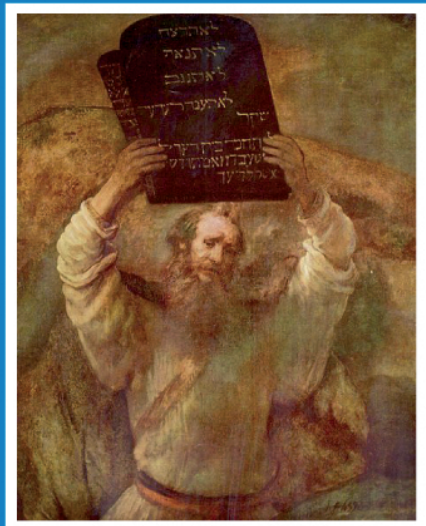


RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Francesco Viola

1900-2020

Una storia del diritto naturale

G. Giappichelli Editore

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto

collana diretta da

FRANCESCO D'AGOSTINO, FRANCESCO VIOLA

SALVATORE AMATO e ISABEL TRUJILLO

Settima serie – 137

Comitato scientifico internazionale

Jesús Ballesteros (Università di Valencia); Chantal Delsol (Università di Marne-La-Vallée); Paulo Ferreira da Cunha (Università di Porto); John M. Finnis (Università di Oxford); Robert P. George (Università di Princeton); Carlos Massini Correas (Università di Mendoza); Andrés Ollero (Università Rey Juan Carlos, Madrid); Günter Virt (Università di Wien); Yves-Charles Zarka (Università di Paris Descartes).

Procedure di valutazione

Le procedure per la valutazione dei testi ai fini della pubblicazione nella collana “*Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia del diritto*” si ispirano ai principi di trasparenza, autonomia e competenza dei revisori.

I testi presentati devono soddisfare i criteri di rilevanza scientifica del tema, originalità ed innovatività della trattazione, conoscenza della letteratura rilevante, rigore metodologico, approccio critico. La revisione, che dovrà esprimersi su ognuno dei suddetti punti, si conclude con un giudizio complessivo del revisore, che dovrà dichiarare se a suo parere il testo è accettato, accettato previa revisione (da indicare espressamente), non accettato.

Gli autori che desiderano inserire un lavoro in “*Recta Ratio*” devono inviarne copia ad ambedue i direttori. Questi, con l’ausilio del Comitato scientifico, preliminarmente giudicano dell’ammissibilità del volume proposto per la pubblicazione nella Collana. Se la valutazione è positiva, si procede alla revisione tra pari (*peer review*) secondo il sistema del doppio cieco. Le revisioni devono essere due.

L’assegnazione della revisione è compiuta dai direttori di comune accordo sulla base della competenza nella materia trattata. Almeno una delle due revisioni deve essere effettuata da un competente del settore scientifico degli insegnamenti propri della “*filosofia del diritto*”.

Il volume sarà accettato per la pubblicazione solo se il parere di entrambi i relatori è positivo. Nel caso di discordanza netta sull’accettazione si procederà ad una terza revisione. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione senza condizioni e l’altro sia per l’accettazione con modifiche, prevarrà il parere di quest’ultimo. Nel caso che uno dei revisori sia per l’accettazione con modifiche e l’altro per la non accettazione, si procederà ad una terza revisione.

Qualora i revisori richiedano modifiche, i direttori valuteranno se le modifiche richieste siano state adeguatamente recepite.

“Bisogna che sia determinata qual è la retta ragione
e qual è la misura che la definisce”
(Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1138b).

Il principio della *recta ratio* ha attraversato la storia del pensiero umano, suscitando reazioni contrastanti. Da criterio di verità delle azioni umane per Aristotele a criterio puramente soggettivo e inesistente in *rerum natura* per Hobbes. In ogni caso, la problematica che esso solleva non può essere elusa o sottovalutata, poiché chiama in causa due dimensioni fondamentali della esperienza umana che costituiscono il nucleo essenziale di riflessione di ogni filosofia pratica.

Innanzitutto si tratta di sapere quale criterio di misura debba avere l'azione dell'uomo: come si possa distinguere una scelta o una decisione razionale dal mero arbitrio. Se si vuole salvare la comunicazione intersoggettiva e con essa la convivenza sociale, è necessario che vi sia una qualche misura comune della condotta umana, una misura che valga per ogni uomo.

La *recta ratio* non è solo criterio di azione, ma è anche disposizione interiore: è il criterio in rapporto al quale ogni uomo costruisce (o distrugge) la sua identità. Nella tradizione classica, essa, come tale, veniva infatti collegata alla virtù. Anche chi non ama riconoscersi in tale tradizione non può non ammettere che la ragion pratica esige comunque un'attenzione anche per i singoli soggetti e per le situazioni particolari che essi sperimentano. Quali sono le virtù che devono caratterizzare nel mondo di oggi non solo l'operare del giudice e del giurista, ma anche quello del cittadino?

Attraverso indagini scientifiche e materiali didattici, questa collana si propone pertanto di contribuire a rinnovare l'inesauribile ricerca di questa misura comune e di questa disposizione interiore nell'ambito delle regole e delle azioni giuridiche.

In copertina:

REMBRANDT, *Moses Breaking the Tablets of the Law*, olio su tela, 1659, Gemäldegalerie Art Gallery, Berlino.

Nell'immagine della copertina Mosè è rappresentato nell'atto di rompere le Tavole della Legge di fronte all'idolatria del vitello d'oro. Ma con quest'atto i frantumi dei principi di diritto naturale penetrano nelle regole e nelle legislazioni di tutti i popoli seppur in modo confuso, disordinato, caotico e non rare volte contraddittorio. Tuttavia questi principi germinali, nonostante la loro imperfezione, conservano il ruolo di difesa dal vitello d'oro del diritto, cioè dall'idolatria della legge umana in quanto non vincolata da qualsivoglia contenuto, l'idolatria della mera legalità.

Questa storia recente del diritto naturale intende illustrare quest'idea mostrando che nel pensiero giuridico sono presenti ragioni che non si sa da dove vengono e che spingono il giurista a guardare oltre le mani dell'uomo.

Francesco Viola

1900-2020

Una storia del diritto naturale



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3891-9

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
Prefazione	IX
Introduzione	1

I.

La prima rinascita

1.1. Diritto naturale e scienza giuridica	5
1.2. Il giusnaturalismo cattolico	8
1.3. Formalismo e diritto naturale	15
1.3.1. La natura del diritto	18
1.3.2. I valori del diritto	26
1.4. Antiformalismo e diritto naturale	32
1.4.1. Il diritto vivente	33
1.4.2. Neotomismo positivista	37
1.4.3. Colmare le lacune e trovare la regola giuridica	42
1.4.3.1. L'insormontabile diritto naturale	43
1.4.3.2. Un diritto naturale transeunte e fragile	45
1.4.3.3. Gli scopi del diritto	49
1.5. Al di là del formalismo e dell'antiformalismo	52

II

Diritto naturale e totalitarismo

2.1. Il diritto nazista	57
2.2. Il processo di Norimberga	62

III

La seconda rinascita

3.1. L'applicazione del diritto naturale	67
3.2. Valori comuni e diritto naturale	69
3.3. La natura della cosa	74
3.3.1. L'esperienza giuridica	77
3.3.2. La condizione umana	78
3.3.3. La struttura ontologica del diritto	81
3.3.4. <i>Ipsa res iusta</i>	84

IV

La terza rinascita

4.1. Interpretazione e argomentazione giuridica	89
4.2. Giusnaturalismi cristiani	96
4.3. Evoluzione del diritto positivo	102
4.4. La terza teoria del diritto	107
4.5. Non-positivismo e diritto naturale	111
4.5.1. La pretesa di correttezza	112
4.5.2. L'obbligatorietà del diritto	114
4.5.3. Una teoria giusnaturalistica del diritto positivo	117
4.6. La trama aperta della ragion pratica	119

V

Teorie contemporanee del diritto naturale

5.1. La fondazione filosofica della legge naturale	127
5.2. Le nuove teorie giuridiche del diritto naturale	129
5.2.1. L'orientamento epistemologico	132
5.2.2. L'orientamento ontologico	146
5.2.3. L'orientamento ideale	154
5.3. Conclusione	161

Riferimenti	163
-------------	-----

PREFAZIONE

Questa non è una storia delle teorie del diritto naturale, ma delle ragioni che le giustificano, e che possono trovarsi anche in teorie non giusnaturalistiche negli intenti. Il suo oggetto, il diritto naturale, è qui inteso in senso molto largo sì da comprendere tutte le concezioni che non riducono tutto il diritto positivo a creazione e prodotto della volontà umana. A rigore, nel diritto naturale v'è un evidente riferimento alla natura in generale, e alla natura umana in particolare, come fonte del diritto. Per questo opportunamente si distingue il diritto naturale dal "diritto non positivo", che fa appello ad un principio di oggettività non fondato sulla natura. Tuttavia, gli interrogativi e le ragioni per cui si è insoddisfatti da una visione meramente giuspositivistica sono nella sostanza gli stessi nell'uno o nell'altro caso, sicché il conflitto su come intendere il diritto non positivo si può e si deve considerare interno al giusnaturalismo in generale, inteso tradizionalmente come una categoria concettuale suscettibile di versioni tra loro molto diversificate.

Le teorie del diritto naturale sono spesso considerate come frutto di costruzioni ideali ed astratte di filosofi ben poco attenti al diritto positivo e alle sue logiche interne, se non addirittura come ideologie etico-politiche volte ad influenzare l'esercizio del potere civile per esercitare o mantenere un dominio culturale e morale. Ed in effetti non di rado sono state l'una e l'altra cosa. Ma dall'origine e dall'uso di una dottrina non si possono trarre argomenti decisivi per inficiarne la validità o la verità. Al contrario, la persistenza e la vitalità di una ricerca, nonostante i suoi ripetuti fallimenti, dimostra che l'eliminazione degli interrogativi che la animano lascia un vuoto, che richiede di essere in qualche modo colmato.

Questo vuoto non riguarda soltanto l'eliminazione dalla teoria giuridica dell'aspirazione ad un diritto giusto, di cui è piena, spesso vanamente, tutta la storia umana, ma soprattutto l'irrelevanza che nel concetto di diritto assume qualsiasi riferimento al suo contenuto, sia nel senso di limite da rispettare, sia nel senso di fine da perseguire. Il diritto "vuoto", cioè capace di essere riempito da qualsivoglia contenuto – come pensava Kelsen –, può forse soddisfare la certezza epistemologica, ma non già quella della ragion pratica nel suo esercizio morale e politico, ed è inerte sul piano normativo. Di conseguenza, il concetto, che ne deriva, è svuotato da ogni riferimento alle modalità dell'azione umana, al suo carattere intenzionale e teleologico, proponendosi come meramente funzionale all'ordine sociale, qualunque esso sia.

L'obiettivo di questa storia recente delle ragioni del diritto naturale, sottostanti le sue diversificate teorie, è non solo quello di mostrare la perennità delle istanze di Antigone, ma anche quello di aiutare a riconoscerle nelle metamorfosi del nostro tempo.

Il presupposto di questa storia del diritto naturale potrebbe sembrare contraddittorio, perché condivide pienamente la nota affermazione di John Austin (1971, 124): "every law properly so called is a positive law". Ogni vero diritto è necessariamente positivo, cioè in qualche modo effettivo o in forza (BOBBIO 1965, 163-165). L'essere giusto non basta perché sia diritto, come d'altronde per il diritto non basta essere effettivo per essere giusto. Quindi, in ogni caso, l'idea di diritto naturale è parassitaria di quella di diritto positivo. C'è, pertanto, da chiedersi se il connotato dell'esistenza fattuale sia sufficiente per il concetto di diritto positivo e se, nella ricerca di cos'altro ci sia bisogno, il vetusto e logoro concetto di diritto naturale non sia ancora di qualche utilità. D'altronde, alla fin dei conti, liberarsi dai parassiti non sempre è consigliabile, specie quando difendono dai microbi.

La storia del pensiero giuridico insegna che in tutte le epoche l'idea del diritto naturale accompagna quella di diritto positivo come la sua ombra. Ad esempio, nel giusnaturalismo moderno, e solo in questo, il diritto naturale è stato pensato come quell'ordine sociale razionale che la società dovrebbe avere, dando vita così all'idea di codice e all'età della codificazione.

Una volta consolidatasi questa cultura giuridica il diritto naturale è apparso come un doppione superfluo e illusorio in quanto mancante di effettività. Tuttavia ancora oggi, se si vuole comprendere l'idea della codificazione del diritto, bisogna aver presente i sistemi razionali di diritto naturale che l'hanno preparata nel XVIII secolo. Alle spalle del diritto positivo c'è sempre un'idea che lo avvalora e che non deve essere confusa con la sua mera effettività.

Da un altro punto di vista, l'idea del diritto naturale non è messa del tutto fuori gioco da un concetto di diritto positivo come opera dell'artificio umano, se vogliamo distinguerla, come dovremmo, dalla pura e semplice creazione dal nulla (come pensava l'imperativismo giuridico). Un artificio, infatti, presuppone qualcosa su cui lavorare, qualcosa da determinare e specificare. In quest'ottica il diritto naturale si presenta nella veste di principi portatori di beni o valori umani da cui il processo di positivizzazione del diritto prende inizio.

È, pertanto, venuto il momento di chiedersi quale idea di diritto naturale accompagni la nostra epoca giuridica, segnata dall'ascesa e dal declino della codificazione a vantaggio della costituzionalizzazione e dell'internazionalizzazione del diritto.

Il presente scritto è in parte la rielaborazione di un testo già pubblicato in lingua inglese¹ e di una sintesi di esso già pubblicata in lingua italiana², mentre la parte sulle teorie contemporanee del diritto naturale è interamente nuova. Avverto che le citazioni in italiano sono una mia traduzione, laddove non vi sia altra traduzione disponibile.

Francesco Viola

¹ *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil World*. Tome 2: *Main Orientations and Topics*, eds. Enrico Pattaro and Corrado Roversi, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 3-90.

² *Le tre rinascite del diritto naturale nel Novecento*, in M. KRIENKE (a cura di), *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 17-45.

INTRODUZIONE

Bisogna preliminarmente distinguere il diritto naturale dalle dottrine del diritto naturale. Queste sono molteplici e spesso ben diverse fra loro, ma sono accomunate dalla permanenza di un identico problema, cioè quello dell'esistenza di un diritto non prodotto dall'uomo o, più modestamente, della presenza nel diritto positivo di elementi propriamente giuridici non posti dall'uomo. Questo è il diritto naturale come problema, mentre una dottrina del diritto naturale ne è una delle possibili risposte. Il problema è uno, le risposte sono molte. Il problema è permanente nella storia del pensiero giuridico, le risposte sorgono e tramontano, a volte ritornano in forma rinnovata ma dipendono sempre dall'evoluzione storica del diritto positivo.

Il giusnaturalismo può presentarsi come una concezione deontologica del diritto, cioè volta a stabilire come il diritto positivo deve essere. Da questo punto di vista esso si distingue dalle altre concezioni deontologiche del diritto per il modo d'individuare i criteri del dover essere giuridico.

Il giusnaturalismo può anche presentarsi come una teoria del diritto, cioè volta a descrivere come il diritto è. Da questo punto di vista esso si distingue dalle altre teorie del diritto per il modo di definire il concetto di diritto. Solo in questo secondo senso il giusnaturalismo appartiene all'ambito vero e proprio della conoscenza del diritto e, pertanto, può entrare in confronto e competizione con le altre teorie del diritto e, in particolare, con quelle giuspositivistiche.

Nel primo senso il giusnaturalismo appartiene all'ambito dell'etica o della politica o, più precisamente, all'ambito della critica morale o politica del diritto positivo ed è in linea di principio compatibile con una teoria giuspositivistica. Tuttavia, nella storia del pensiero giuridico non è per nulla facile distinguere i due sensi di giusnaturalismo, anche perché una conce-

zione deontologica del diritto spesso presuppone un concetto di diritto già connotato in senso giusnaturalistico.

Poiché il senso più tipico e controverso di giusnaturalismo è quello legato alla sua pretesa di presentarsi come teoria del diritto, ad esso si presterà qui l'attenzione principale.

Il giusnaturalismo come teoria del diritto si caratterizza in generale per le seguenti istanze: 1) una descrizione del diritto alla luce del suo senso pratico, cioè come ragione per l'azione; 2) il rilievo della natura umana ai fini della determinazione dei contenuti del diritto; 3) il principio di valutatività della teoria giuridica e, insieme, il suo carattere cognitivo; 4) la connessione necessaria fra diritto e morale; 5) il carattere giuridico del diritto naturale.

Ovviamente è ben difficile che una dottrina del diritto naturale risponda a tutte queste istanze ed allora ci saranno concezioni più o meno forti del diritto naturale e concezioni più o meno deboli. Quale fra questi caratteri è quello strettamente indispensabile, affinché si possa ancora parlare di giusnaturalismo? È impossibile rispondere a questa domanda senza mettersi dal punto di vista interno di una dottrina del diritto naturale. Per questo in quest'indagine storica adotteremo il senso più ampio possibile di giusnaturalismo.

In ogni caso, affinché il giusnaturalismo conservi un rilievo significativo, non basta riconoscere che il diritto positivo nella sua origine e nella sua pratica applicazione non è auto-sufficiente, dovendo far ricorso ad elementi esterni (di carattere morale, sociale, politico ed economico); non basta neppure rilevare che i sistemi giuridici, in quanto espressioni culturali, sono intrisi di moralità positiva; ma occorre sostenere che fattori non prodotti dall'uomo esercitano un ruolo normativo già segnato da una loro propria giuridicità, anche se abbisognano ancora di un processo di positivizzazione. Tutto ciò che appartiene a questo processo come suo elemento costitutivo si deve considerare come "giuridico", anche se di per sé ha ancora un carattere potenziale. Questo spiega anche perché tra i caratteri distintivi del giusnaturalismo non ho posto la distinzione fra ciò che è naturale e ciò che è artificiale. Infatti, non tutto ciò che è artificiale si oppone alla natura, al contrario questa per valere ha sempre bisogno di essere articolata dall'opera umana.

Dopo un secolo segnato dal giuspositivismo, il Novecento registra in più riprese il ritorno del diritto naturale. Ma ciò non è tanto dovuto all'antipositivismo che costituì il punto d'incontro di tendenze filosofiche molto diverse fra loro (FASSÒ 2001, 214). Infatti, è ormai ampiamente dimostrata l'indipendenza fra il positivismo filosofico e quello giuridico (cfr., ad esempio, PATTARO 1976). La ragione, invece, bisogna cercarla nello svilupparsi di una riflessione filosofica sui rapporti tra diritto e società più attenta al suo oggetto che alle affiliazioni di scuola. Le trasformazioni sociali esigono di essere interpretate e spiegate di per se stesse piuttosto che essere semplicemente dedotte da un sistema filosofico presupposto. Come si sa, la stabilità sociale non è favorevole al riconoscimento del diritto naturale, mentre nei periodi di crisi ci si interroga sulle nuove idealità sociali e politiche intorno a cui ricostruire un nuovo assetto sociale. Ed allora sarà più evidente il ruolo giusgenerativo del diritto naturale.

Possiamo così individuare tre rinascite del diritto naturale: quella dell'inizio del Novecento, quella provocata dalla seconda guerra mondiale e quella propria del costituzionalismo contemporaneo a partire dagli ultimi due decenni del Novecento fino ai giorni nostri. Tutt'e tre appartengono al "secolo breve", ma bisogna rendersi conto che sotto la stessa etichetta vi sono fenomeni culturali e istanze filosofiche ben diverse. Se vi sono tre rinascite, vuol dire che vi sono state almeno altrettante morti o crisi (BOBBIO 1965, 180) e conseguenti ritorni del giuspositivismo (LANG-HINRICHSSEN 1954). La dialettica tra giusnaturalismo e giuspositivismo fa parte della struttura essenziale del pensiero giuridico di tutti i tempi a partire dal diritto romano.

1) Il ritorno del diritto naturale agli inizi del Novecento è in realtà dettato dall'insoddisfazione nei confronti del giuspositivismo ottocentesco, che aveva in generale perseguito l'obiettivo di una progressiva e rigorosa separazione della sfera giuridica, trascurando troppo le idealità morali e le basi sociali del diritto. Da questo punto di vista la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen si può considerare come l'epigono di questo inesorabile processo, che si va spostando dal contenuto alla forma del diritto.

2) Il ritorno del diritto naturale dopo la II guerra mondiale è ovviamente dettato dal fatto che le evidenti e gravi violazioni della dignità umana erano state permesse o non impedito dal diritto positivo del tempo e che, quindi, bisognava evitare che ciò avvenisse di nuovo. Pertanto, lo Stato di diritto ottocentesco si è trasformato in Stato costituzionale di diritto.

3) Il ritorno del diritto naturale alla fine del Novecento è stato provocato dall'espansione della problematica dei diritti umani all'interno dei regimi costituzionali con la conseguente trasformazione del modo di concepire il diritto positivo stesso. Qui la rinascita del diritto naturale si confonde in modo spesso indistinguibile con la revisione interna al positivismo giuridico e si sviluppano concezioni miste, cioè tentativi di unione tra l'istanza positivista e quella giusnaturalistica. Nel primo ventennio del Duemila si consolida un movimento di pensiero giuridico, che con molteplici varianti interne ruota intorno ad un concetto giusnaturalistico di diritto positivo, ed è questa certamente una novità in questa storia più che centenaria del diritto naturale.

I

LA PRIMA RINASCITA

Sommario

1.1. Diritto naturale e scienza giuridica. – 1.2. Il giusnaturalismo cattolico. – 1.3. Formalismo e diritto naturale. – 1.3.1. La natura del diritto. – 1.3.2. I valori del diritto. – 1.4. Antiformalismo e diritto naturale. – 1.4.1. Il diritto vivente. – 1.4.2. Neotomismo positivista. – 1.4.3. Colmare le lacune e trovare la regola giuridica. – 1.4.3.1. L'insormontabile diritto naturale. – 1.4.3.2. Un diritto naturale transeunte e fragile. – 1.4.3.3. Gli scopi del diritto. – 1.5. Al di là del formalismo e dell'antiformalismo.

1.1. Diritto naturale e scienza giuridica

Nel 1854 Bernhard Windscheid aveva affermato con soddisfazione che il sogno del diritto naturale era finito, ma trent'anni dopo, nel 1884, era costretto a riconoscere a denti stretti che il sogno di “un diritto universale, fisso ed immutabile, fondato sulla ragione, durava ancora” (WINDSCHEID 1904, 9 e 105; cfr. anche BJARUP 2005).

Agli inizi del Novecento, dopo che da tempo s'era esaurito il giusnaturalismo post-kantiano (cfr., ad esempio, AHRENS 1838-40), il ritorno della problematica del diritto naturale fu possibile a causa del logoramento del giuspositivismo e del rinnovamento del giusnaturalismo cattolico, anche se i due fenomeni culturali si svilupparono separatamente e restarono separati.

All'interno di dottrine giuspositivistiche emersero istanze non positivistiche che confusamente manifestavano un'inquietudine e un'insoddisfazione crescente della stessa scienza giuridica. Questo disagio era prodotto dall'inesorabile allontanamento di una dogmatica giuridica altamente formalizzata dal-

l'evoluzione della società, in cui emergevano, in modo sempre più pressante, nuovi interessi di nuovi gruppi sociali a loro volta portatori di nuove idealità. Ma ciò spesso non significò un ricorso esplicito al diritto naturale, che nei casi più benevoli era inteso come una morale esterna ed estranea al diritto positivo.

Al contempo il diritto naturale cattolico, che tradizionalmente era, ed è ancora oggi, la dottrina paradigmatica, si andava affrancando dall'eclittismo filosofico e dotando di una propria fondazione morale. In più il diritto naturale cattolico si sforzò in qualche modo di farsi interprete del suo tempo. Ma tutto ciò non fu sufficiente ad accreditarlo presso i giuristi, ma soltanto a permettergli di entrare nel dibattito sociale come un interlocutore degno di essere ascoltato.

Questa è propriamente la connotazione della prima rinascita del diritto naturale, cioè l'accettazione della legittimità della sua presenza nella riflessione sociale, e conseguentemente giuridica, d'anzì radicalmente negata¹.

La lenta e sistematica costruzione della scienza giuridica dell'Ottocento era stata possibile in quanto non presupponeva un diritto alla mercé di una fluttuante volontà sovrana, ma – secondo la concezione di Savigny – si rifaceva ad un ordine oggettivo preesistente nella società e da esso traeva tutta la sua stabilità (FIORAVANTI 2011). Una volta elaborate le categorie giuridiche fondamentali, il diritto positivo aveva perso il contatto con le sue basi sociali e voleva vivere una vita propria nella convinzione che ciò fosse necessario alla scientificità della giurisprudenza. Al posto della società e del popolo ora c'era lo Stato, cioè un ordine artificiale. La formula del *Rechtsstaat* è, pertanto, rappresentativa di questa autofondazione del diritto nell'Ottocento.

Questo assetto entra in crisi quando la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustezza della decisione presa dal giudice (SCHMITT 1912). Ciò significa che vi sono istanze giuridiche provenienti da luoghi diversi dal diritto statale. Si prefigura la possibilità di un diritto *contra legem*. Questi luoghi possono essere quelli della prassi giuridica o della stessa scienza giuridica, ma anche più in profondità quelli della vita sociale.

¹ Una ricostruzione di questa ripresa dei concetti del diritto naturale in Europa e negli Stati Uniti è stata compiuta da Haines (1930).

Anche se nel primo decennio del secolo XX furono pubblicate molte opere sul diritto naturale, il primo a parlare esplicitamente di una sua rinascita è Joseph Charmont (1910)². Egli lo intende come una forma di “idealismo giuridico”, che rivendica la legittimità di istanze morali mortificate dal diritto inteso come mera tecnica. Ma più che al diritto naturale Charmont, sulla scia di Raymond Saleilles (1902), si riferisce ai diritti naturali, che hanno la loro origine nella Scuola classica del diritto naturale dei secoli XVII e XVIII (SOLARI 1904) e il loro compimento nelle dichiarazioni dei diritti, americana e francese, nonché più a monte nel pensiero di Kant. Ciò che Charmont difende è soprattutto il ruolo del soggetto di diritto, mortificato soprattutto dall'utilitarismo e dal positivismo filosofico. Ha ben presente la problematica del conflitto fra legge e coscienza individuale e valorizza il pensiero di Rudolf von Jhering, che – a differenza di Savigny – aveva sottolineato il ruolo attivo della lotta per il diritto soggettivo e l'importanza dello scopo nel diritto³. Tuttavia, Charmont non sembra molto coerente con il suo soggettivismo cristiano quando considera decisivi per la ripresa del diritto naturale il solidarismo organicista di Èmile Durkheim, la teoria di Geny della libera ricerca scientifica e persino, anche se con qualche riserva, la teoria del diritto oggettivo di Léon Duguit considerato da lui come un criptogiusnaturalista (cfr. anche HAINES 1930, cap. X). Questi riferimenti avrebbero richiesto una maggiore considerazione del diritto naturale come morale oggettiva, che nel pensiero di Charmont era carente, essendo interessato piuttosto ai diritti naturali della modernità.

Il ritorno dell'attenzione della scienza giuridica per il diritto naturale in senso oggettivo era ostacolato dal suo confinamento nel campo della morale, che era tenuta ben distinta dal diritto positivo. Anche se – come ha notato Jean Dabin (1928, 431) – il diritto naturale dei moralisti poteva essere accettato dai giuristi come diritto ideale razionale, restava pur sempre esterno al diritto positivo (RIPERT 1918), mentre come diritto soggettivo poteva ben avanzare una pretesa giuridica.

² Nella cultura americana un testo corrispettivo può essere considerato quello di Morris Raphael Cohen (1916).

³ Come si vedrà, questo appello al pensiero di Jhering sarà di aiuto per la prima rinascita del diritto naturale.

Pertanto, non basta il riferimento ai diritti naturali dell'Illuminismo per parlare di una vera e propria rinascita del diritto naturale, ma bisogna soprattutto che valori morali oggettivi siano significativi per il diritto positivo. Cominceremo con l'esaminare l'evoluzione del rapporto fra il diritto naturale e la morale e poi considereremo il fenomeno culturale dell'apertura della scienza giuridica alle istanze etico-sociali.

1.2. Il giusnaturalismo cattolico

Agli inizi del Novecento il diritto naturale si candidava a svolgere – se vogliamo usare una distinzione di Lask (1950, 6-7) – una duplice funzione. Dal punto di vista formale si presentava come criterio di validità del diritto positivo e come fondamento metafisico della sua normatività, e dal punto di vista materiale intendeva dettare i contenuti necessari del diritto positivo. Ma il ricorso alla metafisica non era guardato con favore dalla filosofia dominante e l'indistinzione fra morale e diritto non era gradita alla scienza giuridica, preoccupata di difendere una legalità formale equidistante fra gli ideali etici e la mera empiria. Alla "dottrina idealistica del diritto naturale" si opponeva, dunque, "la dottrina realistica del diritto positivo" (BERGBOHM 1973, 144).

Com'è noto, la difesa principale del diritto naturale proveniva dalla lunga tradizione della Chiesa cattolica, che stava da tempo attraversando un periodo di travaglio culturale interno. Dal punto di vista del diritto naturale questo ripensamento non riguardava i contenuti tradizionali che ancora coincidevano con la prevalente moralità positiva, ma piuttosto i fondamenti teorici. Questi erano prevalentemente di carattere teologico e, quindi, ben poco significativi per i non credenti.

In realtà vi sono due modi di considerare il diritto naturale: come una morale universale fondata su un'idea generale della natura umana mediante l'uso della ragione naturale, e come una specifica tradizione morale formatasi all'interno della fede cristiana e all'ombra della Sacra Scrittura (PORTER 2003; MACINTYRE 1988).

Per gli scolastici medioevali, che intendevano proseguire la tradizione greca e romana, sia la Scrittura sia la ragione sono

espressione della stessa sapienza divina e, quindi, sono isomorfi. Non solo la legge naturale era tratta dalla Scrittura, ma questa era anche interpretata alla luce della legge naturale.

Nella modernità le due fonti della rivelazione cristiana, la ragione e la Scrittura, diventano indipendenti l'una dall'altra, anche se compatibili. Ancora per Grozio, Hobbes e Locke la Scrittura conferma ciò che la ragione da sola è già in grado di scoprire. Ma, quando si esige una conoscenza scientifica della morale, allora il diritto naturale si concepisce come un insieme di regole razionali dedotte da principi primi, e della Scrittura non c'è più bisogno del tutto. Di conseguenza, la sopravvivenza del giusnaturalismo cattolico fu affidata alla possibilità di dimostrare che i suoi specifici contenuti potevano esibire i caratteri di un'etica razionale contrapposta a quella illuministica.

Agli inizi dell'Ottocento la dottrina cattolica non aveva ancora una propria compattezza filosofica ed era segnata da un carattere eclettico con forti influenze del giusnaturalismo di Locke e del sensismo di Condillac. Tuttavia, a metà dell'Ottocento, i segni di una ripresa della tradizione filosofica cattolica del diritto naturale si sono manifestati con chiarezza soprattutto nel pensiero di Antonio Rosmini (1841-43) e in quello di Luigi Taparelli D'Azeglio (1840-43). Alla fine dell'Ottocento il ritorno al pensiero di Tommaso d'Aquino permise una fondazione più razionale della dottrina cattolica del diritto naturale, che fu rielaborata in modo compiuto. Ancora oggi si può affermare che quella tomistica rimane l'unica dottrina organica del diritto naturale, dentro e fuori della Chiesa cattolica. Per un'attenzione filosofica del protestantesimo al diritto naturale si deve aspettare l'esperienza tragica dell'Olocausto.

Lungo tutto il Novecento il pensiero di Tommaso d'Aquino ha dimostrato la sua eccezionale capacità di sopravvivere alle sue transeunti interpretazioni. Di conseguenza, il giusnaturalismo cattolico ha risentito in qualche modo di tutte queste varianti interpretative. Dopo aver indicato quali sono quelle principali, cercheremo di tratteggiare gli elementi comuni del giusnaturalismo tomista in questa prima fase della sua rinascita.

La rinascita del tomismo nel pensiero cattolico è stata promossa e supportata dall'enciclica di Leone XIII *Aeterni Patris* (1879) e ha preso l'avvio nelle università pontificie, cioè in ambito ecclesiastico e limitatamente alla formazione culturale del

clero. Per questo la sua prima espressione organica ebbe un carattere marcatamente scolastico, anche se ben diverso da quello medioevale. Tuttavia l'imporsi della questione sociale e le sollecitazioni dell'enciclica *Rerum Novarum* del 1891 spinsero ad un'elaborazione più ampia della parte sociale della dottrina cattolica e, conseguentemente, ad un confronto con le ideologie politiche e sociali del tempo.

Il movimento filosofico e teologico della neoscolastica fu promosso soprattutto dai gesuiti alla fine dell'Ottocento e si diffuse rapidamente, oltre che in Italia, in Belgio, Francia e Germania, aspirando ad assumere il ruolo di filosofia propria della Chiesa cattolica. Soprattutto per quanto riguarda il diritto naturale e la morale i paesi di lingua tedesca furono più fecondi per quest'orientamento di pensiero⁴, sia per la forza di una tradizione razionalistica che accostava troppo Tommaso d'Aquino a Christian Wolff, sia per la necessità di dare sostanza culturale alla presenza politica dei cattolici nella Germania di Bismarck. L'imponenza di questo movimento fu tale che lo si è indicato come una "restauratio christiana juris naturalis" (HOLLERBACH 1974, 114).

In generale l'atteggiamento della neoscolastica fu quello di una contrapposizione frontale alle correnti filosofiche di volta in volta dominanti: al positivismo, al neokantismo e al neoidealismo prima e poi al marxismo, alla fenomenologia, all'esistenzialismo e alla filosofia analitica, tutte filosofie immanentiste. Anche per questo assunse una forma razionalistica ben lontana dall'antica tradizione morale cristiana. Non paga di tanti nemici esterni, al suo interno conobbe un dibattito vivace e, a volte, molto conflittuale e rissoso. La neoscolastica perdurò fino al secondo dopoguerra, anche se gradatamente abbandonò lo stile espositivo originario.

In realtà, la neoscolastica era un metodo di studio e di esposizione del pensiero di Tommaso d'Aquino che inevitabilmente diveniva un suo modo d'interpretarlo. Si trattava di un metodo rigorosamente e rigidamente sillogistico, asciutto, confutatorio e perentorio. La tendenza era quella di stabilire tesi definitorie,

⁴ Qui ricordiamo le opere di Theodor Meyer (1885), Georg von Hertling (1893), Johann Haring (1899), Constantin Gutberlet (1901), Joseph Mausebach (1918), Martin Grabmann (1922).

filosofiche e teologiche, caratterizzanti il pensiero cattolico. Tra di esse v'erano ovviamente quelle riguardanti il diritto naturale e i rapporti fra diritto e morale. Se si vuole trovare un esempio paradigmatico di questo stile di pensiero, basta rifarsi all'opera del gesuita Victor Cathrein [1845-1931]. I suoi scritti, tra cui quelli che interessano il diritto (1891 e 1901), ebbero una grande diffusione in Europa e furono ristampati in numerosissime edizioni fino ai giorni nostri.

Lo studio del pensiero di Tommaso d'Aquino non si lasciò imprigionare in metodi scolastici così rigidi e, dopo qualche decennio, si aprì la strada l'esigenza di un contatto diretto con gli scritti dell'Aquinate, cioè non più mediato dai tradizionali commentatori e non più ricondotto a formule stereotipe. Ciò permise di recuperare in qualche misura l'antica tradizione scolastica basata più sull'universalità delle capacità umane e delle virtù che su quella delle norme morali (SERTILLANGES 1916). Questa nuova tendenza, che si diffuse soprattutto nei paesi di lingua francese, privilegiò l'approccio storico su quello sistematico, cosa già anticipata da Martin Grabmann e dalla sua scuola. Una delle prime opere in questa direzione riguarda proprio il diritto naturale, cioè quella di Odon Lottin (1931).

I vantaggi della ricerca storiografica furono, tra l'altro, quelli di mettere in luce la ricca articolazione della filosofia pratica dell'Aquinate, spesso fino ad allora molto trascurata, e riaprono la questione dei suoi rapporti con la metafisica. Infatti, il metodo rigorosamente deduttivo, con cui erano trattati i problemi morali dalla neoscolastica, mal si adattava alla ragion pratica. Gli svantaggi, invece, furono quelli stessi di ogni ricerca storiografica e filologica, cioè quella di non presentarsi come filosofia militante. Tuttavia l'approccio diretto ai testi di Tommaso e al suo atteggiamento intellettuale contribuì a sdoganare il pensiero cattolico dall'*hortus clausus* delle università ecclesiastiche e suscitò l'interesse degli intellettuali laici. Ciò favorì una maggiore libertà nel confronto con le altre tradizioni di pensiero e una maggiore creatività nelle applicazioni.

I frutti di questa seconda fase si videro molto più tardi, soprattutto nell'affrancamento dal conservatorismo politico non sempre moderato, con cui fino ad allora il tomismo si era identificato, e che non era necessariamente connesso al pensiero di s. Tommaso (MARITAIN 1984 e 1988b), e nell'elabora-

zione di teorie non scolastiche del diritto naturale, come quella di Heinrich Rommen e di Jacques Maritain, di cui parleremo in seguito.

L'ultima fase dell'interpretazione di Tommaso nel Novecento registra l'abbandono di una ricostruzione olistica del suo pensiero e lo sviluppo di filoni in buona misura indipendenti, tra cui quello che focalizza la tematica della ragion pratica a cui appartiene l'ambito del diritto naturale (VIOLA 1998). Ciò consente di mettere tra parentesi, senza per questo rinunciarvi, sia il richiamo teologico, sia la fondazione metafisica della legge naturale, e al contempo di abbandonare definitivamente il razionalismo neoscolastico. Questo nuovo orientamento tende ad identificare la problematica del diritto naturale con quella del cognitivismo etico nei termini della ragionevolezza pratica ed è alimentato anche da rilevanti contributi provenienti dalla cultura anglosassone, inglese ed americana. E bisogna anche aggiungere che ora si è più preoccupati dell'attualizzazione del pensiero di s. Tommaso e meno della fedeltà filologica e interpretativa.

Ora cercheremo d'individuare gli elementi comuni alle trattazioni del diritto naturale della prima fase del tomismo, assumendo come paradigmatica la concezione di Cathrein in quanto più netta e rigorosa. Accenneremo, invece, alle altre due fasi in corrispondenza dei loro rispettivi periodi storici.

Come si sa, una dottrina del diritto naturale svolge anche una funzione politica e si comprende pienamente solo se si tengono presenti i contesti sociali. All'inizio dell'Ottocento, nell'epoca della Restaurazione, il problema principale del pensiero politico cattolico era quello della legittimazione dell'autorità costituita. Alla fine dell'Ottocento, invece, divenne più urgente giustificare l'obbedienza ai comandi di quest'autorità, soprattutto nei confronti della legge ingiusta, poiché il trono si andava sempre di più separando dall'altare. Per questo il tema della "legge" assunse un ruolo assolutamente centrale in quanto punto d'incontro tra teologia, metafisica, morale e diritto.

Secondo la dottrina cattolica l'obbligo di obbedire alla legge giuridica positiva ha un carattere morale. Ciò implica che in ultima istanza quest'obbligo è fondato in Dio, da cui proviene sia l'ordine della natura sia l'ordine della moralità. Solo Dio può far sorgere obblighi per esseri creati liberi e lo fa mediante leggi.

La legge umana è l'ultimo anello di una catena che ha il suo inizio con la legge eterna e il suo fulcro nella legge naturale (VIOLA 2019). Questo schema è comune al giusnaturalismo cattolico di tutti i tempi. Ma al suo interno sono possibili varianti anche molto differenti fra loro.

Secondo Cathrein, l'obbligo morale è derivato da una verità teoretica, che indica quali azioni sono intrinsecamente buone o cattive (CATHREIN 1893, n. 199). Tale verità si riferisce alla natura umana in quanto segnata dalla regola della ragione tratta dalle inclinazioni naturali. Qui è da notare la stretta derivazione della norma pratica degli atti umani dalla metafisica creazionista.

Per quanto riguarda il rapporto fra la legge naturale e il diritto positivo, certamente Cathrein ripete le tesi di s. Tommaso sulle due modalità di derivazione (*ad modum conclusionis* e *ad modum determinationis*), senza peraltro distinguerle molto tra loro a vantaggio della prima. Ma in ogni caso l'obbligatorietà morale del diritto positivo dipende tutto dalla sua conformità alla legge naturale, che è di per sé in grado di costituire un ordine giuridico vero e proprio bisognoso di quello positivo soprattutto ai fini di una tutela più efficace della morale oggettiva. Quindi Locke non è del tutto dimenticato, mentre l'obiettivo polemico è Kant e la sua distinzione fra morale e diritto, fra ordine morale e ordine giuridico.

Secondo Cathrein, se non vi fosse un ordine giuridico naturale, il diritto positivo non potrebbe essere mai ingiusto, non vi sarebbero azioni intrinsecamente ingiuste e non sarebbe possibile lo stesso diritto internazionale (CATHREIN 1893, n. 297). Questo è considerato come quella parte del diritto positivo più direttamente dipendente dal diritto naturale e, quindi, superiore allo stesso diritto statale.

Nonostante questo giusnaturalismo forte, e a riprova del persistente rilievo positivistico dell'autorità costituita, di fronte alla questione se il giudice possa far ricorso direttamente al diritto naturale, Cathrein ribadisce che il suo dovere di ufficio è quello di applicare la legge positiva, anche se ingiusta, a meno che l'ingiustizia sia tanto grave da obbligarlo in coscienza a dimettersi dal suo ruolo. Ciò significa che la salvaguardia dell'ordine costituito è considerata come un'istanza superiore alla giustizia della singola legge.

La dottrina di Cathrein, per quanto molto ammirata per la sua inesorabile consequenzialità logica, si presentava come troppo rocciosa e compatta per poter essere influente anche nei confronti di una scienza giuridica aperta al diritto naturale. L'immutabilità della legge naturale era affermata in modo assoluto (CATHREIN 1893, nn. 236-238). Ma s. Tommaso stesso aveva espressamente parlato, seguendo Aristotele, di una mutabilità della natura umana e, quindi, del diritto naturale. Il che conferiva all'ordine giuridico positivo un ruolo ben più significativo di quello riconosciuto da Cathrein, un ruolo che era ben più gradito ai giuristi (DABIN 1928, 432). Tuttavia il pensiero di Cathrein è rimasto come il modello più coerente di giusnaturalismo nell'immaginario giuridico, soprattutto ai fini della sua confutazione.

In conclusione, questi sono i caratteri generali del giusnaturalismo cattolico: teismo, fondazione metafisica sulla base della corrispondenza dell'ordine del bene all'ordine dell'essere, etica oggettiva e cognitivismo etico, derivazione teleologica dei precetti della legge naturale dalla natura umana, universalità e immutabilità del diritto naturale, conformità assiologica del diritto positivo alla legge naturale.

Ognuno di questi punti è stato aspramente messo in discussione dagli avversari. L'accusa più comune è stata quella dell'indebita derivazione della normatività dalla natura umana (KELSEN 1949, 484), cioè dalle empiriche inclinazioni naturali (la c.d. *fallacia naturalistica*), che infatti Locke giustamente aveva rigettato come criterio della moralità. Ma, secondo l'Aquinate, i beni, a cui si dirige la legge naturale, sono appresi dalla ragione come "quelle cose verso cui l'uomo ha un'inclinazione naturale" (S.T., I-II, 94, 2). Quindi, è la ragione che discerne i desideri buoni da quelli cattivi, entrambi presenti nella natura umana (ZUCKERT 2007). Tuttavia, secondo la filosofia scolastica, non basta la ragione affinché vi sia normatività, ma è necessaria la trascendenza dell'essere e del bene che solo il teismo riesce a fondare. Per questo il giusnaturalismo cattolico si oppone all'immanentismo e al meccanicismo propri della modernità.

Nel rispondere alle critiche la dottrina cattolica del diritto naturale ha dimostrato una certa capacità di flessibilità e di evoluzione, ma mai fino al punto di perdere il pedigree sopra tracciato. La tendenza generale ben comprensibile è stata quel-

la di sottolineare sempre di più il ruolo della ragione umana nella conoscenza del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto, rendendola indipendente da una determinata concezione della divinità e della natura, ma mai sino al punto di abbracciare l'immanentismo. Se confrontiamo le tesi di Cathrein, per cui la legge naturale consiste in precetti immutabili tratti dalla natura umana in quanto voluta da Dio⁵, con quelle più recenti di John Finnis, per cui essa consiste non in precetti o comandi ma in principi evidenti della ragionevolezza pratica, possiamo renderci conto di quanto e come possa mutare una dottrina che si pone come immutabile.

Il giusnaturalismo neoscolastico non è propriamente una teoria del diritto, ma una teoria della morale, una riduzione del diritto naturale alla filosofia morale (BRIESKORN 2009). Questa è la ragione principale per cui il giusnaturalismo cattolico non riuscì a penetrare nei dibattiti interni della filosofia e della scienza giuridica e nei loro confronti rimase per tutta la prima metà del Novecento un corpo estraneo. Tuttavia non rare volte alcune istanze prettamente giusnaturalistiche si presentarono prepotentemente all'interno delle stesse teorie del diritto positivo. Questo è propriamente ciò che caratterizza la prima rinascita del diritto naturale. Ed è questa storia che qui s'intende ricostruire.

1.3. Formalismo e diritto naturale

Nella seconda metà dell'Ottocento la filosofia del diritto muoveva i primi passi come disciplina autonoma sia dalla filosofia generale, sia dalla scienza giuridica. Ma il cammino non era facile, perché, al fine di essere riconosciuta come vera e propria disciplina filosofica, doveva strettamente collegarsi con le correnti dominanti del tempo, che a quell'epoca erano il positivismo, il neokantismo e il neoidealismo, ma, dall'altra parte, da questi orientamenti filosofici non proveniva un'adeguata valorizzazione del fenomeno giuridico. Il positivismo filosofico con-

⁵ "Ergo reicienda est moralis quae vocatur independens seu laica" (CATHREIN 1893, n. 219).

siderava il diritto come uno strumento antiquato di controllo sociale; il neokantismo tendeva a pensarlo solo nell'ottica della mera esteriorità e della coercitività; il neoidealismo ora lo riduceva all'economia, ora lo annegava nell'etica. Di conseguenza i filosofi del diritto si presentavano quasi sempre come eterodosi rispetto alla tradizione di pensiero a cui pure facevano riferimento, ed erano perciò guardati con sospetto dai filosofi puri. Se dai filosofi erano declassati al rango di giuristi, da questi non erano considerati come appartenenti alla loro corporazione (ad esempio, per l'Italia cfr. CAMMARATA 1922).

Un aiuto indiretto provenne dai tentativi di affrancare la scienza giuridica dalla "metafisica" e dall'identificazione con la *ius naturalis scientia* della modernità, applicando ad essa un approccio scientifico di carattere empirico, nella speranza di trovare concetti e regole comuni all'interno del sistema giuridico e tra i differenti sistemi giuridici. Il giurista tedesco Adolf Merkel [1836-1896] pubblicò nel 1890 gli *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, che inaugurava una "scienza positiva del diritto", decisamente avversaria del diritto naturale. Ma la mera generalizzazione dei contenuti del diritto positivo non poteva sottrarre questo alla contingenza e alla storicità. L'aspirazione della teoria generale del diritto di sostituire la ricerca filosofica del concetto di diritto conduceva – come noterà Radbruch (1914, 16) – ad una "eutanasia della filosofia del diritto". La reazione più vigorosa fu quella del neokantismo giuridico, che possiamo considerare come il promotore di un modo d'intendere la filosofia del diritto che condizionerà tutta la prima metà del Novecento. Questa corrente ha avuto un'ampia diffusione, soprattutto in Germania, Spagna ed Italia, sì da potersi considerare la prima, e forse finora l'unica, grande filosofia del diritto europea (ALEXY ET AL. 2002).

La generalizzazione dei contenuti normativi è cieca se non è guidata da forme logiche trascendentali in grado di fornire alla conoscenza giuridica uno spessore scientifico e uno statuto epistemologico. Bisognava passare dalla scienza giuridica tecnica alla scienza giuridica teoretica. Questi obiettivi furono con piena consapevolezza perseguiti dal neokantismo giuridico, perché una dottrina delle forme universali del diritto prometteva di attribuire scientificità all'empiria giuridica. Tuttavia le forme giuridiche a cui pensavano i neokantiani non erano la stessa cosa

di quelle dei teorici generali del diritto, che guardavano al problema della qualificazione giuridica degli atti o dei fatti, e non già a quello delle condizioni trascendentali dell'esperienza giuridica.

In queste forme giuridiche trascendentali del neokantismo possiamo ancora scorgere un residuo di diritto naturale o almeno della sua esigenza all'universalità dell'esperienza giuridica e alla sua coerenza interna. Non è poca cosa, perché questa è un'istanza ben difficile da mantenere su un piano strettamente formale. Che questa presupposizione possa essere già di per sé interpretata come un segno di giusnaturalismo è riconosciuto da Kelsen stesso⁶ quando afferma:

“Con il postulato di un ordinamento coerente, cioè non contraddittorio, la scienza giuridica oltrepassa il confine del positivismo puro. Ma con l'abbandono di questo postulato la scienza giuridica si dissolverebbe da sé. La norma fondamentale è stata qui descritta come il presupposto fondamentale di qualsiasi conoscenza giuridica positivistica. Se la si vuole considerare come un elemento di una dottrina giusnaturalistica, nonostante la sua rinuncia a qualsiasi elemento di giustizia materiale, si possono sollevare ben poche obiezioni, altrettanto poche, infatti, quanto quelle che si potrebbero sollevare contro il chiamare metafisiche le categorie della filosofia trascendentale kantiana, perché non sono dati dell'esperienza, ma condizioni dell'esperienza. Si tratta semplicemente di quel minimo, là di metafisica, qui di diritto naturale, senza del quale non è possibile una conoscenza né della natura né del diritto” (KELSEN 1963, 445).

La problematica aperta dal neokantismo giuridico non può essere compresa se non in relazione a quella riguardante la distinzione fra scienze della natura e scienze dello spirito. Nel 1883 Wilhelm Dilthey pubblica la sua *Einleitung in die Geisteswissenschaften*. La peculiarità degli universi culturali e simboli-

⁶ È noto che secondo alcuni interpreti il pensiero kelseniano è una forma di giusnaturalismo logico senza il diritto naturale. René Marcic [1919-1971] ha cercato di applicare il giusnaturalismo tomista alla teoria pura del diritto (MARCIC 1969; v. anche il dibattito con Kelsen in VOEGELIN 2004, 126 ss.).

ci del mondo umano allontana dai metodi empirici delle scienze naturali ed induce ad interrogarsi sul modo di conoscere i valori e i giudizi di rilevanza di cui è intessuto il mondo prodotto dalle opere umane.

Le dispute che sorsero sulla collocazione della scienza giuridica dipendevano in buona parte dal modo stesso d'intendere il suo oggetto, cioè dal concetto di diritto. Fin dall'inizio la giurisprudenza apparve essere una scienza di confine sia per quanto riguarda il suo oggetto, sia per quanto riguarda il suo metodo. Lo spirito classificatorio del tempo non sopportava questa posizione eccentrica del diritto ed esplorò tutte le strade possibili per evitarla, ma senza convincenti risultati definitivi.

Le scienze morali, che i neokantiani preferivano indicare come scienze culturali, ponevano ad essi due difficoltà di segno opposto: da una parte in esse veniva meno la possibilità di separare chiaramente la scienza dalla filosofia, la descrizione dalla valutazione, la spiegazione dalla comprensione, mentre dall'altra nella speculazione filosofica venivano immessi contenuti segnati da un carattere storicistico e relativistico. Ciò conduceva alla necessità di affrontare il problema della relazione fra la realtà storica e i valori. All'interno delle scienze dello spirito i valori svolgevano un ruolo simile a quello delle forme neokantiane. Ma essi assomigliavano troppo agli oggetti dell'abborrita metafisica e dovevano, pertanto, essere adeguatamente trattati.

1.3.1. La natura del diritto

Il trascendentale kantiano è insieme soggettivo e universale. L'intento d'individuare le condizioni di possibilità di ogni esperienza giuridica doveva accompagnarsi alla convinzione che questa esperienza non potesse essere ridotta puramente e semplicemente né ad un insieme informe di dati di fatto, né ad una struttura essenzialistica inerente al diritto positivo in quanto tale.

Se vogliamo cercare nel neokantismo filosofico-giuridico tracce di giusnaturalismo, per quanto debolissime, dobbiamo innanzi tutto rivolgerci alla salda credenza nel valore oggettivo della scienza e, soprattutto, nella possibilità di conferire all'esperienza giuridica una dignità scientifica. Questa convinzione si

basava sul metodo più che sull'oggetto. Secondo Rudolf Stammler [1856-1938], che assumeremo come l'autore più rappresentativo del neokantismo giuridico, uno degli errori del giusnaturalismo consiste nel ritenere che la validità scientifica risieda nei risultati del metodo usato e non già nel metodo in se stesso (STAMMLER 2000, 91). Tuttavia il metodo stesso del neokantismo giuridico ha alcuni caratteri che sono propri del diritto naturale.

Sotto due aspetti il pensiero di Stammler è meno lontano dal giusnaturalismo di quanto voglia. Dal punto di vista della teoria giuridica, la distinzione fra concetti giuridici puri, o a priori, e concetti giuridici empirici, o a posteriori, è basata sull'universalità dei primi che manca ai secondi. Conseguentemente, la distinzione fra teoria pura e teoria empirica del diritto è chiaramente un sostituto epistemologico di quella ontologica tradizionale tra diritto naturale e diritto positivo. Dal punto di vista dello scopo del diritto, il diritto naturale è ripreso in considerazione, ma in un modo originale e ricco di potenzialità di sviluppo. Stammler rigetta il senso ontologico o antropologico di "natura" e l'intende come la ricerca di una "essenza uniforme ed universale" o, ancor più precisamente, come "unità permanente ed uniformità sistematica" di un campo d'esperienza (STAMMLER 2000, 73). Ed è proprio qui che risiede la maggiore vicinanza del pensiero di Stammler al giusnaturalismo, nonostante l'influsso della Scuola di Marburgo (MÜLLER 1994).

Infatti, questo concetto di "natura" è applicato al diritto stesso inteso come un'idea di una cooperazione sociale, che si presenta come un oggetto specifico bisognoso di un'indagine apposita. Si passa, così, da un diritto naturale basato sulla natura umana ad un'indagine sulla "natura del diritto", che ha un carattere teleologico. In questo senso, se è vero che bisogna rigettare una distinzione genetica (o basata sull'origine) fra diritto naturale e diritto positivo, conserva però il suo valore quella sistematica per cui la natura del diritto si ritrova nell'idea di una vita giuridicamente ordinata in generale (STAMMLER 2000, 76 e 166). Egli riconosce esplicitamente che "ogni legge positiva è un tentativo di essere una legge giusta" (STAMMLER 2000, 24) e che l'obiettivo della legge naturale è quello di diventare legge positiva, ma soprattutto afferma che bisogna preservare la giustizia generale dell'ordine giuridico, che consiste in una pratica ri-

spettosa di quelli che individueremo oggi come i principi del *Rule of law*. Essi consentono di rispettare la natura del diritto e lo scopo sociale dell'ordine giuridico. Il diritto, infatti, è un mezzo indispensabile per l'unità sociale.

Secondo Stammler il diritto è forma della vita sociale, in quanto nessuna società è possibile se il perseguimento degli scopi comuni non è vincolato mediante una regola esterna. Tale vincolo è la condizione logica dell'attività sociale e, quindi, ne costituisce la forma, mentre la materia è il mondo dei bisogni che muove l'attività sociale stessa. Per Stammler il concetto di diritto sta tutto nell'elemento formale (STAMMLER 1928, §§ 35 e 56). Con ciò si affermava l'irrelevanza del contenuto normativo ai fini del concetto di diritto, tesi tipicamente antigiusnaturalistica. Tuttavia è per l'esistenza di scopi comuni che la libertà e l'autonomia devono essere in qualche modo vincolate⁷.

Per queste ragioni il concetto formale o logico di diritto, che è di per sé inerte sul piano pratico, deve essere integrato dall'*idea di diritto*, cioè dal valore della giustizia. In tal modo il diritto si fa principio della condotta sociale sulla base dell'ideale di una "comunità di uomini che vogliono liberamente" (*eine Gemeinschaft frei wollender Menschen*), cioè che si sottomettono volontariamente al governo della legge per un ideale sociale o cooperativo (STAMMLER 1928, 204).

Stammler ribadisce così un orientamento che persisterà negli studi filosofico-giuridici della prima metà del Novecento: la ricerca del diritto giusto è ammissibile solo come ideale pratico del diritto, cioè in prospettiva deontologica, ma non già come teoria del diritto, poiché questa riguarda l'essere del diritto e non già il suo dover essere. Il concetto di diritto è costitutivo, mentre l'idea di diritto è solamente regolativa. Tuttavia il fatto che le ricerche riguardanti il diritto giusto (*richtiges Recht*) venissero considerate come proprie della filosofia del diritto, e non già rinviate – come farà Kelsen – alla sfera etica o politica o comunque esterna al diritto, conferisce all'ideale della giustizia una rilevanza interna al diritto positivo stesso.

⁷ Questa concezione teleologica della scienza sociale è stata duramente criticata da Max Weber (1907).

Com'è noto, Stammler traduce l'idea del diritto naturale nei termini di "una legge naturale con un contenuto mutevole" (*ein Naturrecht mit wechselfem Inhalte*) (STAMMLER 1924, 174). Quest'espressione ha dato luogo a differenti interpretazioni: il diritto giusto può essere inteso come diritto formale o come diritto culturale (RADBRUCH 1950, 60). Certamente Stammler non condivide la tesi giusnaturalistica sull'invalidità della legge ingiusta e sostiene che una tale legge non è logicamente contraddittoria e non autorizza affatto la sua arbitraria violazione (STAMMLER 2000, 89). Il riferimento di Stammler al diritto naturale vuol dire che la determinazione del diritto giusto deve seguire un principio di ragione, in cui consiste l'ideale sociale, cioè il rispetto reciproco delle persone unite sotto la legge (STAMMLER 2000, 159). Si tratta, pertanto, di un ideale anch'esso formale, che riecheggia il principio di giustizia naturale del trattare i casi eguali in modo eguale. Poiché nell'applicazione di questo ideale bisogna tener conto delle mutevoli circostanze empiriche, allora il contenuto della legge giusta è per sua natura mutevole. In ogni caso la problematica della giustizia appartiene alla filosofia del diritto positivo e deve restare tutt'interna ad esso.

Si configurano, pertanto, due modi d'intendere la separazione fra diritto e morale: quello che esclude ogni elemento morale dalla natura del diritto e quello che va alla ricerca di una moralità interna e propria del diritto ben distinta dalla morale generale. Stammler prende posizione per la seconda via, perché, dovendosi riconoscere nella natura del diritto indubbi aspetti morali, allora l'autonomia della sfera giuridica richiede un controllo interno della moralità. "Questa terra non deve essere governata da una potenza straniera" (STAMMLER 2000, 39). Siamo di fronte a quello che chiameremmo oggi "positivismo etico".

Se ora confrontiamo il pensiero di Stammler con quello di Cathrein, il punto centrale appare essere quello della separabilità dell'essere del diritto dal suo dover essere. Cathrein aveva affermato che una legge ingiusta non è una vera legge, così come un falso amico non è un vero amico. Stammler risponde che il paragone più appropriato non è con l'amicizia, che è concetto già intriso di valore, ma con il sermone: una legge ingiusta è una vera legge, così come un cattivo sermone è ciononostante un vero sermone (STAMMLER 2000, 88). Stammler aggiunge che il concetto di diritto non è contraddetto da un contenuto che

comandi la poligamia, il rogo delle vedove, la schiavitù e persino l'esposizione dei bambini disabili. Tuttavia non può negare che ciò contraddica la natura del diritto retta dal principio del reciproco rispetto delle persone unite sotto la legge.

La distinzione fra il concetto di diritto (di ascendenza kantiana) e l'idea di diritto (di ascendenza hegeliana) aveva lo scopo di soddisfare separatamente due istanze della conoscenza giuridica difficilmente conciliabili. Da una parte, l'istanza teoretica richiedeva un'apprensione del diritto che fosse indipendente dalle sue particolari e fattuali realizzazioni storiche e sgombra di ogni dimensione valutativa. Da questo punto di vista i vincoli epistemologici ben si sposavano con quelli della certezza della legalità. Dall'altra parte, l'istanza pratica richiedeva una valutazione del diritto posto, la possibilità di una sua critica da parte della coscienza morale nel momento in cui esso pretendeva di farsi regola obbligatoria della condotta umana. Tra il concetto e l'idea c'era l'esile comunanza del rilievo dell'alterità o intersoggettività.

Il neokantismo si assume, così, il compito di tenere insieme, ma come separati in casa, le due problematiche fondamentali della filosofia del diritto, cioè quella teorico-conoscitiva e quella pratico-normativa (BANFI 1926, 195).

Negli sviluppi del neokantismo giuridico fu ben difficile mantenere la separazione fra concetto e idea del diritto nei termini dettati da Stammler. Già in Italia la critica al giuspositivismo era stata iniziata proprio da pensatori neokantiani (PETRONE 1895; BARTOLOMEI 1901). Ma ciò si manifestò con maggiore evidenza nel pensiero del maggiore filosofo del diritto italiano neokantiano, Giorgio Del Vecchio [1878-1970], che si avvicinò progressivamente al giusnaturalismo vero e proprio. Ma ciò è stato possibile in seguito ad un rilevante mutamento nel modo di affrontare la problematica riguardante il concetto di diritto.

Innanzitutto, mentre per Stammler l'elaborazione del concetto di diritto era frutto di una riflessione sulla scienza giuridica e sulle sue basi trascendentali (scienza giuridica teoretica), per Del Vecchio, che riprende la distinzione kantiana fra *quid ius* e *quid iuris*, è un compito proprio della filosofia del diritto, capace di un approccio conoscitivo autonomo al suo oggetto.

A sua volta l'indagine filosofica non si limita alla ricerca *logica*, ma comprende anche quella *fenomenologica* riguardante il carattere universale o comune dell'esperienza giuridica e quella *deontologica* relativa al dover essere del diritto positivo (teoria tridimensionale del diritto)⁸. Ciò implica che la conoscenza filosofica del diritto comprende allo stesso titolo sia il suo concetto logico, sia il suo proprio ideale, cioè il suo dover essere. Conseguentemente, i rapporti tra l'uno e l'altro diventano ben più stretti di quelli prefigurati da Stammler, appartenendo ad un'impresa conoscitiva unitaria e globale.

Già la caratterizzazione dell'esperienza giuridica sulla base di un principio di valutazione pratica, secondo la linea di pensiero della Scuola di Baden, la considera come parte della vita etica e come modalità interna ad essa. Ciò implica che il concetto di diritto non sia del tutto normativamente inerte: è "un valere di fronte ad altri". La morale e il diritto non sono separati, ma distinti (dottrina dei caratteri differenziali del diritto), poiché vi sono due modalità di valutazione dell'operare, quella interiore del soggetto e quella intersoggettiva ed esteriore, per cui le azioni possibili fra più soggetti sono coordinate sulla base di un principio etico obiettivo (DEL VECCHIO 1962, 226). Si arriva ad ammettere che il diritto e la morale appartengono allo stesso sistema etico e che quindi non vi può essere contraddizione fra loro (DEL VECCHIO 1962, 227), cosa che anche i giusnaturalisti sostenevano, pur se in un'ottica sostanzialistica. Qui si può notare un tentativo di traduzione in chiave formalistica del giusnaturalismo *prekantiano* o *leibniziano*. Ma questo significa che il concetto di diritto ha già un carattere "pratico" e che, quindi, non è per nulla neutrale o normativamente inerte come invece Del Vecchio continuava a ripetere. A questo punto diven-

⁸ Questa tripartizione dei compiti della filosofia del diritto ha avuto un'ampia diffusione, soprattutto nei paesi di lingua latina europei e americani, anche per effetto delle numerose traduzioni delle opere di Del Vecchio. L'influsso di questa teoria si estende anche al di fuori del neokantismo. Basti notare che la distinzione di Bobbio tra approccio al diritto, teoria del diritto e ideologia del diritto si può considerare in qualche modo come una riedizione della teoria tridimensionale del diritto (BOBBIO 1965, 112-14). Come vedremo, questa tripartizione dei compiti della filosofia del diritto si può ritrovare nei tre orientamenti del giusnaturalismo contemporaneo.

ta chiaro che il rapporto fra neokantismo e giusnaturalismo si gioca tutto sul modo d'intendere il concetto di diritto, poiché la dimensione scientifica e quella pratica non sembrano compatibili per la filosofia del tempo.

Secondo Del Vecchio la positività non appartiene in modo essenziale al concetto di diritto, che consiste propriamente nella forma intersoggettiva della giuridicità, cosa che una legge in quanto proposizione giuridica possiede ancor prima di essere approvata e anche dopo essere abrogata (DEL VECCHIO 1911). Di conseguenza, bisognerebbe ammettere che anche una proposizione di diritto naturale, che per Del Vecchio è quello deducibile dalla sola ragione, ha la forma della giuridicità al pari delle leggi positive. Ma allora tutta la differenza consisterà nel possesso o meno dei caratteri dell'imperatività e della coercibilità, che sono quelli tipici della positività del diritto, ed allora non si vede più a cosa serva questo concetto di diritto.

Ad esempio, curiosamente la giuridicità della schiavitù è difesa da Del Vecchio non già sul fondamento delle leggi positive che la permettono, ma sulla base della presenza nel suo concetto dei caratteri formali del diritto, essendo una forma di proprietà. Quindi la schiavitù realizza il concetto di diritto, ma non l'idea: "è giuridico ma non giusto" (DEL VECCHIO 1962, 368; 1922, 89). Tuttavia, se la giuridicità è indipendente dalla legalità positiva, allora non si vede perché anche il divieto della schiavitù non possa considerarsi anch'esso giuridico, oltre che in più essere "giusto". Insomma, è impossibile sostenere la validità del diritto ingiusto senza dar peso alla positività nel concetto di diritto.

In più, poiché la forma della giuridicità è indipendente dalla positivizzazione, sembrerebbe che qualsiasi coordinamento delle azioni sociali sia di per sé "giuridico", ma allora non si comprende il ruolo del principio etico, né ciò che distingue il diritto dalle altre regole sociali, che sono del pari bilaterali ed esteriori.

In realtà, per comprendere appieno il pensiero di Del Vecchio, bisogna considerare il suo ben noto scritto sulla giustizia, in cui la stessa giuridicità viene ricondotta ad un concetto formale di giustizia, che a sua volta si collega più facilmente con la giustizia in senso ideale, conferendo alla riflessione filosofico-giuridica una dimensione più unitaria (DEL VECCHIO 1924).

Nell'ultima fase del suo pensiero Del Vecchio si accostò sempre di più ad una forma di giusnaturalismo razionalistico o metafisico a testimonianza della fine del neokantismo giuridico.

Già nel 1921 un acuto, anche se discusso, critico del neokantismo giuridico, nella duplice versione di Stammler e di Kelsen, aveva messo in luce le aporie e le debolezze di questa concezione, individuandole nella rigida separazione tra le forme trascendentali e la realtà empirica, nel rigetto della kantiana "cosa in sé" che impedisce il ruolo regolativo e normativo delle idee di ragione, nella stessa vanificazione dell'oggetto della scienza giuridica (ERICH KAUFMANN 1921). Lo stesso autore più tardi notava la tendenza del tempo ad un passaggio dall'epistemologia neokantiana all'ontologia di Aristotele, di Tommaso d'Aquino e, soprattutto, di Hegel reinterpretato (ERICH KAUFMANN 1931). Insomma, la scissione tra la natura dell'uomo e la natura del diritto veniva rimessa in discussione.

In effetti la concezione neokantiana del diritto porta in se stessa aporie non superabili. Le difficoltà principali provenivano dal carattere "positivo" del diritto, che i neokantiani non intendevano certo mettere in discussione. E tuttavia sottoporre la positività giuridica a condizioni logico-formali di tipo kantiano significava senza dubbio riconoscere l'insufficienza ai fini della definizione della natura del diritto. Per questo la concezione neokantiana del diritto è stata considerata come collaterale o complementare al giuspositivismo. Con ciò stesso, però, costituiva per questo un'insidia, in quanto la progressiva rilevanza delle relazioni formali della giuridicità era destinata ad oscurare il ruolo definitorio della positività giuridica.

S'è dimostrato anche impossibile formulare un concetto logico di diritto in modo che sia del tutto indifferente ai valori. A cosa si riferisce il concetto neokantiano di diritto? La risposta a questa domanda costringeva o a ritornare ai fatti, rinunciando all'universalità del diritto, o ad imboccare la strada dei valori, conferendo all'idea di diritto un maggiore rilievo conoscitivo (TREVES 1934).

1.3.2. I valori del diritto

Prendere sul serio le scienze culturali significava andare alla ricerca di una connessione fra fatti e valori, che l'ortodossia kantiana non permetteva. Si sviluppò, pertanto, una linea eterodossa di pensiero che si mostrava attenta anche alla lezione hegeliana. L'attenzione per il metodo non doveva essere perseguita fino al punto di perdere il senso dell'oggetto di studio.

Per illustrare meglio questa problematica ci riferiremo ad un pensatore, che, nonostante l'esiguità dei suoi scritti giuridici, ha esercitato un'influenza sotterranea sulla speculazione filosofico-giuridica della prima metà del Novecento (HOBE 1973; CARINO 1983). Emil Lask [1875-1915] rifiuta nettamente il giusnaturalismo metafisico, perché platonicamente duplica la realtà giuridica. Esiste solo la realtà empirica, ma essa di per sé è – come aveva notato Rickert – “irrazionale”. Dal punto di vista filosofico essa è “il luogo o il substrato di valori transempirici o di significati di validità generale” (LASK 1950, 4). La filosofia del diritto guarda alla realtà dal punto di vista di valori assoluti, riflette sul significato metaempirico del diritto empirico e, così facendo, rigetta insieme sia il diritto naturale metafisico sia lo storicismo relativista.

“Il diritto naturale vuole far sparire il sostrato empirico dall'assolutezza dei valori; lo storicismo vuole far sparire l'assolutezza dei valori dal sostrato empirico” (LASK 1950, 12).

Vorrei qui soltanto evidenziare gli aspetti non positivistici di questa teoria del diritto. Lask pensava, infatti, che quella metafisica fosse l'unica forma possibile di giusnaturalismo, ma in realtà non è così.

Innanzitutto, secondo Lask il diritto è caratterizzato da valori tipici, che sono senz'altro riconducibili all'idea di giustizia, ma questa a sua volta si declina secondo le differenti concezioni del mondo. Questi valori giuridici si possono cogliere solo nella loro operatività nella vita storica e, tuttavia, conservano la loro assolutezza, cioè restano al di fuori del mondo. In quest'opera di concretizzazione dei valori nelle norme si palesa una concezione finalistica del diritto, per cui la produzione di norme, di istituti e di concetti giuridici è legata ad un'idea di scopo, che

ne governa la correttezza. In generale, il processo di formazione del diritto ha un carattere teleologico.

L'idea di scopo – come abbiamo visto – era presente anche in Stammler, ma ancora aveva un carattere generico e nella sostanza individualistico. Le cose cambiano quando Lask sostiene, seguendo in questo Hegel e Gierke, che il diritto empirico può assumere un senso universale solo se posto in relazione con un valore sociale specifico, quello transpersonale della vita comunitaria, al posto dell'ideale atomistico di Stammler (LASK 1950, 17ss.). Si evidenziano così, in un'ottica che possiamo considerare aristotelica, beni e fini propri non degli individui singolarmente considerati, ma legati alla vita di una comunità umana in quanto tale, anche se Lask insiste sulla distinzione, già evidenziata da Wilhelm Schuppe (1884), tra un uso empirico e un uso trascendentale del principio teleologico.

“Il fine (*télos*) immanente nelle particolari relazioni della vita, come la proprietà, la famiglia, il ceto, la classe, o lo Stato, è quello di fornire ‘il principio oggettivo e reale della filosofia del diritto’” (LASK 1950, 15).

Vi sono, dunque, beni o valori che non è possibile attingere se non attraverso il diritto e nel diritto, e questa è una prospettiva tipicamente giusnaturalista. Il vero e proprio oggetto della scienza giuridica è il diritto con il suo mondo di valori e non la legge (LASK 1950, 38).

Si fa strada anche l'idea che il sostrato fenomenico richieda il riferimento a determinati valori e che questi siano differenziati fra loro in ragione della differenza dei sostrati in riferimento ai quali essi valgono (*hingelten*). E con questo implicitamente si mette in dubbio l'asserita irrazionalità del sostrato.

Se vi sono valori specifici del diritto, anche se legati ad una concezione del mondo tra le altre, allora si può dire che v'è una “natura” della giuridicità nel senso hegeliano dello spirito oggettivo, e che vi sono compiti che devono essere realizzati dalla comunità umana. E questo è un principio giusnaturalistico calato nel mondo della storia e della cultura. Lask riprende la dottrina di Jellinek del minimo etico, un minimo di idee etiche comuni, inteso come struttura interna del valore sociale tipico.

La dottrina del valore tipico del diritto ha anche l'effetto d'intendere il diritto stesso non più come una tecnica sociale a servizio di fini estrinseci (cosa che Lask ingiustamente rimproverava all'individualismo kantiano), ma ben più di un semplice mezzo, cioè come un elemento fondamentale della struttura articolata dello spirito oggettivo (LASK 1950, 13). Anche qui possiamo riconoscere un atteggiamento non positivistico.

Possiamo, dunque, affermare che una condizione necessaria, affinché una concezione possa essere considerata non positivistica e come aperta al giusnaturalismo, risiede nella sua considerazione del diritto non solo come un fatto e un valore strumentale, ma anche come un valore in sé, cioè non solo come un mezzo, ma anche come un fine in se stesso. A questo punto il problema centrale della filosofia del diritto diventa quello della relazione fra diritto e valore.

Rispetto al valore non vi sono che tre possibilità: una conoscenza o è cieca rispetto al valore o è relata ad un valore o è valutativa essa stessa. Negli ultimi due casi si discute della sua oggettività. Com'è noto, nel primo decennio del Novecento la controversia riguardo ai valori (*Werturteilstreit*) è stata decisiva ai fini della difesa della scientificità delle scienze sociali e della loro indipendenza dalla politica. Il principio di avalutatività, derivato dall'impossibilità di una conoscenza razionale e oggettiva dei valori, non implicava affatto che essi siano arbitrari, contingenti, puramente emotivi e neppure che le scienze sociali ne possano fare a meno. La relazione al valore è dotata di una certa intelligibilità, basata sulla comprensione e sull'adesione (*Bekennntnis*), altrimenti sarebbe un atto di fede senza fondamento.

In ogni caso – come abbiamo visto – non si può fare a meno di considerare il diritto come orientato al valore e diretto a valori tipici, distinti da quelli canonici del vero, del buono e del bello. Gustav Radbruch [1878-1949], raccogliendo l'eredità di Lask, così riassume la sua filosofia giuridica: "Il diritto è quella realtà il cui senso è quello di servire la giustizia" (1950, 75).

Per comprendere in che senso la concezione di Radbruch rappresenti un ulteriore piccolo passo verso il giusnaturalismo bisogna prestare attenzione ai seguenti elementi evolutivi.

Innanzitutto, si traggono le necessarie conseguenze dalla considerazione del diritto nell'ottica del mondo della cultura, in cui l'essere e il dover essere in qualche modo s'incontrano, su-

perando quell'incomunicabilità tipica del kantismo. La normatività giuridica viene compresa solo in quanto legata a fatti culturali che la individualizzano e concretizzano. Ciò permette di valorizzare l'idea di Lask della interconnessione dei metodi nello studio del diritto, frutto necessario dell'interrelazione di essere e dover essere.

Radbruch si propone con piena consapevolezza di portare a compimento l'orientamento di Stammler, che aveva sviluppato solo in senso "metodico" il ruolo dell'idea di diritto nell'ambito della filosofia giuridica. Ora bisogna dare ad esso una dimensione "sistemica", poiché il cuore del senso del diritto sta tutto nella sua idea, cioè nel suo orientamento al valore della giustizia. Il risultato è, in effetti, un capovolgimento della concezione di Stammler: il concetto di diritto viene considerato come un mero substrato che deve essere illuminato di senso, anzi che non può neppure essere formulato senza alcun riferimento all'idea di diritto: "Il concetto di diritto può essere definito soltanto come quella realtà che tende verso l'idea di diritto" (RADBRUCH 1950, 69). L'idea di diritto s'ispira ovviamente al diritto giusto di Stammler, cioè è pensata sempre in un'ottica neokantiana (WIEGAND 2004).

Guidata da questa relazione al valore della giustizia, la riflessione filosofico-giuridica assume una maggiore compattezza interna, non è divisibile in settori separati di ricerca come nella teoria tridimensionale del diritto, e diviene un'impresa globale e unitaria. Il suo compito è quello di comprendere il diritto nel suo tipo ideale, cioè in tutti i suoi aspetti paradigmatici più elevati, nessuno escluso. Radbruch è, dunque, contrario ad una concezione riduzionistica del diritto, sia essa quella che prescinda dal merito, sia quella che prescinda dall'effettività. Il diritto è ora compiutamente considerato come un oggetto culturale specifico da non confondersi con il potere o con la morale. Nessuna delle particolari istanziazioni culturali esaurisce la potenzialità del tipo ideale e tutte manifestano la grande mutabilità dei prodotti culturali, ma sempre all'interno di una cornice ideale. Ma sarebbe improprio un accostamento di questo schema di pensiero al modello giusnaturalistico del rapporto tra i principi della legge naturale e le loro concretizzazioni storiche, poiché l'idea del diritto non è l'ideale ma il senso globale della giuridicità e la sua prassi tipica.

Il diritto non è la giustizia, ma un modo complesso e specifico di rapportarsi alla giustizia. Se, infatti, esaminiamo tutti gli aspetti che – secondo Radbruch – sono presenti nell’idea del diritto, ci accorgiamo che questa è internamente e radicalmente conflittuale, sia in ragione del conflitto dei valori che la costituiscono, sia per l’opposizione fra valore e realtà effettuale. Per Radbruch i valori presenti nell’idea di diritto consistono nella giustizia, nella commisurazione allo scopo (*Zweckmäßigkeit*) e nella certezza giuridica. La giustizia è intesa come “una categoria vuota che può essere riempita dei più diversi contenuti” (RADBRUCH 1950, 131). È un valore formale, legato all’eguaglianza e all’equità, ma non già formalistico perché controlla il modo di formulare e d’interpretare il contenuto della legge. La commisurazione allo scopo riguarda il contenuto della legge e, quindi, l’adeguamento dei mezzi al fine perseguito. Tale processo di finalizzazione ha un carattere politico, cioè particolarizzante, e, proprio per questo, è potenzialmente in opposizione all’eguaglianza generale della giustizia. Qui s’incontra propriamente il c.d. “relativismo” di Radbruch (SPAAR 2009). La scelta fra i valori politici non è scientificamente dimostrabile, ma è affidata al giudizio di coscienza, che non si deve confondere con il mero arbitrio. In ogni caso l’ambito della scelta non è infinito, ma riconducibile a tre costellazioni di valori politici: quella individualistica, quella transindividualistica e quella transpersonalistica. Ciò vuol dire che le finalità politiche generali sono anch’esse sottomesse alla condizione generale di significatività. Infine, c’è la questione della validità giuridica, che è legata alla positività e, tuttavia, è anch’essa sottomesse al giudizio di valore, che rende la certezza funzionale alla pace e all’ordine: “La giustizia è il secondo grande compito del diritto, mentre il più immediato è quello della certezza giuridica, della pace e dell’ordine” (RADBRUCH 1950, 118).

L’impianto di questa concezione è indubbiamente positivista sia per il carattere formale del valore della giustizia, sia per la priorità data al valore della certezza, ma è sostenuto dalla convinzione che un certo grado di giustizia sarà in ogni caso raggiunto dalla forma stessa della giuridicità. Come sappiamo, questa convinzione si rivelerà errata ed allora Radbruch mostrerà di non essere disposto né a rinunciare alla giustizia per la certezza, né a rinunciare sempre alla giustizia sostanziale per quella meramente formale.

“Dove sorge un conflitto fra certezza del diritto e giustizia, fra una legge oppugnabile contenutisticamente ma positiva e un diritto giusto ma non ancora versato in forma di legge, si ha a che fare in realtà con un conflitto della giustizia con se stessa: un conflitto fra giustizia apparente e giustizia reale” (RADBRUCH 2013, 167-168).

Per sottolineare il giuspositivismo della prima fase del pensiero di Radbruch spesso si ricorda un'affermazione del tutto contraria alla famosa *Formula di Radbruch*: “è dovere professionale del giudice quello di verificare la pretesa della legge di essere valida, di sacrificare il proprio senso del giusto al comando autoritativo della legge, di chiedersi soltanto che cosa sia legale e non già se è anche giusto” (RADBRUCH 1950, 119). Ma, se fosse solo per questo, allora anche Cathrein dovrebbe essere considerato un giuspositivista. In realtà – come ha ben notato Stanley Paulson – il giuspositivismo della prima fase del pensiero di Radbruch non è certamente basato sulla separazione fra morale e diritto e porta in sé una teoria della giustizia o del modo in cui il diritto si rapporta alla giustizia (PAULSON 2006).

In effetti, rispetto alla realizzazione della giustizia, il diritto è costituito da tentativi riusciti e da tentativi falliti, che pure restano formalmente validi in considerazione del bene della pace e dell'ordine. Resta, però, il fatto che sono “falliti”, cioè che non realizzano nella sua compiutezza la natura del diritto che è quella di essere giusto. In ogni caso mai le opere umane di giustizia sono dotate di absolutezza e potranno pretendere di prevalere sulla coscienza individuale (RADBRUCH 1950, 118).

Al giusnaturalismo vero e proprio Radbruch muove due accuse peraltro non nuove: quella di difendere la conoscibilità scientifica dei valori, e della loro realizzazione, e quella di volatilizzare la materia del diritto e di sottodeterminarne la resistenza ai valori, cioè di smarrire la storicità del diritto (RADBRUCH 1950, 121). Tuttavia egli non fa dipendere tutta la natura del diritto dalle sue fonti storiche e, segnatamente, da quelle dello Stato, che senza dubbio controlla i suoi contenuti attraverso la determinazione dei mezzi adatti, ma non già la sua forma. Come la scienza conserva la sua autonomia anche quando i suoi risultati sono usati dallo Stato, così il diritto, che è un mezzo dello Stato, resiste ad ogni uso improprio e impone le sue condizioni formali alla volontà politica (RADBRUCH 1950, 199). Almeno questa è la

convinzione che anima Radbruch nel suo primo periodo.

Il neokantismo e la filosofia della cultura hanno spezzato il binomio del giuspositivismo ottocentesco basato sulla congiunzione tra l'effettualità del diritto e la sua separazione dalla morale. Ma non hanno accettato il binomio del giusnaturalismo basato sulla congiunzione tra la normatività del diritto e la sua connessione con la morale. E così hanno inaugurato quella ricerca della terza via, che dura fino ad oggi. È questa un'impresa che ha speranze di riuscita? Radbruch s'è incamminato per questa strada, ma già appare all'orizzonte il risvolto problematico della normatività giuridica, cioè il tipo di vincolo che essa crea nei confronti degli utenti del diritto e in primo luogo dei giudici. Ma non si può adeguatamente affrontare tale questione se prima non si precisa l'ambito di estensione della normatività giuridica e l'oggetto proprio della scienza giuridica. Diritto e legge s'identificano?

1.4. Antiformalismo e diritto naturale

Il formalismo giuridico si era occupato dei metodi d'indagine e della costruzione dei concetti, assumendo come oggetto empirico il dato normativo del diritto positivo statale. Ma ora ci si chiede se lo stesso diritto positivo possa essere esaurientemente identificato in tal modo e se non bisogna andare oltre la statuizione normativa. Questo mutamento di atteggiamento si può così efficacemente definire: "Il diritto non domina la società, ma l'esprime" (CRUET 1908, 336).

La reazione antiformalistica, che è già ben presente nell'ultimo decennio dell'Ottocento, riceve nuova linfa, in Francia, dalla reazione nei confronti della *Scuola dell'esegesi* e, in Germania, dai dibattiti legati all'entrata in vigore del codice civile (BGB) e ai modi della sua applicazione, e si prolunga nel tempo fino alle soglie della II guerra mondiale.

L'antiformalismo giuridico è un'etichetta che racchiude in modo generico un grappolo eterogeneo di teorie del diritto, tra cui in un ruolo preminente quelle sociologiche. Al suo interno si possono operare distinzioni e differenziazioni, anche in riferimento ai particolari aspetti del diritto e della pratica giuridica da cui le correnti antiformalistiche prendono le mosse.

Possiamo, in linea di principio, individuare questi aspetti

nella problematica generale dell'origine e dello scopo del diritto e in quella, più specifica, delle fonti del diritto e del modo di interpretare e applicare il diritto positivo.

Questo mutamento radicale dell'approccio al diritto positivo offre al diritto naturale nuove opportunità di far sentire la sua voce, anche se spesso l'antiformalismo prende le distanze nei suoi confronti. Ma non bisogna lasciarsi condizionare da simili affermazioni, perché il diritto naturale come problema ama nascondersi sotto altre vesti. Anche la *Scuola storica del diritto* era stata una feroce avversaria del diritto naturale e, tuttavia, il metodo delle Pandette, a cui approdò, non solo per il suo concettualismo scolastico ma anche per le sue pretese universalistiche, aveva aspetti senza dubbio cripto-giusnaturalistici (WIEACKER 1952, 228 ss.). La presenza di una vena giusnaturalistica nelle teorie sociologiche del diritto è stata sottolineata, tra gli altri, da Kelsen (1911, 16; cfr. anche MENZEL 1912) e da Bobbio, che le ha considerate come "una forma di giusnaturalismo ammodernato" (1965, 141).

1.4.1. Il diritto vivente

In generale l'antiformalismo rigetta la tesi formalista che il diritto positivo esista solo quando sono correttamente formulate e rese ufficiali le proposizioni giuridiche. Se è vero che il diritto ha un carattere pratico e si costruisce in vista di uno scopo – come Rudolf von Jhering aveva mostrato (1877-1883) –, allora comincia ad esistere già nel suo primo formarsi in seno alla vita sociale. La scienza del diritto deve essere in grado di descrivere questo processo di formazione del diritto positivo. Così, infatti, Eugen Ehrlich [1862-1922] sintetizza nella prefazione il contenuto della sua opera fondamentale *Grundlegung der Soziologie des Rechts* del 1913:

"Al presente come in ogni altro tempo, il centro di gravità dello sviluppo del diritto riposa non già nella legislazione, neppure nella scienza dei giuristi e neppure nella decisione dei giudici, ma nella società stessa" (EHRlich 2002, LIX).

I rapporti sociali sono considerati come di per sé generatori di una giuridicità che precede la sua eventuale formalizzazione

ufficiale. In quest'ottica il diritto naturale non può più essere accusato di non essere un diritto vero e proprio in quanto non positivizzato o non formalizzato, anche se resta in piedi il rimprovero di essere un diritto ideale o non reale. Ehrlich, infatti, rinvia il tema del diritto naturale alla filosofia del diritto, che – a suo parere – si occupa solo del dover essere giuridico, mentre la sociologia del diritto in quanto scienza teorica del diritto (*Rechtswissenschaft*) si occupa dei fatti giuridici, quelli che Jellinek aveva chiamato “fatti normativi”, secondo l'ottica di un positivismo per la verità troppo elementare ed ingenuo. Ma Ehrlich, uno dei fondatori della sociologia del diritto, non era un filosofo (VILLEY 1968, 353), ma uno storico del diritto desideroso di recuperare ciò che della *Scuola storica* s'era smarrito, cioè il radicamento del diritto nell'ordine sociale. Ora ci chiederemo se e in che senso il giusnaturalismo sia presente in questa scienza teorica del diritto.

Senza dubbio la concezione sociologica del diritto ha lo stesso nemico del diritto naturale, cioè la tesi del monopolio giuridico dello Stato e della negazione del pluralismo giuridico. Ha in comune con il diritto naturale la tesi che le regole giuridiche in quanto regole sociali sono essenzialmente “regole di condotta”, cioè guidano l'agire dei consociati, e non debbono essere ridotte a quelle dirette agli organi pubblici, in particolare ai giudici al fine di risolvere in modo certo le controversie (“regole di decisione”). Pertanto, ha ancora in comune con il diritto naturale la tesi del carattere secondario della coercizione nella definizione della regola giuridica (EHRlich 2002, 61), che è tale in quanto è accettata dai consociati (*Anerkennungstheorie*). Infine, la concezione sociologica del diritto rigetta, al pari del giusnaturalismo, la separazione del diritto dalla morale, separazione che è volta ad impedire al giudice di decidere con norme diverse da quelle statali (EHRlich 2002, 39-40).

Il punto di forza di questa concezione risiede nel mostrare che “il concetto pratico del diritto” è di fatto ben differente di quello prefigurato dalla scienza giuridica del suo tempo, che assume, pertanto, un volto prescrittivo, se non addirittura ideologico. Infatti sia il processo decisionale giudiziale (EHRlich 1903), sia il ragionamento giuridico in generale (EHRlich 1918) sono intrisi di fattori psicologici e sociali e sono ben lungi dal limitarsi alla deduzione logica dalle norme. Da qui deriva l'at-

tenzione per la deontologia delle professioni legali e per una scienza giuridica intesa come esercizio della ragion pratica (*praktische Jurisprudenz*).

Infine, è da ricordare e segnalare la concezione del “diritto vivente”, cioè di “un diritto che governa la vita stessa, anche se non è stato ancora formulato in proposizioni legali” (EHRlich 2002, 493). Il diritto vivente realizza, ben più di quello legislativo, l’idea che è proprio della regola giuridica guidare la condotta umana piuttosto che essere una tecnica sociale specializzata. Ancora una volta quest’idea è vicina al giusnaturalismo o almeno potrebbe essere difesa anche in questa prospettiva (VAN KLINK 2009).

Nonostante tutti questi possibili accostamenti, in realtà la concezione di Ehrlich è naturalistica piuttosto che giusnaturalistica. Egli – a somiglianza di Otto Gierke – è interessato all’origine del diritto positivo e la trova nell’ordine interno delle associazioni e dei gruppi umani, che si organizzano spontaneamente in funzione di bisogni e interessi sempre più complessi. Quando Ehrlich si trova di fronte al problema della distinzione delle norme giuridiche dalle altre norme sociali, fa ricorso ai sentimenti dei membri dei gruppi sociali, riducendolo ad una questione di psicologia sociale. C’è però da chiedersi in base a quali criteri si possa individuare un sentimento come “giuridico”, distinguendolo dagli altri, senza aver chiara preliminarmente la differenza fra il diritto e il non diritto. Se la sociologia del diritto in quanto scienza teorica del diritto ha bisogno di far ricorso alla psicologia sociale per definire il concetto di diritto, ciò significa che non riesce di per sé a raggiungere i suoi obiettivi esplicativi. D’altronde, la psicologia sociale di Ehrlich è vaga e approssimativa e offre il fianco ad accuse di irrazionalismo. Indubbiamente tra le forze motrici dello sviluppo giuridico delle istituzioni sociali vi sono anche fattori emotivi. Ehrlich stesso invoca pericolosamente la necessità dell’intervento di personalità carismatiche ed eccezionali per risolvere i problemi più ardui della giustizia e del bene comune (EHRlich 2002, 207). Tuttavia affermare che è diritto ciò che la gente crede che sia diritto non risolve il problema, specie quando vi sono credenze in conflitto tra loro. Però, anche in questo l’opera di Ehrlich è pionieristica.

Si configura, pertanto, una terza via accanto al diritto come volontà del giuspositivismo e al diritto come ragione del giu-

snaturalismo, quella del diritto come sentimento o empatia. Si tratta di una linea di pensiero perseguita anche da un contemporaneo di Ehrlich, il russo Leon Petrazycki [1867-1931], che distinguerà dal diritto ufficiale un diritto non ufficiale o “diritto intuitivo”, indipendente da un’ autorità esterna, e in questo sarà seguito da altri sociologi e filosofi del diritto fino ai giorni nostri (cfr., ad esempio, PODGÓRECKI 1974; TREVIÑO 2007, parte III). Petrazycki considera il diritto naturale come una forma ancora primitiva ed ingenua di diritto non ufficiale e si propone di sostituirlo, svelandone i meccanismi di proiezione psicologica (PETRAZYCKI 1955, chap. VI, sec. 33) e percorrendo gli orientamenti del realismo scandinavo (PATTARO 2005, cap. XV).

Nella tradizione del diritto naturale, invece, è costante l’idea che si tratti di un concetto normativo e non meramente psicologico. Anche la dottrina delle inclinazioni naturali, che potrebbero far pensare al sentimento giuridico di Ehrlich, è elaborata in riferimento ad un concetto di natura umana basato su una teologia e metafisica creazionista, sicché non si confonde l’ avere un obbligo con il sentirsi obbligati.

L’importanza della concezione di Ehrlich sta più nella *pars destruens* che nella *pars construens*, e più nella descrizione che nella spiegazione. La sua confutazione del paradigma del formalismo giuridico è basata sui fatti piuttosto che sulla teoria. Egli mostra molto efficacemente che di fatto la pratica del diritto si attua in modo diverso da quello prefigurato dalla scienza giuridica ufficiale e con ciò stesso la rimette in discussione senza però offrire a sua volta una soluzione ben chiara. In tal modo egli recupera non sempre consapevolmente alcuni aspetti della tradizione del diritto naturale, ma li innesta in un impianto positivista inteso come rifugio per sfuggire al formalismo neokantiano. Il richiamo alla dottrina della “natura della cosa” (*Natur der Sache*), che, a differenza di Geny, viene da Ehrlich applicata al campo del diritto pubblico, avrebbe potuto aprire la strada a riflessioni filosofiche sulle ragioni dell’organizzarsi della vita sociale in forme simili o analoghe, ma Ehrlich non abbandona mai il suo empirismo diffidente nei confronti delle generalizzazioni (EHRlich 2002, cap. XV). È suo merito, però, non aver enfatizzato la volontà collettiva del gruppo sociale a scapito dell’individuo, come invece faran-

no altre correnti sociologiche (cfr., ad esempio, LEVY-BRUHL 1951).

In conclusione, l'antiformalismo sociologico non solo afferma che il diritto ha origini sociali, ma anche che è spesso prodotto dalla società in modo involontario e, soprattutto, che esiste come diritto positivo già compiuto ancor prima della sua eventuale trascrizione concettuale o legislativa. E quest'ultimo è un passo avanti rispetto alla *Scuola storica del diritto*.

1.4.2. Neotomismo positivista

Se Ehrlich e la sociologia del diritto hanno evidenziato la presenza di un diritto non statale accanto a quello statale, l'istituzionalismo francese si pone il problema dell'origine sociale dello Stato. Lo Stato è una macroistituzione che ha la stessa natura di tutte le altre istituzioni sociali. È una costruzione a partire dall'istituzione, dal mercato e dal contratto (MASPÉTIOL 1968). Quindi, è necessario elaborare una teoria generale dell'istituzione, di cui il diritto sia momento essenziale, cioè una teoria dell'istituzione che sia insieme propriamente sociale e propriamente giuridica.

Questa teoria è segnata fin dall'origine dalle connotazioni culturali del suo fondatore. Maurice Hauriou [1856-1929] è uno studioso di diritto amministrativo che si professa al contempo liberale, cattolico e seguace della filosofia di Tommaso d'Aquino (MILLARD 1995, 386-387). Come liberale è legato alla dichiarazione dei diritti del 1789; come cattolico egli prende parte attiva al rinnovamento culturale del pontificato di Leone XIII ed è presumibilmente vicino al movimento politico-religioso *Le Sillon* e agli ambienti del cattolicesimo liberale; come filosofo tomista non si rifà alla neoscolastica, ma persegue una sua sintesi personale in cui si notano i rilevanti influssi anche del pensiero di Bergson e di Durkheim. In ogni caso il suo obiettivo dichiarato è quello di mostrare che il cristianesimo è una forza propulsiva di civilizzazione in grado di valorizzare le acquisizioni della modernità (JONES 1993, cap. VII).

È nemico del soggettivismo idealista e della scienza sociale comportamentale, di cui sospettava ingiustamente che il collega Léon Duguit fosse sostenitore. L'idea dominante è quella della

continuità fra la natura e lo spirito e, quindi, fra le scienze naturali e quelle culturali, cosicché vi sono analogie e corrispondenze tra i processi biologici e quelli sociali, idea questa tipicamente bergsoniana, che – come sappiamo – troverà il suo compimento teologico nel pensiero di Teilhard de Chardin. Nell'istituzionalismo francese incontriamo l'applicazione del vitalismo sociale alla teoria del diritto nella forma di un idealismo oggettivo.

Hauriou è dichiaratamente un sostenitore del diritto naturale. Ma nei suoi scritti strettamente giuridici ne parla ben poco e nella sua opera teorica principale, *La théorie de l'institution e de la fondation. Essai de vitalisme social* del 1925, per nulla. Di conseguenza, sembrerebbe logico rivolgersi allo scritto d'occasione in cui si parla più diffusamente del diritto naturale (HAURIUO 1927). E qui si può constatare che – a suo parere – il diritto naturale non appartiene alle idee direttive delle istituzioni e neppure si deve identificare con la giustizia, ma consiste in un insieme di regole legate alla difesa dei diritti individuali. Partendo dal principio generale per cui “il diritto è una specie di condotta che è volta a realizzare l'ordine e la giustizia” (HAURIUO 1927, 795), il diritto naturale viene inteso come quel tanto di giustizia che viene garantito in ogni vero e proprio ordine giuridico, che deve conciliare l'esigenza di stabilità e continuità con quella del rispetto dei diritti delle persone. Quindi, non si tratta di un diritto ideale, che si confonderebbe con la giustizia, quanto piuttosto di un diritto già di per sé presente nella storia umana. I precetti di diritto naturale poggiano sui dati della storia naturale della specie umana e sul processo di civilizzazione, ma si manifestano come credenza storica in principi egalitari e democratici. Si tratta di una visione naturalistica, che è stata efficacemente definita “un neotomismo positivista” (BRIMO 1969, 65). Hauriou afferma, per la verità senza alcuna giustificazione, sia l'assolutezza del diritto naturale sia il suo carattere culturale e storico. Lo difende strenuamente tanto da accusare Savigny di aver privato la scienza giuridica dell'apporto del diritto naturale (HAURIUO 1918)⁹, ma al contempo da

⁹La I guerra mondiale provocò in Francia una reazione contro la scienza giuridica tedesca, ritenuta responsabile del conflitto, e conseguentemente una rinascita di dottrine giusnaturalistiche ritenute come proprie dei popoli latini (BATTAGLIA 1929, 79).

buon positivista non gli assegna alcun posto nella scienza giuridica.

Il vero e proprio apporto di Hauriou alla dottrina del diritto naturale si trova non solo nella considerazione delle libertà pubbliche come facenti parte della legittimità costituzionale per la loro superlegalità, superiore alla stessa costituzione scritta (e qui si riferisce alla costituzione del 1875 che non includeva una carta di diritti. Cfr. HAURIOU 1923, 298), e non solo nella convinzione che i principi generali del diritto non sono statuiti bensì “scoperti” dal giudice, ma soprattutto nel suo concetto di istituzione.

Infatti, non si può adeguatamente comprendere l'approccio di Hauriou al diritto positivo senza tener presente l'ispirazione cristiana e tomista. L'idea dell'opera da realizzarsi in un gruppo sociale, o per il bene di questo gruppo, non è certamente l'idea di Hegel, ma un modo ancora poco raffinato di prefigurare il concetto di ragion pratica, cioè di una ragione che si volge all'azione e l'anima dall'interno. Quindi, il diritto positivo si presenta come una pratica sociale governata dalla ragione e non già dalla volontà. Hauriou insiste sul fatto che “l'idea direttiva dell'impresa” non deve essere confusa con la nozione di fine né con quella di funzione, perché essa resta immanente al processo della sua realizzazione, pur non essendo esaurita da esso. Ciò significa che il diritto positivo è in continuo farsi, mentre al contempo conferisce stabilità all'istituzione che l'ha generato, ed ha in se stesso il suo metro di giudizio. Il diritto positivo è attraversato dalla dialettica tra determinazione e indeterminazione, sicché la sua concretizzazione storica non è mai conclusa una volta per tutte.

“Vi sono le funzioni che formano il campo dell'amministrazione e del settore determinato dei servizi, ma c'è anche l'idea direttiva, che è il campo del governo politico, il quale opera nell'indeterminato. Ed è innegabile che il governo politico appassiona i cittadini molto più dell'azione amministrativa: ciò che vi è di indeterminato nell'idea direttiva agisce sugli spiriti più di quel che è funzione determinata” (HAURIOU 1967, 16).

Il rapporto fra il diritto positivo e l'istituzione non è quello dello strumento al fine o della tecnica allo scopo, ma propria-

mente quello del mezzo che fa parte del fine stesso, poiché conferisce stabilità e durata nel tempo senza le quali le imprese istituzionali non sono tali. Questo rapporto fra fine e mezzi è senza dubbio quello proprio di Aristotele e di s. Tommaso.

Infine, Hauriou si mostra molto attento ai processi di interiorizzazione dell'idea direttiva nei soggetti che partecipano all'impresa istituzionale, rigettando una visione estrinsecista del diritto, anche se alcuni l'hanno accusato di collettivismo (PLATON 1911) e persino di precorrimiento del nazismo (per le molteplici interpretazioni cfr. GRAY 2010, 33 ss.).

Il compito del giurista teorico non è quello di trattare del diritto naturale, ma quello di elaborare una concezione scientifica del diritto positivo. Tuttavia essa è inevitabilmente influenzata da presupposti culturali e filosofici. La concezione di Hauriou è senza dubbio segnata da un imprecisato giusnaturalismo implicito.

Nonostante le incertezze filosofiche, Hauriou ha introdotto nella scienza giuridica un principio che appartiene alla storia del diritto naturale: le attività cooperative sono possibili solo se v'è una direzione comune, pur nella varietà d'intenti e d'interessi. In quest'ottica la teoria dell'istituzione è predisposta ad accogliere i concetti di autorità e di bene comune, che – com'è noto – appartengono alla tradizione tomista del diritto naturale, a cui, infatti, esplicitamente si rifanno gli altri seguaci dell'istituzionalismo giuridico francese.

Primo fra tutti, un discepolo di Hauriou, Georges Renard [1876-1943]¹⁰, dopo un primo scritto di carattere più giuridico (RENARD 1930), si cimentò nel 1939 nell'ardua impresa di una filosofia generale dell'istituzione (RENARD 2004), in cui applica concetti propri della metafisica tomista e, soprattutto, quello di analogia dell'essere (sulla scia di LACHANCE 1933). Siamo ormai entrati in quella seconda fase del tomismo segnata – come s'è detto – da una certa autonomia dalla scolastica tradizionale.

Secondo Renard la nozione di istituzione è analogica e del pari lo è quella di diritto. In tal modo intende superare ogni

¹⁰ Oltre Renard si professano seguaci di Tommaso d'Aquino Joseph T. Delos (1931), che applicò la teoria dell'istituzione al diritto internazionale, e Georges Gurvitch (1932), sostenitore di una concezione transpersonalista del diritto.

dualismo e perseguire un pluralismo sociale riconducibile ad unità pur nelle differenze. Non discutiamo qui né il rilievo filosofico di questa concezione del diritto e neppure la fedeltà al pensiero di s. Tommaso, entrambi sono stati autorevolmente e severamente contestati (BOBBIO 1936). Ma ciò che è importante segnalare è il modo in cui viene considerato il diritto naturale.

Renard non fa riferimento a precetti di diritto naturale da cui derivare il diritto positivo, come era usuale nella neoscolastica. La legge naturale non deve essere intesa come un modello ideale e neppure come una fonte da cui trarre le leggi positive, ma come “la ragione analogica di diritto, la *ratio iuris*” (RENARD 2004, 82), cioè come ciò che collega fra loro i differenti ordinamenti giuridici positivi e non viene esaurita da nessuno di essi: “la ragione analogica è solo potenza di attuazioni illimitate” (RENARD 2004, 91). Come dice Renard, citando Lachance, il diritto naturale è “il diritto allo stato puro” (RENARD 2004, 81). Ma non esiste in realtà al di fuori del diritto positivo, così come non esiste l'uomo in generale ma solo gli uomini concreti. Tuttavia, mentre il concetto di uomo è univoco e non analogico e – secondo la metafisica classica – indica un'essenza specifica, il concetto di diritto di Renard non ha un suo contenuto sostanziale e si dissolve in un insieme di rapporti formali all'interno del gruppo sociale fra l'ordine, l'autorità e il bene comune. Di conseguenza, il risultato è quello di giustificare pressoché qualsiasi ordine giuridico, indebolendo gravemente la possibilità di usare criteri superiori che giudichino della giustizia del diritto positivo. E questo conduce al conservatorismo sociale o almeno priva il diritto naturale della sua funzione di critica dell'ingiustizia sociale, cosa di cui, particolarmente a quel tempo, c'era molto bisogno.

Dobbiamo, infine, a Renard la formula “diritto naturale con un contenuto progressivo” (RENARD 1927, cap. IV), che si oppone a quella già citata di Stammler “diritto naturale con contenuto mutevole”, ma che ha il difetto di non porre limiti concettuali alla sfera giuridica. Tenta una sintesi, che recuperi anche la linea tradizionale, la formula di Leclercq “diritto naturale con applicazioni mutevoli e progressive” (LECLERCQ 1927, 45), ma anch'essa resta vaga.

Per la storia del giusnaturalismo l'istituzionalismo francese è molto significativo, in quanto sviluppa alcune prospettive sulla società e sul diritto che favoriscono la problematica del-

la legge naturale: la pluralità delle fonti del diritto, l'antistatalismo in opposizione a Raymond Carré de Malberg, il pluralismo sociale, la ricerca di fini e valori comuni (GURVITCH 1935). L'influenza di queste convinzioni è stata ben maggiore di quella che è solitamente riconosciuta all'istituzionalismo in quanto tale. Tuttavia il progressivo accentuarsi dell'oggettivismo sociale della regola giuridica rispetto al pensiero originario di Hauriou, che pur difendeva i diritti naturali, ha contribuito ad evidenziare nell'ambito del giusnaturalismo due direzioni di pensiero: quella tradizionale della neoscolastica, che si fonda sui precetti di diritto naturale con il rischio di costituirli in un ordine giuridico sovrastante quello positivo; e quella che svuotava il diritto naturale di un contenuto specifico per farne il principio di oggettività dell'ordine giuridico positivo, con il rischio di privarlo della sua funzione critica. In entrambi i casi i diritti soggettivi della persona ne uscivano sottodeterminati.

1.4.3. Colmare le lacune e trovare la regola giuridica

Gli orientamenti finora esaminati sono antiformalistici per il modo di accostarsi allo studio del diritto. Questo deve essere considerato come un fenomeno che riceve la sua originaria struttura dalla società e che è volto a rendere possibile la vita sociale. La formulazione giuridica viene considerata come un prodotto delle origini sociali del diritto. Ma v'è anche un altro orientamento antiformalista, che prende le mosse dai problemi di applicazione della legge scritta per arrivare alla conclusione della sua insufficienza nell'individuazione del diritto. Ciò che viene contestato è il principio della completezza della legge in quanto tale, che è un corollario del dogma dell'onnipotenza del legislatore. Ciò che viene affermato è la necessità di un appello a risorse giuridiche non governate dalla volontà del legislatore. Possiamo considerare questo come un antiformalismo "giurisprudenziale" nel duplice riferimento alla pratica giuridica e alla scienza del diritto.

Anche quest'orientamento, e ben più del precedente, apre la strada ad una rinascita del diritto naturale. Ai modi diversi di affrontare il problema delle lacune legislative e di trovare la re-

gola giuridica corrispondono differenti atteggiamenti nei confronti del diritto naturale.

1.4.3.1. L'insormontabile diritto naturale

Il giurista francese François Geny [1861-1959] è stato il primo a rimettere in discussione nella sua totalità la visione giuspositivistica delle fonti del diritto nell'ottica di una teoria della scienza giuridica.

Geny prende le mosse dall'interpretazione della legge scritta volta a stabilire la volontà del legislatore, a cui riconosce un ruolo centrale, anche se non nel senso formalistico e letterale della *Scuola dell'esegesi* e formalistico e concettuale della *Pandettistica*. Poiché la legge scritta è spesso lacunosa se confrontata con le esigenze del caso concreto, si pone il problema del modo di colmare le lacune. A questo problema Geny dedica la maggior parte della sua teoria della scienza giuridica. Ciò vuol dire che – a suo avviso – le insufficienze della legge scritta sono molto maggiori di quanto comunemente si creda e anche che vi sono altre fonti del diritto a cui fare ricorso per elaborare la regola giuridica. Il compito di colmare le lacune appartiene al giurista, e non al giudice, perché le fonti non formali del diritto esigono sia un'opera di ritrovamento sia un'opera di elaborazione tecnica. Qualora, invece, il compito principale spettasse al giudice, dovremmo o ammettere l'esistenza di un diritto naturale già formato o affidare al giudice un ruolo creativo di diritto. Geny rifiuta sia l'una sia l'altra soluzione. La ricerca del diritto deve essere *libera*, cioè non vincolata da un'autorità positiva, e *scientifica* in quanto fondata su elementi obiettivi (*données*) (GENY 1954, II, 78).

Queste fonti non formali si presentano come dati di fatto, e con ciò si mantiene una concezione positivista della scienza, ma tra essi vi sono anche esigenze di ragione e istanze valoriali, e con ciò ci si allontana dal mero empirismo fattualistico. Geny è seguace della filosofia bergsoniana, di cui approva il tentativo di accordare il positivismo filosofico con la metafisica e il ricorso all'intuizione come forma di conoscenza (OPPETIT 1991). Si prefigura così sia una concezione allargata del diritto naturale o non-positivo, che si esprime nel concetto, derivato da Montesquieu, di "nature des choses" (GENY 1954, II, 75-79; cfr. anche VILLEY 1965), formata sulla base del concorso dei dati reali, sto-

rici, razionali e ideali, sia una concezione più ristretta e specifica, che identifica il diritto naturale con il dato razionale. A conferma del rilevante influsso del pensiero di Geny, è stato anche notato che il dato reale o naturale è preso in maggiore considerazione da Duguit, quello storico da Saleilles e Hauriou e quello ideale da Ripert e Josserand.

La presenza del diritto naturale è nell'opera di Geny al contempo pervasiva e sfuggente. Il volume secondo della sua opera principale è espressamente dedicato a *L'irréductible droit naturel* e il volume quarto affronta i problemi di conflitto tra diritto naturale e legge positiva (GENY 1914-1924). Geny non solo distingue il diritto naturale dal diritto ideale (GENY 1914-1924, I, 52-53), ma soprattutto, in aperta polemica con Cathrein, il diritto naturale morale dal diritto naturale giuridico (GENY 1914-1924, IV, 217 e le critiche di DABIN 1928, 456-457). Rispetto all'approccio classico e neoscolastico il diritto naturale ha una funzione integrativa e sussidiaria, è ridotto al minimo necessario, è composto di principi universali infinitamente mutevoli nelle applicazioni. Geny prende le distanze dal diritto naturale a contenuto variabile di Stammmler, perché difende un centro fisso e stabile di principi evidenti di contenuto etico-giuridico, ma altamente indeterminati. Questo "irréductible droit naturel" è inteso come una cornice o una struttura, a somiglianza di come lo definirà Rommen, cioè come "a skeleton law", come un'ossatura del diritto positivo (ROMMEN 1965, 151).

Non si deve cercare nel pensiero di Geny una prospettiva autenticamente filosofica. Da questo punto di vista è un eclettico, come è bene sia un giurista e come lo sono di solito tutti coloro che danno il primato all'esperienza concreta del diritto e non intendono sacrificarla ad una concezione astratta. L'idea centrale è che il diritto naturale al pari di quello positivo appartiene alla pratica giuridica e al suo svolgimento storico.

Se è vero che Geny ha rotto l'incantesimo positivista del secolo XIX, il suo pensiero ha lasciato insoddisfatti anche i giuspositivisti molto moderati (RIPERT 1918) e gli stessi giusnaturalisti (VILLEY 1963). Tuttavia sotto alcuni aspetti il giusnaturalismo di Geny ha un carattere innovativo: 1) il modo di concepire il diritto naturale è, almeno negli intenti, rigorosamente laico

(GENY 1933)¹¹; 2) il ricorso al diritto naturale serve a Geny, in polemica con Salleilles, per difendere l'autonomia del diritto in quanto tale senza far ricorso a supporti estrinseci, quali lo spirito del popolo, le basi sociali, l'opinione pubblica o il consenso popolare, ma appellandosi alla consuetudine e alla natura delle cose; 3) la considerazione dell'analogia, ben distinta dall'interpretazione, come la struttura logica propria della scienza giuridica rende possibile la connessione fra la legge scritta e il diritto naturale; 4) il diritto naturale tende ad identificarsi con il problema della natura del diritto; 5) Geny non identifica il diritto naturale in senso stretto con l'idea di giustizia, che appartiene al dato ideale ed ha caratteri emotivi legati alle credenze e alle intuizioni e, tuttavia, rientra anch'essa nell'oggetto della scienza giuridica.

Geny – a differenza di Stammler – tende a ricondurre nell'ambito della verità scientifica tutti gli aspetti del diritto, anche quelli ideali, perché ha una concezione dell'esperienza giuridica come corpo unitario, che si compie pienamente solo se è volta a realizzare la giustizia in un dato tempo e in un dato spazio secondo regole appropriate (GENY 1914-1924, I, 47-55). Tuttavia è ben consapevole della tensione fra diritto e giustizia, come dimostra la sua attenzione per il diritto di resistenza.

A differenza di Geny altri giuristi francesi, influenzati anch'essi dal pensiero di Bergson, hanno indebolito il carattere razionale del diritto naturale a vantaggio di quello intuitivo, accostandosi ad una scienza giuridica emotiva (*Gefühlsjurisprudenz*) (ad esempio, LE FUR 1937; su cui cfr. COLLINA 2007).

1.4.3.2. Un diritto naturale transeunte e fragile

Tra l'entrata in vigore del codice civile tedesco e la Repubblica di Weimar si colloca il *Movimento tedesco del diritto libero*. Esso nasce come un'associazione per la scienza giuridica fondata nel 1903 da Hermann Kantorowicz [1877-1940] e Gustav Radbruch, che però in seguito si dissocerà in quanto l'espressione *freies Recht* non lo convinceva del tutto e preferiva l'espressione *außerstaatliches Recht*, cioè "diritto extra-

¹¹ Nel 1923 Geny istituisce la cattedra di diritto naturale sotto il nome "Introduction philosophique à l'étude du droit".

statale” (KANTOROWICZ CARTER 2007, 666). Nel 1906 Kantorowicz pubblicò con lo pseudonimo di Gnaeus Flavius il *Manifesto* di questo Movimento con il titolo *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, che riecheggiava il *Der Kampf um's Recht* di Jhering.

Anche questo movimento reagisce contro il giuspositivismo, contro quello generato dalla convergenza, nell'elaborazione del codice civile tedesco, fra la *Scuola storica* e quella positivista. La questione centrale ora non è più soltanto quella delle lacune del diritto statale, ma quella della sua radicale incapacità a coprire tutto il diritto positivo da molteplici punti di vista. Innanzi tutto, il riconoscimento della norma positiva appropriata è incerto sia perché le teorie della validità giuridica non sono inequivocabili, sia perché i casi concreti non sono riconducibili a categorie univoche. I metodi d'interpretazione delle norme sono molteplici e non portano allo stesso risultato. I metodi logici di argomentazione sono in concorrenza fra loro: analogia, argomento *a contrario*, ricorso ai principi generali, presunzioni e finzioni, costruzione dei concetti giuridici. In questa situazione la giurisprudenza, nel duplice senso di scienza del diritto e di giurisdizione, è libera di decidere la soluzione che preferisce. Ed allora il giurista e il giudice si trovano di fronte al bivio tra decidere secondo le loro motivate preferenze soggettive, come sosteneva il giudice francese Magnaud, oppure cercare il miglior diritto possibile (LOMBARDI VALLAURI 1990).

Come si può notare, il *Movimento del diritto libero* s'interessa dei compiti del giudice e non solo di quelli del giurista. Alcuni suoi aderenti, come ad esempio Ernst Fuchs, appartenevano alle professioni legali. La stessa scienza giuridica viene vista come operativa e creativa, mentre Geny era ancora legato al suo modello descrittivistico. Il *Movimento del diritto libero* abbandonò definitivamente e consapevolmente il modello positivistico di scienza giuridica e si aprì alla prospettiva della ragion pratica, anche se in modo molto confuso.

Tutte queste condizioni certamente predisponavano favorevolmente nei confronti del diritto naturale, ma non basta rigettare il giuspositivismo per essere giusnaturalisti. In realtà, il modo comune di pensare il diritto naturale era molto simile a quello proprio del diritto positivo, in entrambi i casi si trattava alla fin dei conti di un insieme di norme. Come sappiamo, Ro-

nald Dworkin, ottant'anni dopo, considererà questa una concezione semantica del diritto a cui opporrà una concezione interpretativa o pratica. I seguaci del *diritto libero* si muovevano proprio in questa direzione. La loro aspirazione era quella di modificare l'approccio al diritto positivo. Non si trattava tanto di mettere a nudo l'insufficienza del diritto statale e la presenza di altre fonti del diritto, ma piuttosto di modificare il concetto stesso di diritto positivo.

Il *diritto libero* è tutto diritto positivo; tuttavia questo non viene pensato come già compiuto e definito, ma come un processo sempre in via di completamento a partire da materiali normativi di vario genere, tra cui, ma non solo, quelli di origine statale. Il diritto positivo è un'opera umana sempre in costruzione. Tra questi materiali normativi ve ne sono alcuni indubbiamente non positivi quali i princìpi generali del diritto, i valori, l'equità, le *rationes decidendi*, i princìpi della ragionevolezza, ma tutto ciò non permette ancora di accostare il *Movimento del diritto libero* ad una dottrina del diritto naturale, perché l'elemento decisivo è quello del loro fondamento. "Libero" ha – a mio parere – un senso ben diverso di quello di Geny, che l'attribuiva alla ricerca scientifica nei suoi rapporti con l'autorità politica. Qui "libero" è il diritto positivo stesso, che non dipende in linea di principio da parametri predeterminati siano essi di carattere volontaristico o razionale. "Libero" significa "incompiuto". In questo senso il *Movimento del diritto libero* è contrario tanto al giuspositivismo quanto alla dottrina del diritto naturale. Tuttavia dal primo deriva la convinzione che il diritto si fonda sul potere, sulla volontà e sulla scelta, mentre dal secondo l'esigenza che le scelte del giurista e del giudice non siano arbitrarie, ma debbano essere razionalmente giustificate.

Nel *Manifesto* del 1906 Kantorowicz parla più volte del diritto naturale sin dall'incipit: "*La nuova concezione del Diritto si presenta come una resurrezione del Diritto naturale, mutato in aspetto*" (KANTOROWICZ 1988, 67 – corsivo nel testo). Ma precisa subito che questa novità del "diritto naturale del XX secolo" (KANTOROWICZ 1988, 74) consiste nel liberarsi dal suo carattere universale ed immutabile per assumere quello particolaristico e storico e così avere il merito di rappresentare la prima e originaria forma di diritto libero, in quanto diritto non statale. Ovviamente questo diritto naturale ha ben poco a che fare con la

metafisica cattolica, ancora ben presente nel pensiero di Geny, e si oppone ad ogni forma di scolasticismo. È un diritto naturale “così transitorio, così fragile, come le stelle medesime” (KANTOROWICZ 1988, 73). Kantorowicz l'esemplifica facendo riferimento al “giusto Diritto” di Stammler, alla “libera indagine di diritto” di Ehrlich, alle “norme di coltura” di Mayer, alla “proiezione” di Wurzel, al “calcolo degli interessi” di Stampe e ai “giudizi di valore” di Rümelin (KANTOROWICZ 1988, 71).

I nuovi ideali sono cercati nella funzione sociale delle prescrizioni giuridiche e negli effetti sociali delle decisioni giudiziali. I giuristi e i giudici devono ispirarsi ai nuovi postulati dell'accordo con i valori del popolo, della professionalità, dell'imparzialità e dell'equità. Se questi verranno rispettati, “il movimento anela ad uno scopo, che in sé contiene tutti quelli già indicati: allo scopo supremo di ogni avvenimento giuridico – *la Giustizia!*” (KANTOROWICZ 1988, 150 – corsivo nel testo).

Il richiamo ai valori del popolo è un chiaro riferimento al pensiero di Savigny con la differenza rilevante che ormai s'è persa l'idea di un ordine giuridico oggettivo proprio del popolo. Le relazioni sociali sono intese come la coscienza normativa del popolo di fronte alle situazioni concrete e, pertanto, non sono universali, ma transitorie e contingenti, sempre mutevoli come lo è la società stessa. Non si basano sulla natura umana, ma richiedono un atto di riconoscimento e di volontà da parte del popolo e un atto di apprensione normativa da parte del giurista e del giudice. È qui il caso di ricordare che il Codice civile svizzero, adottato nel 1907, prevedeva nel famoso articolo 1 l'autorizzazione ai giudici di agire come se fossero legislatori quando nessuna legge sia applicabile. L'attenzione per il ruolo del giudice, per la personalità dell'interprete e per le sue emozioni spiega anche l'influenza del *Movimento del diritto libero* sul realismo giuridico americano, sensibile alla distinzione fra legge esplicita ed implicita (KANTOROWICZ-PATTERSON 1928, 692; cfr. anche HERGET-WALLACE 1987).

Il rilievo dato alla percezione sociale della giustizia ha condotto alcuni studiosi a ritenere che la teoria del diritto libero indirettamente abbia aperto la strada alla teoria giuridica nazista, ma questa tesi è stata rigettata in modo convincente (cfr. GROSSWALD CURRAN 2002, 162). In ogni caso il diritto libero non

è un'invenzione degli interpreti, ma è già presente nella vita sociale in modo implicito e in *statu nascenti*.

C'è, in conclusione, da chiedersi se il ricorso ai valori come storicamente percepiti e, in definitiva al consenso sociale e all'opinione comune in generale, non privi la teoria giuridica della sua forza critica e sia con ciò stesso incompatibile con il diritto naturale. Come ha notato uno dei fondatori dell'*Institut International de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, il giusnaturalismo dell'inizio del secolo si trova in questa impasse: se è immutabile, è contrario alla vita; se è variabile, si confonde con il vago e pericoloso concetto dell'opinione pubblica (LE FUR 1937, 181).

1.4.3.3. Gli scopi del diritto

L'eccessivo peso dato alla valutazione individualistica dell'interprete del diritto ha spinto a cercare una base più oggettiva nel modo di affrontare il problema delle lacune normative. Per questo la *Interessenjurisprudenz* fece ricorso ad un'indagine su quegli interessi che sono stati la causa delle norme legislative al fine di una loro nuova valutazione in sede interpretativa.

L'idea centrale della *Giurisprudenza degli interessi* è che il diritto sia un modo per affrontare il conflitto di interessi presenti in ogni società umana. Il diritto ufficiale consiste nella composizione di questo conflitto da parte dell'autorità politica, ma le lacune legislative richiedono una rivalutazione da parte degli interpreti.

Questa definizione del diritto ha chiaramente un carattere finalistico o teleologico. Ancora una volta si fa presente l'influsso del pensiero di Jhering (1877-1883), per cui lo scopo è creatore del diritto, mentre secondo la *Pandettistica* e la *Giurisprudenza dei concetti* (*Begriffsjurisprudenz*) lo scopo non fa parte della definizione del diritto. Si vuole, pertanto, precisare meglio l'orientamento di Jhering individuando gli scopi del diritto negli interessi sociali e politici. Tuttavia anche questa nozione è altamente indeterminata e tende – come ha notato Binder – ad assumere un carattere empirico-descrittivo, perdendo la sua originaria dimensione teleologica.

Philipp Heck [1858-1943] ha precisato che non si tratta solo degli interessi materiali, ma anche delle tendenze culturali (*Be-*

gehrungsdispositionen) comprendenti anche i più alti interessi dell'umanità, cioè quelli religiosi o etici (HECK 1948, 33). Ma ciò avrebbe dovuto condurre a diversificare i criteri di valutazione degli interessi. In realtà questa scuola ha prestato attenzione soprattutto agli interessi economici, anticipando con ciò sotto alcuni aspetti l'*Analisi economica del diritto*.

In prima istanza il giudice dovrà rispettare la soluzione del conflitto degli interessi voluta dal legislatore. Se la norma è lacunosa, dovrà integrarla, proteggendo quegli interessi che secondo il legislatore sono degni di protezione. Ma, se si presentano casi non previsti dal legislatore, allora il giudice si deve comportare come se fosse legislatore. La preferenza accordata all'analogia rispetto all'*argumentum a contrario*, che ovviamente era privilegiato dal formalismo, permette di porre l'opera del giudice in continuità con quella del legislatore storico.

La novità fondamentale della *Giurisprudenza degli interessi* consiste nell'aver introdotto un nuovo metodo interpretativo delle norme statali, che respinge l'idea, ancora presente nel *Movimento del diritto libero*, di un'interpretazione confinata al testo di legge. Non il testo, ma lo scopo della legge (o la *ratio legis*) può mettere in luce quali siano veramente le sue lacune. Se, dunque, ci interroghiamo sui rapporti tra la *Giurisprudenza degli interessi* e il diritto naturale, è a questa novità che dobbiamo specificatamente guardare.

L'atteggiamento ufficiale della *Giurisprudenza degli interessi* è antigiusnaturalistico, poiché il diritto naturale è pensato sul modello del concettualismo della *Pandettistica* e di tutte le concezioni apriori del diritto (RÜMELIN 1948, 7 ss.). La scienza giuridica, invece, deve partire dai fatti sociali legati agli interessi e seguire la loro trasformazione in comandi giuridici, in cui la dimensione extralegale è ancora ben presente. Di conseguenza dalle norme giuridiche si trarranno non solo i concetti legali, ma anche quelli extralegali da cui i primi dipendono. In ogni caso i concetti stessi sono un epifenomeno e non hanno alcuna causalità giuridica. "La legge non è creata dai concetti ma dagli interessi, dal fine perseguito" (HECK 1948, 35).

A dispetto degli intenti dichiarati, si possono intravedere nella *Giurisprudenza degli interessi* tracce di giusnaturalismo, che possono essere così riassunte.

Innanzitutto la scelta del metodo teleologico rispetto a quello formalistico e concettuale implica il ricorso a giudizi di valore riguardanti le finalità del diritto. E il teleologismo è tipico del diritto naturale.

Il ricorso agli interessi e al conflitto d'interessi vuol dire cercare nei rapporti sociali "naturali", o comunque non certamente creati dalla volontà del sovrano, la genesi del diritto. Vi sono interessi anche del legislatore in quanto tale, affinché i suoi comandi siano praticabili e ben intellegibili. Per questo – secondo Heck – riferirsi soltanto allo scopo della legge non è sufficiente e fa perdere di vista il conflitto degli interessi reali che è alla sua base. La scienza del diritto guarda ben al di là dell'opera del legislatore, che è sottoposta al suo giudizio. Essa guarda alla vita reale o – come dice Heck – "desidera servire la vita quotidiana".

Infine, la rete degli interessi si spinge ben al di là dei confini di un ordinamento giuridico nazionale e, pertanto, i sistemi giuridici si dovrebbero concepire come aperti. È merito della *Giurisprudenza degli interessi* aver compreso l'importanza pratica della comparazione giuridica. Sullo sfondo s'intravede la convinzione che gli interessi abbiano potenzialmente un certo ordine intrinseco e che il diritto sia in grado di rifarsi all'originaria composizione degli interessi.

L'antiformalismo giuridico, in tutte le versioni già considerate, è rappresentativo di due istanze fondamentali: da una parte del collegamento del diritto con la vita reale e, dall'altra, del collegamento della scienza giuridica con le scienze sociali. La prima è un'istanza pratica, mentre la seconda è un'istanza teorica. Esse possono coesistere a patto che si ritenga che i rapporti sociali della vita reale abbiano in se stessi un ordine oggettivo, che la scienza può mettere in luce e che costituisce un criterio di misura, di giudizio e d'interpretazione delle prescrizioni giuridiche. In questo senso le aspirazioni del diritto naturale possono considerarsi in qualche modo presenti, con diversi gradi d'intensità, nell'antiformalismo giuridico. D'altronde nella vita reale si articolano non solo i fatti, ma anche i valori, e gli uni e gli altri tra loro intrecciati in modo inestricabile. Di conseguenza la scienza giuridica non può esimersi da giudizi di valore, anche se quest'idea spuria di diritto naturale deve accettare la mutevolezza e contingenza della vita sociale.

1.5. Al di là del formalismo e dell'antiformalismo

Il conflitto fra formalismo e antiformalismo, che ha segnato la prima metà del Novecento, si è svolto nella sostanza intorno al modo di concepire la scienza giuridica e i suoi rapporti con le altre scienze. Ma bisogna anche segnalare un'altra direzione di pensiero, caratterizzata dall'intento di superare la scissione fra formalismo e antiformalismo sulla base della contestazione del primato dell'epistemologia giuridica sull'ontologia giuridica.

L'indirizzo fenomenologico ha avuto nell'ambito della filosofia giuridica una risonanza limitata, ma ha messo a fuoco un orientamento che, al di là del riferimento alla filosofia di Edmund Husserl, costituirà un ponte di collegamento tra la riflessione giuridica della prima e della seconda metà del Novecento. Quest'orientamento ha come suo motto il "ritorno alle cose stesse", cioè è volto a cogliere l'essenza del diritto a monte delle sue manifestazioni storiche, che sono puramente empiriche e transeunti, e senza il filtro della scienza giuridica. In questa prospettiva il diritto è una modalità della coscienza intenzionale, quella riguardante gli atti sociali in cui si istituiscono legami fra l'io e il tu nella forma di diritti e di doveri segnati dalla reciprocità.

Per l'orientamento fenomenologico l'esame degli atti sociali, che interessano il diritto (specie quello del promettere, riguardante la sfera privatistica, e quello del comandare, proprio della sfera pubblicistica), non ha un carattere né fattuale né normativo, ma puramente teoretico e strutturale. Questa visione del diritto non riposa su concetti, che sono costruiti per astrazione, e neppure sul consenso, che non è di per sé segno di verità, ma sulle intuizioni eidetiche, che precedono ogni esperienza e le conferiscono un senso.

Il diritto viene considerato come appartenente ad una terza sfera di essere, ben distinta da quella dei fatti e da quella dei valori. Conseguentemente, la descrizione fenomenologica spoglia il diritto del suo carattere pratico, sia nel senso strumentale dell'utilità sociale, sia nel senso valoriale della realizzazione della giustizia. Lo studio del diritto positivo perde ogni rilevanza scientifica ed è derubricato a mera tecnica, ma anche quello del diritto naturale è delegittimato sia sul piano teoretico, in quanto appartenente ad una metafisica superata, sia sul piano prati-

co in quanto anch'esso è un fenomeno culturale privo di assolutezza e, quindi, di capacità fondativa del diritto positivo. Insomma, il diritto vero è del tutto separato dal diritto valido e dal diritto giusto.

La fenomenologia apre la via ad un nuovo approccio filosofico al diritto, che prende le distanze sia dalla metafisica sociale del giusnaturalismo, sia dalla scienza sociale del positivismo (BOBBIO 1934, 137).

Adolf Reinach [1883-1917] si pone esplicitamente il problema dei rapporti della sua concezione apriori del diritto, o del puro diritto, con il diritto naturale, che egli rigetta per il suo carattere ideale e per il suo infondato universalismo (REINACH 1983, 133-139). Egli ammette che in certi casi le proposizioni di puro diritto possano aiutare a colmare i vuoti legislativi. Ammette, altresì, che vi sia il problema della connessione fra le leggi essenziali e le particolari comunità di vita in cui esse si realizzano. Ma si tratta per lui di aspetti del tutto secondari, che non riguardano l'obiettivo centrale della concezione fenomenologica del diritto. In verità, però, se si nega il carattere pratico del diritto, allora si parla di qualcosa di differente rispetto a ciò di cui si occupano i giuristi, i giudici e i legislatori, tutti operatori del diritto.

Nonostante quest'originalità della speculazione fenomenologica, è indubbio che la sua funzione è quella di mettere in luce il senso di atti sociali storici, riconducendoli alla loro struttura eidetica, che non è certamente frutto della volontà umana. Il mondo degli atti sociali nella loro purezza essenziale non è un mondo artificiale. In questo la fenomenologia è ben lontana dal giuspositivismo. La presa di distanza dal giusnaturalismo, che si considera come una dottrina puramente deontologica, è dovuta al fatto che – secondo Reinach – questi atti sociali non valgono solo per il mondo umano, ma per ogni mondo pensabile, cioè non si fondano su un'antropologia filosofica. La fenomenologia aspira a liberarsi non solo dalla dimensione psicologica, ma anche da ogni antropomorfismo, per assurgere ad un pensiero teoretico puro. Ma questa vertiginosa separatezza del diritto puro ultramondano dal diritto empirico mondano è ben difficile da mantenere. È stato, infatti, notato che, a dispetto degli intenti di Reinach, di fatto non ogni contenuto del diritto positivo è compatibile con il suo diritto a priori (SEIFERT 1983,

227-230). Di ciò è ben consapevole Edith Stein [1891-1942], che riconduce l'origine fenomenologica del diritto alla persona intesa in senso relazionale ed empatico e così rende possibile la critica della legislazione statale (STEIN 1925).

Infatti, Gerhardt Husserl [1893-1973] si occupa della relazione fra l'essere essenziale e il valere positivo del diritto, individuando nella validità giuridica il problema centrale della filosofia del diritto. Questa validità ha un carattere temporale e spaziale e, al tempo stesso, normativo (*normatives Sein*). Riappare, pertanto, la dimensione antropologica nella forma heideggeriana dell'esistenza umana come essere nel mondo (*in-der-Welt-sein*) e il mondo del diritto positivo e quello del puro diritto si collegano fra loro (G. HUSSERL 1955).

Ogni ordinamento giuridico ha un carattere temporale e appartiene ad un determinato mondo vitale (*Lebenswelt*). Ma non sarebbe possibile alcuna circolazione delle idee giuridiche e la stessa continuità del diritto positivo se non attraverso un processo di detemporizzazione (*Entzeitung*), che consente di passare da una sfera vitale ad un'altra. Tale processo permette di evidenziare le strutture giuridiche fondamentali intese come nuclei di senso spogliati della loro forma storico-temporale e forniti di una pretesa d'universalità. Non si tratta di un vero e proprio diritto naturale, perché si tratta di proposizioni veritative prive di normatività e di dover essere. Tuttavia senza questi a priori giuridici normativamente inerti gli ordinamenti umani e le norme giuridiche non avrebbero un fondamento ultimo, non essendo la pura e semplice volizione umana una giustificazione soddisfacente della natura della cosa "diritto".

La fenomenologia del diritto, pertanto, ha messo in luce un aspetto che indubbiamente fa parte della problematica del diritto naturale, cioè quello della presenza negli ordinamenti giuridici positivi di categorie giuridiche oggettive persistenti, di archetipi comuni, di invarianti giuridiche che vengono rivestite dalle forme particolari dei mondi vitali (cfr. COSÌ 1993). Ciò permette di parlare di un'identità della sfera giuridica, nonostante la diversità degli ordinamenti storici. Tuttavia il diritto naturale abbisogna non solo dell'universalità delle sue categorie, ma anche della normatività dei suoi principi. Il *punctum dolens* della fenomenologia giuridica è quello del rapporto fra essere e dover essere: da una parte essa appartiene a quelle filo-

sofie che separano i due mondi, mentre dall'altra aspira al superamento di tale separazione.

L'orientamento fenomenologico sopravviverà alla stessa concezione che l'ha generata. Tracce evidenti di tale problematica si ritroveranno persistenti nel pensiero giuridico tedesco sulla scia degli *entia moralia* di Pufendorf, reinterpretati alla luce del concetto di "natura della cosa" come *Sollenstruktur*. Ma siamo ormai ben lontani dagli intenti originari di Reinach.

La prima rinascita del diritto naturale è, dunque, avvenuta contemporaneamente in orientamenti filosofici e culturali differenti e in settori concettuali diversi. Il giusnaturalismo cattolico ha elaborato una più compiuta e coerente concezione, che però è stata recepita in modo molto indebolito e flessibile da quei giuristi che sono stati da esso influenzati. Il formalismo si è progressivamente aperto ai valori etico-giuridici fino al punto d'inglobarli nel concetto di diritto. L'antiformalismo ha denunciato lo smarrimento delle basi sociali del diritto positivo ed ha combattuto lo statalismo. Così facendo, s'è incontrato con un diritto non positivo sia in ragione delle sue fonti, sia in ragione dell'indeterminatezza del diritto statale e dell'incompletezza del sistema giuridico, con il conseguente problema delle lacune e degli scopi del diritto, sia in riferimento ad universali giuridici che si concretizzano variamente negli ordinamenti positivi. Ormai la problematica del diritto naturale s'è insinuata, pur se in modo spurio, all'interno della stessa teoria del diritto positivo. L'insoddisfazione nei confronti del giuspositivismo formalistico dell'Ottocento è troppo vasta per poter essere sottovalutata e riguarda sia il concetto di diritto, sia i processi dell'interpretazione e dell'applicazione, ma il panorama scientifico è troppo frammentato e confuso per indicare una direzione precisa ed univoca. La navigazione tra essere e dover essere doveva destreggiarsi fra lo scoglio del sociologismo, che riduceva i valori ai fatti, e quello del neoidealismo, che sublimava i fatti nello spirito assoluto.

II

DIRITTO NATURALE E TOTALITARISMO

Sommario

2.1. Il diritto nazista. – 2.2. Il processo di Norimberga.

Queste vicende intellettuali del concetto di diritto furono messe alla prova da un evento epocale, che segnò profondamente la storia europea e spezzò in due il secolo XX. L'avvento dei regimi totalitari mise in luce l'insufficienza del formalismo giuridico, le molto facili derive dell'antiformalismo e l'inerzia politica della visione metafisica. La cultura giuridica del *Rechtsstaat*, pur traendo la sua forza da una gloriosa tradizione, si mostrò incapace di resistere all'azione delle forze economiche e politiche operanti nella storia umana. Ci limiteremo al totalitarismo nazista, perché ha riguardato la cultura giuridica considerata in quel momento la più avanzata d'Europa.

2.1. Il diritto nazista

Le pesanti conseguenze economiche della I guerra mondiale unite alla crisi dell'individualismo liberale, nonché alle umilianti condizioni di pace imposte al popolo tedesco, contribuirono all'isolamento della Germania dalla cultura europea di matrice illuministica. Ciò ebbe, tra l'altro, immediati effetti sulla cultura giuridica, che dall'Ottocento era stata profondamente segnata dal pensiero giuridico tedesco. Che proprio questo sia stato non solo incapace di arginare lo Stato totalitario, ma addirittura in molti

casi disponibile a supportarlo è un ammaestramento della storia che non deve essere dimenticato. Grandi giuristi come, tra gli altri, Julius Binder, Carl Schmitt, Ernst Forsthoff, Karl Larenz appoggiarono il regime nazista (ARTHUR KAUFMANN 1983).

Ernst Troeltsch già nel 1923 aveva bene individuato l'antagonismo presente in Europa:

“Coloro che credono in una legge naturale eterna e divina, in una natura comune a tutti gli esseri umani e nell'unità di destino del genere umano, e trovano l'essenza dell'umanità in queste credenze, non possono che considerare la dottrina tedesca se non come una strana mistura di misticismo e brutalità. Coloro che al contrario vedono nella storia forme uniche, eternamente viventi, fondate sulla base di un diritto sempre nuovo, sono portati a considerare il mondo delle idee dell'Occidente europeo come freddo razionalismo e atomismo egualitario, un mondo al contempo superficiale e farisaico” (TROELTSCH 1923, 7).

Di fatto né il giuspositivismo né il giusnaturalismo possono essere annoverati tra le cause principali del totalitarismo, ma neppure furono per esso un reale ostacolo, il primo in ragione del suo esangue formalismo e il secondo per la sua debolezza teorica e pratica. Le accuse reciproche che i fautori dei due schieramenti si scambiarono in seguito avranno un carattere palesemente ideologico che intendeva approfittare della storia. I fatti storici possono confutare una dottrina solo quando sono una diretta e consapevole applicazione di essa, com'è palese nel caso dell'Olocausto.

Mentre la filosofia neoidealista del fascismo italiano era contraria sia alla metafisica cattolica sia al giusnaturalismo moderno, invece l'espressione “diritto naturale” fu usata abbondantemente nella propaganda nazista. Tuttavia siamo chiaramente al di fuori e contro la tradizione del diritto naturale, com'è dimostrato dal travolgente ritorno del giusnaturalismo nella Germania post-bellica.

Ci limiteremo ora ad elencare le ragioni per cui la cultura nazionalsocialista non era compatibile con il diritto naturale, in quanto esse sono significative per la storia del giusnaturalismo della seconda metà del secolo XX.

Innanzitutto, il diritto nazista ha un carattere dichiaratamente particolaristico. L'intento è quello di restaurare il diritto

germanico nella sua originaria purezza. Nel Congresso di Lipsia del 1933 i giuristi rivendicarono l'esigenza di espungere dal diritto del Terzo Reich tutte le influenze latine, ogni astrattismo universalistico e i germi dell'individualismo liberale. Una nuova storia del diritto doveva cominciare! Ma non bisogna confondere l'aspirazione imperialistica del Terzo Reich con l'istanza universalistica che è radicata nell'idea del diritto naturale. È vero che vi fu una ripresa del giusnaturalismo di Gierke (*gierkische Renaissance*), ma da parte dell'ala più moderata della scienza giuridica nazista (ad es., KOELLREUTTER 1932).

Il diritto nazista ha, inoltre, un carattere naturalistico, essendo legato alle basi etno-biologiche del popolo tedesco (*Blut und Boden*) e ad una razza specifica (*Rassenseele*). La *Volksgemeinschaft* è concepita come un'unità naturale e organica, a cui i singoli individui sono funzionali. La tradizione del diritto naturale, invece, ha ben chiara la netta distinzione tra le leggi naturali e le leggi della natura: le prime sono normative in quanto formulate dalla ragion pratica, mentre le seconde hanno un carattere fattuale. Il diritto del più forte non è propriamente un diritto naturale, ma semmai una legge della natura.

Nella cultura giuridica nazista, infine, si affermò anche il principio del primato del politico. Di conseguenza la distinzione tra amico e nemico prevalse sul principio giuridico e umanitario di eguaglianza (SCHMITT 1932). Senza questo principio il diritto naturale è un nonsenso.

Conseguentemente, il diritto nazista è contrario al normativismo e favorevole al principio di effettività. Il dover essere normativo viene sostituito dall'essere dell'ordine concreto (SCHMITT 1932). Il diritto è mero strumento del potere. Lo Stato è una macchina (*Apparat*) alla diretta dipendenza del Führer (*Führerprinzip*). *Führung* non significa "governo" (*Regierung*), poiché i dettami dell'autorità del Führer non guidano l'azione di essere liberi ed eguali, che hanno bisogno di ragioni per agire, ma propriamente la determinano come una causa efficiente, e ciò è contrario allo spirito del *Rule of law*.

Nel 1934, dopo la *Notte dei lunghi coltelli*, fu emanata *ex post facto* una legge (*Gesetz über Maßnahmen zur Staatsnotwehr*) che legalizzava retroattivamente gli assassinii commessi durante la purga (EVANS 2005, 72). L'importanza di questa legge va al di là delle circostanze della sua emanazione, perché introduceva nel

sistema giuridico nazista la deroga al principio di irretroattività. Anche questo è contrario alla lettera e allo spirito del *Rule of law*.

Il diritto nazista rigetta il concetto di diritto soggettivo (LARENZ 1935), che considera all'origine dell'individualismo liberale (HÖHN 1934). Il singolo non ha diritti come tale, ma in quanto personalità nella comunità (*Gemeinschaftspersönlichkeit*). Anche questo è contrario alla tradizione del diritto naturale, in cui si trovano le origini del concetto di diritto soggettivo come antecedente alla volontà dello Stato. L'avversione nei confronti del diritto soggettivo sarà molto importante per comprendere le caratteristiche del giusnaturalismo del dopoguerra.

Se lo Stato è espressione dell'ordine concreto di vita di un determinato popolo, allora s'identifica con la giustizia. Non è più possibile la distinzione fra giustizia formale e sostanziale. "Il diritto è ciò che è di vantaggio al popolo" (*Recht ist, was dem Volke nützt*) (cfr. per la critica RADBRUCH 1945). Ciò significa che anche l'arbitrio e la violenza sono diritto se sono utili al popolo e che quanto ogni autorità comanda per il vantaggio del popolo è per ciò stesso giusto.

Infine, la sottrazione del partito al controllo giuridico dello Stato si pone in netto contrasto con la concezione del *Rechtsstaat*, in quanto il diritto nazista si pone al di sopra della legge. La dottrina schmittiana dello "stato di eccezione" (*Ausnahmestand*) è incompatibile con il *Rule of law* ed è fondata sul relativismo morale di tipo hobbesiano. Già nel 1937 Ernst Fraenkel aveva qualificato lo Stato nazista come "discrezionale" (*Massnahmenstaat*) per il prevalere della regolazione mediante provvedimenti sulle norme generali.

Poiché il giudice deve interpretare la legge alla luce della *Weltanschauung* nazionalsocialista, non si può più parlare di terzietà della giurisdizione. Non vale più il principio *nulla poena sine lege*, perché possono esserci comportamenti contrari alla comunità non direttamente contemplati dalla legge. Ad esso subentra il principio *nullum crimen sine poena*, che è un'aperta violazione dell'*habeas corpus*. Parlare dell'istaurazione di un "Dual State" può persino apparire come troppo benevolo, perché le stesse istituzioni statali frequentemente operavano nello spregio delle leggi (FRAENKEL 1941).

Il diritto nazista violava, pertanto, due condizioni necessarie per il giusnaturalismo: quella sostanziale riguardante il conte-

nuto morale di singole leggi e quella formale riguardante il sistema giuridico nel suo complesso, cioè il rispetto dei principi del *Rule of law*. È ben difficile immaginare un sistema giuridico tanto contrario alla tradizione del diritto naturale quanto lo fu quello nazista. Ed allora ci sarebbe da aspettarsi che almeno i sostenitori del diritto naturale siano stati tra i più strenui oppositori del regime nazista. Ma sorprendentemente non fu così, con alcune rilevanti eccezioni (ad esempio, ROMMEN 1965), e bisogna ora individuarne le ragioni.

Nella critica al nazismo la teologia cattolica si trovava in una posizione più favorevole di quella riformata, che da Lutero a Barth ha consolidato e rafforzato un atteggiamento contrario al diritto naturale. Tuttavia la reazione intellettuale del cattolicesimo tedesco nei confronti del nazismo non fu né adeguata né tanto meno soddisfacente.

Vi sono ragioni storiche e culturali che spiegano questa debolezza del giusnaturalismo cattolico: prima fra tutte il lascito della *Kulturkampf*, che spingeva i cattolici a dimostrare la loro capacità d'integrarsi e cooperare nella vita sociale e politica. E poi l'iniziale condivisione di alcune istanze del nazionalsocialismo: il comunitarismo avversario dell'individualismo liberale e il tendenziale antisemitismo (peraltro ben minore di quello protestante), di cui però non si prevedevano né si volevano gli esiti violenti. Ma, dopo il 1933, in seguito alla *Gleichschaltung*, cioè alla politica volta ad assorbire o a controllare tutte le associazioni intermedie, fu evidente che il compromesso della Chiesa cattolica con il nazismo non era più possibile. Tuttavia prevalse un atteggiamento molto cauto, che preferiva le critiche indirette a quelle frontali (DIETRICH 1987). L'interesse della Chiesa era troppo concentrato sull'obiettivo di difendere la possibilità di continuare a svolgere la sua missione religiosa all'interno della società tedesca piuttosto che sul bene comune di questa nel suo complesso (DIETRICH 1987). Oltre al razzismo, c'era però un punto che il cattolicesimo non poteva assolutamente accettare, cioè la pretesa del nazionalsocialismo di pervadere tutto l'uomo e la sua intera personalità, come nel 1937 aveva esplicitamente affermato Alfred Rosenberg. Questa pretesa implicava palesemente un atteggiamento antireligioso.

A prescindere dalle responsabilità etiche e politiche, che non sono oggetto di quest'indagine, venne a galla nel giusnaturalismo

cattolico una lacuna teorica di rilievo. In linea di principio, a partire dalla *Rerum Novarum*, esso aspirava a rispondere a tutti i problemi centrali della vita sociale e politica. Di fatto, invece, l'aspetto propriamente politico era stato troppo trascurato. Si era consolidato un atteggiamento realista nei confronti di tutti i regimi politici, dittatura compresa, nella convinzione che bastasse sottoporli al rispetto di alcune condizioni riguardanti soprattutto i *bona particularia* della famiglia e della libertà educativa (BÖCKENFÖRDE 1961-1962). Nel diritto naturale cattolico del tempo era assente un'adeguata riflessione sul *Rule of law*, sul governo limitato e sulla democrazia, temi che pure erano già in qualche modo presenti nel pensiero di Tommaso d'Aquino.

In queste condizioni il concetto di bene comune, che è uno dei pilastri fondamentali del giusnaturalismo cattolico, non è riuscito a generare, quando ce ne era veramente bisogno, criteri di valutazione capaci di una portata critica e operativa. Di conseguenza, il diritto naturale cadde nel vuoto e divenne una dottrina inerte o meramente astratta, incapace di critica delle istituzioni politiche concrete. Apparve evidente che una dottrina del diritto naturale non è completa se non è in grado di esprimere anche una teoria politica.

In più, i fondamenti metafisici del giusnaturalismo cattolico, sviluppati dalla neoscolastica, favorivano l'elaborazione di principi astratti valevoli per ogni tempo e luogo, ma con ciò stesso decontestualizzati e inerti sul piano socio-politico. Dall'altra parte, il diritto naturale non metafisico, sia esso variabile o irriducibile o progressivo, in ragione della sua vaghezza non era in grado di fornire criteri di giudizio stabili e affidabili.

2.2. Il processo di Norimberga

Il processo di Norimberga costrinse senza dubbio a riconsiderare la possibilità della vigenza del diritto naturale nei casi di palese dispregio della dignità umana. Era ampiamente diffusa la convinzione che nei confronti dei criminali nazisti una punizione giuridica era necessaria, ma v'era altresì ampio disaccordo sul modo di giustificarla. È particolarmente indicativa questa affermazione di Kelsen:

“La giustizia richiedeva la punizione di questi uomini, a dispetto del fatto che sulla base del diritto positivo essi non erano punibili nel tempo in cui compirono quegli atti resi punibili con forza reatroattiva. Nel caso in cui due postulati della giustizia entrano in conflitto tra loro, il più elevato deve prevalere; e punire coloro che si erano resi moralmente responsabili dei crimini internazionali della II guerra mondiale può certamente essere considerato come più importante che il rispetto della regola, peraltro relativa, contro le leggi *ex post facto*, soggette a così tante eccezioni” (KELSEN 1947, 165).

Il fatto che teorici noncognitivisti e cognitivisti concordassero su questo punto dimostra almeno una certa oggettività nei criteri d'individuazione dell'ingiustizia o “almeno un'etica elementare non relativistica” (ALEXY 1999, 33). E questo rimette in gioco il diritto naturale. Tuttavia il modo di giustificare sul piano strettamente giuridico la punizione dei colpevoli non è affatto irrilevante e su questo punto resta la divaricazione tra il giuspositivismo e il giusnaturalismo.

Per orientarsi meglio sulla questione bisogna ricordare che essa riguarda fundamentalmente il diritto internazionale, che era considerato a quel tempo come meno rigoroso e sviluppato del diritto interno, cioè un diritto meno depurato da elementi giusnaturalistici. Già Cathrein aveva notato – come s'è già visto – che è impossibile giustificare il diritto internazionale se non v'è alcun diritto naturale.

L'applicazione in modo rigoroso dei principi del *Rechtsstaat*, soprattutto del *nullum crimen sine lege* e di *nulla poena sine lege* in connessione con il divieto di retroattività della legge penale, rendeva illegale (anche se non ingiusta) la punizione dei criminali nazisti. Poiché – come s'è detto – una punizione segnata dai crismi della giuridicità era percepita come necessaria, si adottarono strategie di giustificazione differenti anche all'interno dei due schieramenti.

La dottrina giuspositivistica ovviamente sarebbe stata pienamente soddisfatta qualora fossero esistite leggi positive (nazionali o internazionali) ben equipaggiate da sanzioni sin dall'attuazione dei comportamenti incriminati. Ma nel diritto internazionale allora vigente non vi era niente del genere. Di conseguenza i giuspositivisti ripiegarono verso la ricerca di principi già presenti, anche se non pienamente sviluppati, cer-

candoli nelle pieghe del *Patto Kellogg-Briand* del 1928 o della *Convenzione dell'Aja* del 1899. Certamente si trattava di regole giuridiche molto imperfette rispetto agli ideali giuspositivistici per cui la sanzione caratterizza il diritto rispetto alla morale. Ma questi tentativi non furono soddisfacenti, poiché il modello del diritto del giuspositivismo tradizionale, centrato sui comandi del sovrano statale, era incapace di render conto adeguatamente del diritto internazionale (in generale cfr. PAULSON 1975). Allora, come ultima spiaggia, alcuni esponenti del giuspositivismo abbandonarono la tesi della stringenza del principio di irretroattività (KELSEN 1945), ma questo significava segare il ramo su cui si era seduti, perché, se un tale principio giuridico può essere superato da un valore superiore, allora ciò vuol dire che, almeno in alcuni casi, i principi morali prevalgono sui principi giuridici. D'altronde anche Hitler pensava allo stesso modo, seppur con un ben diverso concetto di morale.

Sulla stessa linea del pensiero di Kelsen si pone Hart, anche se relativamente alla questione dell'obbedienza ai comandi del sovrano, quando afferma che "dobbiamo dire che le leggi possono essere sì giuridicamente valide, ma che se esse sono inique, lo stesso non vanno osservate" (HART 1964, 151 ed anche HADELMANN 2005). Ma, se una norma valida non deve essere obbedita, allora è normativamente inerte, cioè non è una norma vera e propria. Fare dell'ingiustizia delle leggi una questione puramente morale spoglia il diritto di ogni obbligatorietà che non sia quella della forza.

Anche nell'ambito del giusnaturalismo si possono registrare posizioni diversificate. Il giusnaturalismo metafisico tradizionale, sostenitore in modo forte dell'invalidità delle leggi ingiuste, riteneva giuridicamente responsabili coloro che le avevano seguite. Conseguentemente, non è da considerarsi propriamente retroattiva una legge positiva che non fa altro che specificare e sanzionare principi di diritto naturale per definizione già conosciuti da tutti. Questa tesi nella sua portata generale appariva a molti teorici del diritto esagerata e molto pericolosa per la certezza del diritto. Com'è noto, Gustav Radbruch ne formulò una versione più riduttiva e indipendente dal giusnaturalismo metafisico:

“Il conflitto fra giustizia [*Gerechtigkeit*] e la certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) potrebbe dunque dover essere risolto nel senso che il diritto positivo, assicurato dalla statuizione e dalla forza, abbia la precedenza, anche quando sia, nel suo contenuto, ingiusto [*inhaltlich ungerecht*] e teleologicamente inadeguato, inadatto allo scopo [*unzweckmässig*], a meno che il contrasto fra la legge positiva e la giustizia giunga a un tale grado di intollerabilità che la legge, in quanto “diritto ingiusto” [*unrichtiges Recht*], debba arretrare di fronte alla giustizia” (RADBRUCH 2013, 168).

Nella sostanza la *Formula di Radbruch* afferma che il diritto positivo estremamente ingiusto non deve essere obbedito. C'è quindi una certa connessione tra diritto e morale, anche se limitata ai casi estremi. In più, Radbruch introduce un'altra ipotesi:

“Quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell'eguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non è soltanto “diritto ingiusto”, ma è addirittura non diritto” (*ib.*).

Oltre le leggi valide, che non devono essere obbedite perché ingiuste, vi sono, dunque, le non-leggi o le leggi non valide. Ma la differenza sta soltanto nella certezza del diritto, che a questo punto diventa cosa irrilevante, perché una legge valida che non deve essere obbedita perde la sua propria funzione, che è quella di guida del comportamento umano.

Radbruch riaffermerà le sue tesi giusnaturalistiche in *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), dove la filosofia del diritto è concepita come dottrina del diritto giusto (*richtiges Recht*).

Con ciò si apre una terza via del giusnaturalismo, quella che considera i principi formali del *Rule of law* come appartenenti al concetto di diritto. Le leggi naziste non dovevano essere obbedite per il mancato rispetto di questi principi. Ma questa linea di pensiero, sviluppata – come si sa – negli Stati Uniti da Lon Fuller, non trova riscontro nell'ambito culturale europeo qui considerato e se ne capiscono le ragioni. Di fatto non tutte le leggi naziste erano viziate da questo punto di vista e in secondo luogo le stesse regole seguite a Norimberga venivano applicate retroattivamente almeno per quanto riguarda il principio *nulla poena*, cioè in violazione di un principio fondamentale

del *Rule of law*. Bisogna riconoscere che per aggirare questo problema non c'era altro rimedio che affrontare la questione della giustizia sostanziale della legge.

Di fatto né il giuspositivismo né il giusnaturalismo nella loro forma pura furono chiamati in causa dai giudici del Tribunale di Norimberga. Prevalse una via pragmatica intermedia tra l'uno e l'altro: da una parte ci si sforzò di dimostrare la presenza di regole preesistenti di diritto internazionale (per questo, ad esempio, l'applicazione delle regole relative ai crimini contro l'umanità fu limitata al contesto bellico), dall'altra ci si appellò alla natura particolare del diritto internazionale, segnata dal richiamo alla coscienza comune e ai principi elementari di umanità diffusi "tra i popoli civilizzati".

Nello *Statuto del Tribunale militare internazionale* del 1945 era contenuta l'affermazione del principio della responsabilità penale individuale per le più gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, anche quando si fosse agito in obbedienza agli ordini superiori. Questo è un punto importante per la storia del diritto naturale nella seconda metà del secolo XX, in quanto metteva fine all'assoluta sovranità dello Stato e dava un rilievo giuridico ai valori della moralità e della coscienza.

Ora è venuto il tempo di chiedersi non già quale concezione giusfilosofica aveva favorito il nazismo, ma quale concezione del diritto poteva aiutare ad evitare che si ripetesse.

III

LA SECONDA RINASCITA

Sommario

3.1. L'applicazione del diritto naturale. – 3.2. Valori comuni e diritto naturale. – 3.3. La natura della cosa. – 3.3.1. L'esperienza giuridica. – 3.3.2. La condizione umana. – 3.3.3. La struttura ontologica del diritto. – 3.3.4. *Ipsa res iusta*.

3.1. L'applicazione del diritto naturale

Il primo ritorno del diritto naturale è stato caratterizzato – come abbiamo visto – da una parte da un consolidamento della dottrina cattolica e, dall'altra, da una disseminazione di idee in qualche modo legate al diritto naturale, ma nella sostanza prodotte dall'insoddisfazione nei confronti del giuspositivismo formalistico. Tra il primo e il secondo ritorno c'è lo spartiacque della II Guerra mondiale, che cambia radicalmente i termini del problema ben più di quanto non abbia fatto la I Guerra mondiale (KÜHL 1990; ARTHUR KAUFMANN 1991). Apparve evidente che la prima questione da affrontare era quella del ruolo del diritto naturale nella pratica effettiva del diritto positivo prima ancora che nella teoria del diritto.

Il processo di Norimberga non restò un caso isolato, soprattutto nella *Bundesrepublik*. In particolare le corti tedesche e lo stesso Tribunale costituzionale federale in alcuni casi usarono esplicitamente la *Formula di Radbruch* come motivazione di decisioni di condanna nei confronti di criminali nazisti e anche, in tempi più recenti, nelle decisioni riguardanti i crimini dei Vopos (i c.d. *wall shootings*) (ALEXY 1999, 19-22). Il diritto naturale nella forma di una morale oggettiva minima esercitò un influsso concreto nella pratica giudiziaria e non solo in Germania.

Anche nella legislazione della Repubblica federale tedesca, particolarmente in quella in materia penale e in materia di diritto di famiglia, il riferimento al diritto naturale non tardò a farsi presente. Ma ciò è ancor più evidente nella *Grundgesetz* e, più in generale in tutte le Costituzioni emanate dopo la II guerra mondiale, che si presentarono come diritto sovraleale superiore ai poteri statali (ROSENBAUM 1972, 106-130).

Questa presenza, palese o nascosta, di elementi di diritto naturale nella legislazione e nella pratica del diritto positivo costituisce il carattere nuovo e distintivo del secondo ritorno del diritto naturale.

Il fatto che nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto positivo si prendano in considerazione anche elementi extragiuridici non è certamente una novità, specie dopo le tesi del *Movimento di diritto libero*. Il fatto nuovo è invece la presenza attiva del diritto naturale all'interno dei processi di produzione del diritto, cioè in generale nella positivizzazione del diritto.

In Italia l'Associazione dei giuristi cattolici, ispirandosi al Radiomessaggio del 1942, in cui Pio XII aveva riaffermato l'eterna validità del diritto naturale questa volta con l'aggiunta dei diritti umani (cfr. GONELLA 1942), conìò come formula significativa quella di "diritto naturale vigente" (ANGELONI ET AL. 1951). Anche in Germania si parlò di "diritto naturale positivizzato" (MÜLLER 1967, 10-12). Si trattava anche di un appello alla coscienza e alla deontologia professionale del giurista e del giudice nei confronti della legge ingiusta, affinché il problema della giustizia del diritto positivo non fosse ritenuto estraneo al loro ruolo specifico, come sosteneva il giuspositivismo. Se tutta l'impresa del diritto ha per fine la giustizia, allora la teoria e la filosofia del diritto positivo dovrebbero tenerne conto, con una conseguente trasformazione profonda dei paradigmi della tradizione della scienza giuridica risalenti all'Ottocento. Di fatto, però, non fu così o almeno ciò non avvenne in modo rilevante. La teoria si mostrò più resistente nei confronti del diritto naturale di quanto non lo sia stata la pratica. L'appello al diritto naturale spesso non corrispondeva ad un modo differente d'intendere la teoria della scienza giuridica.

3.2. Valori comuni e diritto naturale

La presenza del diritto naturale nella filosofia giuridica post-bellica fu condizionata da una progressiva e significativa trasformazione della cultura morale in generale.

La reazione nei confronti dei crimini dei totalitarismi aveva contribuito a consolidare un'etica materiale ampiamente condivisa, che prescindeva da specifici fondamenti. Invece – come abbiamo visto – nella prima metà del Novecento l'unica concezione integrale del diritto naturale era quella cattolica, che ha specifiche giustificazioni in chiave teologica, metafisica e antropologica. Pertanto, il riferimento a valori etici comuni permetteva di non sottoscrivere fondamenti che molti non erano disposti ad accettare. V'era, ad esempio, chi sosteneva l'incompatibilità fra il diritto naturale e l'etica moderna segnata dall'individualismo (PIOVANI 1961). Conseguentemente, il tradizionale rapporto fra diritto positivo e diritto naturale venne sostituito da quello fra diritto e morale. Ciò evitava tra l'altro di chiamare in causa la "natura", che in etica divide ben più che unire. Ma mettere da parte sia il carattere giuridico del diritto naturale, sia il suo carattere naturale significava una profonda trasformazione della questione tradizionale i cui reali effetti si vedranno alcuni decenni dopo. Per il momento notiamo soltanto che l'esistenza di valori comuni – a differenza del diritto naturale – è una questione di fatto che si basa sul consenso e al contempo si presenta anche come dotata di normatività.

Il passaggio dal diritto naturale all'etica comune è percepito anche nell'ambito della cultura cattolica come un'opportunità di dialogo (DELHAYE 1960). La neoscolastica aveva ormai abbandonato il suo tipico metodo sillogistico e si presentava in forma più discorsiva, più attenta ad una più profonda distinzione fra diritto e morale (GRANERIS 1949) e moderatamente aperta nei confronti della storicità del diritto (OLGIATI 1944; cfr., in generale, ANCONA, DE ANNA 2015). Tuttavia nella sostanza si trattava di ribadire le tesi tradizionali del neotomismo con pochi tentativi rilevanti di attualizzazione, specie nel campo dei diritti umani, del diritto internazionale e dell'etica sociale (MESSNER 1950; ALBERT AUER 1956; VERDROSS 1958; ÜTZ 1958-1963).

Sempre nell'ambito del giusnaturalismo cattolico le maggiori

innovazioni provennero dagli epigoni della seconda fase del tomismo, che – come abbiamo già detto – si basava sulla lettura diretta delle opere dell'Aquinate alla luce dei problemi filosofici del tempo. Qui ci limitiamo a sottolineare il contributo di due pensatori, che hanno influenzato sotto alcuni aspetti il Concilio Vaticano II: il francese Jacques Maritain [1882-1973] e il polacco Georges Kalinowski [1916-2000].

Maritain era fermamente convinto della duttile capacità del tomismo di accogliere e fondare i valori culturali emergenti, che egli individuò con precisione e a volte anticipò, ad esempio a proposito dell'opportunità di un governo mondiale. Avversario dell'onnipotenza sovrana dello Stato in nome della priorità della persona umana (MARITAIN 1951), comprese l'importanza del valore della democrazia e ne difese le origini cristiane (MARITAIN 1988b). Sostenitore della *Dichiarazione universale dei diritti umani*, s'impegnò a mostrare il loro collegamento con la problematica tradizionale del diritto naturale (MARITAIN 1988a). In particolare, a riprova della diffusione dell'etica dei valori comuni, difese la possibilità di un accordo pratico e di una cooperazione fra famiglie ideali e culturali ben differenti sul piano teorico, prefigurando l'*overlapping consensus* di Rawls (MARITAIN 1990). Il suo lungo esilio negli Stati Uniti, prima ed alcuni anni dopo la guerra, gli permise di apprezzare la cultura politica americana da cui trasse ispirazione (cfr., ad esempio, POUND 1942). Si può affermare che di fatto gli scritti sociali e politici di Maritain, sia in Europa sia negli Stati Uniti, siano stati ben più influenti del suo pensiero filosofico generale.

Per quanto riguarda più direttamente il diritto naturale, Maritain considerò i suoi principi non già come precetti generali, ma come "schemi dinamici" universali operanti in tutte le culture in modo inconscio e suscettibili di un'estrema varietà di concretizzazioni (MARITAIN 1951, 93-94). L'idea è presa, ancora una volta, da Bergson, ma è rielaborata sulla base di un concetto culturale di natura umana. Il diritto positivo, che è il senso primario di diritto o il suo analogato principale, appartiene ovviamente alla dimensione culturale ed è frutto della ragion pratica che dà ordine alle azioni umane mediante una "conoscenza per inclinazione". Ciò significa che anche la derivazione del diritto positivo dal diritto naturale *ad modum conclusionis* deve essere concepita non già in senso deduttivo, ma come una con-

cretizzazione storica tra le tante possibili. Maritain non riuscì a precisare meglio questa linea di pensiero, che intendeva suffragare con il supporto degli studi di antropologia culturale (MARTAIN 1986; VIOLA 1984). Tuttavia si tratta di una variante rispetto alle altre interpretazioni, già esaminate, dei rapporti tra diritto naturale e diritto positivo nell'ottica del pensiero di Tommaso d'Aquino.

In questa prospettiva il pensiero di Maritain sulla legge naturale intercetta inconsapevolmente una tradizione di pensiero che va da Vico a Gadamer, che si è del pari riferito a "schemi ideali di azione" (GADAMER 1983, 372 ss.). La legge naturale costituisce una condizione necessaria per la praticabilità del diritto, un suo orientamento interno che non può essere disatteso. Questo "giusto per natura" non esiste mai allo stato puro, ma si manifesta attraverso le sue concretizzazioni culturali, che richiedono l'esercizio della forma giudiziaria della *phronesis* o della ragionevolezza pratica.

Georges Kalinowski non s'è occupato direttamente del diritto naturale, ma dei suoi presupposti cognitivi. Se i giudizi valutativi, e le stesse norme, non hanno alcun valore di verità, allora il diritto naturale e la legge morale – comunque vengano intesi – non hanno alcuna giustificazione razionale. Kalinowski, proveniente dalla famosa scuola polacca di logica, ha contribuito allo sviluppo della logica deontica contemporaneamente indipendentemente dagli studi del danese Alf Ross, del finlandese Georges Henrik von Wright e del tedesco Oskar Becker. Attento a difendere la peculiarità della conoscenza pratica, che aveva suscitato l'interesse di altri studiosi d'ispirazione tomista (SIMON 1934), sostenne che le sue condizioni di verità sfuggono in senso stretto alla presa della scienza e richiedono prospettive filosofiche, cioè propriamente dialettiche. Secondo Kalinowski i giudizi valutativi primi sono basati sull'evidenza e si sostengono l'un l'altro con l'ausilio delle virtù, mentre i giudizi valutativi secondi sono verificabili sul piano della logica (KALINOWSKI 1967). A suo parere bisogna abbandonare un concetto statico di natura umana, proprio del giusnaturalismo moderno, e ben distinguere la normalità dalla normatività, che è compatibile con la mutevolezza della natura umana (KALINOWSKI 1983; KALINOWSKI, VILLEY 1984).

La presenza della cultura cristiana non si limitò alla scuola

tomistica, ma ebbe anche una versione laica. Il riferimento all'etica dei valori comuni consentiva una maggiore libertà anche all'interno della prospettiva cristiana. Prende l'avvio quella che sopra abbiamo indicato come la terza fase del giusnaturalismo tomista, in cui non è più in gioco la fedeltà di scuola, ma l'incontro tra matrici filosofiche differenti, da Tommaso d'Aquino a Kant.

Il filosofo italiano Alessandro Passerin d'Entrèves pubblica uno studio emblematico di questa nuova atmosfera culturale (PASSERIN D'ENTRÈVES 1951). Pur trattandosi di un testo introduttivo con un tono apparentemente dimesso, esso è rappresentativo di questa svolta laica del giusnaturalismo d'ispirazione cristiana. L'obiettivo è quello di ricostruire una tradizione di pensiero che conserva intatto il suo ruolo critico nella storia sociale e politica dell'Occidente. Si tratta della ricerca, basata sul lume naturale di una ragione capace di distinguere il bene dal male, il giusto dall'ingiusto, di norme che siano non soltanto una misura dell'azione umana, ma anche un giudizio sul suo valore. Secondo Passerin d'Entrèves, che segue in modo non scolastico s. Tommaso, è possibile una fondazione razionale dell'etica. Il diritto in generale è ricondotto entro il campo della morale per il suo carattere normativo e, tuttavia, è fornito di una sua specificità, che non si basa sui tradizionali e asfittici caratteri differenziali, ma sulla possibilità di tradurre le norme morali in principi giuridici. Proprio questo – secondo Passerin d'Entrèves – è il compito proprio del diritto naturale, cioè quello di costituire un'interfaccia tra la morale e il diritto positivo. È interessante notare che in tal modo si rivendica un aspetto tradizionale del diritto naturale, che era stato del tutto obliato, vale a dire la sua importanza non solo per la formazione del linguaggio giuridico e per la costruzione delle categorie giuridiche, ma anche per il modo in cui il diritto è prodotto e praticato (cfr. anche SIMON 1992). Con ciò si mostra che per la validità del diritto vi deve essere qualcosa in più della mera legalità.

Sulla stessa linea di pensiero, anche se con una maggiore attenzione all'insegnamento dello storicismo e all'ulteriorità della fede (FASSÒ 1956), si colloca il pensiero del filosofo italiano del diritto Guido Fassò [1915-1974], che nel 1964 pubblica una ricerca sul ruolo storico del giusnaturalismo per riaffermarne la validità nella storia politica dell'Occidente. Fassò nota che è im-

possibile comprendere il significato del costituzionalismo e dello Stato liberale a prescindere dal diritto naturale. Ma bisogna notare che Fassò, come d'altronde anche Passerin d'Entrèves e a differenza degli altri autori tomisti sopra menzionati, valorizza il giusnaturalismo moderno e, soprattutto, difende il ruolo della ragione nel diritto, intendendola secondo la tradizione inglese come ragione artificiale, cioè insieme come non assoluta e ben distinta dall'imperiosa volontà del sovrano (FASSÒ 1999, 217-252).

L'esperienza del totalitarismo induce anche la teologia protestante, tradizionalmente molto diffidente nei confronti del diritto naturale, a rivedere i suoi orientamenti sui rapporti fra natura e grazia. Viene compiuta una perlustrazione sistematica dei molteplici modelli di diritto naturale (WOLF 1955 e anche 1947). Rispetto alla linea di pensiero antigiusnaturalista dei due Regni, che va da Lutero a Barth, la trattazione calvinista della coscienza morale lascia aperta la possibilità di una rivelazione naturale (*revelatio generalis*) al di fuori di quella specificatamente evangelica e ciò consente un dialogo con la teologia cattolica (BÖCKLE 1965 e anche REBER 1962). Il problema centrale diviene, pertanto, quello che Brunner chiama il punto di connessione (*Anknüpfungspunkt*) tra l'azione di Dio e la risposta dell'uomo. L'ammissione dell'esistenza di ordinamenti della creazione e della giustizia (BRUNNER 1943), che permette l'apertura al diritto naturale, lascia impregiudicata la questione soggettiva dell'azione umana, gravata dal peccato, e conduce ad un'elaborazione teologica del potere. Questa è propriamente l'ottica in cui la teologia protestante si accosta al diritto e alla politica (KÜNNETH 1954). Brunner rifiuta l'equazione fra diritto e potere e, da questo punto di vista, si oppone al giuspositivismo. Resta, tuttavia, estranea alla visione protestante ogni formalizzazione della legge naturale e si preferisce rivolgersi alla coscienza. Ciò che è bene non può essere prestabilito una volta per tutte: bene è l'obbedienza del momento al comando di Dio (BRUNNER 1939, 33). Con ciò si aprono le porte ad un'etica della situazione, che d'altronde era stata già prefigurata da Bonhoeffer (1949, 215) e che s'incrocia con le istanze dell'esistenzialismo di quel tempo. Per questa via, alla fin dei conti, resta nel pensiero protestante il disagio nei confronti della legge naturale come etica secolare oggettiva, com'è testimoniato negli scritti di Ellul, che ha sotto-

lineato con passione la forza sovversiva del cristianesimo nei confronti delle istituzioni stabilite, in primo luogo quelle ecclesiastiche (ELLUL 1946 e 1988). Ma anche all'interno della teologia cattolica il modo tradizionale d'intendere il diritto naturale viene rimesso in questione (cfr., ad esempio, BÖCKLE ET AL. 1966).

3.3. La natura della cosa

Lo shock bellico aveva indotto molti filosofi del diritto a rivedere il proprio pensiero e si verificarono molte "conversioni" a posizioni giusnaturalistiche, alcune per la verità dettate da opportunismo, ma altre sicuramente sincere. Dalla parte opposta si registrò un ritorno al positivismo filosofico sotto le sembianze del neopositivismo logico e della filosofia analitica, che si presentavano come metodi d'indagine scientifica da applicare anche alla scienza giuridica. Ma, in generale, sulla fedeltà ad una corrente di pensiero prevalse l'urgenza di dare una risposta teorica ai fatti della storia, una risposta non precostituita o derivata da una visione generale presupposta, e ciò contribuì a conferire alla filosofia del diritto una maggiore autonomia rispetto alla filosofia generale, avviando un processo di allontanamento che sarà destinato nel tempo ad accrescersi sempre più.

Il fatto che la filosofia del diritto cominci a dar vita ad una storia propria, non ancillare rispetto alla filosofia generale, porta con sé il conflitto tra coloro che la intendono prioritariamente come epistemologia della scienza giuridica e coloro che ne difendono il carattere speculativo. In tal modo si ripresenta il perenne contrasto fra giuspositivismo e giusnaturalismo. Ma ora è chiaro che si tratta di dare una risposta allo stesso problema, cioè quello della definizione del diritto positivo. Da una parte, la teoria generale del diritto, sulla scia di Kelsen, acquistò una portata epistemologica, affrancandosi dal particolarismo della dogmatica giuridica; ma, dall'altra, si rivendicò la legittimità di una concezione filosofica del diritto positivo. Il conflitto si colloca proprio sul piano dell'approccio generale al diritto positivo e scompare, pertanto, la differenza fra la filosofia del diritto dei filosofi e quella dei giuristi, che aveva caratterizzato la prima rinascita del diritto naturale.

Tra le correnti filosofiche della prima metà del Novecento quella che risultava maggiormente coinvolta nella deriva del totalitarismo era senza dubbio quella neoidealistica. Ad essa si deve la mortificazione della scienza del diritto nella sua dignità conoscitiva, la riduzione dell'essenza del diritto ad un atto della soggettività che pone la norma e continuamente la supera, l'assorbimento dell'individualità nella soggettività dello spirito assoluto. La filosofia del diritto del neoidealismo, sia nella sua versione storicistica sia in quella assolutistica, era quanto di più contrario al giusnaturalismo si potesse concepire, ancor più del positivismo filosofico, nonostante qualche tentativo di recupero (ad esempio, ANTONI 1959).

Se la normatività viene dagli atti immanenti dello spirito nel suo dinamismo interno, allora non v'è in linea di principio alcun limite alla soggettività che pone la norma. Bisognava, pertanto, ripensare il fondamento della normatività giuridica in modo che vi fossero limiti da rispettare. Questo è il senso generale del secondo ritorno del diritto naturale. La natura, infatti, come simulacro dell'oggettività è il vincolo che lo spirito tende incessantemente a superare. E tuttavia la riduzione della natura a pura fattualità era l'ostacolo teorico principale che impediva di riconoscere in essa una fonte di normatività. L'aggiramento di quest'ostacolo da parte di orientamenti che, pur se non sempre, si riconoscevano nella metafisica creazionista fu la sfida in cui s'impegnarono i giusnaturalisti del secondo dopoguerra.

Le strategie usate per vincere questa sfida furono molteplici e molto diverse fra loro, ma spesso con rilevanti punti di contatto, sì da produrre un certo eclettismo.

Possiamo individuare un elemento comune in quella che s'è chiamata la "dottrina della natura della cosa", se però la intendiamo in senso molto più ampio di quello usato da coloro che esplicitamente si richiamarono ad essa, in modo da comprendere tutte quelle concezioni che si mostrano sensibili ad una struttura oggettiva che la normazione giuridica positiva è chiamata in qualche modo a rispettare.

La dottrina della natura della cosa era stata riproposta, in forma pur sempre sussidiaria al diritto positivo, da Radbruch ed era intesa come "una categoria eminentemente storica, conservatrice, e già per questo assai diversa dall'antistorica e radicale autonomia del diritto di natura". Non si tratta di opinioni

qualsiasi sui rapporti di vita, ma “piuttosto del senso oggettivo che trova espressione in questi rapporti di vita e soltanto in essi. Il metodo con cui si accerta la natura della cosa è l’interpretazione che ha per scopo di scoprire il significato oggettivo di questi rapporti” (RADBRUCH 1941, 153). Al contempo la natura della cosa si presenta come una forza di trasformazione delle istituzioni giuridiche in risposta ai cambiamenti sociali. Questa prospettiva viene ripresa in modo più esteso nel dopoguerra (BARATTA 1959).

La versione modesta della dottrina della natura della cosa è quella che ne riconosce l’importanza ai fini dell’interpretazione e dell’integrazione del diritto, ma non per quanto riguarda le fonti del diritto. In questo Bobbio (1958) riconferma in forma ancora più ristretta le tesi di Radbruch. Ma in tal modo la dottrina è ben poco rilevante per il diritto naturale se non nella misura in cui lo è l’equità.

Bobbio nota che la dottrina della natura delle cose è avversaria del volontarismo, dello statualismo e del feticismo legislativo, cioè ha gli stessi nemici del diritto naturale. Se evita il concetto metafisico di natura, non può evitare però la fallacia naturalistica. Come la concezione sociologica antiformalista, sostiene il pluralismo delle fonti giuridiche, ma confonde le fonti di derivazione del diritto con quelle di qualificazione normativa. In realtà la dottrina della natura delle cose si deve ricondurre ai metodi teleologici e sociologici che aiutano il giudice e il giurista nell’interpretazione della norma giuridica e della natura degli istituti giuridici. Nulla di più.

In realtà la dottrina della natura della cosa anche per i giusnaturalisti non intendeva aggiungere una nuova fonte del diritto, che fosse rivale della legge o ad essa sovraordinata. Ma intendeva rimettere in discussione la stessa dottrina giuspositivista delle fonti del diritto o, meglio, rimettere in discussione il modo d’intendere la legge come fonte del diritto. Non si trattava di inserire una nuova fonte accanto alle altre, quella della natura della cosa. Ma di riconsiderare la legge non solo come volontà del legislatore, ma come sottomessa a vincoli sia nel momento della sua produzione, sia in quello della sua interpretazione. Questi vincoli avevano la stessa funzione di quelli tradizionali del diritto naturale (cioè entravano a far parte degli elementi necessari per definire la validità della legge o per stabilirne la

normatività), ma differivano da questi per alcune caratteristiche significative. La natura della cosa non si esprime attraverso norme generali, ma nella forma di tipi ideali dei rapporti sociali. I fatti a cui si fa riferimento non sono “nudi”, ma intrisi di valori. E qui le varie versioni differiscono sul modo d'intendere il tipo di fatti da prendere in considerazione e il tipo di relazione al valore che è presente in essi. La dottrina della natura della cosa rigetta l'astrattismo metafisico del giusnaturalismo tradizionale, proprio perché questo non riesce a dare effettività al diritto naturale. Per tutte queste ragioni tale dottrina si può considerare, nella sua globalità, come un tentativo di revisione profonda del giusnaturalismo (POULANTZAS 1965).

Si evidenziò come problema filosofico-giuridico centrale quello del rapporto fra i fatti e i valori, tra il diritto reale e il diritto ideale, poiché la loro scissione, cioè il pensiero dualistico, era ritenuta responsabile dell'inerzia della teoria nei confronti della storia e delle esigenze di giustizia (RADBRUCH 1941, 155).

Le differenti versioni della dottrina della natura della cosa dipendono spesso dalla natura dei fatti presi in considerazione. Questi possono essere: la stessa modalità dell'esperienza giuridica, la condizione umana, la struttura ontologica della cultura giuridica e la situazione giuridica concreta.

3.3.1. L'esperienza giuridica

La filosofia dell'esperienza giuridica, che non intendeva recidere del tutto i legami con l'idealismo e con lo storicismo, ha avuto la sua maggiore espressione in Italia. Il mentore principale di tale orientamento è stato Giuseppe Capograssi [1889-1956], che non abbandona la rilevanza centrale della coscienza, propria dell'idealismo, ma ne rigetta l'assolutezza (CAPOGRASSI 1959a). Il diritto non è norma, ma attività che si articola in forme diverse secondo le modalità delle relazioni fra gli individui e fra l'individuo e le cose (CAPOGRASSI 1959b). Queste relazioni sono presenti sempre negli ordinamenti giuridici e si tratta di custodirne nella pratica giuridica la ragion d'essere.

Capograssi è difensore dell'individuo nei confronti della voracità del potere statale ed elabora una forma di esistenzialismo cristiano ispirato a s. Agostino e a Rosmini. Come Vico, cerca il

diritto naturale nel dispiegamento storico del diritto positivo, cioè come modo di nascere del diritto, piuttosto che nella sua forma normativa o precettistica. Il diritto senza aggettivi, ben lungi dal ridursi alla legge, è un'esperienza pratica unitaria, che ha per oggetto di ricondurre l'azione umana al suo vero volere, alla volontà dell'infinito, attraverso il cammino proprio della sua finitezza, che è quello della vita comune.

L'influenza sulla cultura giuridica italiana non solo del pensiero, ma anche e soprattutto della personalità di Capograssi è stata molto rilevante ed ha favorito lo sviluppo dell'orientamento giusnaturalista, pur non essendo egli stesso a rigore un sostenitore del diritto naturale in senso tradizionale.

Nei suoi ulteriori sviluppi la filosofia dell'esperienza giuridica s'è imbattuta nell'esigenza di delimitare meglio ciò che è giuridico nell'esperienza umana, distinguendolo dalle altre forme della vita pratica. In questo senso è la natura dell'esperienza giuridica che è qui la "cosa" da definire. Così, ad esempio, Enrico Opocher [1914-2004] ha individuato nella dimensione processuale e nel giudizio questa specificità di esercizio del valore giuridico. Questa linea di pensiero intende evitare sia il formalismo trascendentale, sia lo storicismo, sia il giuspositivismo, sia il giusnaturalismo tradizionale, per affermare il diritto come valore (OPOCHER 1983, 267-315). La difesa della centralità del valore della giustizia, del primato della ragione sulla volontà e del riconoscimento della verità nel giudizio giuridico sono senza dubbio istanze *lato sensu* giusnaturalistiche, ma il processo temporale di oggettivazione del valore giuridico non è governato da criteri ben definiti se non quello formale kantiano della coesistenza delle libertà.

3.3.2. La condizione umana

Un altro orientamento guarda soprattutto all'esistenza umana e alle sue condizioni relazionali di sviluppo. Dobbiamo ulteriormente distinguere in due filoni questa linea di pensiero.

Innanzitutto c'è il tentativo di applicare alla riflessione socio-giuridica la filosofia dell'esistenzialismo, per la verità con risultati non molto rilevanti a causa della vocazione originaria di una concezione nata dallo sradicamento dell'uomo dal suo po-

sto nel mondo (BATTAGLIA 1949). È ben difficile trovare il diritto naturale in una filosofia che difende il primato dell'esistenza sull'essenza. Tuttavia sotto diversi aspetti senza dubbio l'esistenzialismo ha contribuito a questa seconda rinascita del diritto naturale.

Il personalismo, di cui Emmanuel Mounier [1905-1950] è stato un grande diffusore con piglio rivoluzionario, ha rinnovato l'antropologia sociale, ponendola al centro della riflessione filosofica (MOUNIER 1936). La persona, in cui essere e dover essere s'identificano, acquista il ruolo di valore supremo. La dignità della persona umana viene considerata come un valore sacrale e la persona stessa è intesa come un plesso di relazioni sociali che si riflettono nella forma politica della democrazia partecipativa.

Il pensiero personalista non è certamente analitico e, pertanto, è vano cercare in esso un'elaborazione sistematica degli stessi principi morali. Tuttavia il primato della persona umana, prendendo il posto della metafisica creazionista, diviene la base valoriale di una nuova articolazione dei principi etico-giuridici.

Il tema della giustizia sociale è ben presente anche nell'esistenzialismo ateo o laico sia sotto la veste di una denuncia senza speranza, sia nella forma di un impegno per l'edificazione di strutture sociali relazionali emancipatorie, come è proprio del pensiero di Maurice Merleau-Ponty [1908-1961]. Al posto di un diritto naturale v'è senza dubbio la rivendicazione di una scelta responsabile come base fondamentale dell'esistenza umana (SCARPELLI 1949). In più dobbiamo all'esistenzialismo l'esplorazione delle forme fondamentali della vita sociale, dalla convivenza alla coesistenza fino alla comunione (ad esempio, cfr. BERDJAIEV 1936). Oggi si può registrare un certo ritorno delle prospettive esistenzialiste negli studi su diritto e letteratura.

Isolato è rimasto il tentativo di calare la prospettiva esistenzialista all'interno delle categorie della scienza giuridica (COHN 1955), crudelmente criticato da Kelsen (1957, 161) come quella moda che si diffonde in provincia quando è già svanita nella metropoli, ma difeso da Arthur Kaufmann (1958, 23).

Più significativo, in quanto nato all'interno della riflessione filosofico-giuridica, è l'altro filone di pensiero per cui la natura della cosa da tematizzare è il mondo culturale creato dall'uomo e, quindi, anche quello propriamente giuridico.

Assumiamo qui come emblematico il pensiero di Werner Maihofer [1918-2009]. I fatti della cultura non possono essere trattati come quelli naturali, perché in essi già il valore è immanente. Il valore, dunque, non resta puro elemento soggettivo della coscienza, come aveva sostenuto Radbruch, ma entra nel mondo dell'essere. Tuttavia quest'essere non è quello della natura, ma della storia, cioè l'ordine della coesistenza umana creato dall'uomo stesso (MAIHOFFER 1958). Dunque, la natura del fatto è il processo di realizzazione del dover essere nell'essere. Al pensiero dualistico subentra una visione monistica volta a superare la dicotomia tra dover essere ed essere, tra soggetto ed oggetto.

Il "konkrete Naturrecht" – come lo ha definito Maihofer – ha un carattere tipologico, perché si basa sui ruoli che l'uomo ricopre nella vita sociale concreta, intesi come plessi di diritti e doveri, di aspettative e di obblighi. Questi ruoli, che rappresentano relazioni coesistenziali, cambiano con il tempo, ma in ogni momento della storia sono normativi, cioè da essi vengono tratte regole secondo il metodo dell'imperativo categorico kantiano e del principio di reciprocità. Maihofer non intende proporre un ideale di giustizia e neppure difendere una nuova fonte del diritto, ma solo constatare che i profani e i giuristi in realtà seguono il diritto positivo alla luce delle regole proprie di un diritto meta-positivo siffatto che lo fonda.

Questa linea di pensiero è stata battuta da altri con alcune varianti, ora più attente ai limiti pregiuridici dei contenuti della validità giuridica (WELZEL 1951), ora, sulla base dell'etica materiale di Scheler, varianti più preoccupate del rapporto fra la coscienza storica e i valori universali della persona a cui è legato il diritto (COING 1950). Ma tutte concordi nel rigettare una fondazione metafisica del diritto naturale in quanto inconciliabile con la storicità dell'esistenza umana.

Perché ancora chiamarlo "diritto naturale"? Forse perché, pur essendo creato dall'uomo, si presenta come un vincolo oggettivo, per quanto storico, per la coscienza individuale? Questo è sembrato ancora troppo estrinseco agli occhi di un giusnaturalismo più conseguente. Sergio Cotta [1920-2007], ponendosi pur sempre in una prospettiva fenomenologica ed esistenzialista, critica le tesi di Maihofer, rilevando che esse conducono ad una dissoluzione dell'autenticità umana nelle maschere dei ruoli sociali. In tal modo il diritto non sarebbe espressione dell'es-

sere proprio dell'uomo (COTTA 1991). Per questo bisogna collegare il diritto naturale con le modalità fondamentali della coesistenza umana, intendendolo come quell'insieme di condizioni e di principi richiesti per l'esistenza autentica di quelle relazioni che stanno a fondamento dei fenomeni giuridici. Il problema focale del diritto naturale non consiste nell'individuazione di precetti dettati dalla natura umana, ma nella giustificazione dell'obbligatorietà del diritto positivo, che a sua volta non può essere risolta su basi fattuali o volontaristiche (COTTA 1981). Anche questa concezione s'inscrive – a nostro parere – nell'orizzonte generale della dottrina della natura della cosa, ma, poiché ora la “cosa” è l'essere-uomo, che vincola la struttura e il contenuto del fenomeno giuridico, il fondamento del diritto è in ultima istanza di carattere metafisico e antropologico.

3.3.3. La struttura ontologica del diritto

La terza versione della dottrina della natura della cosa si rivolge direttamente alla struttura del diritto positivo di per sé considerata. In essa si realizza un incontro tra essere e dover essere, tra il fatto sociale e la normatività.

Se consideriamo Arthur Kaufmann [1923-2001] come rappresentativo di questa linea di pensiero, possiamo incontrare ancora una volta un'applicazione al concetto di diritto della filosofia dell'essere di Tommaso d'Aquino per quanto riguarda la distinzione fra essenza ed esistenza¹. Essa conduce ad escludere la via essenzialista del diritto naturale idealistico e quella esistenzialista e fattualistica del positivismo giuridico, nell'intento di aprire una terza via.

“In altri termini: il positivismo considera come data, con l'efficacia della norma, anche la sua validità; il giusnaturalismo idealistico all'incontro considera la validità come criterio dell'efficacia. Per ambedue le concezioni perciò i due problemi di diritto e potenza e di giustizia e sicurezza giuridica sono in definitiva insolubili” (ARTHUR KAUFMANN 1962, 557).

¹Una concezione della natura della cosa ancora più derivata dal pensiero di s. Tommaso è sviluppata da Herbert Schambeck (1964).

La terza via consiste nel considerare il diritto positivo come al suo interno mai definitivamente compiuto, ma sempre alla ricerca della realizzazione della sua essenza. L'universale s'incontra solo nel particolare. La natura della cosa è il manifestarsi nel particolare di qualcosa di universale (ARTHUR KAUFMANN 2003, 63). La cosa-diritto ha sempre un carattere storico, sicché – come già aveva notato Gerhart Husserl – il diritto ha la struttura temporale della storicità. Ciò significa che lo stesso diritto naturale, che s'identifica con la giustizia, ha un carattere storico (ARTHUR KAUFMANN 1957, 11 ss.), ma non per questo relativistico. Non bisogna confondere – come spesso hanno fatto i seguaci di s. Tommaso – il diritto naturale con i principi fondamentali del diritto e della morale, che hanno un carattere astratto e decontestualizzato. Propriamente il diritto naturale si colloca tra questi principi e la mera positività, in quanto conferisce a quest'ultima il dover essere normativo. L'accusa rivolta al giuspositivismo è quella di definire il diritto positivo in modo da inverare la tesi della separazione tra diritto e morale già presupposta. Se invece guardiamo alla realtà effettiva del diritto, non possiamo escludere la presenza di valutazioni e di valori morali.

In quest'ottica il diritto positivo non si può più identificare con la legge come ritiene il giuspositivismo. D'altronde, questa distinzione era stata sancita dall'art. 20 del *Grundgesetz*, che stabilisce il legame del potere esecutivo e del giudice "alla legge e al diritto". La legge è solo un elemento del diritto, che comprende altresì anche quanto contribuisce in modo istituzionale a formulare la regola del caso concreto, cioè i principi giuridici, le clausole generali, le massime d'esperienza e così via (ESSER 1956). Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto (ARTHUR KAUFMANN 1977, 157).

A questo punto la filosofia giuridica trova davanti a sé la strada dell'ermeneutica, che non può più essere intesa semplicemente come arte dell'interpretazione dei testi, poiché riflette la stessa natura del diritto, che è quella di essere strutturalmente indeterminato ed infinitamente aperto (ARTHUR KAUFMANN 2003, 65). Proprio in quegli anni si sviluppa l'ermeneutica filo-

sifica di Gadamer [1900-2002], anch'essa sensibile alla tematica della "natura della cosa" (GADAMER 1993).

Invero in Italia già Emilio Betti [1890-1968] aveva elaborato una concezione ermeneutica dell'interpretazione giuridica, che però, dal punto di vista filosofico, poggiava sulla filosofia dei valori di Nicolai Hartmann [1882-1950]. Ma l'ermeneutica heideggeriana era sorta in diretta opposizione alla pretesa oggettività della filosofia dei valori, in cui scorgeva una nascosta volontà di potenza e il misconoscimento del soggetto nella sua capacità di scelta morale. Tuttavia la sostituzione della distinzione fra essenza ed esistenza con la differenza ontologica fra essere ed ente non sembrava permettere uno specifico riconoscimento delle ontologie regionali, tra cui v'è quella del diritto. Kaufmann, infatti, criticando Maihofer, nota che il diritto come ontologia regionale può essere sviluppata solo come una filosofia dell'essenza nel senso di Edmund Husserl (ARTHUR KAUFMANN 1962, 566-68). Tuttavia è vero che "cos'è il diritto?" dipende dalla domanda "perché c'è il diritto?", che a sua volta rinvia alla natura sociale dell'essere umano (cfr. COTTA 1979). Si poneva, pertanto, la questione della configurazione di un'ermeneutica filosofica adatta all'elaborazione del concetto di diritto.

La concezione di Gadamer, per quanto dipendente da quella di Heidegger, cerca di conciliare la permanenza dei valori con il loro statuto dipendente da un ethos determinato, in modo da evitare il relativismo culturale. L'istanza di fondo è quella di perseguire un'oggettività non metafisica dei valori. Ancor oggi si discute se quest'obiettivo sia stato raggiunto in modo accettabile. Bisogna riconoscere che i rapporti dell'ermeneutica filosofica con il giusnaturalismo restano problematici. Ma il collegamento dell'ermeneutica filosofica con l'istanza di riabilitazione della filosofia pratica (RIEDEL 1972-1974) permette d'intercettare i problemi attuali del concetto di diritto, la sua identificazione con le pratiche sociali, piuttosto che con le norme, e il ruolo della virtù della *phronesis* (KRIELE 1979).

Tra il giuspositivismo fattualistico e il giusnaturalismo razionalistico si apre così la terza via del "giusnaturalismo ermeneutico", basato sul rifiuto del dualismo fra essere e dover essere, sul rifiuto dell'identificazione fra legge e diritto e sul rifiuto della considerazione del diritto come già posto, a vantaggio del diritto come processo d'azione.

3.3.4. *Ipsa res iusta*

Possiamo, infine, ricordare un'ulteriore versione della natura della cosa-diritto, quella che non si rivolge alla struttura generale del diritto positivo, ma alla situazione giuridica concreta, la cui regolazione è in definitiva l'obiettivo dell'impresa giuridica.

Michel Villey [1914-1988], in polemica con il razionalismo e l'astrattismo della scienza giuridica moderna, mettendo a frutto l'esperienza del diritto romano e la filosofia di Aristotele, rivendica la priorità del caso concreto, che chiede al giudice di trarre fuori dalle relazioni sociali il giusto equilibrio tra diritti e doveri (*res iusta*). Il diritto è già nelle cose (*id quod iustum est*) e deve essere riconosciuto mediante l'osservazione della realtà sociale con un metodo dialettico. Questa regola tratta dalla situazione concreta vale solo per essa e, quindi, non è propriamente una legge. Villey riserva il concetto di legge alle disposizioni generali provenienti dall'autorità umana o divina. Pertanto, ciò che si designa come "diritto naturale" non è un insieme di norme o di principi, ma di rapporti tra l'uomo e le cose e degli uomini tra loro, rapporti necessariamente mutevoli ma sempre ragionevoli.

Attraverso un'acuta ricostruzione storica Villey (1975) mostra che il modo d'intendere e di praticare il diritto nel tempo s'è trasformato tanto da perdere la sua originaria ragion d'essere. La teologia cristiana ha prodotto il primato della legge e il pensiero moderno ha avviato un processo di soggettivizzazione del diritto che dura ancora oggi con i diritti umani (VILLEY 1983). La congiunzione di questi due fattori culturali ha spinto il diritto nelle braccia della morale e della scienza, cosa di cui sono responsabili sia il giusnaturalismo moderno sia il giuspositivismo. Pertanto, il vero e proprio contributo di Villey alla problematica del diritto naturale risiede nella sua concezione del diritto in generale, poiché il primato della legge e dei diritti soggettivi, che sono due facce della stessa medaglia, vanifica l'*ordo rerum* e trasforma il diritto in una costruzione puramente artificiale che amministra pretese contrastanti.

Pur notando l'impossibilità di un ritorno al passato, dobbiamo riconoscere che Villey ha individuato due temi essenziali per le sorti del diritto naturale: quello dello statuto epistemologico della scienza giuridica e quello del ruolo del soggetto giuridico.

La considerazione della giurisprudenza come una scienza, e non come un'arte, ha messo il diritto naturale in un vicolo senza uscita, perché le scienze naturali rifiutano un concetto teleologico di natura e quelle umane, pur essendo aperte nei confronti dei valori, non sono in grado di dare ad essi un fondamento filosofico. In ogni caso, inoltre, si smarrisce il carattere pratico del diritto e la sua destinazione verso il caso concreto.

La seconda questione è ancor più importante. Nella tradizione giuridica premoderna era stato evidenziato il carattere oggettivo del diritto naturale. Si discute ancor oggi se nel diritto romano e nel pensiero medioevale vi sia stato un adeguato riconoscimento dei diritti naturali, che sicuramente si sono pienamente sviluppati nella modernità (TIERNEY 2002). Pertanto, oggi la teoria del diritto naturale è chiamata non solo ad inglobare in sé i diritti naturali, ma anche a pronunciarsi sulla priorità della dimensione oggettiva o di quella soggettiva. Mentre il diritto naturale in senso oggettivo incontra l'ostacolo del rigetto delle concezioni teleologiche di natura, quello in senso soggettivo fa ora riferimento al concetto di persona umana, che da molti è inteso come uno sviluppo del soggetto di diritto della modernità. Conseguentemente, la teoria del diritto naturale si trova di fronte l'arduo problema dei rapporti fra persona umana e natura umana.

Il secondo risveglio del diritto naturale è segnato dall'esigenza di fugare lo spettro del totalitarismo. Ciò sembra possibile solo a condizione che il diritto naturale sia inteso come immanente nel diritto positivo stesso, sicché non si possa conoscere l'uno senza l'altro. Possiamo dire con un gioco di parole che il diritto naturale appartiene alla natura del diritto positivo. Questa è una svolta epocale rispetto al giusnaturalismo precedente, che era intento a derivare il diritto positivo dalle leggi naturali, una svolta un tempo timidamente preannunciata dal giuspositivismo antiformalista. Il suo immediato risultato è stato quello di un'apertura della stessa scienza giuridica a tematiche di diritto naturale. Tuttavia raramente i giuristi sono andati al di là di un appello più o meno retorico ai valori morali, poiché tutto l'apparato della dogmatica giuridica europea è stato edificato in modo da essere impermeabile al diritto naturale. Ma nel campo della filosofia e della teoria del diritto si sono sviluppate concezioni spesso non metafisiche, ma comunque dichiaratamente

aperte al riconoscimento di vincoli oggettivi interni al diritto positivo. Per sottolineare la forza storica di questi vincoli essi vengono ricondotti alla problematica della “natura della cosa”, che è un modo non metafisico di difendere la congiunzione tra i fatti e i valori.

IV

LA TERZA RINASCITA

Sommario

4.1. Interpretazione e argomentazione giuridica. – 4.2. Giusnaturalismi cristiani. – 4.3. Evoluzione del diritto positivo. – 4.4. La terza teoria del diritto. – 4.5. Non-positivismo e diritto naturale. – 4.5.1. La pretesa di correttezza. – 4.5.2. L'obbligatorietà del diritto. – 4.5.3. Una teoria giusnaturalistica del diritto positivo. – 4.6. La trama aperta della ragion pratica.

S'è potuto notare che nei due decenni successivi alla II guerra mondiale si discute più sui rapporti fra il diritto positivo e il diritto naturale che sul contenuto di quest'ultimo. Il fatto è che la consolidazione di un'etica comune nel suo versante pubblico rendeva meno drammatica la questione dei rapporti tra diritto e morale e più cruciale quella della definizione del diritto positivo (VIOLA 1989). Non ci si interrogava intorno a quali valori etici erano collegati al diritto positivo, ma se questi erano esterni o interni al suo concetto. Su questo s'incentrava il dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo.

Nell'ambito di questa prospettiva il tema filosofico prioritario è quello dell'obbligatorietà del diritto positivo e del suo fondamento. Secondo il giusnaturalismo più rigoroso, il diritto positivo è propriamente obbligatorio nella misura in cui le sue norme obbligano sul piano morale sostanziale. La piena validità giuridica è quella assiologica. Di conseguenza non s'è obbligati neppure giuridicamente ad obbedire a leggi immorali. Ma in tal modo l'obbligo giuridico viene tutto assorbito nel e identificato con l'obbligo morale.

La versione più moderata di giusnaturalismo ammette che già la validità formale delle norme giuridiche le rende obbligatorie per quanto solo *prima facie*. È un'obbligatorietà presuntiva che deve essere verificata *tutto considerato*. Su questa base, che tiene conto in qualche modo del principio di certezza del diritto, è possibile un dialogo con il giuspositivismo. Questo, da parte sua, gradatamente abbandona sia la tradizionale insistenza sul primato della volontà sovrana e della sanzione giuridica, entrambe prive del tutto di normatività in senso proprio, sia l'ipotesica normatività kelseniana, per rivolgersi ad una concezione convenzionalistica dell'obbligo giuridico. Ciò spiega tra l'altro la progressiva affermazione e diffusione della teoria hartiana del diritto. In generale, nei paesi latini si accresce l'influenza della giurisprudenza analitica anglosassone a scapito del tradizionale primato della filosofia e teoria giuridica tedesca.

La trasformazione del modello di base del giuspositivismo, operata dal pensiero di Herbert Hart [1907-1992], si dirigeva direttamente nei confronti della concezione austriaca della norma giuridica come comando del sovrano, ma obliquamente colpiva anche quella kelseniana, che dal punto di vista della descrizione fattuale conservava la stessa visione del diritto (*keine Imperativ ohne Imperator*). Lo spostamento dell'asse della legittimità giuridica dalla prospettiva del sovrano agli atteggiamenti dei funzionari e degli altri partecipanti alla pratica giuridica, che con l'uso mostrano l'accettazione delle regole giuridiche, aprì la strada al rilievo della ragion pratica nella teoria giuridica con effetti che con difficoltà potevano essere contenuti nell'ambito di un rigoroso giuspositivismo (HART 1994). Infatti, Kelsen con lungimiranza aveva tenuto lontano la ragion pratica dalla teoria pura del diritto, considerandola un'alleata del giusnaturalismo (KELSEN 1985, 111-118; cfr. VIOLA 2017a). Hart stesso, per quanto sostenitore di una netta separazione del diritto dalla morale, la intendeva nel senso debole (*there is no necessary connection*) e non già nel senso forte (*necessarily, there is no connection*) (POSTEMA 2011, 325 n. 50).

Nell'ottica della ragion pratica le relazioni di potere, che sono la materia dell'obbligo giuridico, non sono intese in modo strettamente causale o psicologico, ma fanno appello alle ragioni dell'obbedienza o dell'accettazione dei precetti normativi,

anche se queste ragioni non sono necessariamente morali. Ciò che importa è il cambiamento nel modo di considerare il diritto, non più come un meccanismo che è diretto a produrre acquiescenza ai fini della pace e dell'ordine sociale, ma come una pratica sociale a cui partecipano in modo responsabile tutti gli utenti del diritto, con la conseguenza di un'enfaticizzazione del problema dell'effettività del diritto e della teoria dell'interpretazione giuridica.

Quest'evoluzione della filosofia giuridica era parte di un orientamento più generale del pensiero filosofico degli ultimi decenni del XX secolo, che conduceva – come s'è già detto – ad una riabilitazione della filosofia pratica e della peculiarità della *prudentia* nei confronti della *scientia*. A questa rivalutazione della conoscenza pratica contribuirono correnti di pensiero ben diverse fra loro, dalle filosofie del linguaggio (Stephen Toulmin, Richard Hare, Kurt Baier) alla retorica (Chaim Perelman), al costruttivismo scientifico (Wilhelm Kamlah, Paul Lorenzen, Oswald Schwemmer, Friedrich Kambartel), alla riproposizione dell'imperativo categorico come principio di universalizzabilità, al neoaristotelismo, all'etica del discorso (Jürgen Habermas, Karl Otto Apel) e all'ermeneutica gadameriana. Quest'inattesa convergenza era sostenuta dalla comune ricerca delle giustificazioni razionali dei giudizi pratici senza le quali i dibattiti etici, politici e giuridici sono privi di senso.

In questo la filosofia continentale s'incontrava con il pensiero analitico, pur nella differenza di approcci e di metodi. Bisogna tenere ben presente quest'attenzione per la ragion pratica e per i differenti modi d'intenderla se si vuol adeguatamente comprendere le modalità della terza rinascita del diritto naturale. Tuttavia, la teoria giuridica poté mettere a frutto pienamente questi nuovi orientamenti filosofici solo in seguito ad una profonda trasformazione degli assetti generali del diritto positivo.

4.1. Interpretazione e argomentazione giuridica

Alla fine degli anni '60 la spinta favorevole al giusnaturalismo teorico proveniente dal periodo post-bellico si esaurisce e prevale chiaramente il giuspositivismo. D'altronde, quando gli assetti del diritto positivo sono consolidati e in generale la pra-

tica interpretativa è stabile e poco controversa, l'affidamento alle procedure da seguire e il consenso diffuso sul modo di seguirle rafforzano la plausibilità del giuspositivismo. Solo quando il modo di determinare la validità delle norme giuridiche è controverso e si moltiplica il conflitto delle interpretazioni, si aprono nuovi spazi e nuove opportunità per il giusnaturalismo teorico. Altro è il discorso per il giusnaturalismo pratico, che può essere usato non solo per contestare ma anche per legittimare il potere costituito, com'è avvenuto nella Spagna di Franco o nell'Argentina dei generali¹. Però, anche questo è possibile finché si mantiene un elevato consenso sociale intorno ai contenuti principali dell'etica normativa. Si può affermare che il giusnaturalismo teorico è tendenzialmente rivoluzionario (KELSEN 1952, 59), mentre quello pratico è stato spesso conservatore.

In quegli anni il compito assunto dal giuspositivismo è stato quello di costruire una teoria del diritto su basi neopositivistiche ed analitiche. Il suo oggetto è il sistema giuridico, di cui si evidenzia la struttura formale e procedurale, e la scienza giuridica, di cui si esplorano i fondamenti epistemologici. A sua volta la teoria del diritto è divisa al suo interno dal dibattito tra le concezioni formali del diritto di ascendenza kelseniana e quelle realiste di ascendenza scandinava.

Considerata nel suo complesso, questa teoria positivista del diritto si articola in una teoria della validità giuridica di carattere rigorosamente avalutativo (il diritto come fatto), nel paradigma del diritto statale come forma emblematica o compiuta del diritto positivo, in una visione del sistema giuridico come insieme ordinato di norme coattive e, in generale, in una teoria della scienza giuridica come opera di rigorizzazione logica dei contenuti normativi (BOBBIO 1979). In più, nell'ottica dell'analisi del linguaggio le questioni d'interpretazione dei testi e dei termini giuridici assumono una crescente rilevanza.

In generale, la svolta linguistica, che accomuna la filosofia ispirata al pensiero di Wittgenstein a quella segnata dal pensiero di Heidegger, rende l'intendere e il comprendere questioni

¹ Per la questione se un'emergente democrazia abbia l'obbligo di perseguire per crimini contro l'umanità i capi del regime dittatoriale del passato sulla base del precedente rappresentato dal processo di Norimberga cfr. NINO 1998.

filosofiche centrali e conduce alla scoperta dello stretto legame tra linguaggio e azione, nonché tra linguaggio e comunità interpretativa. Tale contesto culturale è favorevole al pensiero giuridico da sempre impegnato nelle questioni d'interpretazione (JORI 1994).

Non c'è una connessione necessaria fra una teoria formale del diritto e il formalismo nell'applicazione del diritto e nel ragionamento giuridico, tant'è vero che la teoria kelseniana dell'interpretazione non è certamente formalistica e quella hartiana ammette la possibilità della discrezionalità interpretativa. Tuttavia, se l'interpretazione e l'argomentazione assumono un ruolo di rilievo per la stessa teoria giuridica, come richiede tra l'altro la stessa ragion pratica, allora per questa via anche il formalismo della teoria viene severamente minacciato. Ed è proprio ciò che si verifica. Per questo è necessario soffermarsi sugli sviluppi della teoria dell'interpretazione prima e su quelli della teoria dell'argomentazione poi, in quanto prevalentemente per loro tramite si matura un terreno favorevole al terzo ritorno del diritto naturale.

La situazione di fatto è quella di una crescente divaricazione fra il diritto raffigurato dalla teoria come insieme di norme fluenti da una stabile gerarchia di fonti (certezza), suscettibili di essere logicamente ordinate dall'opera del giurista (coerenza) e capaci di rispondere senz'altra aggiunta alle richieste di giustizia (completezza), da una parte, e, dall'altra, una pratica giuridica che mette al contrario in luce l'inevitabile indeterminazione degli enunciati giuridici, il ruolo delle clausole generali e l'insufficienza di una logica rigorosamente neutrale e di metodi interpretativi infallibili (cfr. ENGISCH 1956). Quando tale conflitto tra teoria e pratica giuridica supera una soglia fisiologica dettata dall'evoluzione della società, diventa insopportabile e la teoria entra in profonda crisi.

Dapprima quest'interferenza della pratica giuridica nella teoria del diritto è evitata, distinguendo accuratamente i problemi d'interpretazione da quelli di applicazione del diritto. Di conseguenza la teoria del diritto si occupa dell'interpretazione propria del giurista e della scienza giuridica, intendendola come un'attività di carattere cognitivo e riproduttivo del sistema giuridico, mentre lascia ad indagini di carattere descrittivo o sociologico le operazioni effettive compiute dai giudici o dai funzio-

nari nell'applicazione del diritto. Di conseguenza, la teoria dell'interpretazione dottrinale ha un carattere normativo, perché prescrive come un giurista dovrebbe comportarsi nel trattamento del linguaggio legislativo. Le indagini sull'interpretazione giudiziale, invece, mettono in luce come di fatto il diritto viene applicato, cioè mediante il ricorso a valutazioni e a scelte soggettive dell'interprete. Queste esplorazioni mostrano che l'ideologia dell'interpretazione è necessariamente presente nella pratica (WRÓBLEWSKI 1972).

È facile scorgere in questo assetto teorico ancora come operante l'influenza di Savigny, la cui teoria dell'interpretazione era dominata dalle esigenze della dottrina e della scienza giuridica. D'altronde, è ben comprensibile che nei paesi di *common law* si sviluppi maggiormente una teoria dell'interpretazione orientata nell'ottica giudiziale, mentre nei paesi latini, basati su sistemi di *civil law*, una teoria dell'interpretazione orientata nell'ottica del giurista. In questi ultimi si rafforza la tendenza volta ad applicare la logica deontica ai processi interpretativi della scienza giuridica, concepita come un meta-linguaggio descrittivo del linguaggio-oggetto prescrittivo proprio delle norme (cfr., per tutti, ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971). Ma ben presto ci si accorge che anche le interpretazioni e le dottrine dei giuristi hanno una dimensione ideologica, che contribuisce a trasformare il sistema giuridico anche nei suoi contenuti, mentre pretende di rigorizzarlo sul piano formale (cfr. TARELLO 1971).

Questo è uno dei punti fondamentali di dissenso fra le teorie formali e le teorie realistiche del diritto. Le prime sono ancora legate ad una concezione del significato come preconstituito dal legislatore e riprodotto dall'interprete, mentre le seconde sostengono una concezione scettica per cui il significato è "attribuito" dall'interprete nella fase dell'interpretazione.

Non si può dire che le teorie del diritto naturale posseggano una loro propria teoria dell'interpretazione giuridica. Tuttavia le loro radici affondano in una tradizione antica che era legata alla pluralità delle fonti del diritto, al loro carattere non rigidamente gerarchico, al rilievo del diritto giurisprudenziale e giurisdizionale, alla centralità del ragionamento per analogia, al ruolo della dottrina nella produzione stessa del diritto. Questa tradizione va dal diritto romano al diritto comune (LOMBARDI VALLAURI 1964), ma, nonostante le apparenze, a ben guardare è an-

cora operante nella prassi interpretativa anche dei sistemi di *civil law*, almeno se guardiamo ai processi interpretativi effettivi, cosa che è stata efficacemente chiamata “the common law of civil law systems”.

Pertanto, su questa base è ben comprensibile la denuncia di “logicismo” rivolta alle teorie formali del diritto, cioè la riduzione del diritto alla logica formale di tipo deduttivo, che, con l'intento di difendere la certezza del diritto, occulta i processi reali di formazione e applicazione del diritto positivo. Il logicismo è nella sostanza una forma di “legalismo” (LOMBARDI VALLAURI 1981)².

Nei confronti delle teorie realiste, invece, il dissenso delle teorie del diritto naturale riguarda non già la descrizione dei processi interpretativi, ma piuttosto la concezione del non-cognitivismo etico presupposta e il riduzionismo psicologico. Se nell'attività interpretativa sono inevitabilmente presenti valutazioni e scelte di valore, che si presumono rivolte alle soluzioni ritenute più giuste o più corrette tra quelle ammissibili, ciò non significa che la discrezionalità dell'interprete sia puramente arbitraria e sfugga al controllo della ragionevolezza e alle esigenze di un'adeguata giustificazione. Se i giudizi di valore sono irrazionali e puramente ideologici, allora è impossibile governare o controllare la ineliminabile discrezionalità dell'interprete. Ma, se si ammette che tra la razionalità scientifica e l'irrazionalità c'è l'ampio spazio del ragionevole, del probabile, del conveniente, dell'equo, allora la tradizione del diritto naturale ha ancora qualcosa da dire per difendere lo stesso valore della certezza del diritto.

A sua volta, se esiste una ragione giuridica come una delle modalità della ragion pratica, allora il ruolo dell'interprete, giurista o giudice, è anche quello di controllare e sviluppare la *ratio legis*. C'è, quindi, un capovolgimento di prospettive: dalla discrezionalità interpretativa intesa come minaccia alla volontà del legislatore a strumento necessario al perfezionamento del

²La linea di pensiero che si rifiuta di scindere l'interpretazione dall'applicazione del diritto e che rigetta il logicismo della dommatica giuridica, è ben radicata nella scienza giuridica italiana a prescindere dagli espliciti orientamenti giusnaturalistici (cfr. CARNELUTTI 1951a, BETTI 1971, ASCARELLI 1955, CARNELUTTI, 1951b; CAIANI 1954).

diritto (*Rechtsfortbildung*), che non è solo il suo compimento nel caso concreto, ma anche la sua conformazione alla ragionevolezza pratica mediante le risorse della giurisprudenza e della giurisdizione, tra cui non bisogna sottovalutare il ruolo del precedente o della *ratio decidendi* (KRIELE 1979). Nessuno ha il monopolio dell'uso della ragione.

Com'era da prevedersi, lo sviluppo della teoria dell'interpretazione accresce la rilevanza della teoria dell'argomentazione giuridica. Infatti, tra interpretazione e argomentazione c'è una circolarità continua (RICOEUR 1995): per interpretare i testi giuridici bisogna argomentare e per argomentare nel diritto bisogna basarsi sulle interpretazioni dei testi giuridici (VIOLA-ZACCARIA 2011, 98 ss.). L'argomentazione giuridica ha un carattere pragmatico in quanto il suo fine è pratico, cioè è quello della giustificazione di una decisione. Anche l'interpretazione è una decisione quando si sceglie una soluzione tra quelle ammissibili. La ragion pratica intende proprio giustificare una decisione, suffragandola con argomenti che siano in linea di principio accettabili da tutti. Infatti, qualcosa può valere come una "ragione" solo se è dotata di universalità, seppur a certe condizioni e in ambiti definiti.

A parte la differenza tra l'ascrizione di un significato, propria dell'interpretazione, e la giustificazione di una decisione, propria dell'argomentazione, c'è da notare che nell'argomentare è presente una relazione intersoggettiva che solitamente manca nell'interpretazione, o almeno così solitamente si crede. L'argomentazione ha luogo tra un soggetto, che propone un argomento, una situazione discorsiva, che è un contesto pragmatico o, più ampiamente, una forma di vita (AARNIO 1987, 211 ss.), e un altro soggetto o un uditorio da convincere facendo appello a ragioni per agire.

La logica giuridica si può distinguere in due orientamenti principali: quello della nuova retorica, volta a persuadere più che a dimostrare (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 1958), che, se intesa in forma allargata, ricomprende anche la topica (VIEHWEG 1953), la dialettica (GIULIANI 1974) fino alla più recente logica *fuzzy* (ZADEH 1975; HAACK 1996), e quello argomentativo in senso stretto, che persegue una pretesa dimostrativa per quanto non assoluta (AARNIO, ALEXY, PECZENIK 1981). Queste ultime teorie del ragionamento giuridico, che si sono sviluppate in

quegli anni in Europa (con particolare riferimento alla Germania, alla Polonia e ai Paesi scandinavi) sono molteplici (FETERIS 1999), ma le principali concordano nel considerarlo come un caso speciale del ragionamento pratico, con cui condivide le regole generali, pur se con i vincoli dettati dal diritto positivo. Pertanto, sul piano del ragionamento giuridico è ancora più difficile sostenere una netta separazione tra diritto e morale di quanto lo sia sul piano dell'interpretazione.

La presenza di elementi esterni alla legge positiva, provenienti da una zona in cui la pratica giuridica confina e si confonde con esigenze etiche e fattori sociali, è particolarmente evidente nella distinzione fra giustificazione *interna*, che presuppone le premesse da cui dedurre o inferire una decisione, e giustificazione *esterna*, che è volta a stabilire razionalmente queste premesse (WRÓBLEWSKY 1974). Quest'ultima, che è il campo privilegiato dell'argomentazione giuridica, deve far ricorso a risorse che sono esterne rispetto al dettato legislativo e appartenenti in senso ampio alla pratica giuridica, che si estende alla dottrina, ai precedenti, alle massime giuridiche ed è sensibile alle esigenze normative e di valore.

Da questo punto di vista non si può più sostenere che il diritto positivo sia un mondo chiuso in se stesso e autogiustificantesi (HRUSCHKA 1972) e il modello giusnaturalistico, pertanto, non si può considerare del tutto obsoleto o fuori gioco. Certamente tutte queste teorie sono accomunate dal rigetto della metafisica e dalla convinzione dell'impossibilità di fondare i valori ultimi. Tuttavia l'universalità pratica della ragione induce a interrogarsi di nuovo sui suoi fondamenti filosofici. Non solo si coltiva la fiducia che si possa trovare qualcosa di comune nella pluralità delle idee sulla giustizia, ma soprattutto, attraverso il ricorso ad un uditorio universale costituito dall'insieme di uomini normali e competenti, si presuppone di fatto una comunanza antropologica che è tipica delle dottrine giusnaturaliste (PERELMAN 1945).

Lo sviluppo degli studi sull'interpretazione e l'argomentazione giuridica ha mostrato l'insufficienza sia del paradigma giuspositivista, sia di quello giusnaturalista. Non si può ridurre il diritto al fatto senza perdere qualcosa di rilevante per il suo concetto e non si può neppure ridurre il diritto al valore senza smarrire la sua effettività, che lo distingue dalla morale. Per

questo è ben comprensibile che le stesse teorie del ragionamento giuridico tendano a trasformarsi in vere e proprie teorie del diritto o, almeno, a generarle dal loro seno, prendendo le distanze sia dal giuspositivismo sia dal giusnaturalismo, contribuendo così a conferire al pensiero giuridico degli ultimi decenni del Novecento una caratteristica che dura sino ad oggi.

Poiché una teoria del diritto è diretta ad elaborare il concetto di diritto, è lecito aspettarsi da essa una concezione integrale del diritto positivo e non già soltanto una descrizione di aspetti particolari di esso, per quanto importanti. Ma nel campo pratico ogni descrizione presuppone una preventiva determinazione di quali aspetti dell'esperienza sono veramente rilevanti e significativi agli occhi del teorico. Ogni giudizio di rilevanza è inevitabilmente un giudizio di valore. Di conseguenza, nell'ottica della ragion pratica il concetto di diritto è insieme descrittivo e normativo. La pretesa della pura descrittività conduce a concezioni incomplete o, peggio, irrilevanti per la pratica giuridica.

Per queste e per molte altre ragioni negli anni '70 si presentava l'esigenza di un rinnovamento profondo della teoria del diritto, con effetti rilevanti sull'eterno conflitto fra giuspositivismo e giunaturalismo che è quello che qui interessa.

4.2. Giusnaturalismi cristiani

Dobbiamo ora ritornare a considerare il giusnaturalismo cattolico nell'ultima fase della sua evoluzione nel Novecento. Ricordiamo che per "giusnaturalismo cattolico" abbiamo inteso quello che si può considerare come espressione della tradizione ufficiale della Chiesa cattolica. Come già s'è detto, in questa linea di pensiero prevale di gran lunga, e s'è ulteriormente rafforzata, l'influenza del pensiero di Tommaso d'Aquino. Vi sono senza dubbio altre forme di giusnaturalismo ispirate ai valori cristiani e spesso in posizione dialettica rispetto al diritto naturale ecclesiastico.

Dal punto di vista filosofico gli orientamenti del passato, nonostante l'abbandono delle aride formule scolastiche, restano nella sostanza immutati e si esprimono in un'abbondante letteratura spesso ripetitiva e divulgativa (cfr., come esempio, PIZZORNI 1978) con rare eccezioni di originalità speculativa (ad es.,

PIEPER 1953 e 1963). L'idea centrale è la considerazione del diritto naturale come un ordine oggettivo di valori etico-giuridici corrispondenti alle esigenze della natura umana "giustamente intesa", cioè sulla base della tradizione della Chiesa cattolica avvalorata dalla metafisica tomista (ma – bisogna sottolinearlo – con una scarsa presenza del riferimento alla Sacra Scrittura). Si sostiene che l'etica cristiana è pienamente capace di una fondazione razionale e che, pertanto, è valevole anche per i non credenti. Ma questa razionalità non deve essere intesa nel senso del giusnaturalismo moderno, di cui quello illuministico è visto come coronamento in ragione dei suoi esiti soggettivistici e immanentistici. Manca del tutto un confronto con l'evoluzione della filosofia giuridica e politica del tempo e, soprattutto, con le istanze nascenti della ragion pratica. Tuttavia il giusnaturalismo cattolico non è tutto qui.

In seguito all'opera pionieristica di Josef Fuchs (1955) il tema del diritto naturale è ben presente nella teologia morale cattolica del tempo, che non rare volte è libera dalle pastoie della neoscolastica (HÄRING 1954) e, sotto la spinta dell'ecumenismo, dialoga con la teologia protestante (cfr., in generale, GUSTAFSON 1978). Dapprima il rinnovamento della teologia morale assunse un orientamento esistenziale più attento al concreto esercizio dell'atto morale nelle condizioni di vita della fede, della carità e con l'aiuto della grazia, evitando discussioni filosofiche sul fondamento del diritto naturale, che invece Fuchs aveva apertamente affrontato. Questi dibattiti teologici esercitarono un'influenza sul *Concilio Vaticano II* (1962-1965) e indirettamente contribuirono, insieme alla filosofia cattolica francese, ad un'evoluzione della dottrina ufficiale della Chiesa cattolica in merito al diritto naturale. Ma bisogna ben comprendere dove queste novità del Concilio veramente risiedano.

La legge naturale come legge divina e ordine oggettivo dei valori morali viene riconfermata in piena continuità con la tradizione, ma ora si presta più attenzione alla dimensione della soggettività nella scelta morale. La legge naturale è presente nella coscienza morale, di cui si sottolinea la intangibile dignità (*Gaudium et spes* § 16). Conseguentemente, viene valorizzato il ruolo della libertà, pur nel rispetto del bene morale oggettivo (*ib.* § 17). Il risultato è una piena riconciliazione con la problematica dei diritti umani, intesi come diritti naturali fondati sul-

la legge naturale (cfr. l'enciclica *Pacem in terris* del 1963). Questi diritti sono intesi in senso anti-individualistico e sono coniugati con il principio di solidarietà. Si riafferma il primato della persona umana come "il soggetto e il fine di tutte le istituzioni sociali" (*Gaudium et spes* § 25) e fa capolino il principio di laicità nel riconoscimento dell'autonomia delle realtà terrene (*ib.* § 36). In piena guerra fredda si insiste sul tema della pace e dell'ordine giuridico internazionale che la rende possibile (*ib.* cap. V). Infine, si addita nel diritto alla libertà religiosa, a cui viene dedicata un'apposita dichiarazione conciliare (*Dignitatis Humanae*), il presidio centrale della coscienza e dei piani personali di vita nei confronti dei pubblici poteri.

Possiamo, dunque, dire che il focus del *Concilio Vaticano II* per quanto riguarda il diritto naturale è stato proprio il rapporto fra legge e coscienza, che era già animatamente discusso dalla teologia morale del tempo (ad es., BÖCKLE 1965). Questo tema, che verrà ripreso *ex professo* dall'enciclica *Veritatis Splendor* del 1993, rientra nell'ambito della problematica della ragion pratica o, almeno, è un passo avanti in questa direzione.

L'enciclica *Humanae Vitae* (1968) riapre la discussione, dianzi sopita, sui fondamenti filosofici del diritto naturale e sui suoi contenuti. L'importanza di quest'enciclica non risiede tanto nel suo oggetto specifico, che è quello della contraccezione, ma nel modo di affrontarlo che faceva appello alla ragione naturale più che a principi religiosi. Si poneva, pertanto, il problema del carattere vincolante dell'enciclica per quei credenti che non erano convinti dalle ragioni addotte. Il giusnaturalismo cattolico doveva, ancora una volta, cimentarsi con l'arduo compito di conciliare la fondazione razionale della norma etica con il principio di autorità. Al contempo era evidente che quell'etica comune a cui erano legati i contenuti del diritto naturale era entrata in un processo di erosione o di destabilizzazione.

Uno degli effetti non voluti dell'enciclica è stato quello di focalizzare la tematica del diritto naturale sui problemi della morale personale, mentre per la tradizione cattolica esso riguardava soprattutto la morale sociale³. Di conseguenza la legge naturale tenderà ad identificarsi del tutto con la legge morale *tout-*

³ Per la diffidenza nei confronti della legge naturale considerata come disponibile ad un uso ideologico cfr. RATZINGER 1964.

court. Pertanto, quando negli ultimi due decenni del Novecento vi sarà un crescente interesse per la Dottrina sociale della Chiesa, l'apporto innovativo della problematica specifica della legge naturale sarà scarso.

Il dibattito prodotto dalla *Humanae Vitae* è animato più dalla teologia morale che dalla filosofia. Infatti, incontriamo tra l'altro proprio in campo teologico la rivendicazione dell'autonomia della ragione in un senso molto vicino a Kant. L'obbligatorietà morale scaturisce dalla ragione umana, che si pone all'esterno o al di fuori dell'ordine dell'essere e lo rende dover essere (ALFONS AUER 1971). Non si tratta più soltanto dell'autonomia personale a cui faceva riferimento il dibattito fra legge e coscienza, ma di autonomia morale o "autolegislatività" (*Selbstgesetzlichkeit*) della ragione. È inutile dire che in tale contesto la legge naturale della tradizione tomistica è scomparsa⁴ o profondamente rielaborata (ALFONS AUER 1977) e al suo posto subentra l'*ethos* del mondo (*Weltethos*). Quest'idea seminale troverà il suo ultimo sviluppo nella *Declaration toward a Global Ethic*, redatta da Hans Küng e approvata il 4 settembre 1993 a Chicago nel *Parlamento delle religioni mondiali* (KÜNG, KUSCHEL 1993, cfr. anche KÜNG 1998).

A questo punto il giusnaturalismo, che è preferibile ora denominare "cristiano", in quanto ha rimesso in discussione quei caratteri tradizionalmente propri del "giusnaturalismo cattolico", si biforca in due direzioni sulla base del rilievo o meno dato alla natura o all'ordine dell'essere nella fondazione delle norme morali. Si ripropone la questione della corretta interpretazione del pensiero di s. Tommaso alla luce dell'alternativa tra il concetto aristotelico e quello kantiano di ragion pratica (cfr. HÖFFE 1971).

⁴ È interessante notare che nella teologia politica in generale, e in quella della liberazione in particolare, è assente un richiamo alla legge naturale e a volte è presente una certa ostilità nei suoi confronti (GUTIÉRREZ 1973). La teologia della liberazione, animata da ben legittime istanze di giustizia, si appella a fonti direttamente evangeliche (l'opzione per i poveri) e ad analisi economico-sociali influenzate sotto qualche aspetto dal marxismo. S'ispira a Bartolomeo de Las Casas piuttosto che a Francisco de Vitoria (GUTIÉRREZ 1989). In tal modo rivive la vena anarchica del cristianesimo e la sua controversa tendenza al superamento delle strutture giuridiche (cfr. SOHM 1909).

Quella che abbiamo considerato come la seconda fase dell'interpretazione di Tommaso d'Aquino (cfr. *supra* 1.1.2) ha aperto la strada ad un uso critico del suo pensiero aperto al confronto e all'evoluzione. Questa è la terza fase dell'ermeneutica tomista del Novecento. Ciò che intendo è stato ben riassunto in questi termini:

“essere tomisti oggi in modo giudizioso ed efficace vuol dire avere, come lo stesso s. Tommaso, il senso della tradizione, ma anche il senso della storicità, del progresso e della critica filosofica” (VAN STEENBERGHEN 1987, 196).

La considerazione del pensiero di Tommaso d'Aquino non più come un sistema già compiuto, ma come un metodo critico produce una frammentazione di studi specifici o settoriali in cui si presta attenzione più alla teologia che alla filosofia, più alla morale che alla metafisica (cfr. BONINO 1994). Ciò permette interpretazioni del diritto naturale tomista che non escludono a priori l'influenza della filosofia moderna, in particolare del pensiero kantiano, sin dal tempo di Cathrein considerato come il principale avversario. Ovviamente sorgono conflitti d'interpretazione, a volte acuti, tutti interni al mondo cattolico, ma ciò contribuisce ad attivare una problematica altrimenti stantia.

All'ambito del giusnaturalismo cristiano appartiene anche il pensiero di Otfried Höffe, che intende valorizzare l'eredità del giusnaturalismo moderno e il suo metodo di costruzione della società politica ai fini di una critica metapositiva del diritto e dello Stato (HÖFFE, DEMMER, HOLLERBACH 1987 e anche ILTING 1978). Al diritto naturale moderno si deve non solo la teoria dei diritti naturali, antesignani dei diritti umani, ma anche quell'insieme di principi e di garanzie che sono alla base dello Stato di diritto e della democrazia. Höffe rigetta il giuspositivismo in tutte le sue forme: quello imperativistico di Austin, quello normativistico di Kelsen, quello analitico di Hart e quello procedurale di Luhmann. Tuttavia Höffe abbandona la stessa espressione “diritto naturale” per le sue inevitabili connotazioni naturalistiche e preferisce parlare di “giustizia politica”, che consiste in una struttura trascendentale propria di una comunità libera basata sul principio di una coesistenza delle libertà vantaggiosa

in senso distributivo (HÖFFE 1987). Com'è evidente, questa concezione s'inserisce nel dibattito attuale delle teorie della giustizia le cui radici giusnaturalistiche sono indubbie, con particolare riferimento a Locke e a Kant (HÖFFE 2006).

Un'opportunità di sviluppo per il giusnaturalismo, ma in un senso diverso dalle concezioni appena esposte, è offerta dall'emergenza ecologica, che induce a non separare la natura umana dalla natura in generale (VIOLA 1997, 45-60 e cap. IV) o almeno a riconsiderarne i rapporti (ZACHER 1973; HÖSLE 1991), con una certa rivincita della dimensione naturalistica.

In conclusione, intorno agli anni '70 il giusnaturalismo neoscolastico viene rimesso radicalmente in discussione dal pensiero cristiano e si tentano nuove strade che si allontanano decisamente da una concezione "naturalistica" della legge naturale, a volte anche da una concezione "metafisica" di essa, e si avvicinano sempre più a concezioni del diritto nell'ottica della ragione pratica. Emerge il ruolo centrale del valore della persona umana, che riceve un consenso, almeno formale, al di sopra delle differenze culturali ed ideologiche⁵. Tuttavia dobbiamo notare la scarsa attenzione di queste ricerche per la sfera giuridica a vantaggio di quella morale e di quella politica. Nel contempo il rilevante declino in Europa della problematica etico-giuridica del diritto naturale è compensato da un progressivo aumento d'interesse negli Stati Uniti, con particolare riferimento al pensiero etico e giuridico di Tommaso d'Aquino, cosa ancor oggi in pieno sviluppo.

⁵ A riprova del carattere conservatore del giusnaturalismo pratico e del carattere rivoluzionario di quello teorico, mentre – come abbiamo già notato – la teologia della liberazione, che ha finalità operative, presta ben poca attenzione al diritto naturale, al contrario dall'ambito della teoria marxista si leva un'autorevole voce favorevole. Ernst Bloch, ben consapevole della distinzione fra il diritto naturale come ideale critico e le sue dottrine storiche contingenti, lo considera come un presidio necessario per la dignità della persona umana legata ai valori dell'uguaglianza, della fraternità e della solidarietà, anche se resta la venatura utopica del superamento del diritto positivo una volta eliminato lo sfruttamento economico-sociale (BLOCH 1961).

4.3. Evoluzione del diritto positivo

Come abbiamo già constatato, quando il diritto naturale è oggetto prevalentemente della filosofia morale o della teologia, il suo aspetto propriamente giuridico si vanifica. Ma, intorno agli anni '80, il ritorno d'interesse della filosofia giuridica e politica per il diritto naturale è favorito da una profonda trasformazione di quella configurazione generale del diritto positivo basata sul primato della legge statale, che era stata inaugurata dal Codice napoleonico. Quest'evoluzione, che è propriamente un cambio di paradigma, non ha ancora oggi raggiunto un assetto stabile. In tale contesto il diritto naturale, in forme mutate, si ripresenta sia come vincolo nei confronti dei contenuti normativi, sia nel ruolo deontologico di critica alle istituzioni e di progettazione giuridica.

Il giuspositivismo, a sua volta, si trova di fronte ad una seria difficoltà teorica in buona parte causata dalla crescente espansione dei diritti umani nel diritto domestico ed internazionale. È infatti ben difficile continuare a sostenere che il diritto è un fatto dal momento che è palesemente intriso di valutazioni e di giudizi di valore. Il riferimento ad una filosofia empirista è per il giuspositivismo un ostacolo ai fini della formulazione di un'adeguata teoria descrittiva del diritto positivo come in effetti vuole essere ed è. Insistere su questo background filosofico vuol dire ricadere in una filosofia del diritto dei filosofi, anche se questa volta non idealisti. Si fa strada, così, la versione normativa di giuspositivismo (*ethical positivism*) come propria di una filosofia del diritto dei giuristi, sensibile alla difesa del valore della libertà e dell'autodeterminazione minacciate dalla confusione tra diritto e morale (cfr., CAMPBELL 1996 e, per l'Italia, SCARPELLI 1965). Tuttavia, se il giuspositivismo è inteso come un'opzione ideologica o politica, allora non si vede per quale ragione debba essere a priori destituita di senso l'opzione opposta, cioè quella del giusnaturalismo.

La trasformazione del diritto positivo è segnata da tre processi tra loro strettamente connessi e tuttora in atto: decodificazione, costituzionalizzazione e internazionalizzazione del diritto. È interessante notare che questi tre aspetti evolutivi sono accomunati, soprattutto nei paesi di *civil law*, dalla crisi del diritto statale, che è stato il punto di riferimento del giuspositivi-

smo logicistico. Getteremo ora uno sguardo su questi tre fenomeni della storia giuridica del nostro tempo con l'unico intento d'individuare gli spazi che si aprono per il terzo ritorno del diritto naturale, al contempo condizionandone le forme di manifestazione.

Quando le costituzioni del dopoguerra cominciarono a dispiagare le loro potenzialità, il primo effetto fu quello della progressiva perdita di centralità del regime codicistico. Ciò è pienamente comprensibile, poiché ora v'è una legge superiore (sovraleale) alla legge ordinaria. Ma non si tratta solo di un mutamento formale del sistema giuridico, poiché questa legge superiore detta i valori e i fini che la legislazione ordinaria deve seguire. La novità rispetto al passato è che questi valori e fini, che hanno per loro natura un carattere etico-politico, sono ora anche "giuridici" in quanto prescritti da un documento giuridico qual è eminentemente una costituzione. Ogni legislazione è stata sempre governata da valori e fini, ma questi venivano considerati come propriamente esterni all'ambito strettamente giuridico. Ciò aveva permesso di costruire il concetto di diritto e di scienza giuridica all'insegna dell'autonomia e della separazione dagli altri ambiti della vita pratica. Ma ora ciò non è più possibile, anche perché la pluralità di questi valori e fini ne uscirebbe mortificata dall'uniformità omologante delle categorie della dogmatica giuridica. Aumentano a dismisura, infatti, le leggi speciali e le regolamentazioni settoriali in ragione dell'attenzione per il pluralismo sociale. Di conseguenza il codice assume il ruolo di diritto residuale, a cui far ricorso solo nel caso di mancanza o lacunosità delle leggi speciali. Questo è chiaramente un capovolgimento di prospettiva, che vanifica il concetto stesso di "legge speciale". Questa frammentazione del materiale legislativo in microsistemi giuridici è senza dubbio segno del venir meno di quella volontà unitaria che aveva caratterizzato la sovranità interna dello Stato (IRTI 1979).

L'idea che vi siano di per sé valori e fini propriamente "giuridici" è tipica del giusnaturalismo di tutte le epoche. La situazione giuridica attuale può essere letta come una conferma di questa tesi, ma si può del pari sostenere che tali valori e fini sono "giuridici" solo quando e in quanto "positivizzati" nelle carte costituzionali, cosicché il giuspositivismo non è fuori gioco. È una caratteristica del terzo ritorno del diritto naturale quella di

non implicare per ciò stesso un tramonto del giuspositivismo. Ma resta l'interrogativo: possono le costituzioni assumere legittimamente come fondamentale qualsivoglia valore o fine?

Se ora rivolgiamo la nostra attenzione a questi valori e fini, ci accorgiamo facilmente che v'è tra le costituzioni del secondo dopoguerra, almeno di fatto, una certa qual comunanza valoriale nella forma e nella sostanza (DIETZE 1956). Tutte contengono affermazioni di giustizia riguardanti i diritti degli individui e l'assetto delle relazioni sociali ed economiche. Nel loro complesso delineano i caratteri generali del bene comune che la società deve perseguire. Di conseguenza il dover essere del diritto non è più una questione confinata esclusivamente nella problematica del diritto ideale, com'era proprio del tradizionale compito deontologico della filosofia del diritto. Ora il dover essere del diritto positivo è prima di tutto una questione che interessa la sua validità e, quindi, è oggetto proprio della scienza e della teoria del diritto. Questo è un dato di fatto che ha rilevanti conseguenze per lo stesso concetto di diritto. La struttura teleologica della ragion pratica si rivela ora chiaramente come parte costitutiva della conoscenza giuridica.

L'affermazione del primato della costituzione è supportata dal suo carattere scritto, lungo e rigido, nonché spesso anche dal sindacato di costituzionalità. Si prefigura così un processo di progressiva costituzionalizzazione del diritto positivo che ne cambia profondamente la struttura identificativa.

Il costituzionalismo contemporaneo è un fenomeno giuridico ben più complesso della previsione di diritti fondamentali, poiché implica una trasformazione del concetto stesso di "legge giuridica". Sarebbe mistificante considerare la legge costituzionale solo come l'aggiunta di un gradino in più, il più alto, alla gerarchia delle norme. Il carattere superiore della legge costituzionale non la distingue dalla legge ordinaria in senso meramente ordinatorio, ma propriamente qualitativo. Il rapporto fra l'una e l'altra non è quello dell'univocità, ma quello dell'analogia. Il mondo delle regole giuridiche positive è da sempre popolato di forme molteplici non riconducibili ad un'unica categoria, ma la scienza giuridica è sempre andata alla ricerca della categoria principale. Ora si consolida la forma normativa dei principi di diritto, che il giuspositivismo tenta di ricondurre o di collegare in qualche modo alla forma della legge ordinaria

sempre considerata come centrale, mentre il giusnaturalismo ne difende l'autonomia normativa e la priorità.

La legge costituzionale non è ovviamente una legge naturale, perché è anch'essa artificiale e prodotta dalla volontà umana. Tuttavia, come la legge naturale, ha un carattere fondativo e direttivo nei confronti della convivenza civile. Il suo ruolo è quello di urbanizzare i valori, permettendo la loro trasformazione in norme giuridiche mediante i processi razionali della progressiva determinazione, del bilanciamento e della ponderazione. Essa è generativa di diritto. In tal modo il principio di autorità, o in altre parole il primato della volontà, viene limitato, controllato e completato dal principio di ragionevolezza, che deve intendersi come lo sviluppo in senso contenutistico del principio di eguaglianza, perché è chiamato a giustificare la fondatezza della discriminazione.

Se guardiamo alla prassi giurisprudenziale dei tribunali costituzionali di tutto il mondo, possiamo facilmente constatare la presenza di argomenti provenienti dalla filosofia morale e politica. Le motivazioni delle decisioni assomigliano spesso a trattazioni di diritto naturale, specie quelle relative agli *status* personali, ai problemi della vita, della nascita o della morte. La resistenza a riconoscere in tutto ciò un ritorno del diritto naturale deriva in buona parte dall'identificazione del giusnaturalismo con quei contenuti anti-pluralisti che l'hanno tradizionalmente accompagnato. Ma, se il diritto naturale si fonda sull'oggettivismo etico, allora tutte le pretese supportate da ragioni, e non già da mere preferenze, sono in qualche modo forme di diritto naturale o, almeno, pretendono legittimamente di esserlo. Tuttavia, più esattamente, si dovrebbe precisare che il rapporto fra diritto positivo e diritto naturale s'è convertito in quello fra diritto e morale.

La tendenza teleologica della ragione giuridica riceve un ulteriore incremento a causa della diffusione dei diritti umani nella pratica del diritto domestico e internazionale. Il rilievo centrale assunto dalla dignità umana innesca un processo di costituzionalizzazione della persona, che non solo implica il riconoscimento dell'esistenza di valori oggettivi, ma anche contraddittoriamente conferisce peso giuridico alla coscienza degli individui e alla loro autonomia (SPAEMANN 1996).

Oggettivismo dei valori e soggettivismo delle scelte convivono

no spesso in modo aspramente conflittuale. La condivisione di un'etica comune, che sembrava rafforzata dal consenso intorno ai diritti umani, in realtà si dissolve quando dalle proclamazioni teoriche si passa alla pratica dei diritti. Ed ora il diritto si trova nella difficoltà di amministrare il pluralismo etico che pure ha accreditato. I diritti umani non hanno frontiere e intessono un linguaggio trasversale, che mette in comunicazione sistemi giuridici dianzi concepiti come chiusi in se stessi. Il diritto positivo si apre a prospettive comunicative con tendenze universalistiche e anche omologanti (CASSESE 2005).

Il diritto internazionale, considerato dalla scienza giuridica fino ad Hart compreso come un diritto imperfetto, diventa il punto di riferimento del dialogo giuridico mondiale e, oltre che come diritto interstatale, si sviluppa nelle forme nuove del diritto transnazionale e sopranazionale, nonché di diritto delle Organizzazioni internazionali. Il diritto internazionale è attraversato da processi di costituzionalizzazione, che si manifestano tra l'altro nel riconoscimento di principi non derogabili, che d'altronde erano già presenti nel tradizionale *jus gentium*. Infatti, solo per fare un esempio, nel 1969 la *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* afferma che nel diritto internazionale vi sono norme imperative che hanno il carattere di *jus cogens*, per cui nessuna deroga è permessa sulla base di un accordo tra le parti (art. 53)⁶. In tal modo anche nel diritto internazionale sono ora riconosciute norme sovralegali con la conseguenza che, almeno in teoria, la volontà degli Stati non è più l'ultima parola. In generale, nonostante la frammentazione dei sistemi giuridici, vi sono processi di omologazione che permettono di prefigurare, seppur in modo ancora vago, un diritto globale (*global law*).

In tale contesto, qui solo superficialmente abbozzato, si offrono senza dubbio nuove opportunità per la teoria del diritto naturale, ma a patto che sia capace di esprimersi in modo nuovo e di mostrare un'interpretazione del diritto contemporaneo migliore di quella delle teorie rivali.

⁶La nozione di *jus cogens* era stata già anticipata prima della II guerra mondiale, e promossa dopo, da Alfred Verdross (1937 e 1966).

4.4. La terza teoria del diritto

L'opera miliare che apre una nuova fase nella cultura filosofico-giuridica contemporanea è *Taking Rights Seriously* di Ronald Dworkin (1977). Apparentemente essa si presenta come una revisione interna alla *analytic jurisprudence*, ma in realtà è un attacco al giuspositivismo di Hart. Essa persegue una terza via (MACKIE 1977) che non si limita a prendere le distanze sia dal giuspositivismo sia dal giusnaturalismo, ma ancor più in profondità intende rivoluzionare l'approccio epistemologico della teoria del diritto. In questo senso la concezione di Dworkin [1931-2013], a prescindere dai suoi particolari e contestabili aspetti, conserva tutt'oggi un significato paradigmatico del nuovo orientamento della filosofia del diritto degli ultimi due decenni del secolo.

Dworkin (1986, capp. II-III) distingue tra teorie semantiche del diritto, che intende contestare, e teorie interpretative, che intende accreditare. Le prime, che comprendono la maggior parte delle teorie giuspositivistiche da Austin e Kelsen ad Hart, si prefiggono lo scopo di definire il concetto di diritto attraverso i suoi criteri identificativi, come se il diritto fosse un oggetto preesistente da spiegare e come se vi fosse una "natura del diritto positivo". Le seconde, invece, ritengono che per descrivere una pratica sociale, qual è il diritto, bisogna assumere un approccio pratico che giustifichi i principi seguiti da coloro che usano il diritto (giuristi e giudici soprattutto) e la loro forza obbligatoria. In questo secondo caso la conoscenza pratica è intesa non soltanto in funzione applicativa, ma anche come una distinta forma di sapere umano basata su concetti interpretativi il cui contenuto è determinato in relazione a casi paradigmatici⁷. Dworkin si riallaccia, così, pur se in modo indipendente, alla prospettiva ermeneutica accompagnata da influenze del pragmatismo.

In tale contesto il problema tradizionale della separazione del diritto dalla morale e dalla politica perde quella centralità che ha nelle teorie semantiche. È, infatti, ben comprensibile che nella giustificazione di una pratica sociale qual è il diritto, soprattutto oggi, si debba far ricorso ad argomenti di carattere

⁷ Sulla distinzione tra *critical concepts*, *natural-kind concepts* e *interpretive concepts* cfr. DWORKIN 2011, 158-170.

morale o politico. Essi fanno parte del diritto allo stesso modo di quelli che siamo soliti considerare puramente giuridici. Ed allora, si pone la questione seguente: in che modo l'orientamento giusnaturalistico ha recepito le istanze di una teoria interpretativa del diritto? Infatti, le forme di giusnaturalismo finora esaminate hanno senza dubbio tutte un carattere semantico e classificatorio.

Ancora una volta dobbiamo distinguere un modo ampio d'intendere il giusnaturalismo da un modo ristretto e più specifico. Il primo ha un carattere esclusivamente meta-etico in quanto si riferisce al metodo di ricerca della ragion pratica, mentre il secondo ha anche un carattere etico in quanto si riferisce a determinati contenuti morali.

In senso ampio, possiamo considerare come giusnaturalistiche tutte le concezioni che rifiutano la separazione, descrittiva o normativa, tra diritto e morale. Ed allora saranno giusnaturalistiche anche tutte le concezioni non-positivistiche, cioè tutte quelle che in modo significativo chiamano in causa una morale oggettiva all'interno della teoria giuridica. Tuttavia l'identificazione del giusnaturalismo con la connessione tra diritto e morale, oggi frequente, è un fraintendimento della sua tradizione.

In senso più ristretto e appropriato il giusnaturalismo non solo è una teoria della morale, ma anche un'etica connessa in qualche modo con la "natura umana" e con la "ragione naturale" ed è anche una teoria del diritto, perché afferma, in più, il carattere giuridico del diritto naturale (cfr. SIMON 1992, cap. 5). Se è vero che il richiamo alla natura può essere inteso in senso ampio, sicché anche il rispetto della dignità umana o dei valori fondamentali si può ritenere come considerazione della "natura morale" dell'essere umano, il carattere giuridico del diritto naturale è proprio ciò che specifica in ultimissima istanza il giusnaturalismo. Da questo punto di vista le concezioni non-positivistiche non sono a rigore concezioni giusnaturalistiche.

La storia dei rapporti tra diritto e morale ha mostrato che non v'è una connessione necessaria tra il diritto naturale come teoria morale e il diritto naturale come teoria giuridica. Si può senza contraddizione accettare la teoria morale del diritto naturale e al contempo sostenere la tesi della separazione (SOPER 2007). Ma per la genuina tradizione del diritto naturale, antica e moderna, questo è "diritto" in senso proprio.

In virtù di tutte queste possibili combinazioni la zona intermedia tra giuspositivismo e giusnaturalismo oggi si allarga sempre più, anche a causa delle continue smentite che riceve il principio di avalutatività, da una parte, e, dall'altra, del rifiuto di riconoscere un carattere normativo alla natura umana secondo la critica della fallacia naturalistica. Il ricco dibattito interno al non-positivismo sembra rendere residuale la tradizionale contrapposizione fra i due estremi e suggerisce la convinzione di un suo definitivo superamento con l'apertura di una terza via. Tuttavia in questa terra di mezzo risorge in forme nuove l'atavico conflitto fra i due fratelli nemici con la distinzione tra visioni più o meno vicine all'uno o all'altro estremo.

Pertanto, il terzo ritorno del diritto naturale riguarda in certo qual modo anche le concezioni non-positivistiche con il risultato del sorgere di un dibattito interno al giusnaturalismo inteso in senso ampio. Lo stesso avviene nella casa del giuspositivismo tra l'orientamento esclusivista e quello inclusivista. Sia il giuspositivismo sia il giusnaturalismo devono affrontare una crisi d'identità. Nessuno dei due può negare del tutto le buone ragioni dell'altro e s'industria ad integrarle nella propria concezione nei modi più diversi con risultati a volte illuminanti e a volte confusi.

In generale, si deve notare che le ragioni del terzo ritorno del diritto naturale sono ben più complesse e articolate di quelle delle due fasi precedenti. Non si tratta soltanto di por mano ad una revisione del concetto di diritto, ma anche di affrontare l'impatto del pluralismo etico. Il coinvolgimento inevitabile della teoria giuridica nel conflitto morale conduce tutti i contendenti, anche loro malgrado, nelle braccia dell'argomentazione morale, che in passato s'identificava con il diritto naturale, attraverso concorrenti interpretazioni dei valori costituzionali fondamentali.

Non si può dire che, nell'area culturale che stiamo considerando, vi siano negli ultimi decenni del Novecento novità teorico-giuridiche di rilievo nel campo del giusnaturalismo in senso stretto. I proscrittori della tradizione del giusnaturalismo cattolico, come, in Italia, Francesco D'Agostino (2006), in Spagna, Francisco Carpintero Benítez (1999), Jesus Ballesteros (2001) e Andrés Ollero (1996), in Argentina, Carlos I. Massini-Correas

(2006), s'impegnano prevalentemente ed acutamente nella critica delle concezioni giuspositiviste soprattutto da un punto di vista antropologico ed etico, rivendicando la necessità di una fondazione filosofica della teoria giuridica. In tal modo il dibattito viene sviluppato prevalentemente sul piano dei fini e dei valori e non già della teoria giuridica in senso stretto.

Dall'area anglofona, a conferma della sua leadership culturale, proviene il più interessante tentativo di coniugare il rispetto della tradizione del diritto naturale, a partire da Platone, con la teoria giuridica contemporanea. Nel 1980 viene pubblicata l'opera fondamentale di John Finnis (2011), discepolo, come Raz e Dworkin, di Hart a testimonianza del carattere seminale del pensiero di quest'ultimo.

La rilevante novità del pensiero di Finnis [1940-], che intende coniugare l'orientamento tomista con il metodo analitico (VIOLA 2014), consiste nell'essere la prima vera e propria teoria del diritto positivo in un'ottica giusnaturalista o, più esattamente, "a natural law theory of positive law". "Non v'è un posto proprio per il positivismo al di fuori della teoria del diritto naturale" (FINNIS 2012, 71).

Come abbiamo visto, la tendenza prevalente nel giusnaturalismo cattolico del Novecento è stata quella di considerare il diritto positivo come uno strumento per la realizzazione di un diritto naturale stabilito su basi metafisiche e teologiche, cioè estrinseche alla scienza del diritto. Ed anche quando s'è insistito sulla laicità razionale dei principi della legge naturale, com'è avvenuto a partire dalla seconda metà del secolo, essa non ha prodotto una sua propria concezione del diritto positivo rivale rispetto a quella giuspositivistica. Finnis ha, invece, sostenuto che l'*analytical descriptive jurisprudence* ha bisogno della teoria del diritto naturale per stabilire i propri principi interni e per supportare le riflessioni pratiche di chi usa il diritto e ha bisogno di una giustificazione dell'autorità e del suo esercizio nel rispetto dei diritti naturali e del bene comune, nonché in generale in conformità al *Rule of law*. Dal punto di vista metodologico, la mossa decisiva è stata quella di rifiutare per la scienza giuridica il metodo della distinzione *per genus et differentiam specificam* e di adottare il metodo aristotelico e weberiano del tipo ideale o esemplare e dei casi secondari. Solo nella definizione piena del diritto si evidenzia la sua stretta connessione

con la morale nell'unico flusso del ragionamento pratico. Ma ciò non significa che la validità formale non sia già sufficiente per il sorgere dell'obbligo giuridico, pur bisognoso di una più profonda giustificazione.

Così Finnis disinnescava l'inquietante formula agostiniana "lex injusta non est lex", che ha reso impossibile un dialogo con il giuspositivismo. Ma, al contempo, rifiuta la netta distinzione tra diritto e non diritto, propria sia del giuspositivismo sia del giusnaturalismo tradizionale, e introduce l'idea di una gradualità dell'obbligo nella realizzazione della pienezza del diritto positivo, idea peraltro già presente in quello che abbiamo chiamato "giusnaturalismo ermeneutico". Vi sono, dunque, tutte le condizioni per una più adeguata ricezione nei paesi europei di *civil law* dell'orientamento di pensiero di Finnis, che per il momento è più influente nell'America del Sud e negli Stati Uniti. In Europa la problematica dominante resta quella del dibattito fra positivismo e non-positivismo, cioè del rapporto fra diritto e morale ruotante intorno alla tesi della separazione ed è a questo che dobbiamo ora rivolgere la nostra attenzione.

4.5. Non-positivismo e diritto naturale

L'evento storico emblematico di questo periodo è senza dubbio quello della caduta del muro di Berlino nel 1989. Esso può essere interpretato simbolicamente non solo come il desiderio della fine di una separazione politica e culturale, ma forse anche di ogni separazione. I confini non vengono meno, ma non sono più visti come divisione ed esclusione, ma come il luogo o *lingua franca* dell'incontro con il diverso per ascoltare le sue ragioni. I confini diventano la terra di mezzo.

Orientarsi in questa terra di mezzo, che non è più rigorosamente positivista e non certamente dichiaratamente giusnaturalista, non è facile. Le etichette non servono più. Quella di 'neocostituzionalismo' è ambigua ed infelice, perché può essere declinata in sensi opposti e indica con ciò soltanto il disagio del giuspositivismo contemporaneo. Bisogna guardare ai problemi effettivi suscitati dal nuovo oggetto di osservazione, cioè il diritto nello Stato costituzionale e nell'ordine giuridico globale. La teoria giuridica positivista è costretta ad operare qualche rile-

vante aggiustamento. Fin dove può spingersi senza diventare in qualche modo giusnaturalista?

Questa è una storia che appartiene propriamente all'evoluzione del giuspositivismo. Qui ci limiteremo ad individuare i momenti di maggiore avvicinamento alle posizioni giusnaturalistiche intese in senso ampio.

Le relazioni fra diritto e morale possono essere osservate da tre punti di vista: quello dei contenuti della normazione giuridica, quello dell'obbligatorietà del diritto e quello della struttura formale delle regole giuridiche (VIOLA 2017b). Fino a che punto la revisione del giuspositivismo in ognuno di questi tre ambiti lo avvicina pericolosamente al giusnaturalismo in senso stretto?

Per rispondere a questa domanda bisogna tener presente sia la teoria della morale presupposta, che – come si sa – per il giusnaturalismo è oggettivistica, sia il modo d'intendere il ruolo della teoria giuridica, che per il giusnaturalismo deve servire ad elaborare i criteri di giustificazione dell'obbedienza al diritto. È la congiunzione tra queste due tesi che configura propriamente una concezione come più vicina al giusnaturalismo in senso stretto. Non già l'una o l'altra prese separatamente.

Nella schiera dei non-positivisti, che si va ingrossando sempre più, sceglieremo come paradigma solo qualche esempio per ognuno dei tre punti di vista già indicati.

4.5.1. La pretesa di correttezza

Robert Alexy [1945-] rigetta sia la tesi descrittiva della separabilità del diritto dalla morale, sia la tesi normativa della separazione. In realtà tra diritto e morale vi sono connessioni necessarie sia sul piano concettuale, sia sul piano normativo. Il non-positivismo si distingue dal positivismo giuridico, perché ritiene che gli elementi fondamentali del concetto di diritto non sono solo la legalità conforme all'ordinamento e l'efficacia sociale delle norme giuridiche, ma anche l'elemento morale, che nella sostanza si concentra sui diritti umani basilari, divenuti principi di diritto positivo che sono "comandi di ottimizzazione" (ALEXY 1986). Del pari si distingue dal giusnaturalismo puro che ritiene essenziale il solo elemento morale. Ma bisogna nota-

re che questa non è certamente la tradizione del diritto naturale, che è sempre stata attenta alla positività del diritto. Ciò avvicina di fatto il non-positivismo di Alexy al giusnaturalismo in senso stretto.

L'immoralità dei contenuti normativi può condurre all'invalidità delle norme giuridiche quando esse sono ingiuste in modo estremo (e qui Alexy recepisce la *Formula di Radbruch*), ma normalmente produce un vizio che richiede di essere sanato con le risorse interne del sistema giuridico. Ciò è possibile in quanto il diritto positivo ha una trama aperta (*open texture*), cioè è necessariamente indeterminato. Il giudice, che è il prototipo del partecipante alla pratica giuridica, è chiamato dalla pretesa di correttezza a determinare il diritto mediante il ricorso a principi che sono etico-giuridici. Lo fa mediante la procedura del bilanciamento, che rivela la presenza di principi morali interni al sistema giuridico. L'uso di tali principi fa sì che la pretesa di correttezza divenga una pretesa di carattere morale, cioè di una morale che sia fondabile sul piano della giustificazione razionale e non già soltanto del consenso empirico proprio della morale positiva. Per questa via la teoria del diritto entra a far parte della più generale teoria dell'argomentazione morale, che ha come suo ideale regolativo l'orientamento verso una morale giusta. Infatti, la 'correttezza' (*Richtigkeit*) è nella sostanza un'accettabilità razionale fondata su buone ragioni (cfr. in generale ALEXY 1994).

Alexy – come s'è già visto – è l'autore di una ben nota teoria dell'argomentazione giuridica (1978) inserita all'interno di una teoria generale del discorso razionale pratico. La sua tesi è che il discorso giuridico è un caso particolare del discorso pratico generale, in cui l'esigenza di giustizia si esercita all'interno dei vincoli e delle condizioni dell'ordinamento giuridico considerato (*Sonderfallthese*). Ciò significa che nel diritto la libertà di discussione è ristretta da procedure particolari istituzionalizzate per conferire maggiore certezza alle aspettative dei cittadini, ma resta il fatto che il ragionamento giuridico appartiene a tutti gli effetti alla razionalità pratica e alla sua realizzazione nella realtà sociale.

La *Sonderfallthese* è stata criticata, tra gli altri, anche da Habermas (1992), che ha sostenuto, seguendo Neumann (1986, 90), l'eterogeneità tra la giustizia giuridica e quella morale, accusando Alexy di operare una subordinazione del diritto alla morale di stampo giusnaturalistico. Ma si potrebbe propriamente parlare

di questa subordinazione qualora l'elemento morale costitutivo del diritto avesse nella teoria di Alexy una priorità rispetto agli altri due, ma non è così. Al contrario, mentre il difetto morale è nei casi normali solo un vizio, che non elimina per ciò stesso la validità di una norma giuridica, il difetto dei caratteri formali della validità giuridica in senso stretto elimina la qualità giuridica di una norma. Da questo punto di vista la teoria di Alexy è meno vicina al giusnaturalismo in senso stretto. Tuttavia, se la confrontiamo con quella di Finnis, a parte tante altre differenze, c'è da notare un ben diverso rapporto fra il ragionamento pratico generale e quello specificatamente giuridico. Per Finnis quest'ultimo è una fase interna al flusso generale del ragionamento pratico e, per quanto isolabile, non conduce ancora ad un concetto di diritto in senso pieno. Per Alexy, invece, la *Sonderfallthese* è concepita come *Integrationsthese*, cioè come un rafforzamento delle debolezze del discorso pratico generale. Ciò vuol dire che il valore della concreta realizzazione della giustizia prevale sull'istanza della sua piena realizzazione. Il sistema giuridico è orientato verso la ragion pratica come suo ideale deontologico (ALEXY 1987, 407). Qui ancora riecheggia la distinzione neokantiana fra concetto e idea di diritto. Tuttavia, la presenza di fatto dei diritti fondamentali unita alla trama aperta del diritto e al ruolo dei principi permettono alla *Sonderfallthese* di avvicinarsi considerevolmente alla pienezza dell'istanza morale.

4.5.2. L'obbligatorietà del diritto

L'argentino Carlos Santiago Nino [1943-1993] prende le mosse dal rifiuto dell'essenzialismo concettuale e dalla considerazione che il convenzionalismo ha reso possibile una pluralità di concetti di diritto, tutti legittimi sulla base del punto di vista adottato. La scelta dipende dalle finalità che si assegnano alla teoria del diritto. Ciò rende compatibili il concetto descrittivo del diritto proprio del giuspositivismo, utile ai fini d'indagini di carattere storico, sociologico e comparatistico, e il concetto normativo proprio del giusnaturalismo, utile per la fondazione delle decisioni e delle pretese giuridiche. Di conseguenza, la disputa atavica appare nella sostanza "trivial" (NINO 1980, 543; cfr. anche CARRIÓ 1983).

Il concetto normativo di diritto è appropriato se miriamo a giustificare l'obbedienza al diritto, e non già soltanto ad esplicarla, e se ci poniamo dal punto di vista dei partecipanti alla pratica giuridica, che a loro volta possono partecipare sulla base di ragioni interne o per altri motivi estrinseci, ma che in ultima istanza sono sensibili alla pratica sociale del discorso morale (NINO 1984).

Su queste basi si può affermare che la risposta alla domanda "perché obbedire al diritto?" è morale e che il discorso morale, a cui deve ricondursi quello giuridico, è l'unico ad avere un carattere autonomo e pienamente giustificatorio.

Nino, ispirandosi al contempo ad Hobbes e a Kant, è sostenitore del costruttivismo etico, che non è certamente la metaetica del giusnaturalismo tradizionale (NINO 1991, 64-72). La costruzione del fatto morale è un'opera umana e, tuttavia, non è arbitraria in quanto è sottomessa a limiti e condizioni dettate dai suoi presupposti e dalle funzioni a cui è diretta, cioè la risoluzione dei conflitti e la promozione della cooperazione sociale. Il discorso morale ha, pertanto, una struttura ideale da cui si può derivare anche il modo di concepire gli agenti morali. Questi devono essere pensati come dotati di autonomia, cioè come capaci di una libera accettazione dei principi che guidano la loro condotta, e anche come capaci di comunicazione razionale, altrimenti il discorso morale sarebbe impossibile. Dunque, alla fin dei conti questo agente morale è quello stesso del giusnaturalismo kantiano. Il discorso morale va alla ricerca di valori intersoggettivi o verità morali, che hanno il ruolo di giustificazione ultima della giuridicità di un ordinamento giuridico.

La giustificazione dell'obbedienza alla legge non può riposare sulla legge stessa, altrimenti avremmo un processo all'infinito. Anche la catena delle norme di competenza non può essere infinita. Essa conduce a norme che non sono giuridiche nello stesso senso delle altre norme. In generale, si deve riconoscere che la costituzione non è la pratica più basilare di una società, ma essa poggia a sua volta su una pratica più fondamentale che determina l'osservanza della costituzione anche quand'essa è modificata in modo regolare. Questa è nella sostanza l'intuizione di Kelsen relativa alla norma fondamentale (*Grundnorm*), anche se essa è erroneamente configurata in senso ipotetico. In realtà la norma fondamentale, che dà validità alle successive

costituzioni, non è una norma giuridica secondo il concetto descrittivo e istituzionalizzato di diritto positivo, ma un principio extragiuridico di carattere morale.

Dunque, il concetto di validità, usato dal punto di vista interno, è un concetto normativo che presuppone norme extragiuridiche o morali. Ovviamente si tratta in prima istanza di una moralità positiva, che però è sottoposta alla pratica della deliberazione morale, cioè sottoposta a revisioni da parte della moralità critica intersoggettiva il cui terreno politico più favorevole è quello della democrazia deliberativa (NINO 1996). Ciò si attua soprattutto nei processi d'interpretazione e di applicazione del diritto.

Se si vuole riconoscere al diritto un'obbligatorietà vera e propria, che appartiene alla sfera della moralità e non già un mero esercizio della forza e della coercizione, allora bisogna abbandonare una concezione insulare del diritto per cui esso sarebbe appeso a se stesso. Ogni sistema giuridico possiede un potenziale normativo interno, che non è strettamente giuridico-formale e che rende possibile la forza obbligatoria delle sue norme (NINO 1994).

In conclusione, Nino sostiene che, se la teoria del diritto vuole avere un ruolo attivo, cioè giustificatorio dell'obbedienza al diritto, deve abbandonare il positivismo concettuale, che, essendo basato sulla tesi della separazione, non può dire se e quando dobbiamo seguire la norma giuridica. Se il diritto appartiene all'ambito della ragion pratica, conoscerlo vuol dire sapere quando esso si pone come una ragione morale per l'azione.

Molto vicina a questa concezione è quella di Manuel Atienza [1951-]. Anch'egli sostiene che l'accettazione della regola di riconoscimento richiede un giudizio morale (2001, 112) e riassume così, di recente, questa linea di pensiero:

“[...] le due ragioni principali per rigettare il non-cognitivismo etico (e il relativismo, ovviamente non inteso come una posizione di etica descrittiva) sono le seguenti: 1) esso non permette la ricostruzione di aspetti importanti della pratica giuridica (in particolare la giustificazione delle decisioni giuridiche); 2) è auto-confutatorio. L'alternativa dovrebbe essere un oggettivismo etico (minimo) che, al contrario del relativismo, difenda la tesi per cui i giudizi morali incorporano una pretesa di correttezza e, al contrario dell'assolutismo, difenda la tesi per cui i giudizi mo-

rali (come quelli delle corti di ultima istanza) dovrebbero incorporare ragioni conclusive (nel ragionamento pratico), ma sempre aperte alla critica e, conseguentemente, essere fallibili” (ATIENZA 2007, 244).

4.5.3. Una teoria giusnaturalistica del diritto positivo

Il terzo profilo da considerare riguarda la presenza della connessione fra diritto e morale nel modo di concepire la struttura stessa del diritto positivo. Questa è una linea di pensiero che ha trovato il suo pioniere nel giurista americano Lon Fuller [1902-1978], che aveva individuato nei principi formali del *Rule of law* una vera e propria moralità interna al diritto (FULLER 1969) fino al punto di parlare di “diritto naturale delle istituzioni e delle procedure” (FULLER 1981, 32). Ma ora questa prospettiva si allarga ulteriormente a causa della varietà delle forme del diritto contemporaneo, che si va diversificando sia all’interno di una comunità politica, sia all’esterno in ambito internazionale, transnazionale e sovranazionale. Le stesse regole giuridiche non hanno tutte la stessa forza obbligatoria e si presentano sempre più frequentemente casi di *soft law*.

In tale contesto appare evidente l’insufficienza del criterio della validità formale per l’identificazione del diritto positivo. Esso si basa sull’origine delle norme, che, oggi più che mai, non è unitaria né vi sono stabili gerarchie delle fonti. Conseguentemente, il punto focale si sposta dall’origine all’uso delle norme. Il carattere giuridico della regola si cerca piuttosto nel modo in cui essa deve essere praticata, cioè interpretata e applicata. Pertanto, la formula del *Rule of law* può essere intesa come una metaregola sull’uso delle regole giuridiche (VIOLA 2011, 5). Si tratta di una concezione normativa della pratica giuridica, che riguarda sia le condizioni di praticabilità delle regole, sia la presenza di istituzioni apposite di carattere politico e giurisdizionale. Appare sempre più evidente che il diritto positivo non è fatto solo di norme, ma anche di dottrine, di principi, di concetti e di istituzioni. Tutto ciò riguarda non solo i contenuti, ma anche la struttura formale del diritto.

A questi fini il riferimento ai tradizionali principi del *Rule of law* è senza dubbio una condizione preliminare, com’è dimostrato dal ricorso frequente a tale formula nei documenti giuri-

dici internazionali e nei trattati europei. Tuttavia sono questioni controverse quali siano oggi questi princìpi e quale sia il loro rapporto con il concetto di diritto.

Da una parte, l'evoluzione del diritto contemporaneo sembra richiedere una riformulazione di questi princìpi nel senso di un *Rule of constitutional law* e di un *Rule of international law* (VIOLA 2007), dall'altra, considerare tali princìpi come parte costitutiva del concetto di diritto vuol dire intendere questo in senso normativo e prefigurare – al modo di Fuller – un'etica propria del diritto positivo sensibile alle caratteristiche ontologiche o storiche della natura umana. D'altronde questo è anche il significato del richiamo di Hart al “contenuto minimo di diritto naturale”, poiché questa “necessità naturale”, di cui il diritto deve tener conto, è da intendersi non già in senso causale, ma razionale (POSTEMA 2011, 330). Si tratta del modo in cui la ragion pratica deve tener conto della natura umana.

Se poi si ritiene – al modo di Dworkin – che i princìpi di *Rule of law* non siano soltanto formali, ma anche sostanziali in quanto incorporano oggi i diritti umani e le garanzie proprie del costituzionalismo contemporaneo, allora l'etica propria del diritto positivo s'ispessisce sempre di più, ben al di là delle intenzioni di Fuller.

Secondo Luigi Ferrajoli [1940-] la validità giuridica delle norme poggia su un giudizio assiologico oggettivo, anche se interno al sistema giuridico (FERRAJOLI 1989, 353) ed è una “positivizzazione della legge della ragione” (FERRAJOLI 2010, 2782), compimento sostanzialistico del *Rule of law*.

A questo punto ci si trova di fronte ad un'alternativa drammatica per il non-positivismo⁸: o abbracciare il giuspositivismo ideologico o aprire le porte alle istanze giusnaturalistiche.

Chi ritiene che il potenziale etico del diritto sia tutto racchiuso nei princìpi costituzionali e attenda solo di essere esplicitato dalla logica deduttiva, deve dimostrare di poter evitare la tesi ideologica per cui una legge costituzionalmente valida è per ciò stesso giusta. Ma in effetti tutto ciò che è positivo non può sottrarsi alla critica della ragione e, quindi, neppure i princìpi

⁸ Ferrajoli preferisce parlare di “neo-giuspositivismo”.

costituzionali, che sono la positivizzazione dei valori fondamentali. D'altronde, se ammettiamo il cognitivismo all'interno del sistema giuridico, è poi difficile rifiutarlo all'esterno. Pertanto, un giusnaturalismo inteso come ricerca razionale del modo migliore di tutelare la dignità umana protegge dal giuspositivismo ideologico. Vi sono indubbiamente giudizi oggettivi riguardanti la violazione o la tutela della dignità umana e lo stesso diritto positivo presuppone che ve ne siano.

Chi, invece, ritiene che la positivizzazione dei valori fondamentali non ne imprigiona il senso, né elimina la loro sporgenza rispetto al dato positivo, si da esigere l'intervento del discorso etico in generale, allora ben difficilmente può restare giuspositivista. Ad esempio, il costituzionalista italiano Gustavo Zagrebelsky afferma: "In presenza di principi la realtà esprime valori e il diritto vale *come se* vigesse il diritto naturale. Ancora, e questa volta per un motivo attinente all'ugual modo di operare e non agli uguali contenuti, il diritto per principi incontra il diritto naturale" (ZAGREBELSKY 1992, 162), anche se poi incomprendibilmente non ritiene questa una ragione sufficiente per abbandonare il giuspositivismo.

L'unico modo per allontanare lo spettro del giusnaturalismo è quello di negare che il problema dell'obbligatorietà della legge appartenga propriamente alla teoria giuridica, confinandolo all'esterno, cioè nella politica o nella morale (cfr., ad esempio, GUASTINI 1996, 515), ma in tal modo la teoria positivista resta incompleta come spiegazione del diritto ed è inerte sul piano normativo (GARDNER 2001).

4.6. La trama aperta della ragion pratica

In conclusione, il non-positivismo ha messo in luce alcuni punti critici del giuspositivismo, legittimando il terzo ritorno del diritto naturale nella forma di una ricerca del diritto giusto interna alla determinazione del diritto positivo e elemento costitutivo della sua positività. Cercheremo ora di riassumere questi temi sensibili all'approccio giusnaturalista.

1) È una caratteristica del costituzionalismo l'esistenza positiva di una *lex superior* rispetto alla legislazione ordinaria. Il

problema è quello di stabilire lo status normativo di questo diritto sovralegale, che vincola il contenuto delle norme ordinarie. Intenderla al modo di Dworkin ed Alexy, cioè come un insieme di principi strutturalmente e qualitativamente diversi dalle norme ordinarie, anche per quanto riguarda la loro interpretazione ed applicazione, per i positivisti significa per ciò stesso aprire le porte alla morale (PRIETO SANCHÍS 1997). Quindi, il giuspositivismo è costretto a scegliere tra elaborare una teoria differente dei principi costituzionali o dichiarare apertamente la propria incompatibilità con il costituzionalismo (TROPER 1992, 37), cosa francamente paradossale, perché una teoria basata sui fatti non può poi rifiutarli.

2) La seconda caratteristica, strettamente discendente dalla prima, è la riconduzione dell'argomentazione giuridica all'interno di quella morale. È stato notato che le sentenze costituzionali sono spesso sede di valutazioni morali quando si deve giudicare della conformità della legge ordinaria ai valori costituzionali, e che questi ragionamenti sono molto simili a quelli tipici del giusnaturalismo moderno. Secondo Atienza “[...] la configurazione del diritto come argomentazione è connessa con un oggettivismo minimo in campo etico” (2006, 53).

3) La positivizzazione dei diritti umani non solo non fa venir meno l'esigenza della ricerca di una legge non-positiva, ma al contrario la rafforza. I diritti non sono originari, ma sono il riflesso etico-giuridico di valori. Il linguaggio dei valori oggi ha preso il posto di quello della legge naturale. Essi si traducono in ragioni che giustificano l'attribuzione o il riconoscimento di diritti.

Ciò non implica un ritorno della filosofia dei valori. Questa, che pur aveva esercitato una rilevante influenza sulla filosofia del diritto al tempo di Dilthey, del neokantismo della Scuola di Baden e di Scheler, si era irrigidita – come abbiamo già notato – con Hartmann, per cui il valore è un assoluto che sussiste di per se stesso (*Ansichsein*) ed è indipendente dal riconoscimento del soggetto (HARTMANN 1949, 154). In tal modo diviene impossibile un dialogo tra i valori e i fatti della storia, che era proprio il problema da affrontare. L'urbanizzazione dei valori, al fine di stemperarne il carattere violento e conflittuale (cfr. SCHMITT 2011), è stato l'obiettivo del movimento di riabilitazione della filosofia pratica (cfr. anche MENGONI 1985).

4) Un'altra possibile opportunità per il giusnaturalismo è rappresentata dal principio di ragionevolezza, che è diventato il punto di riferimento dei processi di bilanciamento dei diritti e dell'argomentazione tipica delle corti costituzionali. Affinché la soluzione dei conflitti fra diritti fondamentali sia considerata "ragionevole", occorre che i giudizi di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto, in cui si articola il principio di ragionevolezza, soddisfino la loro pretesa di oggettività. Poiché si tratta di giudizi valutativi, ciò richiede una prospettiva cognitivista. Né vale obiettare che si tratta soltanto di giudizi strumentali sui mezzi adottati, perché almeno il giudizio di proporzionalità in senso stretto richiede una valutazione anche del fine perseguito dal legislatore, della sua importanza e del grado in cui è bene soddisfarlo. Il bilanciamento non è un'operazione meccanica o meramente procedurale, ma richiede un giudizio di rilevanza che è un giudizio di valore.

Lo stesso principio di eguaglianza, che è alla radice di quello di ragionevolezza, implica giudizi di valore sulla oggettiva differenza delle situazioni da comparare che giustifica il differente trattamento. Qualora non fosse possibile un'oggettività delle valutazioni pratiche, tutta l'impresa dello Stato costituzionale di diritto sarebbe destituita di fondamento razionale.

La constatazione che queste valutazioni morali sono pur sempre soggette a restrizioni e a vincoli dettati dal diritto positivo non è incompatibile con il giusnaturalismo inteso in senso stretto, che difende la presenza del diritto naturale all'interno della stessa positività giuridica.

5) Il pluralismo contemporaneo rifiuta il principio di autorità e richiede una composizione in termini di ragione. La formula hobbesiana *Auctoritas non veritas facit legem* non è compatibile con lo Stato costituzionale di diritto. L'autorità assume come compito principale di custodire la praticabilità e il rispetto delle regole del discorso pratico, che permettono un dialogo tra le differenti concezioni della vita, e risulta sottodeterminato il suo ruolo meramente imperativo. Si valorizza l'esercizio della ragione naturale che deve però tener conto dei limiti e vincoli del diritto positivo.

6) Infine, anche il dibattito attuale sull'universalità dei diritti umani registra una riconsiderazione della tradizione del diritto naturale. Se i diritti umani sono universali, allora è plausibile la

ricerca di un fondamento o di una giustificazione di essi nella comune umanità. Ciò non significa necessariamente l'appello ad una natura umana intesa in senso biologico o teleologico, ma implica certamente la ricerca e l'identificazione di valori comuni a tutti gli uomini. Resta, però, pur sempre aperta la questione se il riconoscimento della libertà non presupponga quello della natura umana, essendo possibile solo tra esseri naturali siffatti (SPAEMANN 1994a, 79). D'altra parte, negare l'universalità dei diritti umani in ogni sua possibile declinazione, e sostenere il loro particolarismo relativistico, non aiuta a spiegare né la loro origine né la loro diffusione attuale, ma solo il loro possibile uso ideologico. Non è un caso che si moltiplichino gli studi di filosofia del diritto internazionale e si sviluppino teorie cosmopolitiche del diritto.

In conclusione, il non-positivismo esibisce – come abbiamo visto – tre modi d'intendere la connessione fra diritto e morale: quello dell'integrazione per cui il diritto si distingue dalla morale per l'esigenza di dare efficacia al discorso pratico; quello dell'inglobamento del diritto nella morale sociale che ne fonda l'obbligatorietà; quello dell'assorbimento (in tutto o in parte) della morale nel diritto che assume una valenza etica interna.

Questi tre orientamenti sono vicini in varia misura al giusnaturalismo, ma non lo sono in senso pieno. Non lo sono soprattutto per il rigetto diffuso di riconoscere alla "natura umana" un qualche ruolo nella teoria giuridica. Al posto del diritto naturale c'è la legge morale, che però è ancora percepita come un corpo estraneo dalla teoria giuridica. Questa cerca di difendersi con la tesi della separazione, ma, così facendo, perde la sua piena capacità esplicativa del fenomeno giuridico. Non resta che rinunciare alla piena autonomia della teoria giuridica, riconoscendo la sua dipendenza dalla filosofia politica e dalla filosofia morale.

Il diritto deve dialogare con la morale se non vuole esso stesso diventare una morale, così come la politica deve dialogare con la religione se non vuole diventare essa stessa una religione. La ragion pratica non può articolarsi in settori del tutto separati l'uno dall'altro (SPAEMANN 1994b). Così, però, si mette in serio pericolo il lascito che il Novecento aveva ricevuto dalla teoria della scienza giuridica dell'Ottocento e si aprono nuovi scenari ancora molto incerti.

La terza rinascita del diritto naturale – come abbiamo visto – è diffusa, ma ancora molto incompiuta rispetto alla tradizione antica e moderna. Tuttavia le tradizioni, come le teorie, cambiano. Finché conserverà senso la distinzione tra azioni giuste e azioni ingiuste e finché si riconoscerà qualcosa di indisponibile nel diritto positivo, che è per definizione disponibile, allora ciò che anima le teorie del diritto naturale permetterà sempre una sua nuova resurrezione. Ma questa storia non è finita, perché i primi vent'anni del sec. XXI registrano la formazione e il consolidamento di vere e proprie teorie del diritto naturale.

V

TEORIE CONTEMPORANEE DEL DIRITTO NATURALE

Sommario

5.1. La fondazione filosofica della legge naturale. – 5.2. Le nuove teorie giuridiche del diritto naturale. – 5.2.1. L'orientamento epistemologico. – 5.2.2. L'orientamento ontologico. – 5.2.3. L'orientamento ideale. – 5.3. Conclusione.

Abbiamo visto che negli ultimi decenni del Novecento la crisi del giuspositivismo, determinata in buona parte dalla fine del monopolio statale del diritto e dal pluralismo giuridico, ha permesso la disseminazione di istanze legate in qualche modo al giusnaturalismo o, comunque, all'orientamento che gli è proprio. Tuttavia, la fine dell'etica comune e la diffusione del pluralismo etico non sono un terreno favorevole al giusnaturalismo e richiedono, comunque, almeno un suo assestamento al fine di far fronte alla nuova situazione culturale.

È interessante notare che, agli inizi del nuovo secolo, gli studi sul diritto naturale si presentano come particolarmente fiorenti nei paesi di lingua inglese, e segnatamente negli Stati Uniti. Sebbene il pensiero di Aristotele e di Tommaso d'Aquino costituisca il punto di riferimento prevalente, anche se non esclusivo (cfr. COVELL 1992), l'intento è quello di attualizzare e rinnovare un'antica dottrina con piena libertà e senza eccessivi vincoli filologici e storiografici. Ciò che importa è l'aiuto che una gloriosa tradizione di pensiero può offrire nel rispondere ai problemi etici del nostro tempo. Nella vecchia Europa, che pure è stata la terra natale del diritto naturale, questa fiducia è da

tempo venuta meno. Bisogna aggiungere per completezza che invece nell'America del Sud l'attenzione per il diritto naturale, che non è mai venuta meno, è oggi crescente, anche se gli studi hanno spesso un carattere meno innovativo e ancora strettamente legato a quella tradizione metafisica che in Europa è venuta meno.

Le teorie del diritto naturale dei primi due decenni del Duemila si possono considerare come uno sviluppo ed un consolidamento della terza rinascita ed in questo senso ne sono un epigono. Come s'è detto, il loro riferimento principale è al pensiero di Tommaso d'Aquino, alcune in modo molto debole ed altre in modo più diretto. Il fatto è che la concezione tomista resta ancora oggi la dottrina più compiuta del diritto naturale sia per la sua fondazione metafisica e antropologica, sia per i suoi contenuti etici. Ma ora la sua compattezza è duramente messa alla prova a causa di una divaricazione al suo interno tra l'approccio strettamente filosofico e quello prevalentemente teorico-giuridico al diritto naturale. Tale divaricazione non deve essere intesa come un'incompatibilità, ma piuttosto come un'incomunicabilità dovuta principalmente ai differenti interessi dei due tipi di ricerca. D'altronde è tramontato il tempo in cui le filosofie settoriali erano in linea di principio un'applicazione di quelle generali ed è venuto il tempo in cui le prime rivendicano una loro autonomia sulla base delle esigenze del loro oggetto di studio. Ciò ha riguardato soprattutto la filosofia politica e quella giuridica.

L'approccio puramente filosofico è interessato alla revisione della metafisica e dell'epistemologia di s. Tommaso e al loro collegamento con la dottrina del diritto naturale; quello filosofico-giuridico è direttamente rivolto a mostrare la presenza del diritto naturale all'interno del diritto positivo. Per il primo la dottrina del diritto naturale è fondamentalmente una teoria morale, per il secondo una vera e propria teoria giuridica. Per il primo la preoccupazione principale è quella di mostrare che l'aggiornamento filosofico proposto è *ad mentem Divi Thomae*, cioè resta fedele allo spirito del tomismo o ne è una migliore interpretazione, per il secondo l'intento dominante è quello di elaborare una migliore concezione del diritto positivo. Di conseguenza, l'approccio teorico-giuridico è condotto a sviluppare ed applicare, non rare volte in modo creativo, i principi del di-

ritto naturale tomista con l'inevitabile risultato di controversie interne a questo orientamento di pensiero.

A quest'ultimo ora dedicheremo la nostra attenzione non senza però prima avere accennato alle più rilevanti riflessioni strettamente filosofiche sul diritto naturale, che però non hanno avuto ricadute significative sul piano della teoria giuridica.

5.1. La fondazione filosofica della legge naturale

Nel campo filosofico generale la questione centrale è ben comprensibilmente quella del ruolo del concetto di natura umana nella giustificazione normativa dei principi della legge naturale. Si trattava, infatti, di rintuzzare le critiche provenienti dall'accusa di fallacia naturalistica, che erano rivolte all'etica derivata dalla metafisica classica (HITTINGER 1987, 8).

La difesa degli interpreti di Tommaso può essere distinta in due differenti e opposte strategie: da una parte quella di mostrare che una metafisica speculativa, basata sull'essenza di un ente come principio della sua attività, porta già in se stessa la dimensione normativa e, dall'altra, quella di sostenere che non è possibile giustificare la normatività senza presupporre i primi principi della ragion pratica, che non sono puramente e semplicemente derivati da quelli speculativi. Ma in tal modo, se si evitava la fallacia naturalistica, bisognava aver cura di non cadere nell'opposta fallacia normativistica, per cui dal dover essere si inferisce l'essere o la natura umana, cosa inevitabile se non si distingue adeguatamente tra dover essere e bene umano.

Un rappresentante influente della prima linea di pensiero è Ralph McInerny [1929-2010], che, pur prendendo le distanze dall'approccio neoscolastico e recependo quello di Jacques Maritain, ha efficacemente ricostruito l'interpretazione tradizionale del tomismo in modo da renderla accessibile al lettore contemporaneo, soprattutto per quanto riguarda il pensiero etico (MCINERNY 1997).

Uno dei rappresentanti più autorevoli della seconda linea di pensiero è il filosofo svizzero Martin Rhonheimer [1950-]. Egli, già dal 1987, aveva sostenuto che, secondo s. Tommaso, per l'uomo agire secondo natura vuol dire agire secondo la ragione, che è la sua forma essenziale (a differenza di quanto

sostenuto da ALFONS AUER 1971), e che, essendo la ragion pratica aperta ad una pluralità di concezioni del bene, solo attraverso l'argomentazione razionale, guidata dalle virtù, possiamo determinare ciò che è bene per l'uomo e quindi qual è la sua natura. La conoscenza della natura umana è il risultato, e non già il punto di partenza, della conoscenza del bene morale (RHONHEIMER 2001, cap. II). Attraverso un'ampia documentazione si sostiene la tesi che la legge naturale è la legge della ragione, la quale, essendo la forma della natura umana, conferisce a questa una struttura personalistica ed è sorretta dall'etica aristotelica delle virtù (RHONHEIMER 1994). Questa particolare attenzione a prendere le distanze da un concetto "naturalistico" di legge naturale è per alcuni aspetti simile all'orientamento già perseguito da John Finnis nel 1980, a cui s'è già accennato e a cui ritorneremo.

Queste due linee interpretative della legge naturale secondo s. Tommaso trovano il loro corrispettivo nelle teorie giuridiche, anche se – come s'è già notato – non in modo diretto ma obliquo. L'interpretazione tradizionale, che – come abbiamo visto – è più presente e diffusa nell'America del Sud, anima copiosi studi riguardanti la metodologia giuridica, i diritti umani e la deontologia delle professioni legali, ma non ha prodotto nuove teorie del diritto. Tra gli studiosi di rilievo è da segnalare l'opera di Carlos Ignacio Massini-Correas [1944-], che ha acutamente ed efficacemente difeso la prospettiva tradizionale della legge naturale dagli attacchi interni ed esterni (cfr., ad esempio, MASSINI 2006). La seconda linea interpretativa, cioè quella che valorizza la ragion pratica, si ritrova in quelle che possono essere genericamente considerate come le "nuove teorie del diritto naturale". Queste, non solo si misurano alla pari con la filosofia morale e politica contemporanea (GEORGE 1992 e 1996b), ma soprattutto si pongono sullo stesso piano delle teorie giuspositivistiche, rivendicando rispetto ad esse una più adeguata comprensione del diritto positivo, tanto da presentarsi come "natural law theories of positive law" e come "natural law jurisprudence". È una caratteristica dei primi due decenni del Duemila lo sviluppo di queste teorie in modo molto diversificato ed articolato. Per questo cercheremo ora di ricostruirne il panorama essenziale.

5.2. Le nuove teorie giuridiche del diritto naturale

Secondo le nuove teorie del diritto naturale, in questo non dimentiche della loro tradizione, la questione dell'obbligatorietà del diritto positivo e quella delle ragioni dell'obbedienza alla legge sono parte integrante ed essenziale di una teoria del diritto. Quindi, sono incomplete o insufficienti tutte quelle teorie che rinviano tale questione alla sfera morale o politica, come spesso avviene nel giuspositivismo. Il diritto positivo pretende di essere obbligatorio in modo simile alla morale, tanto da poter entrare in competizione con essa. C'è un'obbligatorietà che è propria del diritto in quanto tale, anche se essa è spesso solo *prima facie*.

A sua volta la questione dell'obbligatorietà del diritto chiama in causa non solo la sua forma, ma anche in qualche modo il suo contenuto. È questa, infatti, la ragione per cui è espunta dalla teoria giuspositivistica secondo la nota tesi di John Austin. Ma, quando si fa risiedere tutto il concetto di diritto nella mera validità formale, cioè nella derivazione dalle fonti, allora il diritto diviene del tutto inerte sul piano normativo, cioè non ha alcun ruolo di guida del comportamento umano, e perde questa sua funzione primaria. Non resta che affidarsi al meccanismo delle sanzioni di carattere causale. Ma in tal modo si scambia una condizione che ogni accettabile concetto di diritto deve avere, cioè fare pur sempre riferimento al diritto "posto", con il concetto di diritto in quanto tale. Se una teoria del diritto deve occuparsi dell'obbligatorietà giuridica nel suo senso pieno, dovrà affrontare anche considerazioni legate al merito. Mostrare in che modo il merito deve entrare a far parte della definizione del diritto è l'arduo compito delle nuove teorie del diritto naturale.

Questa visione allargata dello spettro della teoria del diritto implica il rigetto dell'ideale kelseniano dell'autonomia della scienza giuridica rispetto alla filosofia politica e alla filosofia morale, cosa in cui erroneamente si è fatta risiedere la sua scientificità. Il costituzionalismo contemporaneo è una palese smentita di questo ideale, poiché ha capovolto il paradigma dominante nella cultura giuridica, da quello puramente descrittivo in quello decisamente normativo, com'è proprio anche della filosofia politica (FERRAJOLI 2012, 249-250). D'altronde, il diritto,

che è manifestamente volto a dare continuità, stabilità e regolarità alla vita associata (FINNIS 2012, 67-69), si giustifica per il suo fine e da esso trae la sua normatività (FINNIS 2003).

La plausibilità del programma di ricerca delle nuove teorie del diritto naturale si fonda non solo sull'ampio riconoscimento della priorità della persona umana e della sua dignità, ma anche sull'evoluzione attuale del diritto positivo, sempre più coinvolto in giudizi di valore sia per l'avvento dei diritti umani, sia per le questioni di costituzionalità, tutti fattori che hanno attivato – come s'è già visto – una critica interna anche da parte del positivismo giuridico. In particolare, due tesi provenienti dal mondo giuspositivista hanno contribuito ad alimentare, senza direttamente volerlo, queste nuove versioni del diritto naturale, costituendo in certo qual modo un terreno comune di dialogo con il giuspositivismo, a differenza del giusnaturalismo del passato.

La prima è il rilievo dato da Hart al “punto di vista interno” nella considerazione della regola giuridica. Indipendentemente dall'intento di Hart, il punto di vista interno mette in primo piano il ruolo del partecipante alla pratica giuridica, delle sue intenzioni e ragioni nell'uso delle regole. Questa prospettiva permette alla teoria giuridica una spiegazione del ruolo di guida dell'azione umana ben più adeguata di quella meramente empirica, perché chiama in causa le intenzioni e le finalità dell'agire (RODRÍGUEZ-BLANCO 2017, 161). Da essa discendono altre conseguenze di rilievo per la stessa considerazione del diritto, ben al di là di quelle a cui Hart pensava. Innanzi tutto, l'identificazione di questi partecipanti alla pratica giuridica deve riguardare tutti i cittadini e non già soltanto i funzionari pubblici. Sarebbe controintuitivo escludere proprio coloro a cui il diritto si rivolge direttamente, coloro le cui azioni sono coordinate dal diritto. D'altronde, la questione dell'obbedienza al diritto riguarda soprattutto questi destinatari. Inoltre, il punto di vista interno mette in primo piano non la regola già costituita, ma il suo uso che contribuisce ad interpretarla, specificarla, svilupparla e, a volte, a modificarne lo stesso significato originario. Tali destinatari partecipano, dunque, in un certo senso alla stessa formazione della regola. In tal modo il diritto si presenta come opera della ragion pratica, il cui obiettivo è l'azione da compiere e non già semplicemente l'apprensione di una diretti-

va. Infine, mettersi dal punto di vista del partecipante, e non già dalla prospettiva della terza persona, implica l'abbandono del mero descrittivismo nella teoria giuridica. La descrizione del diritto implica giudizi di rilevanza che non sono puramente fattuali.

La seconda tesi di rilievo è la ben nota distinzione di Dworkin tra principi e regole. Indipendentemente dagli intenti di Dworkin, della cui teoria si discute ancora oggi la collocazione giusnaturalistica o meno (cfr., ad esempio, HIMMA 2003), questa distinzione ha spodestato la norma generale ed astratta dalla sua esclusiva centralità teorica e, conseguentemente, ridimensionato la problematica della validità formale.

In realtà il diritto è popolato da ben differenti formazioni normative: quelle che hanno una fattispecie ed una sanzione (come le regole), quelle che non hanno fattispecie (come i principi costituzionali) e quelle che non hanno sanzione (come il *soft law*), quelle che sono trincerate rispetto alla discrezionalità interpretativa e quelle che chiamano in causa una deliberazione dell'interprete (come le clausole generali). Nessuna di queste forme della normatività giuridica può pretendere di essere autosufficiente o di ricondurre a sé le altre, privandole di una loro identità normativa. Ma in particolare i principi hanno una elevata capacità giusgenerativa nei processi di positivizzazione del diritto. I principi non solo richiedono criteri d'identificazione non puramente formali, ma soprattutto, trattandosi di orientamenti ideali, richiedono l'uso del ragionamento pratico. Di conseguenza il diritto è più un processo generativo che un prodotto già confezionato. Nei confronti di un prodotto si va in cerca della fonte o del pedigree (*source thesis*), mentre nei confronti di un processo ci si interroga sui criteri di correttezza dell'opera da compiere. In tal modo la stessa teoria del diritto ha un carattere normativo. Dworkin stesso ha notato che, mentre alle regole si obbedisce, ai principi si aderisce. Ciò significa che nel diritto il ruolo della ragione non è meramente sussidiario a quello della volontà.

Giustificazione razionale dell'obbligatorietà del diritto, punto di vista del partecipante, cioè rilievo della ragion pratica, e carattere normativo della teoria giuridica sono le condizioni minime strettamente necessarie ad aprire le porte nel tempo presente ad un rinnovamento della tradizione del diritto naturale.

Ciò che accomuna le nuove teorie del diritto naturale è questa tesi: “il diritto necessariamente è uno standard razionale di condotta” (MURPHY 2003, 244; CROWE 2017, 114). Questa tesi, pur essendo utile a prendere le distanze dal giuspositivismo e dal volontarismo, non è sufficiente ad identificare una teoria come riguardante il diritto naturale e, ancor meno, come riguardante il diritto positivo. Essa richiede alcune importanti specificazioni. La prima di tutte è che il richiamo alla ragione si riferisce al campo della ragion pratica, cioè delle ragioni che governano le scelte e le azioni. La seconda è che queste ragioni sono fondate in ultima istanza sul bene, che è il fine proprio dell’azione umana.

Le nuove teorie del diritto naturale, che si articolano entro questa cornice, non si basano sull’idea tradizionale del diritto naturale inteso come un insieme di precetti dettati dalla volontà di Dio e iscritti nella natura umana, ma si basano esclusivamente sulle sole risorse della ragione umana. Esse possono essere distinte nell’orientamento epistemologico, in quello ontologico e in quello ideale (o aspirazionale). Ovviamente questa classificazione ha solo un carattere espositivo, che impoverisce la ricchezza e complessità delle interrelazioni fra queste teorie.

5.2.1. L’orientamento epistemologico

Il rinnovamento degli studi di diritto naturale è dovuto – come s’è già detto – all’opera pionieristica e seminale di John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* del 1980 (FINNIS 2011), che può essere considerata come un esempio paradigmatico delle nuove teorie del diritto naturale, perché ha messo a fuoco tutti i punti più rilevanti intorno a cui ruota ancora oggi il dibattito. Secondo Finnis una teoria del diritto positivo presuppone una concezione dell’etica e dipende da una filosofia politica¹.

Questa nuova teoria del diritto naturale, autodefinitasi anche come “teoria neoclassica del diritto naturale”, è in realtà opera di un gruppo di studiosi per quanto riguarda la reinterpretazione del pensiero di Tommaso d’Aquino e l’impianto filosofico

¹ È da notarsi, rispetto al passato, l’assenza di una presupposizione metafisica.

generale, ma è stata sviluppata nell'ambito strettamente giuridico da Finnis, seguito da Robert P. George (1996a), che ne è il suo più fedele interprete, e deve a questo sviluppo tutta la sua notorietà.

Nonostante si prenda l'avvio da un articolo del teologo francescano Germain Grisez riguardante l'interpretazione del primo principio della legge naturale secondo Tommaso d'Aquino (GRISEZ 1969), l'intento di questo gruppo di ricerca non è certamente quello filologico, ma solo quello di far riferimento ad una tradizione di pensiero, discostandosi da essa sotto alcuni rilevanti aspetti (GRISEZ, BOYLE, FINNIS 1987). Si assume esplicitamente la responsabilità di un pensiero indipendente (FINNIS, GRISEZ 1981, 31).

Ai nostri fini non è tanto importante il dibattito interno a questo gruppo di studiosi, che pure è stato intenso e segnato anche da rilevanti differenze sul piano filosofico ed etico (cfr., ad esempio, GRISEZ E BOYLE 1998), quanto piuttosto l'irradiazione che l'approccio al diritto naturale, soprattutto quello di Finnis, ha prodotto all'esterno, generando un programma di ricerca a cui partecipano anche altri studiosi di filosofia del diritto, che, pur accettando l'impianto generale, propongono variazioni molto significative per quanto riguarda la concezione dell'etica, del diritto e della politica. Pertanto, il panorama attuale delle nuove teorie del diritto naturale risulta molto articolato. L'indipendenza di pensiero degli iniziatori di questa teoria del diritto naturale si è comunicata ai seguaci anche più lontani fino al punto che le radici tomiste appaiono sempre più esili.

Ci soffermeremo ora soltanto sugli aspetti fondamentali più controversi all'interno di questo comune e allargato orizzonte di pensiero.

Alla base della teoria etica di Finnis c'è – come s'è già visto – il capovolgimento dell'orientamento tradizionale, che deduceva dalla natura umana i principi della legge naturale. Al contrario, è dai beni fondamentali appresi dall'essere umano che arriviamo a comprendere quale natura esso abbia (FINNIS 2011, 34). Tali beni sono ciò che conosciamo come principi evidenti della ragion pratica, principi che conferiscono intellegibilità alle azioni umane. La pluralità dei beni, i principi della ragionevolezza pratica e il primato del bene sul giusto esigono il rifiuto sia del consequenzialismo utilitarista, sia del deontologismo kantiano.

Per inciso bisogna notare che nell'ambito di questo orientamento di pensiero si preferisce parlare del "bene" piuttosto che del "valore". In effetti nella sostituzione del primo con quest'ultimo c'è una perdita che non deve essere trascurata. Nel valore si fa pur sempre riferimento ad una soggettività per cui qualcosa vale (o deve valere) e qui c'è il rischio del soggettivismo etico. I valori, inoltre, sono di per sé indipendenti l'uno dall'altro, ognuno di essi tende ad essere realizzato nella sua absolutezza, soppiantando gli altri, sicché i valori, quando s'incontrano, confliggono, e comunque non si integrano, e si parla, sulla scia di Weber, di "politeismo dei valori", che oggi viene ritenuto adatto a designare il pluralismo etico presente nella società contemporanea. Il bene, invece, pur essendo multiforme, è analogico. Nessuna forma particolare di bene esaurisce il bene, sicché la metafisica classica ha visto nel concetto di bene un carattere trascendentale. La vita umana è buona quando realizza in modo unitario e armonico la pluralità dei beni fondamentali e la società è buona quando persegue il bene comune. Nel politeismo dei valori il concetto di bene comune è un nonsenso.

Questi beni fondamentali sono intesi come orizzonti generali di bene all'interno dei quali si deve articolare la vita morale mediante la formulazione di norme, che guidino le scelte morali nel rispetto dei requisiti della ragionevolezza pratica. In tal modo questi beni svolgono il ruolo di fini ultimi della vita umana. Qui risiede propriamente la dimensione "giusnaturalistica" di questa concezione. Ma non bisogna dimenticare che – secondo Finnis – non sono beni perché realizzano la vita umana, ma la realizzano perché sono beni in sé. L'essere umano desidera *per sé* beni *in sé*. Questa è una caratteristica essenziale della sua "natura".

Com'è noto, anche John Rawls ha fatto riferimento a "beni primari" (RAWLS 1999, 54-55), ma li ha intesi in senso molto ristretto e funzionale all'elaborazione di qualsivoglia piano di vita, escludendone dunque il carattere di fini ultimi per salvaguardare l'imparzialità e la neutralità nei confronti di tutte le concezioni della vita etica. Anche Martha Nussbaum ha escluso che esistano fini comuni a tutti gli esseri umani, ma ha riconosciuto che vi è un insieme di esperienze esistenziali comuni, che a loro volta richiedono comuni capacità funzionali al compimento del mestiere di uomo. Qui, in ragione dell'influsso aristo-

telico, ritorna in certo qual modo l'attenzione per la natura umana, intesa però come un complesso di capacità e di funzionamenti, cioè di potenzialità suscettibili delle più diverse e opposte attualizzazioni (NUSSBAUM 1997).

La lista stilata da Finnis (2011, 81-99), che comprende i beni della vita, della conoscenza, del gioco, dell'esperienza estetica, della socialità, della ragionevolezza pratica e della religione, è in linea di massima condivisa da tutti i seguaci della sua linea di pensiero. Le differenze sono principalmente nella formulazione di questi beni fondamentali (ad esempio, a proposito del bene della vita) e nella considerazione del piacere come uno di questi beni fondamentali, cosa esclusa da Finnis (2011, 96) e invece ammessa da Jonathan Crowe (2019, 43).

Il punto più controverso è quello relativo al modo di conoscerli. Secondo Finnis si tratta di principi non dimostrabili, ma evidenti, in quanto necessariamente implicati per l'intelligibilità delle nostre azioni, com'è d'altronde proprio dei principi primi (FINNIS 2011, 64-9). Invece, secondo Mark Murphy [1968-], questi principi sono basati su una corrispondenza tra l'apprensione teoretica di ciò che costituisce la fioritura umana e la conoscenza pratica che si tratta di un bene da perseguire. In tal modo si intende mantenere quella correlazione tra intelletto teoretico e pratico propria della tradizione filosofica. Infatti Murphy definisce la sua concezione come "real identity thesis" (2001, 40-45 e 137). Jonathan Crowe [1979-] si appella, invece, all'esistenza di inclinazioni normative intese come disposizioni umane ad agire in certi modi e a credere che tali azioni siano cariche di valore e per ciò stesso richieste (CROWE 2019, cap. 1, che s'ispira a LISSKA 1996). Anche qui con il richiamo alle inclinazioni naturali, che sarebbero però già segnate dalla ragione, si fa sentire ancora l'eco della tradizione ciceroniana e tomista, che è ancor oggi rivisitata e propugnata (cfr. JENSEN 2015). Ma – come s'è detto – per Finnis queste tendenze hanno un carattere fattuale, mentre il giudizio della ragione sul bene in sé è originario, non derivato da alcun altro giudizio. Le inclinazioni naturali ne sono solo una condizione di possibilità fattuali (FINNIS 2011, 73). Anche altri interpreti di s. Tommaso escludono il carattere pre-morale delle inclinazioni naturali e rigettano la tesi di Maritain della "conoscenza per connaturalità" (cfr. BROCK 2005).

Un'altra controversia riguarda l'immutabilità e la incommensurabilità di questi beni fondamentali. Certamente la loro formulazione può mutare in ragione della coscienza storica e tuttavia i beni fondamentali restare immutabili. Ma la questione filosofica centrale resta pur sempre se questi beni siano tali solo in quanto propri dell'essere umano o in quanto beni di per se stessi. V'è chi sostiene che la loro oggettività normativa sia compatibile con la loro storicità e la loro dipendenza da fatti contingenti riguardanti la natura umana (CROWE 2019, 5) e che l'incommensurabilità è da intendersi solo come irriducibilità e non come incomparabilità, come invece ritiene Finnis. La comparazione tra i beni fondamentali, alla ricerca di quello prevalente nei casi particolari, sembra necessaria nelle scelte morali e nella pratica giuridica del bilanciamento (CROWE 2019, 65-8). Di conseguenza, viene discussa e contestata la teoria degli assoluti morali notoriamente sostenuta da Finnis (1991).

Per la nuova teoria del diritto naturale non basta affermare l'oggettività del bene e quella dei principi morali, cosa – come abbiamo visto – di per sé compatibile anche con il giuspositivismo. L'oggettività, infatti, è una qualità epistemologica e non già ontologica. Essa riguarda la conoscenza piuttosto che il suo contenuto. Una conoscenza è "oggettiva" quando è indipendente dalla modalità del soggetto che conosce, dalla sua natura, dalle sue preferenze o desideri. Questa indipendenza rende la conoscenza comunicabile a tutti i soggetti e, quindi, accredita la pretesa dell'imparzialità del suo riconoscimento. Al contempo, però, l'indipendenza dal soggetto che conosce implica il non coinvolgimento del soggetto nel contenuto conosciuto. L'indipendenza *dal* soggetto diventa anche indipendenza *del* soggetto. In tal modo principi etici oggettivi possono essere funzionali all'affermazione dell'assoluta autonomia del soggetto. Donde la piena compatibilità dell'oggettivismo etico con il pluralismo morale. Il modello tipico della oggettività epistemologica è quello della scienza, le cui conoscenze nulla dicono sull'uso da farne per la realizzazione delle persone. Quest'uso sarà lasciato alla loro libera determinazione.

L'oggettività, a cui si riferiscono questi sostenitori del diritto naturale, è, invece, quella stessa della verità, che è una qualità ontologica e non solo epistemologica, essendo una relazione tra l'intelletto e la cosa (cfr. ANCONA 2020). La verità non è indipen-

dente dal soggetto che conosce. Essa porta con sé il modo di conoscere qual è proprio della ragione umana (“ad modum cognoscentis”), cioè della “natura” del soggetto che conosce, oltre a quello della cosa da conoscere.

Qui sta tutta la differenza tra i principi etici oggettivi e i principi della legge naturale. Certamente anche questi ultimi sono “oggettivi”, cioè non sono soggettivistici, ma in senso proprio sono legati ad una visione antropologica, ad una concezione dell’essere umano e del suo agire. Il giudizio di rilevanza di un bene contiene in sé o implica una visione del soggetto umano per cui quel bene ha rilievo.

Pertanto, è fuorviante ridurre la dottrina della legge naturale ad un’elencazione di precetti oggettivi, poiché essa riguarda tutto il dinamismo della vita pratica rivolta alla ricerca del bene da compiersi. Se quest’ultima non viene rispettata, o è pervertita dai costumi e dagli stili di vita, allora i precetti della legge naturale finiranno per perdere persino l’oggettività. Più correttamente nel 1993 l’enciclica *Veritatis Splendor* (nn. 31-34) ha sottolineato che l’organo centrale della legge naturale è la coscienza e non già la prescrizione in quanto tale. D’altronde, è proprio ciò che vuol dire s. Paolo quando parla di legge scritta nei cuori (*Rom* 2. 14-15), cioè nelle viscere dell’essere umano (BUDZISZEWSKI 1997).

Nella coscienza confluiscono sul piano esistenziale tutti i fattori costitutivi della dottrina della legge naturale: l’universalità del bene, la sua determinazione nell’atto concreto, la rilevanza delle circostanze, il giudizio prudenziale e la decisione.

La dottrina della legge naturale non solo porta in sé un’antropologia e una teoria dell’azione morale, ma anche l’indicazione del modo di usare la ragion pratica, mediante cui il bene *in sé* diventa bene *per me*, qui ed ora.

L’oggettivismo etico ignora la ragion pratica e si basa sulla ragione teoretica. Di conseguenza, la scelta morale in quanto tale cade al di fuori dell’uso pratico della ragione e si affida alla mera volontà del soggetto agente. Un dibattito morale diviene impossibile e la stessa morale diventa un fatto esclusivamente privato.

In queste condizioni affannarsi a difendere i contenuti tradizionali della legge naturale, come vevoli per tutti gli esseri umani, appare del tutto anacronistico e viene percepito come il

tentativo di un'imposizione ideologica mediante pratiche discriminatorie. Se si vuole difendere la legge naturale nei contesti sociali contemporanei, bisogna necessariamente presupporre lo statuto della ragion pratica. Ma non si può difendere l'epistemologia della ragion pratica senza chiamare in causa una specifica concezione antropologica ed una determinata filosofia morale.

Per queste ragioni il passo successivo della teoria etica è quello di trar fuori dalla riflessione sui beni fondamentali le regole morali che permettano di partecipare ad essi. A questo proposito molto rilevante è la distinzione di Finnis tra la dimensione pratica, o premorale, di un'azione e la sua ragionevolezza, che la rende normativamente obbligatoria (cfr., da ultimo, FINNIS 2017b, 20). Infatti, non tutto ciò che l'intelletto apprende come degno di essere realizzato è per ciò stesso un bene morale. Mentre i beni fondamentali conferiscono intellegibilità all'azione, il ragionamento pratico ha bisogno di linee guida per la scelta morale, che Finnis considera come richieste o esigenze della ragion pratica (*requirements of practical reason itself*) al fine di stabilire le norme morali d'azione, dirette all'integrale realizzazione umana (FINNIS 2011, cap. 5; MURPHY 2001, 157). Tuttavia tra questi teorici del diritto naturale non v'è accordo sul modo di intendere la posizione dell'agente nella considerazione delle ragioni fondamentali dell'azione. Il contrasto è tra una concezione in cui l'agente stesso è coinvolto (*agent-relativist conception*) e quella che ne propugna la neutralità (*agent-neutralist conception*). Com'è facile notare, è ancora una volta in gioco il problema del rapporto tra il soggetto agente e il bene in sé. Però, anche chi – come Murphy – sostiene la *agent-relativist conception* non arriva sino al punto di sostenere che sarebbero vere e proprie ragioni morali dell'azione anche quelle che si ponessero in contrasto con l'oggettività morale (MURPHY 2001, 174-182). Lo stesso Finnis fa notare che l'appello tradizionale alla *Regola d'oro*, per cui la reciprocità è criterio di giudizio morale, è ancor oggi in grado di superare in modo armonico la separazione tra queste due concezioni (FINNIS 2011, 107). L'intersoggettività supera il soggettivismo senza eliminare la soggettività.

La teoria etica confluisce nella teoria giuridica attraverso il problema della formazione del concetto di diritto. Secondo Finnis il teorico dovrebbe identificare il caso centrale del dirit-

to, o il suo significato focale, sulla base di ciò che la ragionevolezza pratica esige in questo campo, tutto considerato (FINNIS 2011, 9). Sulla base di questo modello esemplare si possono commisurare i casi manchevoli, difettosi o devianti di diritto. Il diritto è, dunque, un concetto analogico nel senso proprio della tradizione aristotelica e tomista e quindi opposto alla logica univoca ed essenzialista della giurisprudenza analitica. Si tratterebbe di un'analogia di attribuzione in cui l'analogato principale è il caso centrale di diritto e gli analogati secondari tutti quei casi in cui il diritto è manchevole sotto qualche aspetto, pur conservando la sua obbligatorietà.

Nell'esaminare poi i caratteri del caso esemplare si evidenziano quei principi di diritto naturale o della ragionevolezza pratica che sono necessari per giustificare l'autorità, sottoponendo il suo esercizio al rispetto dei diritti umani e del bene comune, e in generale all'accordo con il *Rule of law* (FINNIS 2011, 270-90). Come abbiamo già visto, questi principi sono tratti dai valori o beni umani, elaborati e sviluppati dal ragionamento pratico. In tal modo la teoria etica del diritto naturale, di per sé compatibile con il giuspositivismo, diventa ora teoria giuridica del diritto naturale, che non è più compatibile con esso e lo trasforma in un suo elemento interno (MURPHY 2005, 22-23).

Questo concetto pieno di diritto comprende, dunque, non solo tutti i caratteri propri della legalità formale, ma anche tutti quei principi della filosofia morale e politica che sono propri di quello che Aristotele considerava come l'uomo maturo (*spoudaios*), cioè di una persona "praticamente ragionevole", governata dalla virtù della prudenza. Ci si chiede, pertanto, se una teoria giuridica basata su un concetto siffatto di diritto non implichi necessariamente una lettura morale del diritto stesso, perdendo la sua portata descrittiva e divenendo del tutto una teoria normativa (MURPHY 2006, 21 e 27). Infatti, sembrerebbe che il concetto pieno di diritto lo renda indistinguibile dalla morale, conferendo all'uno la stessa normatività dell'altra. Si negherebbe così che il diritto positivo abbia la pretesa di essere, in quanto tale, una ragione decisiva o ultimativa per l'obbedienza ad esso, cosa, invece, di cui una teoria descrittiva del diritto non può fare a meno di prendere atto.

Com'è ben noto, secondo Joseph Raz i dettami dell'autorità giuridica sono un tipo speciale di ragioni per agire, in quanto

esse escludono per principio il processo deliberativo in cui si confrontano le ragioni contenutistiche contrapposte di primo livello. Essi escludono per principio di prenderle in considerazione e sono, dunque, ragioni di esclusione (*exclusionary reasons*). Ciò è ritenuto necessario al fine di assicurare quella coordinazione delle azioni sociali che è il compito proprio dell'autorità (RAZ 1990, 64-65). Pertanto, in tal modo si sostiene che in linea di principio l'obbligatorietà della legge giuridica in quanto tale sia indipendente dal suo contenuto, tesi questa tipicamente giuspositivistica.

Non essendo questo l'esito voluto dai critici interni del pensiero di Finnis, si aggiunge che una completa teoria descrittiva del diritto non è possibile senza prendere in considerazione anche la sua funzione pratica come guida dell'azione, cioè senza una completa comprensione delle esigenze della ragionevolezza pratica (MURPHY 2006, 23) e che le ragioni giuridiche decisive non sono solo quelle basate sull'autorità, ma anche quelle legate al merito della legge (MURPHY 2006, 54). In effetti, se è vero che vi sono ragioni forti per obbedire all'autorità, almeno *prima facie*, non è vero che per ciò stesso venga bloccato il processo deliberativo. Basti solo notare che la pluralità delle interpretazioni della legge rimette in gioco, ai fini della scelta, le stesse ragioni di primo livello a supporto della decisione finale². Per quanto il diritto sia un mondo artificiale, per essere operativo, cioè dal punto di vista della ragion pratica, non può fare a meno di ricorrere anche alle ragioni naturali nel momento della sua applicazione. Tuttavia – com'è facile notare – alla resa dei conti, la proposta di Finnis è ben poco indebolita da queste critiche interne.

Su queste basi il nuovo giusnaturalismo riconsidera la formula tradizionale "lex iniusta non est lex", che ha chiuso le porte della teoria giuridica al diritto naturale, confinandolo nella teoria morale (KRETMANN 1988). Anche a questo proposito bisogna distinguere due differenti approcci interpretativi (CROWE 2016), cioè una versione debole (*weak version*) di tale formula e una versione forte (*strong version*). Quella debole, inaugurata da Finnis e decisamente prevalente, sostiene che il diritto ingiu-

²Per una critica più approfondita delle tesi di Raz cfr. RODRÍGUEZ-BLANCO 2014, 139-160.

sto resta legalmente valido, pur essendo giuridicamente difettivo, cioè non soddisfacendo il caso esemplare di diritto positivo. È stato, infatti, efficacemente dimostrato che non è storicamente esatto che la versione forte sia dominante nella tradizione del diritto naturale e che non appartiene a questa tradizione la concezione del diritto naturale come un ordinamento giuridico alternativo o sovrapposto a quello positivo (GEORGE 2000, 1641). Tuttavia la versione forte, che sostiene l'invalidità legale del diritto ingiusto e pone come condizione di validità che il diritto non sia ingiusto o immorale (come già BEYLEVELD, BROWNSWORD 1985), è ben lungi dall'essere tramontata se intesa come riferita a determinate norme giuridiche, e non già al sistema giuridico nel suo insieme. Sopravvive ancora – come s'è già visto – nella *Formula di Radbruch*, secondo cui una legge sommamente ingiusta non è legge del tutto (ALEXY 1999 e 2008, 287-8; SOPER 2007).

La versione debole deve affrontare il problema della soglia d'indebolimento del concetto pieno di diritto, al di sotto della quale non vi sarà diritto del tutto. L'indebolimento può essere inteso come un degrado rispetto al caso esemplare (*law as degreed property*), oppure come un difetto rispetto ai requisiti propri del diritto (*non-defectiveness conditions of law*) (MURPHY 2017, 358). Secondo il primo orientamento il diritto è questione di gradi e, conseguentemente, vi sono gradi diversi di obbligatorietà all'interno del flusso generale del ragionamento pratico. C'è bisogno, quindi, anche di un concetto minimo di diritto, quello che obbliga solo in senso legale (FINNIS 2011, 354) e che è molto vicino al concetto di diritto del giuspositivismo. Per l'altro orientamento una norma giuridica è difettiva se, pur restando valida, non costituisce una ragione decisiva per l'obbedienza ad essa. Ma, se la funzione essenziale del diritto è quella di fornire una ragione decisiva per l'azione, come sostiene Murphy, allora il venir meno di essa produce una difettività tanto grave da rendere ben difficile continuare a sostenere la validità della legge. Come si può notare, in questo caso la versione forte riappare in qualche modo all'orizzonte (MURPHY 2006, 57).

La versione forte è esplicitamente ripresa da Crowe in modo simile a quello di Radbruch ed Alexy. Partendo da una concezione del diritto positivo come artefatto umano, di cui parlare-

mo in seguito, la sua peculiare funzione viene individuata, sulla scia di Hart, nel presentarsi come un marcatore deontico che è in grado di generare un senso di obbligo sociale supportato da ragioni per la sua obbedienza (CROWE 2019, cap. 9). Si nota, criticando Murphy, che bisogna distinguere le condizioni di non-difettività della legge dalle condizioni di esistenza. Una legge difettiva, in quanto non adatta a generare un senso di obbligo, può ben essere legalmente valida e qui si dà ragione alla tesi della versione debole. Ma una legge del tutto incapace a svolgere tale funzione, perché palesemente ingiusta o linguisticamente incomprensibile, è completamente fallita in quanto tale e qui si dà ragione alla tesi della versione forte. Crowe, pertanto, propone una teoria ibrida del diritto naturale (*hybrid natural law theory*).

Questo dibattito ha evidenziato che la versione debole, che si colloca tra la versione forte e il giuspositivismo, non deve essere talmente debole da non potersi più distinguere da quest'ultimo (cfr. MACCORMICK 1992) e che è ben difficile anche per il nuovo giusnaturalismo abbandonare del tutto la versione forte senza perdere la propria identità.

La teoria politica del nuovo giusnaturalismo è parte integrante della teoria giuridica in quanto indica nel bene comune il fine generale del diritto, che è funzionale alla buona vita di una comunità politica. Il contributo del diritto al perseguimento del bene comune risiede soprattutto nell'assicurare la coordinazione sociale e nel conferire stabilità alla società (FINNIS 1998).

Il perseguimento del bene comune è ampiamente condiviso dalle differenti dottrine politiche, ma il suo concetto è altrettanto ampiamente controverso. Esso oscilla tra i due estremi dell'individualismo, per cui il bene di ogni individuo è di nessun altro al di fuori di se stesso, e l'olismo, per cui v'è un bene che supera quello strettamente individuale e riguarda la comunità politica in quanto tale. Trovare un punto di equilibrio fra questi due estremi è ciò che alimenta la controversia sul bene comune sin dal tempo di Aristotele (MILLER 1997). Questa controversia si trova anche all'interno delle nuove teorie del diritto naturale.

Queste condividono certamente quest'idea: il bene comune è uno stato di cose in cui ogni individuo in una comunità politica e questa nel suo insieme trovano la loro realizzazione. Da que-

sta base comune si dipartono le differenziazioni che sono state efficacemente enucleate in tre filoni principali: la concezione strumentale del bene comune, quella aggregativa e quella distintiva (MURPHY 2006, 61-90).

La concezione strumentale considera il bene comune come un insieme di mezzi che permettono agli individui di realizzare i propri piani di vita. Murphy attribuisce questa concezione a Finnis. Ma ciò appare inesatto, perché in realtà Finnis definisce il bene comune come quell'insieme di condizioni che mettono in grado i membri di una comunità politica di raggiungere da se stessi, ed in cooperazione con gli altri, i beni fondamentali della vita umana (FINNIS 2011, 155). Queste condizioni comprendono sia quelle materiali sia quelle valorative. Si vuole così evitare che lo Stato imponga un piano di vita ai suoi cittadini, mentre il suo fine è quello di custodire la loro libertà di scegliere da sé un piano di vita ragionevole e di coordinare mediante il diritto questa pluralità di scelte. D'altronde la concezione di Finnis non fa altro che riprendere, quasi integralmente, quella che si trova nella *Gaudium et Spes* (§ 26). La vera e propria concezione strumentale è semmai quella di Rawls, che – come abbiamo già visto – pone il bene comune in quei “beni primari” che sono neutrali nei confronti di qualsivoglia piano di vita s'intenda scegliere.

La concezione aggregativa, che è propugnata da Murphy, prende le mosse dal principio per cui la ragione fondamentale di far parte di una comunità politica è quella della propria realizzazione. Poiché questa ragione è condivisa anche da altri (dove l'importanza politica della teoria del consenso), allora lo stato di cose in cui più persone trovano la loro realizzazione è una ragione ancor più decisiva per far parte di una comunità politica attraverso un processo continuo di inclusione. Dunque, la concezione aggregativa del bene comune è uno stato di cose in cui tutti i membri di una comunità politica sono pienamente realizzati (MURPHY 2006, 64). Si tratta chiaramente di un ideale regolativo, altrimenti dovremmo concludere che il bene comune non è mai esistito.

Secondo la concezione distintiva il bene comune è uno stato di cose che riguarda letteralmente il bene della comunità politica considerata come un tutto a sé stante (MCINERNEY 1988, 77-92). Si tratta di un bene distinto da quello personale dei singoli membri

della comunità stessa, e prevalente nel caso di conflitto, poiché il bene del tutto è superiore a quello delle sue parti. Però i sostenitori di tale concezione prendono le distanze da una visione organicistica della comunità politica e, sulla scia di Maritain, sottolineano l'intangibilità della persona umana che non può essere ridotta al rango di parte di un tutto. Ma la conciliazione tra il bene della comunità e quello dei suoi singoli membri è possibile solo considerando come bene comune quei beni fondamentali propri di ogni persona, che partecipa ad essi in un'inesauribile varietà di modi (FINNIS 2011, 155), cosa compatibile con la concezione definita impropriamente come strumentale.

Il risultato è quello della compatibilità di queste diverse concezioni del bene comune. Si tratta solo di diversi punti di vista, perché una visione completa del bene comune non può escludere nessuno di questi tre aspetti (DUKE 2017), con l'aggiunta importante che l'ambito del bene comune oggi si estende ben al di là della comunità politica particolare e riguarda la giustizia globale (cfr. TRUJILLO 2007), anche se la comunità locale resta pur sempre significativa ai fini della sua determinazione. Il nuovo giusnaturalismo si è per lo più occupato della giustizia locale sulla base del modello aristotelico della "comunità completa", ma ora dovrebbe misurarsi con le teorie cosmopolite della giustizia globale (CROWE 2019, cap. 4).

In conclusione, possiamo constatare che le nuove teorie del diritto naturale prendono le distanze sia dal comunitarismo, sia dal relativismo liberale, e si collocano in una posizione intermedia, che giustifica la comunità sulla base dei diritti della persona e considera l'esercizio della libertà di quest'ultima sempre all'interno dell'orizzonte dei beni fondamentali.

La questione della determinazione del bene comune chiama in causa il diritto, che è una delle condizioni necessarie per il fiorire delle persone. Se è moralmente obbligatorio per le persone partecipare ai beni fondamentali e il diritto ne è una condizione necessaria, allora vi sarà un obbligo morale, presuntivo e generale, di obbedire al diritto, cioè obbedire ai dettami dell'autorità legittima. Infatti, il fine del bene comune richiede, in assenza dell'unanimità, la presenza di un'autorità che lo determini. Ma per una teoria che considera il diritto uno standard razionale di condotta essere obbligati dalla legge per la sola ragione che è tale, non è sufficiente.

Pertanto, all'interno del nuovo giusnaturalismo, si presentano due linee di pensiero: quella volta a qualificare l'autorità e quella volta a sottodeterminarne il ruolo. Il primo orientamento persegue una giustificazione della legittimità dell'autorità dal bene che essa di fatto produce, che è quello di assicurare una coordinazione sociale, ricevendo il consenso dei cittadini e dando vita ad un sistema di norme dotate di obbligatorietà legale (FINNIS 2017a e, per una specifica teoria del consenso, MURPHY 2006, cap. 5). Il secondo orientamento non ritiene che l'appartenenza di una norma al diritto di una comunità politica significhi per ciò stesso che sia autenticamente rilevante per la determinazione del bene comune, cioè non ritiene che la mera validità legale contenga presuntivamente un elemento di giustizia. Il cittadino attivo e responsabile non è spogliato del suo giudizio indipendente sulla giustizia delle leggi (CROWE 2019, 193). In più, bisogna notare che non tutto il diritto è stabilito dall'autorità statale. Nel diritto contemporaneo – come abbiamo già visto – vanno crescendo formazioni normative giuridiche non statali. In particolare, Crowe le identifica nelle tre categorie del diritto consensuale, che esprime l'autonomia giuridica degli individui nelle forme contrattuali, e in accordi di vario genere, e qui possiamo pensare tra l'altro alla *lex mercatoria*; nel diritto emergente, che è in sostanza il risorgere di regole informali in modo consuetudinario attraverso un processo di ordine spontaneo sulla scia del pensiero di Hayek, e qui possiamo riferirci all'emergere di forme alternative di risoluzione dei conflitti (negoiazione, mediazione, arbitrato); ed infine quello che Crowe chiama "il diritto naturale", ma che sarebbe meglio inquadrare come "diritto delle genti", perché si tratta di tendenze transculturali ad agire in un certo modo che si ritiene degno di considerazione o dovuto per la sua ragionevolezza (CROWE 2019, cap. 6).

Per quanto questa classificazione possa essere ritenuta come ancora troppo generica rispetto alla varietà di forme del diritto contemporaneo, essa indubbiamente indica la presenza di limiti al potere dello Stato e altresì la presenza di formazioni giuridiche in assenza del monopolio della forza. In questa luce il caso centrale di diritto elaborato da Finnis appare troppo dipendente dallo Stato (FINNIS 2017a) e richiede di essere riformulato e aggiornato. È auspicabile che i futuri sviluppi di questa linea di pensiero si facciano più sensibili all'evoluzione storica del di-

ritto contemporaneo, che per alcuni aspetti è sicuramente suscettibile di una lettura favorevole alla presenza del diritto naturale (cfr., ad esempio, CROWE, WESTON-SCHEUBER 2013).

In conclusione si deve notare che il dibattito interno al nuovo giusnaturalismo è specularmente opposto a quello del giuspositivismo attuale. Al giuspositivismo inclusivo della morale corrisponde il giusnaturalismo inclusivo della mera legalità e al giuspositivismo esclusivo della morale corrisponde il giusnaturalismo esclusivo della mera legalità.

5.2.2. L'orientamento ontologico

Abbiamo dedicato all'orientamento epistemologico una maggiore attenzione, perché il nuovo giusnaturalismo, attivato dal pensiero di Finnis, rappresenta un vero e proprio movimento di pensiero giuridico, cosa che per questa tradizione è una novità di rilievo dai primi del Novecento ai giorni nostri. Come abbiamo già visto, nel secolo scorso sono emerse, all'interno delle teorie del diritto, molteplici, sparse e frammentate istanze giusnaturalistiche, ma mai esse si sono coagulate in forma organica e distintiva, a prescindere dal tradizionale giusnaturalismo cattolico, che però è rimasto sul piano puramente etico con scarsa risonanza nella teoria giuridica. Ora dobbiamo considerare altre teorie contemporanee del diritto naturale meno influenti e tuttavia non prive di sviluppi promettenti.

Il primo gruppo riguarda quello che possiamo cumulativamente considerare come "orientamento ontologico", perché non è volto al concetto di diritto, ma alla sua natura, cioè alle sue proprietà tipiche. All'interno di questa categoria s'incontrano due direzioni di pensiero che però vanno in senso opposto.

Michael Moore [1943-] si chiede se la natura del diritto vada cercata nell'ambito delle realtà naturali o di quelle non naturali. Sul piano filosofico è seguace del realismo morale, per cui esistono, accanto e separatamente alle realtà naturali, anche le qualità morali come la giustizia (condizione di esistenza) e che tali qualità non dipendono da ciò che pensano o credono individui o gruppi (condizione di indipendenza). Dunque, questi fatti morali devono essere accuratamente distinti dai fatti sociali dipendenti dalle convenzioni umane e dalla mente umana

(MOORE 1992, 190). A questo bisogna aggiungere una teoria del significato che sostiene il riferimento diretto del termine alla cosa stessa, cioè non mediato da concetti, in modo da renderlo indipendente dagli usi o dalle convenzioni linguistiche. Moore ritiene che tale teoria sia applicabile anche alle cose in qualche modo legate all'opera umana, alle cose che contengono nella loro natura anche parti costituite da convenzioni (come le istituzioni), ma non per questo convenzionali nella loro essenza. Il diritto è una di queste (MOORE 2012, 439-440). Pertanto, il diritto di per sé non è un fatto morale, ma la sua natura risiede nell'essere funzionale ad esso, sì da trovare in esso la sua stessa ragion d'essere.

Una proprietà morale non soltanto contiene in sé le ragioni della sua esistenza, senza aver bisogno di altro foss'anche Dio stesso (MOORE 1996), ma anche conferisce ad agenti razionali una ragione per agire al fine di perseguirla, se è buona, o di evitare di agire, se è cattiva. Moore sostiene che vi sia una sola risposta giusta alle questioni morali e che, in ragione della stretta connessione tra diritto e morale, anche dal giudice dobbiamo esigere la risposta giusta. C'è da precisare che la connessione necessaria tra diritto e morale, difesa da Moore, non ha un carattere meramente logico, ma è metafisica e ontologica a tutti gli effetti, poiché tutta la ragione dell'esistenza del diritto si trova nella morale.

L'essenza del diritto risiede nelle sue funzioni, che sono da intendersi non già per i loro effetti o in senso sociologico, ma per il loro fine. Quindi, si tratta nella sostanza di una concezione teleologica del diritto, che assegna al diritto quei fini morali che possono essere raggiunti solo attraverso di esso, cioè che sono distintivi del diritto, ma a loro volta fanno parte dei fini più generali della società e della vita umana. Per questo si preferisce il termine "funzione" a quello di fine, cioè per sottolineare il ruolo specifico del diritto all'interno del mondo organico delle proprietà morali.

La funzione del diritto è preminente e condizionante la sua stessa struttura, che è in buona parte derivata e riguarda i mezzi più adatti al suo fine. Poiché sono presenti limiti umani nel raggiungere i fini morali, la struttura del diritto deve contemplare la presenza di un'autorità legittima che obblighi i cittadini all'obbedienza, ma ciò è possibile se il contenuto delle regole

giuridiche non è troppo ingiusto. Ed è a questo punto che Moore sposa le tesi del giusnaturalismo nella sua versione forte: una legge ingiusta non è legge del tutto, così come un sistema politico ingiusto non è un sistema giuridico del tutto (MOORE 1992, 198). Tuttavia diritto e moralità non s'identificano in quanto l'immoralità di un'azione non la rende per ciò stesso illegale, così come l'illegalità di un'azione non la rende per ciò stesso immorale.

Se poi si guarda al contenuto dei fini morali che Moore assegna al diritto, ci si accorge che non vi sono proposte che lo distinguano dagli altri giusnaturalisti. È d'accordo con Finnis nel ritenere che la coordinazione sociale e il bene comune siano fini distintivi del diritto e recepisce anche aspetti rilevanti del pensiero di Fuller e di Dworkin, ma sempre in modo parziale e critico. Questa constatazione fa comprendere che l'ottica propria di Moore, come si colloca dal punto di vista filosofico sul piano dell'oggettivismo metafisico e meta-etico (MOORE 2004), così sul piano giuridico si presenta come una meta-teoria del diritto piuttosto che come una teoria giuridica in senso proprio. Il suo intento è quello di precisare il ruolo del diritto all'interno del mondo delle qualità morali. Per questo è dubbio che la si possa considerare in senso stretto come una teoria del diritto naturale. È vero che il rigetto del convenzionalismo rende questa concezione avversaria del giuspositivismo e che il netto rifiuto del naturalismo riduzionistico l'avvicina alle teorie del diritto naturale. Ma per Moore la ragion pratica non ha alcun ruolo nella conoscenza dei fatti morali, che non sono tali in quanto desiderati o apprezzati dai soggetti, e, conseguentemente, non si spiega il carattere normativo del diritto per l'azione umana.

Più correttamente questa è stata definita come una "moral law theory of law" (MOORE 1992, 192), ma Moore si ritiene legato alla tradizione del diritto naturale in ragione dell'oggettivismo etico, che però – come abbiamo visto – non è il carattere unicamente distintivo del giusnaturalismo.

Infine, la dicotomia cartesiana tra fatti naturali e fatti morali, che comunque secondo Moore hanno un analogo funzionamento interno, viene ricomposta all'interno di una metafisica olistica, che renderebbe compatibile il meccanicismo naturalistico e biologico con la responsabilità morale, cosa che interes-

sa particolarmente uno studioso del diritto penale e della criminologia, qual egli soprattutto è (MOORE 2020).

Se invece la natura del diritto è integralmente ritenuta come frutto dell'opera umana o come prodotto di azioni umane, cioè come una cosa artificiale nella sua essenza (BURAZIN 2016), allora non possiamo più considerarlo come indipendente dalle convenzioni e dalla mente umana. È questa l'altra linea di pensiero appartenente all'ontologia del diritto.

Le teorie del diritto come artefatto pongono la natura del diritto nelle sue funzioni piuttosto che nella sua struttura, che invece era privilegiata nelle teorie del passato ed in particolare in quelle di matrice kelseniana. La struttura formale del diritto, essendo derivata dalle funzioni che esso, in quanto artefatto, intende perseguire, non può costituire il centro della sua spiegazione. Il diritto è una delle cose per cui è necessario chiedersi a cosa serve per capire perché è fatto in un dato modo piuttosto che in un altro, e in cui c'è un'interdipendenza tra il chiedersi come è fatto e il sapere perché esista (FINNIS 2003, 107-108).

La rilevanza dell'analisi funzionalistica del diritto era già stata messa in luce da Norberto Bobbio (1977), ma in chiave prettamente sociologica, cioè descrittiva delle funzioni che di fatto il diritto svolge all'interno della società. Come sappiamo, queste funzioni sono molteplici ed eterogenee. Il diritto non è un oggetto tecnico, come una sedia o un tavolo, le cui funzioni sono prefissate e non richiedono una valutazione della loro rilevanza. Il diritto appartiene, invece, a quel genere di cose come il linguaggio o le culture, che servono ad una pluralità di usi e richiedono ragioni che li giustifichino. Ciò significa che non tutte le funzioni che di fatto il diritto svolge nella società sono supportate da quelle ragioni per cui c'è bisogno del diritto. In nome di una legalità puramente formale si possono compiere i peggiori misfatti, così come non tutto ciò che è proprio di una cultura è per ciò stesso cosa buona. Ma questo non può di per sé dirlo un'analisi funzionale di carattere sociologico.

Pertanto, le teorie del diritto come artefatto, se vogliono distinguersi da una pura e semplice indagine sociologica, devono coniugare l'ontologia del diritto, che richiede un'analisi descrittiva, con il suo carattere funzionale, che implica una dimensione normativa e teleologica. Quest'ultima, anzi, ha la priorità se è vero che in un artefatto è la funzione a determinare la struttu-

ra. Certamente si può ammettere, anzi si deve riconoscere che il diritto non ha una sola funzione, ma in ogni caso si debbono poter distinguere le funzioni proprie del diritto da quelle improprie o secondarie (COTTA 1974), così come si deve poter distinguere un'ontologia del diritto adeguata alle sue funzioni proprie, perché in grado di esercitarle, da quella del tutto inadeguata o inadatta sotto alcuni aspetti di graduale rilevanza. Il diritto, proprio come il linguaggio e le culture, è una di quelle cose il cui essere è un dover essere. La funzione è propria della natura dell'artefatto. Ma tutto ciò richiede valutazioni e giudizi di rilevanza e per questo in linea di principio non v'è incompatibilità tra le teorie del diritto come artefatto e le teorie del diritto naturale.

Di fatto le recenti teorie del diritto come artefatto hanno in grande prevalenza un orientamento giuspositivistico (BURAZIN ET AL., 2018), perché si ritiene erroneamente che il giusnaturalismo non possa accettare che tutto il diritto sia positivo. Al più si sostiene che una teoria del diritto come artefatto sia neutrale nei confronti del valore che le funzioni del diritto hanno per la società e della valutazione che esso sia il modo migliore per realizzarle (EHRENBERG 2009). Ma una teoria funzionalista neutrale, pur ammesso che sia realmente possibile, è per definizione una teoria incompleta, che frustra le aspirazioni originarie di queste teorie, che sono quelle di offrire un resoconto completo della natura del diritto.

Una teoria del diritto come artefatto di orientamento giusnaturalista è quella elaborata da Johnatan Crowe (2019, capp. 8 e 9), che s'ispira alla teoria dei fatti istituzionali di John Searle. Essa si basa sulla distinzione tra condizioni di esistenza e condizioni di riuscita o di successo. L'esistenza di un artefatto dipende dall'intenzione di chi lo produce, cioè dal suo autore. Ma, soprattutto nel caso del diritto, in cui tra l'altro sono presenti anche norme non volontarie, bisogna far ricorso anche all'accettazione dei suoi destinatari (*intention and acceptance conditions*). Anzi quest'ultima è quella che veramente è decisiva, perché una legge conta come tale soltanto se è riconosciuta da una comunità. Tuttavia ciò non basta, così come non basta aver l'intenzione di produrre una sedia se il prodotto non può essere considerato tale e non è capace di svolgere le sue funzioni tipiche (*success conditions*). Quindi l'intenzione dell'autore e l'ac-

cettazione dei destinatari determinano quali siano le funzioni tipiche del diritto e la riuscita di questa intenzionalità verifica il successo della capacità del diritto di esercitarle in modo soddisfacente³. Qualcosa è la cosa giusta per essere un artefatto di quella specie se è costitutivamente in grado di svolgere le funzioni di quella specie rispetto alla sua forma e al suo contenuto.

In generale si può affermare che il diritto è volto a far sì che i membri di una società agiscano seguendo regole comuni. Ma questo è il fine generale del diritto e non determina ancora la sua funzione tipica. A questo bisogna aggiungere che queste regole devono essere in grado di guidare l'azione umana, e non già di determinarla in modo causale sì da non rispettare la capacità di agire dei loro destinatari. E questo è il modo di operare del diritto. Quindi, la funzione tipica del diritto è segnata anche da altre caratteristiche, come quelle legate alla struttura, al rispetto delle condizioni formali e procedurali, ai principi dettati dal *Rule of law* e alla ragionevolezza dei contenuti legali. Su questa base si potrà misurare la riuscita del diritto che è questione di grado. Questo artefatto sarà giuridicamente difettoso se svolge male le sue funzioni tipiche (*legal defects*) e sarà giuridicamente invalido se non è neppure minimamente adatto a svolgere tali funzioni (*legal failure*), così come ciò che intende essere una sedia è difettoso se questa non è comoda per sedersi e, se è impossibile sedersi, non è una sedia del tutto (CROWE 2019, 177). Per il diritto non bisogna pensare solo ai casi di estrema ingiustizia, ma anche alle leggi così mal formulate da non poter essere seguite in quanto incomprensibili. In queste condizioni di successo risiede propriamente la dimensione valutativa, che costituisce, pertanto, parte integrante di tale teoria.

Come già s'è visto, secondo Crowe la funzione tipica del diritto come artefatto si riassume nel suo essere un indicatore deontico che genera un senso di obbligo sociale. Ma questa formula, che però intende essere solo riassuntiva, appare ancora troppo generica, in quanto non permette di per sé di distinguere il diritto da altri indicatori deontici sociali che svolgono una funzione simile. Pensiamo, ad esempio, alle norme religiose o a

³ È interessante notare che l'accettazione dei destinatari è insieme condizione d'esistenza e di successo del diritto.

quelle della morale positiva. Solo facendo ricorso al modo specifico in cui il diritto svolge questo ruolo, si potrà ben distinguerlo dalle altre sfere della vita pratica, cosa di cui d'altronde Crowe è ben consapevole. Voglio dire che alla fin dei conti è impossibile separare l'analisi funzionale del diritto da quella strutturale e che questo è il limite di tutte queste nuove teorie del diritto come artefatto.

Il carattere artificiale del diritto è del tutto particolare, poiché si tratta di un prodotto normativo generato dal compimento di azioni interpretate come fonti del diritto e accettate come tali. Per questo il diritto non deve soltanto essere considerato come prodotto (*ergon*), ma soprattutto come un'attività (*energhēia*), come un processo di azioni compiute da agenti con ruoli differenti all'interno di una stessa pratica cooperativa (TUZET 2018, 219). In quest'ottica il modo di considerare il diritto come artefatto assume un taglio ben diverso e si apre una nuova via per il giusnaturalismo.

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 principi 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 tra le regole dell'arte giuridica vi siano non solo quelle meramente tecniche e procedurali, ma anche valori e principi etici oggettivi legati in qualche modo alla natura umana. Un artefatto si distingue da una cosa creata dal nulla se si basa su elementi preesistenti a cui conferisce forma e determinazione. L'artefatto giuridico è un processo di determinazione di principi preesistenti.

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 ultime e si pone al confine tra fare ed agire, perché nel suo caso un agire etico produce un'opera esteriore (VIO-

LA 2015). 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 principi finalistici già presenti nel primo sono la ragione interna del suo superamento o dei suoi continui aggiustamenti. 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.

Diverse forme di artificio concorrono a formare il diritto, sicché è stato opportunamente definito come un artefatto di artefatti (FINNIS 2017a). Nell'ambito della prospettiva giusnaturalistica si discute quale elemento artificiale sia quello prevalente o distintivo. Non sembra corretto privilegiare le opere esteriori, che sono il frutto di operazioni. Produrre o praticare il diritto non è come costruire sedie o tavoli, e non tanto perché si tratta di un oggetto astratto, ma piuttosto perché non è un oggetto ma un processo di azioni. È più adeguato parlare di *performances*, che sono definite dal modo corretto di eseguirle e in questo raggiungono il loro fine (MACINTYRE 2007, 187). Il fine della danza non è soltanto danzare, ma danzare bene, e quello del nuoto è nuotare bene. Anche il linguaggio o il ragionamento sono artefatti costituiti da una serie di azioni cooperative, governate da regole del ben operare studiate dalla grammatica o dalla logica, cosicché noi possiamo distinguere un modo corretto di parlare o di ragionare da un modo non corretto. Lo stesso si può dire del diritto se lo consideriamo come una pratica sociale (VIOLA 1990), concezione che intende indicare qual è propriamente la natura del diritto ed è, quindi, rivale a quella del diritto come artefatto (e non già complementare, come pensa EHRENBERG 2018). Anche il diritto ha la sua grammatica, che guida al modo corretto di derivare o determinare leggi positive e mutevoli da principi immutabili (FINNIS, 2011, 351). In questo senso lo stesso diritto è un'arte (*ars boni et aequi*).

L'arte del diritto richiede abilità nel campo dell'argomentazione, della deliberazione, della decisione e dell'applicazione delle regole. Se il diritto è considerato come il mero prodotto della volontà umana, allora queste abilità saranno quelle proprie di una tecnica propria di operatori giuridici. Ma, se il diritto è anche opera della ragione umana, allora queste abilità dovranno avere la forma etica delle virtù. Appartiene, infatti, alla tradizione del diritto naturale la riflessione sulle virtù proprie del personale giuridico, con particolare riferimento ai giudici e ai giuristi. Le virtù giuridiche fondamentali – com'è noto – sono quelle della prudenza (*recta ratio*) e della giustizia; l'arte principale quella della retorica, che oggi viene rivisitata anche dall'ermeneutica giuridica come arte dell'interpretazione e dell'argomentazione (VIOLA, ZACCARIA 2011). Particolare attenzione a questa prospettiva pratica proviene ancora oggi anche dall'approccio tradizionale al diritto naturale, basato sul realismo metafisico (MASSINI 1983; VIGO 2016), che da questo punto di vista s'incontra pienamente con le nuove teorie del diritto naturale. La pratica riunisce ciò che la teoria divide.

5.2.3 L'orientamento ideale

Un'ultima forma di giusnaturalismo può essere considerata quella che riprende e sviluppa la linea di pensiero di Lon Fuller, anch'essa collegata al pensiero di Tommaso d'Aquino, pur se in modo molto flebile.

Com'è noto, Fuller ha identificato nel *Rule of law* il concetto di diritto e nel carattere finalistico dell'azione umana il dato antropologico fondamentale. Appare, dunque, evidente che ora non si mira più ad un concetto pieno di diritto (*wide concept of law*), come nel pensiero di Finnis, ma ad un concetto minimo o strettamente indispensabile (*narrow concept of law*), cioè all'individuazione del caso più elementare del diritto. Questa linea di pensiero è quella sviluppata oggi in modo originale da Nigel Simmonds, al cui pensiero faremo qui diretto riferimento.

La nostra conoscenza del diritto ha inizio dalla considerazione di pratiche già stabilite, ancora comprese confusamente ed indistintamente, ma convergenti verso la formula del *Rule of law*, qual è quella espressa da Fuller, seppur in modo contin-

gente e rivedibile. Questo concetto elementare è inteso come un'idea, un "archetipo intellettuale" a cui le particolari occorrenze di diritto si approssimano in vari gradi (SIMMONDS 2007, 52). Questo concetto minimo di diritto è già di per sé un ideale morale, perché riflette una forma di associazione umana segnata dalla legalità e dall'affidamento al diritto. Infatti, i concetti della ragion pratica sono in realtà "idee" sul modo corretto di compiere un'opera. Il diritto appartiene alla ragion pratica a tutti gli effetti, è un'opera da compiere e la riflessione su questo compito riguarda il modo più corretto ed appropriato di porla in essere. Se il diritto è un'opera umana, non lo si potrà conoscere facendo appello ai fatti o ai concetti da essi estratti, come avviene per le scienze naturali. Lo si conosce solo guardando alle ragioni perché è bene che vi sia e ai modi più corretti per soddisfare tali ragioni.

La precomprensione del diritto, propria del *Rule of law*, consiste in un'idea di società o in una forma di associazione in cui regole, pur sempre poste da uomini, sfuggono al loro potere arbitrario e costituiscono un tessuto sociale alla cui elaborazione tutti concorrono, con diversità di ruoli, in un regime cooperativo di mutua responsabilità e di reciprocità. Un regime siffatto è "affidabile" e, dunque, in grado di fornire ragioni non meramente formali che giustifichino l'obbedienza ai suoi precetti. Quest'idea si presenta, dunque, come un ideale a cui gli ordinamenti giuridici concreti si approssimano in gradi differenti. Possiamo anche considerare questo – come già s'è detto – come un ideale morale, seguendo in certo qual modo la "moralità interna del diritto" di cui ha parlato Fuller. Questa è ben reinterpretata, in senso allargato, quando si fa poggiare la fedeltà al diritto non tanto nel mero rispetto di requisiti formali, quanto piuttosto su una forma di vita sociale segnata dalla correttezza e dalla reciprocità, sicché il *Rule of law* si presenta nella sostanza come una pratica sociale specifica, un modo d'intendere la pratica del diritto, un'etica dell'*homo juridicus* e delle sue virtù (POSTEMA 2014). Di conseguenza, su questo punto c'è indubbiamente una connessione tra diritto e morale, ma non già a livello del contenuto delle norme giuridiche, ma a livello delle forme della vita pratica in questione. L'idea del diritto appartiene in generale alla forma della moralità, sicché il possibile conflitto tra diritto e morale, tra ciò che è legale e ciò che è giu-

sto, è da intendersi come interno alla moralità stessa, cioè è un conflitto di valori commensurabili in quanto appartenenti alla stessa famiglia. Non sarebbe così se il diritto fosse una mera tecnica di controllo sociale. In questo caso non si potrebbe di parlare né di obbligatorietà né di conflitto di valori. La tecnica o funziona o non funziona.

Se per la teoria giuridica ciò che è strettamente rilevante è la questione della validità delle norme giuridiche sulla base delle loro fonti (o del loro pedigree), allora la questione dell'uso e della pratica delle norme passa in secondo piano. Al contrario la rilevanza del *Rule of law* richiede il capovolgimento di questa prospettiva. La questione della validità della norma si pone solo dopo che ci si è assicurati di trovarsi di fronte ad un sistema di regole rispettose del *Rule of law* o più in generale di una forma di società governata dal diritto. La validità viene dal diritto e non viceversa, come invece ritiene il giuspositivismo. La legge può ben derivare la sua validità da una basilare regola di riconoscimento – come Hart ha sostenuto –, ma deriva il suo carattere di diritto dal modo in cui il sistema normativo, di cui la regola di riconoscimento è parte, si approssima all'idea di diritto (SIMMONDS 2017, 256). Questa è propriamente la base del dovere di fedeltà al diritto da parte dei giudici e, più in generale, dei funzionari del diritto. Sarebbe molto riduttivo e inadeguato parlare di un dovere di fedeltà alla validità del diritto, come fa il legalismo.

La riflessione giuridica, cioè quella della scienza e della teoria del diritto, che sono anch'esse in quest'ottica forme di riflessione morale, è volta ad arricchire questo elementare concetto di diritto sulla base delle particolari culture giuridiche, delle circostanze storiche e dei contesti specifici in cui prende forma e si concretizza la giustizia e il bene comune di una determinata società. In tal modo la riflessione giuridica evidenzia tutte le potenzialità giusgenerative dell'archetipo intellettuale ed aiuta a conferire al concetto minimo del diritto una sempre maggiore consistenza contenutistica, avviandolo verso un concetto pieno, o meno magro, di diritto, ma sempre più privo dell'universalità originaria.

Nella misura in cui il diritto governa una società, i cittadini godranno di libertà giuridiche, cioè d'indipendenza dal potere altrui, e di protezione giuridica. In tal modo saranno aperte le

porte per la fruizione di altri valori fondamentali. In ogni caso l'istituzione del diritto potrà essere resa intellegibile come tale soltanto quando saremo in grado di discernere la sua relazione a determinati valori morali (SIMMONDS 2007, 63). E tuttavia resta il fatto che il tasso di giuridicità è pur sempre misurato sulla base del *Rule of law*, le cui caratteristiche non debbono tutte essere necessariamente presenti in ogni occorrenza e sono suscettibili di essere soddisfatte in vari gradi d'intensità. Anche qui, dunque, il *Rule of law* non deve essere identificato nell'ottica positivista della validità, ma anche qui sorge il problema della soglia minima di soddisfazione dei suoi requisiti.

Questa sottolineatura del carattere riflessivo del diritto (SIMMONDS 2010) ben coglie il modo tipico della sua evoluzione, che si alimenta da se stessa, cioè sulla base delle sue risorse interne. Ma la convinzione che, una volta accettato questo archetipo intellettuale, si sarà costretti ad ammettere l'ingresso della morale nel diritto e le sue inevitabili implicazioni, è discutibile. Com'è ben noto, la famosa polemica tra Hart e Fuller ha visto la vittoria provvisoria del primo, ma oggi viene rivisitata in senso decisamente favorevole al secondo (cfr., ad esempio, RUNDLE 2012). Ma il vero ostacolo non consiste nella plausibilità di questo concetto minimo di diritto, bensì piuttosto nell'intenderlo come vero e proprio ideale morale autosufficiente o autogenerativo, che conduce ad assicurare, almeno in grado minimo, la giustizia dell'ordinamento giuridico. Resta vero – come ha notato Hart – che il *Rule of law*, se inteso in senso puramente formale, è compatibile con una grande ingiustizia (HART 1994, 207), anche se è altrettanto vero che la giustizia giuridica non è compatibile con una grave violazione dei requisiti del *Rule of law*. Se, invece, s'intende il *Rule of law* in senso allargato come idea di società, allora essa incorpora anche una pretesa di correttezza, che lo rende però un concetto ben più corposo, vicino se non proprio al caso esemplare di Finnis, almeno a quello del non-positivismo di Alexy. Ma ciò richiede un'integrazione concettuale.

Infatti, se ritorniamo a meditare sui due percorsi nella formazione del concetto di diritto e sul loro differente modo di trattare il *Rule of law*, salta agli occhi la differenza tra la proposta del caso esemplare, che senza dubbio presenta il diritto come un modello morale e della morale, in sé compiuto, e quella

del caso elementare, che pur vede nel *Rule of law*, con cui l'identifica, un'idea morale. Il primo percorso è molto impegnativo per le sue presupposizioni etiche, ma il secondo – come s'è visto – appare troppo esile, perché nel concetto di diritto vi sono altri aspetti che il *Rule of law* non riesce da solo a catturare se non in modo vagamente esigenziale. Mi riferisco, soprattutto, alla proprietà della giustizia. È vero che il *Rule of law* prefigura una forma di associazione umana guidata da regole pubbliche, applicate con imparzialità, ma una società giusta richiede molto di più. È vero che in assenza del *Rule of law* l'obbligatorietà della regola giuridica viene rimessa in discussione, ma lo è anche per un difetto di giustizia, pur nel rispetto del *Rule of law*.

Il vantaggio del concetto minimale è quello di considerare il diritto come un processo d'azione, e non già come un prodotto già compiuto o un tipo ideale. Ma – come abbiamo già notato – il *Rule of law* non basta e bisogna irrobustire questo concetto minimo aggiungendo anche la *pretesa di giustizia* (o di non ingiustizia) o, se vogliamo, una promessa di giustizia (WALDRON 2000-2001), che ogni regola giuridica porta inevitabilmente in se stessa anche in riferimento al suo contenuto. Tale pretesa è avanzata necessariamente dal diritto, così come la pretesa della verità dalla scienza e della bellezza dall'arte (ALEXY 2017, 317). Ovviamente non voglio dire che per ciò stesso la regola giuridica sia giusta, perché questo sarebbe una forma di giuspositivismo ideologico. Una pretesa può ben essere infondata e una promessa non essere mantenuta. Forse è più appropriata quella definizione di Radbruch, già sopra menzionata, per cui il diritto è quella realtà il cui senso è la ricerca della giustizia.

Voglio dire soltanto che il difetto di giustizia costituisce un problema serio per la piena obbligatorietà della regola giuridica. E tuttavia ciò significa che appartiene alla natura del diritto, accanto al *Rule of law*, e distinto da esso, quella di dover essere giusto⁴, o normativamente giustificato, sicché i suoi interpreti sono chiamati a cercare quei significati delle regole giuridiche che realizzano al meglio questa pretesa, cioè nella misura del possibile sulla base dei materiali giuridici esistenti. Una regola

⁴È interessante notare che etimologicamente non è *ius* che viene da *iustitia*, ma al contrario *iustitia* da *ius*.

giuridica ingiusta è difettosa non solo dal punto di vista della morale, ma anche – ed è ciò che qui importa – dal punto di vista giuridico. In più, se l'obbedienza non è più motivata dalla credenza nella giustezza o nella ragionevolezza della regola, allora la sanzione non sarà più giustificata e sembrerà molto simile ad un atto di mera forza.

Possiamo, dunque, affermare che il concetto di diritto, anche se inteso in senso minimale, dovrà contenere due dimensioni ideali, quella del *Rule of law* e quella della giustizia, ma questo induce a riconoscere nella natura del diritto un'apertura tale da rendere ben difficile afferrarne l'identità. Sembrerebbe paradossalmente che il non diritto faccia parte essenziale della natura del diritto. Infatti, attraverso l'ideale della giustizia penetrano nel diritto criteri che vengono dall'esterno, cioè dalle altre sfere della vita pratica, cioè dalla morale, dalla politica, dall'economia, e più in generale dalla società. Mentre l'ideale del *Rule of law* – come s'è detto – è connesso al diritto (o – come sostiene Waldron – è il presupposto del concetto di diritto), è un ideale giuridico a tutti gli effetti, quello della giustizia è generato dalla morale e dalla politica. Certamente la giustizia correttiva, basata sull'egualianza e sulla reciprocità nelle compensazioni, è ancora ascrivibile in buona misura al *Rule of law* (ed infatti è considerata la vera e propria giustizia "giuridica"), ma la giustizia distributiva, che è prioritaria in quanto presupposto dalla giustizia correttiva, viene dal di fuori e rende la filosofia del diritto una parte della filosofia politica. E tuttavia viene interiorizzata dal diritto fino al punto da far parte della sua natura, sicché, ad esempio, le giustificazioni morali che supportano i diritti umani diventano argomenti giuridici o le ragioni che supportano le scelte politiche di giustizia distributiva diventano *ratio legis*, cioè argomenti che supportano decisioni giuridiche.

Di conseguenza, il diritto assume un carattere "riflessivo", appropriandosi di giudizi di valore che provengono dalla società e continuando a suo modo la loro rielaborazione. È interessante notare che è la pretesa della giustizia a conferire al diritto questa dimensione riflessiva, che apre la via all'importanza della dottrina e della giurisprudenza, e non già – come sostiene Simmonds – il *Rule of law*. Tuttavia quest'ultimo ha il compito

di porre limiti ai tentativi di realizzare la giustizia in modo arbitrario, cioè di fare male il bene, e, costruttivamente, di preparare il terreno alla ricerca della giustizia sostanziale con un'idea di società basata sull'eguaglianza, sul rispetto delle persone, sulla fedeltà al diritto, sul *self-restraint* nell'uso del potere a cui si chiedono giustificazioni ragionevoli.

Se il concetto di diritto porta in sé il valore della giustizia, al pari del valore del *Rule of law*, allora dovrà essere riconosciuto come un concetto morale. La grammatica elementare del diritto ha un carattere morale. I concetti possono avere un carattere morale senza necessariamente includere determinati criteri morali per la loro applicazione (DUFF 1980, 87). All'interno stesso del diritto è possibile un conflitto tra valori morali: da una parte l'istanza di giustizia e, dall'altra, il valore dell'ordine giuridico, rappresentato dal *Rule of law*. Ben sappiamo che molto spesso questo conflitto si risolve a favore di quest'ultimo, a conferma dell'importanza di un ordine stabile che sarebbe minacciato dall'incertezza delle regole. Ma ci sono i casi estremi, quelli dell'intollerabile ingiustizia previsti dalla *Formula* di *Radbruch*. Essi stanno a dimostrare che nella pratica giuridica la questione della giustizia è sempre presente come criterio ultimo di controllo di giuridicità, anche quando è silente. È presente, nell'ambito della deliberazione pratica, come ragione per obbedire o meno alla legge ed entra così in concorrenza con altre ragioni possibili contrastanti.

Le ragioni per obbedire alla legge non possono limitarsi alla necessità di un'autorità e alla sua legittimità, ma si devono estendere ai modi e alle forme del suo esercizio ed ai contenuti normativi che ne derivano. Se qualcuna di esse fa difetto, il concetto di diritto è manchevole sotto qualche aspetto. E tuttavia il fatto che a certe condizioni, in assenza di una giustizia sostanziale, il diritto positivo possa restare obbligatorio, tutto considerato, mostra l'esigenza di salvare il più possibile la stabilità delle relazioni sociali e le aspettative in esse maturate, cosa che è la stessa ragion d'essere del diritto all'interno di una più generale filosofia politica e morale, cioè quella di essere il linguaggio ufficiale dell'interazione sociale (FULLER 1981).

5.3. Conclusione

Le nuove teorie del diritto naturale si distinguono nettamente da quelle provenienti dalla neoscolastica, in quanto non prendono le mosse dalla natura umana, ma dalla ragion pratica, il cui uso tuttavia è pur sempre governato da una specifica concezione della natura dell'azione umana (RODRÍGUEZ-BLANCO 2014). Da questa prospettiva si oppongono al giuspositivismo, ma il punto focale del conflitto cambia rispetto al passato. Questo centro focale per molto tempo ha ruotato intorno alla questione della validità della legge e della connessione o separazione tra diritto e morale. Ma, poiché ora queste nuove teorie del diritto naturale ammettono la possibilità di una separazione tra la validità e la giustizia della legge ed ora il giuspositivismo inclusivo ammette la possibilità di una connessione tra diritto e morale, seppur contingente, il conflitto s'è spostato sul tema dei rapporti tra diritto e ragion pratica, sulla giustificazione dell'obbligatorietà del diritto e del suo ruolo all'interno di una teoria del diritto. Di conseguenza, il dibattito attuale tra giusnaturalismo e giuspositivismo si concentra sul modo d'intendere il concetto e la teoria del diritto positivo. A loro volta, in ragione della varietà delle concezioni interne alle nuove teorie del diritto naturale, queste nel loro insieme possono essere considerate come un vero e proprio movimento del pensiero giuridico contemporaneo, piuttosto che come una scuola (CROWE 2014), e pertanto sono ricche di potenziali sviluppi ulteriori. Ma la dialettica interna a questo movimento di pensiero ha anche il compito futuro d'integrare in una visione più comprensiva questi differenti punti di vista, che peraltro sono tutti appartenenti alla tradizione del diritto naturale.

Le nuove teorie del diritto naturale hanno elaborato un concetto di diritto che richiede, necessariamente e in qualche modo, un riferimento alla giustizia nella forma e nel contenuto delle regole giuridiche. In conclusione, ci si deve chiedere in che cosa differiscano dalle teorie che pure ammettono nel diritto positivo la pretesa della giustizia, ma sostengono principi etici oggettivi ben diversi, e a volte anche opposti, a quelli della tradizione del diritto naturale, animata dall'etica cristiana. Mi riferisco alle teorie postmoderne del diritto (MINDA 2001), come *l'Analisi economica del diritto*, che riconduce il diritto al calcolo

dei costi e dei benefici economici, o i *Critical Legal Studies*, che lo riconduce ad un discorso ideologico fondato sulle relazioni di potere, o la *Teoria della differenza razziale*, che ne denuncia il condizionamento discriminatorio ma ne evidenzia anche le capacità emancipatorie, o alla *Teoria giuridica femminista*, che ne rielabora le categorie concettuali per renderle rispettose della differenza di genere, o al movimento del *Diritto e Letteratura*, che ne evidenzia il carattere estetico e narrativo. Sono tutti movimenti di pensiero, così come lo era la *Scuola di diritto libero*, cioè teorie impegnate a difendere e ad implementare determinati orientamenti di valore o piani d'azione per la trasformazione del diritto vigente.

Rispetto alle nuove teorie del diritto naturale la differenza non sta soltanto nella difesa di ben diversi principi etici oggettivi e di differenti antropologie, ma soprattutto nel carattere deontologico delle teorie postmoderne del diritto. Le nuove teorie del diritto naturale intendono invece essere vere e proprie teorie descrittive del diritto positivo sullo stesso piano di, ed alternative a, quelle di orientamento giuspositivista.

Riferimenti

- AARNIO, AULIS. 1987. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, ed. by A. Mabe, Kluwer, Dordrecht.
- AARNIO, AULIS; ALEXY, ROBERT; PECZENIK, ALEKSANDER. 1981. *The Foundation of Legal Reasoning*, in *Rechtstheorie*, 12, 2, pp. 133-158 e 257-279.
- AHRENS, HEINRICH. 1838-40. *Cours de droit naturel, ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, Société typographique belge, Bruxelles.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. 1971. *Normative Systems*, Springer, Wien-New York.
- ALEXY, ROBERT. 1978. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- 1986. *Theorie der Grundrechte*, I ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M.
 - 1987. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie*, 18, 4, pp. 405-419.
 - 1994. *Begriff und Geltung des Rechts*, II ed., Verlag Karl Alber, Freiburg i. B.-München.
 - 1999. *A Defence of Radbruch's Formula*, in D. DYZENHAUS (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, pp. 15-39.
 - 2008. *On the Concept and the Nature of Law*, in *Ratio juris*, 21, pp. 281-299.
 - 2017. *The Ideal Dimension of Law*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 314-341.
- ALEXY, ROBERT ET ALII (hrsg.). 2002. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- ANCONA, ELVIO. 2020. *Veritas est adaequatio rei et intellectus. L'epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, Giappichelli, Torino.

- ANCONA, ELVIO; DE ANNA, GABRIELE (a cura di). 2015. *Il tomismo giuridico del XX secolo. Antologia di autori e testi*, Giappichelli, Torino.
- ANGELONI, RENATO ET ALII. 1951. *Diritto naturale vigente*, in *Quaderni di Iustitia*, 1, Studium, Roma.
- ANTONI, CARLO. 1959. *La restaurazione del diritto di natura*, Pozza, Venezia.
- ASCARELLI, TULLIO. 1955. *Norma giuridica e realtà sociale*, Giuffrè, Milano.
- ATIENZA, MANUEL. 2001. *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona.
- 2006. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona.
- 2007. *Is Legal Positivism a Sustainable Legal Theory?*, in T. GIZBERT-STUDNICKI, J. STELMACH (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa, pp. 229-245.
- AUER, ALBERT. 1956. *Der Mensch hat Recht: Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute*, Verlag Styria, Graz-Wien-Köln.
- AUER, ALFONS. 1971. *Autonome Moral und christliche Glaube*, Patmos Verlag, Düsseldorf.
- 1977. *Die Autonomie des Sittlichen nach Thomas von Aquin*, in K. DEMMER, B. SCHÜLLER (hrsg.), *Christlich glauben und handeln. Fragen einer fundamentalen Moraltheologie in der Diskussion. Festschrift für Josef Fuchs*, Patmos Verlag, Düsseldorf, pp. 31-54.
- AUSTIN, JOHN. 1971. *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], with an introd. by H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, London.
- BALLESTEROS, JESÚS. 2001. *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, III ed., Tecnos, Madrid.
- BANFI, ANTONIO. 1926. *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 6, pp. 194-251.
- BARATTA, ALESSANDRO. 1959. *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 36, pp. 177-228.
- BARTOLOMEI, ALFREDO. 1901. *Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo delle quistioni metodologiche odierne*, Fratelli Bocca, Roma.
- BATTAGLIA, FELICE. 1929. *La crisi del diritto naturale. Saggio su alcune tendenze contemporanee della filosofia del diritto in Francia*, Bietti, Milano.
- 1949. *Il problema morale nell'esistenzialismo*, Zuffi, Bologna.

- BERDJAEV, NIKOLAJ A. 1936. *Cinq méditations sur l'existence: solitude, société et communauté*, trad. dal russo di I. Vildé-Lot, Aubier, Paris.
- BERGBOHM, KARL MAGNUS. 1973. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen* [1892], Detlev Auvermann, Galshütten in Taunus.
- BETTI, EMILIO. 1971. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* [1949], Giuffrè, Milano.
- BEYLEVELD, DERYCK; BROWNSWORD, ROGER. 1985. *The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, 1, pp. 1-32.
- BJARUP, JES. 2005. *Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivism*, in M.P. GOLDING, W.A. EDMUNDSON (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, pp. 287-299.
- BLOCH, ERNST. 1961. *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- BOBBIO, NORBERTO. 1934. *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino.
- 1936. *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 16, pp. 385-418.
- 1958. *Über den Begriff der Natur der Sache*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 44, pp. 305-321.
- 1965. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano.
- 1977. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano.
- 1979. *Il positivismo giuridico*, II ed., Giappichelli, Torino.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG. 1961-1962. *Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Stellungnahme zu einer Diskussion*, in *Hochland*, 54, pp. 217-245.
- BÖCKLE, FRANZ. 1965. *Gesetz un Gewissen. Grundfragen theologischer Ethik in ökumenischer Sicht*, Räper Verlag, Luzern-Stuttgart.
- BÖCKLE, FRANZ ET ALII. 1966. *Das Naturrecht im Disput*, Patmos Verlag, Düsseldorf.
- BONHOEFFER, DIETRICH. 1949. *Ethik*, Kaiser, München.
- BONINO, SERGE-THOMAS. 1994. *Saint Thomas au XXe siècle. Actes du colloque du Centenaire de la Revue Thomiste, 25-28 mars 1993 – Toulouse*, Saint-Paul, Paris.
- BRIESKORN, NORBERT. 2009. *Viktor Cathrein S.J.: Naturrechtliche Strömungen in der Rechtsphilosophie der Gegenwart*, in A. BROCKMÖLLER, E. HILGENDORF (hrsg.), *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*, in *ARSP Beiheft*, 116, pp. 167-186.

- BRIMO, ALBERT. 1965. *La philosophie du droit naturel du Doyen Maurice Hauriou*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Éditions A. Pédone, Paris, pp. 63-78.
- BROCK, STEPHEN L. 2005. *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*, in *Vera Lex*, 6, pp. 57-78.
- BRUNNER, EMIL. 1939. *Das Gebot und die Ordnungen: entwurf einer protestantisch-theologischen Ethik*, Zwingli, Zürich.
- 1943. *Gerechtigkeit: eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zwingli, Zürich.
- BUDZISZEWSKI, J. 1997. *Written on the Heart. The Case for Natural Law*, InterVarsity Press, Downers Grove, Ill.
- BURAZIN, LUKA. 2016. *Can there be an Artefactual Theory of Law?*, in *Ratio juris*, 29, pp. 385-401.
- BURAZIN, LUKA ET ALII (eds.). 2018. *Law as an Artifact*, Oxford University Press, Oxford.
- CAIANI, LUIGI. 1954. *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova.
- CAMMARATA, ANGELO E. 1922. *Sulle tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2, pp. 234-258.
- CAMPBELL, TOM D. 1996. *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, London.
- CAPOGRASSI, GIUSEPPE. 1959a. *Introduzione alla vita etica* [1953], in *Opere*, vol. III, Giuffrè, Milano, pp. 3-128.
- 1959b. *L'esperienza in concreto*, in *Opere*, vol. III, Giuffrè, Milano, pp. 175-251.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. 1951a. *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, pp. 281-300.
- 1951b. *Teoria generale del diritto*, III ed., Soc. ed. del Foro Italiano, Roma.
- CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO. 1999. *Historia del derecho natural. Un ensayo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- CARRINO, AGOSTINO. 1983. *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto nel pensiero di Emil Lask*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- CARRIÓ, GENNARO R. 1983. *Una reciente propuesta de conciliación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico*, in *La teoría general del derecho. Problemas e tendencias actuales. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 360-385.
- CASSESE, SABINO. 2005. *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli.

- CATHREIN, VICTOR. 1891. *Moralphilosophie: eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschliesslich der rechtlichen Ordnung*, Herder, Freiburg im Breisgau, (reprinted by Charleston: Biblio-Bazaar 2010).
- 1893. *Philosophia moralis in usum scholarum*, Herder, Freiburg im Breisgau.
 - 1901. *Recht, Naturrecht und positives Recht. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung*, Herder, Freiburg im Breisgau.
- CHARMONT, JOSEPH. 1910. *La renaissance du droit naturel*, Coulet, Montpellier.
- COHEN, MORRIS RAPHAEL. 1916. Jus naturale redivivum, in *The Philosophical Review*, 25, 6, pp. 761-777.
- COHN, GEORG. 1955. *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, Helbing & Lichtenhahn, Basel.
- COING, HELMUT. 1950. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin.
- COLLINA, VITTORE. 2007. *La réaction au positivisme juridique après la Première Guerre mondiale. Louis Le Fur et le droit naturel*, in M. PETRICIOLI, D. CHERUBINI (sous la direction de), *Pour la paix en Europe. Institutions et société civile dans l'entre-deux-guerres*, Peter Lang, Bruxelles, pp. 483-502.
- COSI, GIOVANNI. 1993. *Il Logos del diritto*, Giappichelli, Torino.
- COTTA, SERGIO. 1974. *Ha il diritto una funzione propria?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 51, pp. 398-412.
- 1979. *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia.
 - 1981. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano.
 - 1991. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, II ed., Giuffrè, Milano.
- COVELL, CHARLES. 1992. *The Defence of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshott, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, St. Martin's Press, London.
- CROWE, JONATHAN. 2014. *Natural Law Beyond Finnis*, in *Jurisprudence*, 2, pp. 293-308.
- 2016. *Natural Law Theories*, in *Philosophy Compass*, 11, 2, pp. 91-101.
 - 2017. *Metaphysical Foundations of Natural Law Theories*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 103-129.
 - 2019. *Natural Law and the Nature of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

- CROWE, JONATHAN; WESTON-SCHEUBER, KYLIE. 2013. *Principles of International Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham.
- CRUET, JEAN. 1908. *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Flammarion, Paris.
- DABIN, JEAN. 1928. *La notion de droit naturel et la pensée juridique contemporaine*, in *Revue néo-scholastique de philosophie*, 30, pp. 418-461.
- D'AGOSTINO, FRANCESCO. 2006. *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino.
- DELHAYE, PHILIPPE. 1960. *Permanence du droit naturel*, Nauwelaerts, Louvain.
- DELOS, JOSEPH T. 1931. *La théorie de l'institution*, in *Archives de philosophie du droit et sociologie juridique*, 1, pp. 97-153.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. 1911. *Sulla positività come carattere del diritto: prolusione al corso di filosofia del diritto letta l'11 febbraio 1911 nella R. Università di Bologna*, Formiggini, Modena.
- 1922. *Il concetto della natura e il principio del diritto*, II ed., Zanichelli, Bologna.
- 1924. *La giustizia*, II ed., Zanichelli, Bologna.
- 1962. *Lezioni di filosofia del diritto*, XI ed., Giuffrè, Milano.
- DIETRICH, DONALD J. 1987. *Catholic Theologians in Hitler's Reich: Adaptation and Critique*, in *Journal of Church and State*, 29, pp.19-45.
- DIETZE, GOTTFRIED. 1956. *Natural Law in the Modern European Constitutions*, in *Natural Law Forum*, 1, pp. 73-91.
- 1988. *Catholic Resistance in the Third Reich*, in *Holocaust and Genocide Studies*, 3, 2, pp. 171-186.
- DUFF, ANTONY. 1980. *Legal Obligation and the Moral Nature of Law*, in *Juridical Review*, 25, pp. 61-87.
- DUKE, GEORGE. 2017. *The Common Good*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 369-396.
- DWORKIN, RONALD. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- 1986. *Law's Empire*, Fontana Press, London.
- 2011. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- EHRENBERG, KENNETH M. 2009. *Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 1, pp. 91-113.

- 2018. *Law Is an Institution, an Artifact, and a Practice*, in L. BURAZIN ET ALII (eds.), *Law as an Artifact*. Oxford University Press, Oxford, pp. 177-191.
- EHRlich, EUGEN. 1903. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Hirschfeld, Leipzig.
- 1918. *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen.
- 2002. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trans. of *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [1913] by W.L. Moll with an introduction by Roscoe Pound and a new introduction by K.A. Ziegert, Transaction Publisher, New Brunswick (NJ).
- ELLUL, JACQUES. 1946. *Le fondement théologique du droit*, Delachaux et Niestlé, Paris.
- 1988. *Anarchie et Christianisme*, Atelier de Création Libertaire, Lyon.
- ENGISCH, KARL. 1956. *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart.
- ESSER, JOSEF. 1956. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquelle und Interpretationslehre*, Mohr, Tübingen.
- EVANS, RICHARD. 2005. *The Third Reich in Power*, Penguin, New York.

- FASSÒ, GUIDO. 1956. *Cristianesimo e società*, Giuffrè, Milano.
- 1999. *La legge della ragione* [1964], a cura di C. Faralli, E. Pattaro, G. Zucchini, Giuffrè, Milano.
- 2001. *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, LUIGI. 1989. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- 2010. *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 55, 3, pp. 2771-2816.
- 2012. *La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2, pp. 229-252.
- FETERIS, EVELINE T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer, Dordrecht.
- FINNIS, JOHN. 1991. *Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth*, The Catholic University of America, Washington, DC.
- 1998. *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- 2003. *Law and What I Truly Should Decide*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 48, pp. 107-129.
- 2011. *Natural Law and Natural Rights*, II ed., Oxford University Press, Oxford.

- 2012. *What is the Philosophy of Law?*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 1, pp. 67-78.
- 2017a. *The Nature of Law*, in J. TASIOLAS (ed.), *The Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- 2017b. *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 17-56.
- FINNIS, JOHN; GRISEZ, GERMAIN. 1981. *The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph MacInerney*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 26, pp. 21-31.
- FIORAVANTI, MAURIZIO. 2011. *La crisi dello Stato liberale di diritto*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, a cura di F. Viola, 16, pp. 81-93.
- FRAENKEL, ERNST. 1941. *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, trans. by E. Shils, Oxford University Press, New York.
- FUCHS, JOSEF. 1955. *Lex naturae. Zur Theologie des Naturrechts*, Patmos Verlag, Düsseldorf.
- FULLER, LON L. 1969. *The Morality of Law*, revised ed., Yale University Press, New Haven.
- 1981. *The Principles of Social Order*, ed. by K.I. Winston, Duke University Press, Durham, N.C.

- GADAMER, HANS GEORG. 1983. *Verità e metodo* [1960], a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano.
- 1993. *Die Natur der Sache und die Sprache der Dinge* [1960], in *Gesammelte Werke*, vol. II, Mohr, Tübingen, pp. 66-75.
- GARDNER, JOHN. 2001. *Legal Positivism: 5 ½ Myths*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 46, pp. 199-227.
- GENY, FRANÇOIS. 1914-1924. *Science et technique en droit privé positif*, 4 voll., Sirey, Paris.
- 1933. *La laïcité du droit naturel*, in *Archives de philosophie du droit et sociologie juridique*, 3, pp. 7-27.
- 1954. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899], II ed., 2 voll., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- GEORGE, ROBERT P. (ed). 1992. *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford.
- 1996a. *A Defense of the New Natural Law Theory*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 41, pp. 47-61.
- 1996b (ed.). *Natural Law, Liberalism, and Morality. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford.
- 2000. *Kelsen and Aquinas on 'The Natural-Law Doctrine'*, in *Notre Dame Law Review*, 75, pp. 1625-1646.

- GIULIANI, ALESSANDRO. 1974. *Logica del diritto: teoria dell'argomentazione*, Giuffrè, Milano.
- GONELLA, GUIDO. 1942. *Presupposti di un ordine internazionale: note ai messaggi di S.S. Pio XII*, Civitas gentium, Città del Vaticano.
- GRABMANN, MARTIN. 1922. *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 16, pp. 12-53.
- GRANERIS, GIUSEPPE. 1949. *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino.
- GRAY, CHRISTOPHER B. 2010. *The Methodology of Maurice Hauriou. Legal, Sociological, Philosophical*, Editions Rodopi, Amsterdam-New York.
- GRISEZ, GERMAIN. 1969. *The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa theologiae, 1-2, Question 94, Article 2*, in A. KENNY (ed.), *Aquinas: a Collection of Critical Essays*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, pp. 340-382.
- GRISEZ, GERMAIN; BOYLE, JOSEPH. 1998. *Response to our critics and our collaborators*, in R.P. GEORGE (ed.), *Natural Law and Moral Inquiry: Ethics, Metaphysics, and Politics in the Work of Germain Grisez*, Georgetown University Press, Washington, DC, pp. 213-37.
- GRISEZ, GERMAIN; BOYLE, JOSEPH; FINNIS, JOHN. 1987. *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 32, pp. 99-151.
- GROSSWALD CURRAN, VIVIAN. 2002. *Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law*, in *Cornell International Law Journal*, 35, pp. 101-187.
- GUASTINI, RICCARDO. 1996. *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 26, 2, pp. 513-525.
- GURVITCH, GEORGES. 1932. *L'idée du droit social. Notion et système du droit social: histoire doctrinale depuis le 17. siècle jusqu'à la fin du 19. siècle*, Sirey, Paris.
- 1935. *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, Paris.
- GUSTAFSON, JAMES M. 1978. *Protestant and Roman Catholic Ethics: Prospects for Rapprochement*, University of Chicago Press, Chicago-London.
- GUTBERLET, CONSTANTIN. 1901. *Ethik und Naturrecht*, Theissing Verlag, Münster.
- GUTIÉRREZ, GUSTAVO. 1973. *A Theology of Liberation: History, Politics, and Salvation*, trans. and ed. by Sister C. Inda and J. Eagleson, Orbis Book, Maryknoll, N.Y.

- 1989. *Dios o el oro en las Indias, siglo XVI*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima.
- HAACK, SUSAN. 1996. *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*, The University of Chicago Press, Chicago-London.
- HABERMAS, JÜRGEN. 1992. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, I ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- HALDEMANN, FRANK. 2005. *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, in *Ratio juris*, 18, 2, pp. 162-178.
- HAINES, CHARLES GROVE. 1930. *The Revival of Natural Law Concepts. A Study of the Establishment and the Interpretation of Limits on Legislatures with Special Reference to the Development of Certain Phases of American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- HARING, JOHANN. 1899. *Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz*, Moser, Graz.
- HÄRING, BERNHARD. 1954. *Das Gesetz Christi. Moralthologie*, Erich Wevel Verlag, Freiburg im Breisgau.
- HART, HERBERT L.A. 1964. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale [1957-1958]*, in V. Frosini (a cura di), *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano.
- 1994. *The Concept of Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford.
- HARTMANN, NICOLAI. 1949. *Ethik*, III ed., Walter de Gruyter, Berlin.
- HAURIOU, MAURICE. 1918. *Le Droit naturel et l'Allemagne*, in *Le Correspondant*, 236, pp. 913-939.
- 1923. *Precis de droit constitutionnelle*, Sirey, Paris.
- 1927. *L'ordre sociale, la justice et le droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 26, pp. 795-825.
- 1967. *Teoria dell'istituzione e della fondazione. Saggio sul vitalismo sociale [1925]*, in *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W.C. Sforza, Giuffrè, Milano.
- HECK, PHILIPP. 1948. *The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests*, in *The Jurisprudence of Interests*, trans. of *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz [1932]* by M.M. Schoch, with an introd. by L.L. Fuller, 20th Century Legal Philosophy Series, vol. II., Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- HERGET, JAMES E.; WALLACE, STEPHEN. 1987. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, in *Virginia Law Review*, 73, 2, pp. 399-455.
- HERTLING, GEORG von. 1893. *Naturrecht und Sozialpolitik*, Bachem, Köln.

- HIMMA, KENNETH E. 2003. *Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, pp. 345-377.
- HITTINGER, RUSSELL. 1987. *A Critique of the New Natural Law Theory*, Notre Dame University Press, Notre Dame.
- HOBE, KONRAD. 1973. *Emil Lask's Rechtsphilosophie*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 59, pp. 221-235.
- HÖFFE, OTFRIED. 1971. *Praktische Philosophie, Das Modell des Aristoteles*, Pustet, München-Salzburg.
- 1987. *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- 2006. *Kant's Cosmopolitan Theory of Law and Peace*, trans. by A. Newton, Cambridge University Press, Cambridge.
- HÖFFE, OTFRIED; DEMMER, KLAUS; HOLLERBACH, ALEXANDER. 1987. *Naturrecht*, in *Staatslexikon*, VII ed., vol. 3, Herder, Freiburg im Breisgau, pp. 1296-1318.
- HÖHN, REINHARD. 1934. *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*, Hanseat Verlagsanstalt, Hamburg.
- HOLLERBACH, ALEXANDER. 1974. *Das Verhältnis der katholischen Naturrechtslehre des 19. Jahrhunderts zur Geschichte der Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, in *Theologie und Sozialethik im Spannungsfeld der Gesellschaft: Untersuchungen zur Ideengeschichte des deutschen Katholizismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. A. Langner, Schöningh, München, pp. 113-133.
- HÖSLE, VITTORIO. 1991. *Philosophie der ökologischen Krise*, Beck, München.
- HRUSCHKA, JOACHIM. 1972. *Das Verstehen von Rechtstexten: zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, Beck, München.
- HUSSERL, GERHART. 1955. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt a. M.
- ILTING, KARL-HEINZ. 1978. *Naturrecht*, in O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 4, Klett-Cotta, Stuttgart, pp. 245-313.
- IRTI, NATALINO. 1979. *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano.
- JENSEN, STEVEN J. 2015. *Knowing the Natural Law. From Precepts and Inclinations to Deriving Oughts*, The Catholic University of America Press, Washington, DC.
- JHERING, RUDOLF VON. 1877-1883. *Der Zweck um Recht*, 2 voll., Breitkoff & Härtel, Leipzig.

- JONES, H. STUART. 1993. *The French State in Question. Public Law and Political Argument in the third Republic*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JORI, MARIO (a cura di). 1994. *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino.
- KALINOWSKI, GEORGES. 1967. *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Emmanuel Vitte, Lyon.
- 1983. *Notions de nature. Sur la muabilité du concept de nature et l'immuabilité de la loi naturelle*, in D. MAYER-MALY, P.M. SIMON (hrsg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 45-55.
- KALINOWSKI, GEORGES; VILLEY, MICHEL. 1984. *La mobilité du droit naturel chez Aristote et Thomas d'Aquin*, in *Archives de Philosophie du droit*, 29, pp. 187-199.
- KANTOROVICZ, HERMANN (Gnaeus Flavius). 1988. *La lotta per la scienza del diritto* [1906], ristampa anastatica dell'ed. del 1908, Arnaldo Forni, Sala Bolognese.
- KANTOROWICZ, HERMANN; PATTERSON, EDWIN W.. 1928. *Legal Science – A Summary of Its Methodology*, in *Columbia Law Review*, 28, 6, pp. 679-707.
- KANTOROWICZ CARTER, FRANK. 2005. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book – Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), in *German Law Journal*, 7, 7, pp. 657-700.
- KAUFMANN, ARTHUR. 1957. *Naturrecht und Geschichtlichkeit: ein Vortrag*, Mohr, Tübingen.
- 1958. *Recht als Mass der Macht*, in *Stimmen der Zeit*, 163, 1, pp. 22-37.
- 1962. *La struttura ontologica del diritto*, trad. di G. Quadri, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 39, pp. 549-582.
- 1977. *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenäum-Verlag, Frankfurt a. M.
- 1983. *Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, in H. ROTTLEUTHNER (hrsg.) *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 18, Franz Steiner, Wiesbaden, pp. 1-19.
- 1991. *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre–und was daraus geworden ist*, in M. STOLLEIS (hrsg.), *Die Bedeutung der Wörter. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, pp. 105-132.
- 2003. *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* [1982], II ed., a cura di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli.

- KAUFMANN, ERICH. 1921. *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Mohr, Tübingen.
- 1931. *Zur Problematik des Volkswillens*, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig.
- KELSEN, HANS. 1911. *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen.
- 1945. *The Rule against ex post facto. Laws and The Prosecution of the Axis War Criminals*, in *The Judge Advocate Journal*, pp. 8-12.
- 1947. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, in *The International Law Quarterly*, 1, 2, pp. 153-171.
- 1949. *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in *The Western Political Quarterly*, 2, 2, pp. 481-513.
- 1952. *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], a cura di R. Treves, Einaudi, Torino.
- 1957. *Existentialismus in Rechtswissenschaft?*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 43, pp. 161-186.
- 1963. *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico* [1928], in *Appendice di Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, IV ed., Edizioni di Comunità, Milano.
- 1985. *Teoria generale delle norme* [1979], a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino.
- KLINK, BART VAN. 2009. *Facts and Norms: the Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen*, in M. HERTOIGH (ed.), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, pp. 127-155.
- KOELLREUTTER, OTTO. 1932. *Der nationale Rechtsstaat*, Mohr, Tübingen.
- KRETMANN, NORMAN. 1988. *Lex iniusta non est lex. Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 33, pp. 99-122.
- KRIELE, MARTIN. 1979. *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- KÜHL, KRISTIAN. 1990. *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg*, in G. KÖBLER ET ALII (hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag*, Brühl, Gießen, pp. 331-357.
- KÜNG, HANS. 1998. *A Global Ethic for Global Politics and Economics*, trans. by J. Bowden, Oxford University Press, Oxford.
- KÜNG, HANS; KUSCHEL, KARL-JOSEF (eds.). 1993. *A Global Ethic. The Declaration of the Parliament of World's Religions*, Continuum, New York.

- KÜNNETH, WALTER. 1954. *Politik zwischen Dämon und Gott: eine christliche Ethik des Politischen*, Lutherisches Verlagshaus, Berlin.
- LACHANCE, LOUIS. 1933. *Le Concept du droit selon Aristote et S. Thomas*, Levesque, Montréal.
- LANG-HINRICHSSEN, DIETRICH. 1954. *Zur Ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus*, in *Festschrift für Edmund Mezger: zum 70. Geburtstag*, Beck, München, pp. 1-70.
- LARENZ, KARL. 1935. *Rechtsperson und subjectives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, hrsg. K. Larenz et alii, Junker und Dünnhaupt, Berlin, pp. 225-241.
- LASK, EMIL. 1950. *Legal Philosophy*, in *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, trans. of *Rechtsphilosophie* [1905] by K. Wilk, Harvard University Press, Cambridge, Mass., pp. 1-42.
- LECLERCQ, JACQUES. 1927. *Leçons de droit naturel. I: Le fondement du droit et de la société*, Ad. Wesmael-Charlier, Namur.
- LE FUR, LOUIS. 1937. *Les grandes problèmes du droit*, Sirey, Paris.
- LEVY-BRUHL, HENRI. 1951. *Esquisse d'une théorie des sources de droit*, in *Année sociologique*, 4, pp. 3-33.
- LISSKA, ANTHONY J. 1996. *Aquinas's Natural Law Theory: An Analytic Reconstruction*, Clarendon Press, Oxford.
- LOMBARDI VALLAURI, LUIGI. 1964. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano.
- 1981. *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova.
- 1990. *Diritto libero*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, sezione civile*. Vol. VI, Utet, Torino, pp. 279-284.
- LOTTIN, ODON. 1931. *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, II ed., Ch. Beyaert, Bruges.
- MACCORMICK, NEIL. 1992. *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, in R.P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 105-133.
- MACINTYRE, ALASDAIR. 1988. *Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- 2007. *After virtue. A Study in Moral Theory*, III ed., University of Notre Dame, Notre Dame.
- MACKIE, JOHN. 1977. *The Third Theory of Law*, in *Philosophy & Public Affairs*, 7, pp. 3-16.
- MAIHOFFER, WERNER. 1958. *Die Natur der Sache*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 44, pp. 145-174.
- MARCIC, RENÉ. 1969. *Rechtsphilosophie*, Verlag Rombach, Freiburg im Breisgau.

- MARITAIN, JACQUES. 1951. *Man and the State*, University of Chicago Press, Chicago.
- 1984. *Humanisme intégral. Problèmes temporels et spirituels d'une nouvelle chrétienté* [1936], in *Œuvres Complètes*, vol. VI, Éditions Universitaires, Fribourg, pp. 293-634.
 - 1986. *La loi naturelle ou loi non écrite* [1950], texte inédit, établi par G. Brazzola, Éditions Universitaires, Fribourg.
 - 1988a. *Le droits de l'homme et la loi naturelle* [1942], in *Œuvres Complètes*, vol. VII, Éditions Universitaires, Fribourg, pp. 619-695.
 - 1988b. *Christianisme et démocratie* [1943], in *Œuvres Complètes*, vol. VII, Éditions Universitaires, Fribourg, pp. 701-762.
 - 1990. *Sur la philosophie des droits de l'homme* [1947], in *Œuvres Complètes*, vol. IX, Éditions Universitaires, Fribourg, pp. 1081-1089.
- MASPÉTIOL, ROLAND. 1968. *L'idée d'État chez Maurice Hauriou*, in *Archives de Philosophie du droit*, 13, pp. 249-265.
- MASSINI-CORREAS, CARLOS I. 1983. *La prudencia jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- 2006. *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona.
- MAUSBACH, JOSEPH. 1918. *Naturrecht und Völkerrecht*, Herder, Freiburg im Breisgau.
- MCINERNY, RALPH. 1988. *Art and Prudence in the Thought of Jacques Maritain*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- 1997. *Ethica Thomistica: The Moral Philosophy of Thomas Aquinas*, Catholic University of America Press, Washington.
- MENGONI, LUIGI. 1985. *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna.
- MENZEL, ADOLPH. 1912. *Naturrecht und Soziologie*, Fromme, Wien-Leipzig.
- MESSNER, JOHANNES. 1950. *Das Naturrecht*, Tyrolia Verlag, Innsbruck-Wien.
- MEYER, THEODOR. 1885. *Institutiones Juris Naturalis seu Philosophiae Moralis Universae secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Herder, Freiburg im Breisgau.
- MILLARD, ERIC. 1995. *Hauriou et la théorie de l'institution*, in *Droit & Société*, 30/31, pp. 381-412.
- MILLER, FRED D. 1997. *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford University Press, Oxford.
- MINDA, GARY. 2001. *Teorie postmoderne del diritto* [1995], Il Mulino, Bologna.
- MOORE, MICHAEL S. 1992. *Law as a Functional Kind*, in R.P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 188-242.

- 1996. *Good without God*, in R.P. GEORGE (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 221-270.
 - 2004. *Objectivity in Law and Ethics: Essays in Moral and Legal Ontology*, Ashgate, Aldershot.
 - 2012. *The Various Relations between Law and Morality in Contemporary Legal Philosophy*, in *Ratio juris*, 25, 4, pp. 435-471.
 - 2020. *Mechanical Choices. The Responsibility of the Human Machine*, Oxford University Press, Oxford.
- MOUNIER, EMMANUEL. 1936. *Manifeste au service du personnalisme*, Éditions Mouton, Paris.
- MÜLLER, CLAUDIUS. 1994. *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus: Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp*, Mohr, Tübingen.
- MÜLLER, GEBHARD. 1967. *Naturrecht und Grundgesetz: zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts*, Echter, Würzburg.
- MURPHY, MARK C. 2001. *Natural Law and Practical Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- 2003. *Natural Law Jurisprudence*, in *Legal Theory*, 9, pp. 241-267.
 - 2005. *Natural Law Theory*, in M.P. GOLDING, W.A. EDMUNDSON (eds.), *Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, pp. 15-28.
 - 2006. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge.
 - 2017. *Two Unhappy Dilemmas for Natural Law Jurisprudence*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 342-368.
- NEUMANN, ULFRID. 1986. *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- NINO, CARLOS S. 1980. *Dworkin and Legal Positivism*, in *Mind*, 89, pp. 519-43.
- 1984. *Legal Norms and Reasons for Action*, in *Rechtstheorie*, 15, pp. 489-502.
 - 1991. *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford.
 - 1994. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.
 - 1996. *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven.
 - 1998. *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven.

- NUSSBAUM, MARTHA C. 1997. *Human Rights Theory: Capabilities and Human Rights*, in *Fordham Law Review*, 66, pp. 273-300.
- OLGIATI, FRANCESCO. 1944. *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano.
- OLLERO TASSARA, ANDRÉS. 1996. *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso Diputados, Madrid.
- OPOCHER, ENRICO. 1983. *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova.
- OPPETT, BRUNO. 1991. *François Geny et le droit naturel*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, pp. 89-117.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, ALESSANDRO. 1951. *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson's University Library, London.
- PATTARO, ENRICO. 1976. *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 451-487.
- 2005. *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality That Ought to Be*, Springer, Dordrecht.
- PAULSON, STANLEY L. 1975. *Classical Legal Positivism at Nuremberg*, in *Philosophy and Public Affairs*, 4, 2, pp. 132-158.
- 2006. *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 1, pp. 17-40.
- PERELMAN, CHAÏM. 1945. *De la justice*, Université libre de Bruxelles, Institut de Sociology Solvay, Bruxelles.
- PERELMAN, CHAÏM; OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. 1958. *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, PUF, Paris.
- PETRAZYCKI, LEON. 1955. *Law and Morality*, trans. by H.W. Babb with an introduction by N.S. Timasheff, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- PETRONE, IGINO. 1895. *La fase recentissima della Filosofia del diritto in Germania: Analisi critica poggiata sulla Teoria della conoscenza*, E. Spoerri, Pisa.
- PIEPER, JOSEF. 1953. *Über Gerechtigkeit*, Kösel, München.
- 1963. *Die Wirklichkeit und das Gute*, VII ed., Kösel, München.
- PIOVANI, PIETRO. 1961. *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari.
- PIZZORNI, REGINALDO. 1978. *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Città Nuova, Roma.
- PLATON, JEAN GEORGES. 1911. *Pour le droit naturel: à propos du livre de M. Hauriou: Les principes de droit public*, Rivière, Paris.

- PODGÓRECKI, ADAM. 1974. *Law and Society*, Routledge and Kegan Paul, London.
- PORTER, JEAN. 2003. *A Tradition of Civility: the Natural Law as a Tradition of Moral Inquiry*, in *Scottish Journal of Theology*, 56, 1, pp. 27-48.
- POSTEMA, GERALD J. 2011. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, Springer, Dordrecht.
- 2014. *Fidelity in Law's Commonwealth*, in D. KLIMCHUK (ed.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 17-40.
- POULANTZAS, NICOS. 1965. *Nature des choses et droit: essai sur la dialectique du fait et de valeur*, Pichon et Durand-Auzias, Paris.
- POUND, ROSCOE. 1942. *The Revival of Natural Law*, in *Notre Dame Lawyer*, 17, 4, pp. 287-372.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. 1997. *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- RADBRUCH, GUSTAV. 1914. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Leipzig.
- 1941. *La natura della cosa come forma del pensiero giuridico*, trad. di B. Leoni, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, pp. 145-156.
- 1945. *Fünf Minuten der Rechtsphilosophie*, in *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12 settembre.
- 1948. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Scherer, Heidelberg.
- 1950. *Legal Philosophy*, in *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, trans. by K. Wilk of *Rechtsphilosophie* [3rd ed. 1932], Harvard University Press, Cambridge, Mass., pp. 43-224.
- 2013. *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* [1946], trad. di E. Fittipaldi, in A.G. CONTE ET ALII, *Filosofia del diritto*, III ed., a cura di P. Di Lucia, Cortina, Milano, pp. 159-173.
- RATZINGER, JOSEPH A. 1964. *Naturrecht, Evangelium und Ideologie in der katholischen Soziallehre: Katholische Erwägungen zum Thema*, in K. VON BISMARCK, W. DIRKS (hrsg.), *Christliche Glaube und Ideologie*, Kreuz-Verlag, Stuttgart, pp. 24-30.
- RAWLS, JOHN. 1999. *A Theory of Justice*, revised ed., Oxford University Press, Oxford.
- RAZ, JOSEPH. 1990. *Practical Reason and Norms* [1975], Princeton University Press, Princeton.
- REBER, ALFRED. 1962. *Katholische und protestantische Rechtsbegründung heute*, Josef Knecht, Frankfurt a. M.
- REINACH, ADOLF. 1983. *The Apriori Foundations of the Civil Law*, trans. of *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* [1913] by

- J.F. Crosby in *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, 3, pp. 1-142.
- RENARD, GEORGES. 1927. *Le Droit, l'ordre et la raison. Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit*, L. Tenin, Paris.
- 1930. *La théorie de l'institution*, Sirey, Paris.
- 2004. *La filosofia dell'istituzione* [1939], a cura di M.L. Tarantino, Gangemi editore, Roma.
- RHONHEIMER, MARTIN. 1994. *Praktische Vernunft und Vernünftigkeit der Praxis*, Akademie Verlag, Berlin.
- 2001. *Legge naturale e ragione pratica. Una visione tomista dell'autonomia morale* [1987], trad. di E. Babini, Armando, Roma.
- RICOEUR, PAUL. 1995. *Interprétation et/ou argumentation?*, in *Le Juste*, Éditions Esprit, Paris, pp. 163-184.
- RIEDEL, MARTIN (hrsg.). 1972-1974. *Rehabilitierung der praktische Vernunft*, 2 voll., Rombach, Freiburg im Breisgau.
- RIPERT, GEORGES. 1918. *Droit naturel et positivisme juridique*, in *Annales de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille*. Nouvelle serie, 1, Barlatier, Marseilles.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, VERONICA. 2014. *Law and Authority Under the Guise of the Good*, Hart Publishing, Oxford and Portland.
- 2017. *Practical Reason in the Context of Law. What Kind of Mistake does a Citizen Make when She Violates Legal Rules?*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 159-186.
- ROMMEN, HEINRICH. 1965. *L'eterno ritorno del diritto naturale* [1936], a cura di G. Ambrosetti, Studium, Roma.
- ROSENBAUM, WOLF. 1972. *Naturrecht und positives Recht*, Luchterhand, Darmstadt.
- ROSMINI, ANTONIO. 1841-43. *Filosofia del diritto*, 2 voll., Tipografia e libreria Boniardi-Pogliani, Milano.
- RÜMELIN, MAX. 1948. *Developments in Legal Theory and Teaching during my lifetime*, in *The Jurisprudence of Interests*, trans. of *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre* [1930] by M.M. Schoch, with an introd. by L.L. Fuller, 20th Century Legal Philosophy Series: vol. II, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- RUNDLE, KRISTEN. 2012. *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford.
- SALEILLES, RAYMOND. 1902. *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1, pp. 80-112.

- SCARPELLI, UBERTO. 1949. *Esistenzialismo e marxismo*, Taylor, Torino.
 – 1965. *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano.
- SCHAMBECK, HERBERT. 1964. *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Springer-Verlag, Wien.
- SCHMITT, CARL. 1912. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Otto Liebmann, Berlin.
 – 1932. *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin.
 – 2011. *Die Tyrannei der Werte*, III ed., Duncker & Humblot, Berlin.
- SCHUPPE, WILHELM. 1884. *Die Methoden der Rechtsphilosophie*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 5, pp. 209-274.
- SEIFERT, JOSEF. 1983. *Is Reinach's "Apriorische Rechtslehre" more Important for Positive Law than Reinach himself thinks?*, in *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, 3, pp. 197-230.
- SERTILLANGES, ANTONIN D. 1916. *La philosophie morale de saint Thomas d'Aquin*, Alcan, Paris.
- SIMON, YVES. 1934. *Critique de la connaissance morale*, Desclée de Brouwer, Paris.
 – 1992. *The Tradition of Natural Law. A Philosopher's Reflections [1965]*, ed. by V. Kuic, Fordham University Press, New York.
- SIMMONDS, NIGEL E. 2007. *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford.
 – 2010. *Reflexivity and the Idea of Law*, in *Jurisprudence*, 1, pp. 1-23.
 – 2017. *Law as an Idea We Live By*, in G. DUKE, R.P. GEORGE (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, pp. 245-274.
- SOHM, RUDOLPH. 1909. *Wesen und Ursprung des Katholizismus*, Teubner, Leipzig.
- SOLARI, GIOELE. 1904. *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Fratelli Bocca, Torino.
- SOPER, PHILIP. 2007. *In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory: Why Unjust is No Law at All*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20, 1, pp. 201-223.
- SPAACK, TORBEN. 2009. *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*, in *Law and Philosophy*, 28, pp. 261-290.
- SPAEMANN, ROBERT. 1994a. *Die Aktualität des Naturrecht*, in *Philosophische Essays*, Reclam, Stuttgart, pp. 60-79.
 – 1994b. *Ende der Modernität?*, in *Philosophische Essays*, Reclam, Stuttgart, pp. 232-260.
 – 1996. *Personen: Versuch über den Unterschied von "etwas" und "jemand"*, Klett-Cotta, Stuttgart.

- STAMMLER, RUDOLF. 1924. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, V ed., Walter de Gruyter, Berlin.
- 1928. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, III ed., Walter de Gruyter, Berlin, Leipzig.
- 2000. *The Theory of Justice*, trans. of *Die Lehre vom dem richtigen Rechte* [1902] by I. Husik with appendixes by F. Geny and J.C.H. Wu, The Lawbook Exchange, Union (NJ).
- STEIN, EDITH. 1925. *Eine Untersuchung über den Staat*, in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 7, pp. 1-123.
- TAPARELLI D'AZEGLIO, LUIGI. 1840-43. *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, 5 voll., Stamp. d'Antonio Muratori, Palermo.
- TARELLO, GIOVANNI. 1971. *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 25, 1, pp. 1-18.
- TIERNEY, BRIAN. 2002. *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, in *The Review of Politics*, 64, 3, pp. 489-406, con interventi critici di J. Finnis, D. Kries e M.P. Zuckert e la replica finale di Tierney.
- TREVES, RENATO. 1934. *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, Memorie dell'Istituto Giuridico della Regia Università, Torino.
- TREVIÑO, A. JAVIER (ed.) 2007. *Classic Writings in Law and Society*, Transaction Publishers, New Brunswick (NJ).
- TROELTSCH, ERNST. 1923. *Naturrecht und Humanität in der Weltpolitik. Vortrag bei der zweiten Jahresfeier der Deutschen Hochschule für Politik*, Verlag für Politik und Wirtschaft, Berlin.
- TROPER, MICHEL. 1992. *Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit*, in *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel: la France et les États-Unis*, sous la direction de T. Marshall, Éditions de l'Espace Européen, La Garenne-Colombes, pp. 35-56.
- TRUJILLO, ISABEL. 2007. *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'egualianza*, Il Mulino, Bologna.
- TUZET, GIOVANNI. 2018. *A Strange Kind of Artifact*, in L. BURAZIN ET ALII (eds.), *Law as an Artifact*. Oxford University Press, Oxford, pp. 217-238.
- ÜTZ, ARTHUR FRIDOLIN. 1958-1963. *Sozialethik: mit internationaler Bibliographie*, 2 voll., Kerle-Nauwelaerts, Heidelberg.
- VAN STEENBERGHEN, FERNAND. 1987. *Comment être thomiste aujourd'hui*, in *Revue philosophique de Louvain*, 85, pp. 171-197.

- VERDROSS, ALFRED. 1937. *Forbidden Treaties in International Law*, in *The American Journal of International Law*, 31, pp. 571-577.
- 1958. *Abenländische Rechtsphilosophie: Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Springer, Wien.
- 1966. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, in *The American Journal of International Law*, 60, pp. 55-63.
- VIEHWEG, THEODOR. 1953. *Topik und Jurisprudenz*, Beck, München.
- VIGO, RODOLFO L. 2016. *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Editorial Porrúa, México, DF.
- VILLEY, MICHEL. 1963. *François Geny et la renaissance du droit naturel*, in *Archives de Philosophie du droit*, 8, pp. 197-211.
- 1965. *La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit*, in *Droit et nature des choses*, Dalloz, Paris, pp. 267-283.
- 1968. *Études récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique*, in *Archives de Philosophie du droit*, 13, pp. 347-356.
- 1975. *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchretien, Paris.
- 1976. *Philosophie du droit*, 2 voll., Dalloz, Paris.
- 1983. *Le droit et le droits de l'homme*, PUF, Paris.
- VIOLA, FRANCESCO. 1984. *La connaissance de la loi naturelle dans la pensée de Jacques Maritain*, in *Nova et Vetera*, 49, 3, pp. 204-228.
- 1989. *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giapichelli, Torino.
- 1990. *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano.
- 1997. *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari.
- 1998. *Tommaso tra i contemporanei. La presenza delle dottrine tomiste nella filosofia pratica contemporanea*, in C. VIGNA (a cura di), *La libertà del bene*, Vita e Pensiero, Milano, pp. 229-264.
- 2007. *The Rule of Law in Legal Pluralism*, in T. GIZBERT-STUDNICKI, J. STELMACH (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa, pp. 105-131.
- 2011. *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giapichelli, Torino.
- 2014. *John Finnis: tomismo e filosofia analitica*, in P. BETTINESCHI, R. FANCIULLACCI (a cura di), *Tommaso d'Aquino e i filosofi analitici*, Orthotes, Napoli-Salerno, pp. 227-236.
- 2015. *Il diritto tra arte ed etica*, in C. HERMIDA, J.A. SANTOS (coord.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 3-17.
- 2017a. *Hans Kelsen and Practical Reason*, in P. LANGFORD ET ALII.

- (eds.), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer International Publishing AG, Cham 2017, pp. 121-139.
- 2017b. *Positive Law and Natural Law*, in M. SELLERS, S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht.
 - 2019. *Aquinas (On Natural Law)*, in M. SELLERS, S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht 2019.
- VIOLA, FRANCESCO; ZACCARIA, GIUSEPPE. 2011. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, VII ed., Laterza, Bari-Roma.
- VOEGELIN, ERIC. 2004. *The Drama of Humanity and Other Miscellaneous Papers, 1939-1985*, in *The Collected Works of Eric Voegelin*, vol. 33, University of Missouri Press, Columbia, Missouri.
- WALDRON, JEREMY. 2000-2001. *Does Law Promise Justice?*, in *Georgia State University Law Review*, 17, pp. 759-788.
- WEBER, MAX. 1907. *R. Stammlers "Ueberwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 66, pp. 94-151.
- WELZEL, HANS. 1951. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit: Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WIEACKER, FRANZ. 1952. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- WIEGAND, MARC ANDRÉ. 2004. *Unrichtiges Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- WINDSCHEID, BERNHARD. 1904. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. P. Oertmann, Duncker & Humbolt, Leipzig.
- WOLF, ERIK. 1947. *Das Problem der Naturrechts*, Müller, Karlsruhe.
- 1955. *Das Problem der Naturrechtslehre: Versuch einer Orientierung*, Müller, Karlsruhe.
- WROBLEWSKI, JERZY. 1972. *L'interpretation en droit: théorie et ideologie*, in *Archives de Philosophie du droit*, 17, pp. 51-69.
- 1974. *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, 5, pp. 33-46.
- ZACHER, EWALD. 1973. *Der Begriff der Natur und Naturrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.
- ZADEH, LOFTI A. 1975. *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*, in *Synthese*, 30, pp. 407-428.

- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. 1992. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino.
- ZUCKERT, MICHAEL. 2007. *The Fullness of Being: Thomas Aquinas and the Modern Critique of Natural Law*, in *The Review of Politics*, 69, pp. 28-47.

Finito di stampare nel mese di giugno 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

