaturalismo e giuspositivismo non è risolvibile sul piano teorico. Questa tesi scettica è il vero e proprio frutto da raccogliere.

Rispetto al profilo definitorio ora le parti si sono invertite: la metaetica proposta ora viene dal giusnaturalismo e non già dal giuspositivismo. Il realismo etico politeista è presentato, infatti, come una forma di giusnaturalismo, quello trascendentale. Il giuspositivismo, da parte sua, si ritira nella neutralità metaetica²⁶, aspettando che il realismo etico politeista spinga il diritto a rifugiarsi tra le sue braccia. Ci si chiede però se si tratti propriamente di giuspositivismo. Cosa fa sì che quello di Celano possa legittimamente essere qualificato come giuspositivismo?

Abbiamo escluso che il carattere del diritto come artefatto sia di per sé una nota distintiva del giuspositivismo. Infatti, la determinazione del diritto naturale è sempre opera di artificio. Se poi si sostiene che l'artefatto giuridico non è determinazione del diritto naturale, allora certamente siamo in pieno giuspositivismo, ma a prezzo dell'abbandono della neutralità metaetica. Quindi, questa strada non è percorribile. Non resta altro, allora, che la nomodinamica, che «è uno degli elementi centrali del positivismo giuridico, in molte sue versioni»²⁷. Tuttavia, a me sembra che la nomodinamica sia pienamente accettabile anche dal giusnaturalismo²⁸. Il principio che «il diritto regola la sua propria creazione» conferisce ad esso un carattere necessariamente procedurale. Ma il proceduralismo imperfetto del diritto induce a migliorarlo come tecnica della produzione normativa, sicché si riducano sempre più le probabilità di decisioni errate o non corrette. Questa è un'esigenza giusnaturalistica. D'altronde, il principio per cui non esiste autorità che pone il diritto se non quella posta dal diritto non permette d'identificare l'uno con l'altra. Solitamente il pungolo giusnaturalista viene individuato nell'esigenza di vincoli sostanziali posti alla produzione normativa, ma in realtà esso è presente anche nella stessa nomodinamica kelseniana nella misura in cui questa è volta a controllare, seppur formalmente, i dettami dell'autorità costituita e di restringere progressivamente l'ambito della discrezionalità. Il passaggio dall'imperativismo ottocentesco alla nomodinamica è un progresso che il giusnaturalismo non può non approvare. Bisogna prendere le distanze il più possibile dalla giustizia del cadì. Però sappiamo anche che ciononostante le procedure giuridiche resteranno sempre imperfette. Tuttavia la certezza e la legalità sono valori

²⁶ Cfr. il passo di Hart citato da Celano 2005: 180.

²⁷ Celano 2005: 177.

²⁸ Cfr. Finnis 2011: 268, che ne dà una giustificazione giusnaturalistica.

che aspirano ad essere ammessi nell'Olimpo degli dei. La nomodinamica è una tecnica migliore di altre e già questo è un giudizio valutativo. D'altra parte, in quanto tecnica appartiene alla teoria del diritto, che – se vogliamo seguire Bobbio – di per sé non è né giuspositivistica né giusnaturalistica²⁹.

In conclusione, non riesco a trovare ragioni plausibili che giustifichino il carattere giuspositivistico della teoria giuridica di Celano, a meno che non si tratti di un giuspositivismo di risulta o di rimbalzo. Ma ciò richiede di ritornare al realismo etico politeista.

6. VALORI CELESTI E BENI UMANI

Nel realismo etico politeista non si distingue – come credo si dovrebbe – tra valori e princìpi etici. Vi sono però ragioni filosofiche a sostegno dell'importanza di questa distinzione.

Come intendere l'incommensurabilità dei valori? Se i valori sono intesi in senso categoriale, ognuno si distingue escludendo l'altro. Ma allora perché considerarli tutti come valori o come beni quando a rigore uno solo dovrebbe avere diritto a questo titolo? Weber risponderebbe che questo interrogativo non può essere risolto dalla scienza e che, di conseguenza, il conflitto tra i pretesi valori non ha una soluzione razionale³⁰. Ma il giusnaturalismo trascendentale, se vuole onorare la sua qualificazione, non dovrebbe avere una concezione categoriale dei valori, ma una concezione analogica del bene che si esprime in una pluralità di forme senza essere esaurito da nessuna di esse. In quest'ottica l'incommensurabilità dei valori fondamentali deve essere intesa come la loro insostituibilità. Non esiste una computazione metrica dei valori e neppure una tecnica morale, cosicché l'uno possa essere sostituito da una certa quantità dell'altro³¹. Incommensurabilità è anche una caratteristica interna ad uno stesso bene fondamentale, di cui non si potrà mai dire che sia colmata la misura. Ma incommensurabilità non deve essere intesa come se si trattasse di incompatibilità essenziale.

I valori di per sé non sono né compatibili né incompatibili fra loro. Sono come le stelle del cielo, che brillano di luci proprie certamente simili,

²⁹ Bobbio 1965: 146.

³⁰ Weber era ben consapevole che questa risposta era condizionata dalla scelta del valore supremo, quello appunto della scienza o della razionalità, che, definendosi in opposizione agli altri valori, li considera come irrazionali e, conseguentemente, come tra loro opposti.

³¹ Cfr., ad es., Aristotele *Politica*, 1283 a 9-11, dove si rifiuta la possibilità di paragonare l'attitudine musicale con la ricchezza, la nobiltà o la libertà. Cfr. anche *Etica Eudemia*, I, 8, 1218 a.

ma non derivate le une dalle altre. Siamo noi a tracciare le mappe celesti e a disegnare le costellazioni per orientarci meglio nell'impresa di salvare le nostre vite. Per navigare abbiamo bisogno di mappe di navigazione, ma ciò non significa certo che gli approdi abbiano fra loro relazioni essenziali, né che non li abbiano. Le mappe, a loro volta, sono *comparabili*, perché alcune sono migliori di altre o più adeguate a guidare verso determinate mete³². Le forme culturali sono *valutabili* proprio in forza del loro riferimento ai valori fondamentali che forniscono indicazioni di senso vincolanti. Ma i valori di per sé non sono né ordinati né determinati e in questo il realismo etico politeista ha ragione, ma il bene umano ha bisogno di un ordine. Ha bisogno di piani di vita e di formazioni sociali e politiche, che a causa della smisuratezza del bene sono necessariamente molteplici ma non per questo equivalenti. Si tratta di un'esigenza antropologica propria di quell'animale culturale che è l'essere umano: l'universale si coglie solo nel particolare, come avviene nell'opera d'arte³³.

Questi ordinamenti storici dei valori sono per definizione imperfetti e sempre rivedibili. Essi cercano di amministrare come possono i conflitti continui fra le istanziazioni dei valori e, quando falliscono gravemente e frequentemente, entrano in crisi fino alla loro estinzione. Non c'è niente da fare, siamo fatti così³⁴. Per questo un'etica sacrale, che assolutizza un valore a spese di tutti gli altri, è distruttiva del bene umano e lo sarebbe vieppiù l'ipotesi di una molteplicità di etiche sacrali che intravedo nello sfondo del realismo etico politeista. D'altronde a ben vedere non c'è differenza fra l'esistenza di un unico bene in sé e quella di una molteplicità di beni in sé incompatibili fra loro. In ogni caso – come ha notato Aristotele³⁵ – un bene siffatto non sarebbe né praticabile né acquisibile dall'uomo, cioè a rigore non si tratterebbe di “etica” in quanto essa riguarda il bene umano, ma propriamente di “metafisica”. Da questo punto di vista l'espressione stessa di “giusnaturalismo trascendentale” si presenta come un ossimoro. Al più esso dimostrerebbe la connessione necessaria tra diritto e metafisica e non già quella tra diritto ed etica.

La mediazione fra i valori celesti e la loro determinazione storica è operata dai principi, che urbanizzandoli li rendono operativi ai fini della realizzazione del bene umano. I principi permettono l'entrata dei valori nel mondo della ragion pratica se essa è intesa come una conoscenza volta a determinare la scelta da fare e l'azione da compiere. Senza i principi ciò

³² Mette in guardia dall'identificare *incommensurabilità* con *incomparabilità* Marramao 2003: 75.

³³ Botturi 2015: 33.

³⁴ Per ulteriori ragguagli rinvio a Viola 2009.

³⁵ *Etica Nicomachea* 1096b 30.

non è possibile, perché i principi sono finalistici, mentre i valori non lo sono. I valori sono modelli ideali. Ciò vale in tutti i campi dell'agire umano e, quindi, anche nel diritto³⁶. Ovviamente anche i principi possono entrare in collisione fra loro, le soluzioni corrette di questi conflitti possono essere più di una e vi saranno anche casi tragici. L'incommensurabilità dei valori è la ragione della provvisorietà e imperfezione della determinazione dei principi e della defettibilità delle regole che da essi promanano.

Se si accetta questa distinzione fra valori e principi, bisogna anche riconoscere che il diritto naturale riguarda propriamente il campo dei principi, e non quello dei valori di per sé considerati, sia perché il suo oggetto è il bene umano, cioè la realizzazione dell'essere umano, sia per la capacità giusgenerativa tipica dei principi. D'altronde, se un ordine giuridico con la sua stessa esistenza mostra la presenza almeno di alcune istanze valoriali, queste hanno già un carattere ordinamentale, cioè si presentano nella veste di principi.

7. REALISMO ETICO POLITEISTA E DECISIONI CORRETTE

Il diritto naturale è "diritto" solo per metonimia, è diritto perché genera diritto positivo attraverso quei processi di positivizzazione, cioè di determinazione e di concretizzazione, mediante cui si produce l'artefatto giuridico. Ma la determinazione del diritto naturale non è indiscutibile decisione dell'autorità costituita, che tra l'altro opera all'interno di restrizioni formali. Le decisioni dell'autorità, definitive per necessità pratiche, interrompono il flusso del ragionamento morale, ma non lo mettono a tacere una volta per tutte. Esso continua nella fase di applicazione del diritto e nella ragione pubblica. Anzi ora l'argomentazione prosegue senza restrizioni che non siano quelle della ragione naturale, sicché una decisione legale può essere riconosciuta come non corretta o ingiusta, come un'erronea determinazione dei principi di diritto naturale. Il fatto che non si possa più revocare una decisione non corretta non esclude che essa resti ingiusta. Tuttavia in molti casi (ma non in tutti) il giusnaturalismo non ne contesta persino l'obbligatorietà ma sempre in nome di un bene superiore, quello della stabilità dell'ordine giuridico e del diritto nel suo insieme. Il fatto che l'argomentazione morale sia sempre rivedibile non esclude che sia conclusiva *rebus sic stantibus*.

³⁶ «Il nesso di congruenza tra valori-principi-regole è costitutivo della validità del diritto, è un assioma che precede addirittura il diritto costituzionale posto; è qualcosa che viene prima dello stesso potere di fare una costituzione» (Zagrebelsky 2002: 877).

Celano sicuramente obietterà che, anche ammettendo questa distinzione tra valori e principi, ha inteso sostenere che sono proprio i principi (e il diritto naturale) ad essere antinomici, conflittuali, incommensurabili e indeterminati e che, nel caso del realismo etico politeista, in pratica non costituiscono un vincolo significativo sul contenuto della decisione delle autorità costituite. In pratica la divergenza fra una decisione formalmente legale e una decisione corretta «si assottiglia sino a scomparire»³⁷. Questo proprio non lo capisco. Cercherò di saggiare le due interpretazioni possibili.

Escludo, innanzi tutto, che si voglia dire che le decisioni dell'autorità costituita siano per ciò stesso corrette visto l'assottigliarsi della divergenza, perché altrimenti saremmo in pieno giuspositivismo ideologico e sarebbe ben strano che il giusnaturalismo trascendentale vada incontro ad una fine così miserevole.

Forse si vuole dire che il realismo etico politeista non permette di dimostrare né che le decisioni legali sono corrette né che non lo sono in quanto i principi di diritto naturale sono antinomici, conflittuali, incommensurabili ed indeterminati. Se così fosse, allora non si potrebbe sostenere che il ragionamento pratico sia possibile o in qualche modo conclusivo (anche se sempre rivedibile) e che vi siano casi paradigmatici di decisioni corrette e non corrette.

Dai pregevoli studi di Celano sul ragionamento pratico, in cui si difende un modello particolaristico, si evince che l'etica non è considerata come irrazionale o a-razionale, che il particolarismo è compatibile con una concezione olistica e coerentista dell'argomentazione morale e che permette generalizzazioni affidabili³⁸. Tutti questi mi sembrano vincoli sufficienti sul contenuto delle decisioni legali e condizioni favorevoli ad una possibile distanziamento significativa fra il diritto posto e il diritto giusto. Ma ciò non corrisponde agli esiti del realismo etico politeista.

A questo punto non resta che quest'alternativa: o ritenere che il ragionamento pratico sia impossibile a causa dell'incommensurabilità dei valori e dei principi etici ed allora bisognerebbe rinunciare anche al suo modello particolaristico, oppure sostenere che il ragionamento pratico abbia un suo statuto epistemologico affidabile ed allora bisognerebbe rinunciare alla teoria metaetica del realismo etico politeista. È facile intuire che io sceglierei il secondo corno del dilemma, ma non sono in grado di prevedere quale dei due Celano sceglierebbe.

Alla fin dei conti il modello del giusnaturalismo trascendentale, unito al realismo etico politeista, non mi sembra – spero che lo si sia già capito –

³⁷ Celano 2005: 182.

³⁸ Celano 2005a: 479-480.

un'ipotesi plausibile e praticabile. Chi la volesse perseguire si troverebbe ad essere al contempo un giusnaturalista deluso e un giuspositivista rassegnato. Più in generale, la tesi dell'impossibilità di risolvere sul piano teorico la disputa atavica tra giusnaturalismo e giuspositivismo è troppo *tranchant*. Quali dispute filosofiche di rilievo sono state risolte una volta per tutte?

BIBLIOGRAFIA

- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità.
- (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Botturi, F. (2015). *Natura e cultura: crisi di un paradigma*, in Facchini, F. (ed.), *Natura e cultura nella questione di genere*, Bologna, EDB, pp. 27-47.
- Celano, B. (2005). *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, «Materiali per una storia del pensiero giuridico», 35 (1), 161-183.
- (2005a). *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, «Ragion pratica», n. 25, 469-489.
- (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino.
- Coyle, S. e G. Pavlakos (eds), (2005). *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing.
- Finnis, J. (2003). *Law and What I Truly Should Decide*, «The American Journal of Jurisprudence», 48: 107-129.
- (2011). *Natural Law and Natural Rights*, II ed. Oxford, Oxford University Press.
- George, R.P. (2000). *Kelsen and Aquinas on "The Natural-Law Doctrine"*, «Notre Dame Law Review», 75, 1625-1646.
- Hart, H. L. A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», 71 (4), 593-629.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.
- Marramao, G. (2003). *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri.
- Viola, F. (2009). *Politeismo dei valori e diritti umani*, in Sadun Bordoni, G. (ed), *Diritti dell'uomo e dialogo interculturale nel Mediterraneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2015). *Il diritto tra arte ed etica*, in Hermida, C. e J.A. Santos (eds.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 3-17.
- Williams, G. (1956). *The Controversy Concerning the Word "Law"*, in Laslett, P. (ed), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, pp. 134-156.
- Zagrebelsky, G. (2002). *Diritto per: valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, «Quaderni Fiorentini», 31 (t. II), 865-897.