

I

Le ragioni della filosofia del diritto

Sommario

1. Filosofia del diritto e scienza del diritto. – 1.1. Filosofia e scienza. – 1.2. Il diritto tra filosofia e scienza. – 1.3. Alla ricerca della definizione del diritto. – 2. Modelli teorici e filosofici del diritto. – 2.1. Il giusnaturalismo. – 2.2. Il positivismo giuridico. – 2.3. Il realismo giuridico. – 2.4. La critica al positivismo e al realismo: nuove linee interpretative del diritto. – 2.5. Il ritorno della morale nel diritto: percorsi. – 3. La finalità del diritto. – 3.1. La giustificazione del diritto. – 3.2. La 'legge di Hume': tra essere e dover essere. – 3.3. Il diritto come tutela della dignità umana e della coesistenza sociale. – 3.4. Diritti umani e diritti fondamentali. – 3.5. Le generazioni dei diritti.

1. Filosofia del diritto e scienza del diritto

1.1. Filosofia e scienza

Il diritto può essere oggetto di studio tanto da parte della filosofia del diritto, quanto della scienza del diritto. Per comprendere il diverso modo di studiare il diritto di queste due discipline è necessario tenere conto, anche in via molto generale, delle caratteristiche dell'una e dell'altra, delle loro diversità strutturali e metodologiche.

La filosofia si interroga sul 'perché' della realtà: è un sapere che indaga mediante la ragione la possibilità di una comprensione del senso e di una giustificazione ultima della realtà. La domanda filosofica preliminare ad ogni riflessione è la seguente: perché c'è l'essere anziché il nulla? Una domanda radicale che richiede una risposta altrettanto radicale. Il sapere filosofico non si ferma alla rilevazione fattuale di come è la realtà, ma

riflette sulla conoscibilità del senso dei fatti 'oltre' i fatti.

La scienza, più precisamente, la scienza sperimentale moderna, descrive 'come' è la realtà: osserva i fatti o eventi, formula ipotesi, le verifica empiricamente. Lo scienziato osserva la realtà, cerca di spiegarla e verifica sperimentalmente la verità o falsità dell'ipotesi formulata. Il metodo scientifico, in questo senso, è quantitativo: misura l'estensione nello spazio e calcola il movimento nel tempo dei corpi e degli enti. Estensione e movimento sono i parametri di riferimento necessari e sufficienti per la conoscenza empirica del reale.

Entrambe le discipline utilizzano la razionalità come metodo: ma fare filosofia significa usare la razionalità in modo diverso rispetto alla scienza. La razionalità scientifica è empirica e descrittiva, funzionale allo studio delle parti e dei settori che compongono la realtà. La razionalità filosofica è anche riflessiva, esplicativa e giustificativa, con l'obiettivo di riflettere, spiegare, giustificare ossia 'rendere ragione' del reale. In questo senso la filosofia non pretende una conoscenza totale quantitativamente (ossia studiare la somma di tutte le parti o settori che compongono la realtà), ma si pone dal punto di vista della totalità per una spiegazione unitaria in senso qualitativo (o del senso del 'tutto'). La scienza tende alla frammentazione specialistica; la filosofia allo sguardo globale sul senso complessivo.

Queste diversità di indagine e di metodo si riversano nel mondo del diritto, quando questo diventa l'oggetto di studio della filosofia del diritto o della scienza del diritto.

1.2. Il diritto tra filosofia e scienza

La filosofia del diritto¹ appartiene alla filosofia pratica, distinta dalla filosofia teoretica e speculativa, che studia i comporta-

¹ Non vi è accordo sulla definizione di filosofia del diritto. Per alcuni è una parte della scienza giuridica; per altri è una branca della filosofia. In questa sede distingueremo tra teoria generale del diritto come la filosofia del diritto intesa nel senso di scienza giuridica e filosofia del diritto propriamente detta come riflessione sul senso del diritto. Bisognerebbe anche distinguere tra filosofia del diritto dei giuristi (più vicina alla scienza del diritto) e filosofia del diritto dei filosofi (più vicina alla filosofia): questo volume si inserisce nell'ambito della filosofia del diritto dei filosofi, più precisamente della filosofia 'per' il diritto.

menti umani. La specificità della filosofia del diritto è la ricerca della risposta alla domanda sul 'perché' del diritto, mediante la riflessione sul senso e sulla essenza, ossia su ciò che costituisce l'essere proprio del diritto, ciò che fa sì che il diritto sia ciò che è.

La filosofia del diritto come espressione si diffonde all'inizio del XIX secolo, con i *Lineamenti fondamentali di filosofia del diritto* di G.W.F. Hegel (1821), ma la riflessione sul senso del diritto inizia con l'inizio della filosofia che si applica anche al diritto.

La filosofia del diritto si articola in tre livelli di analisi.

Ad un primo livello la filosofia del diritto esplicita il fondamento del diritto, le condizioni a priori di possibilità e pensabilità del diritto, ponendosi le domande preliminari: perché esiste il diritto piuttosto che l'assenza del diritto? Quali sono le condizioni per cui è pensabile e possibile il diritto? Perché è bene che esista il diritto e perché è meglio che esista il diritto piuttosto che l'assenza del diritto?

Ad un secondo livello, la filosofia del diritto discute in modo critico il diritto esistente, interrogandosi sulla accettabilità o inaccettabilità del diritto, sulla legittimità o illegittimità, sulla giustizia o ingiustizia.

Infine, la filosofia del diritto delinea l'orizzonte per l'elaborazione di un possibile diritto futuro, indagando come il diritto deve o dovrebbe essere, a partire dalla tematizzazione del suo fine intrinseco, per progettare un diritto 'migliore' di quello già esistente (se inaccettabile e ingiusto) e configurare nuove norme laddove siano necessarie e assenti.

Di contro la scienza del diritto applica il metodo scientifico allo studio del diritto, quale oggetto². La scienza del diritto studia e descrive 'come' è il diritto, ossia il diritto come dato empirico e come fenomeno che ci appare. L'approccio scientifico al diritto parte dall'osservazione e dalla rilevazione del diritto esistente. È dunque un atteggiamento passivo, che prende atto a posteriori di ciò che si manifesta, del diritto nel modo in cui esiste nella società, ossia del diritto come fatto o fenomeno sociale.

Sta di fatto che la scienza giuridica ebbe la pretesa di rispon-

² Si discute se il metodo debba essere quello delle scienze naturali e/o delle scienze umane, nel contesto del dibattito della scienza giuridica come descrittiva o normativa.

dere ad entrambe le domande che I. Kant riteneva sorgessero nell'ambito dell'esperienza giuridica: *quid ius? quid iuris?*³. Alla seconda attraverso le varie scienze particolari del diritto (privato, pubblico, penale, ecc.), le quali hanno per orizzonte la legislazione in quel settore di un dato Paese. Alla prima attraverso la teoria generale del diritto e la sociologia del diritto. In merito a queste ultime possiamo dare alcune indicazioni.

La teoria generale del diritto⁴ elabora, mediante comparazione ed astrazione generalizzante alcune categorie centrali del diritto, ricorrenti nei diversi sistemi giuridici, per ricavarne le figure di qualificazione (ordinamento, norma, sanzione, diritto oggettivo, ecc.) e sistematizzarle in modo ordinato. Tale teorizzazione si articola in due parti: teoria della norma (nomostatica) e teoria dell'ordinamento (nomodinamica). La prima analizza la struttura della norma astraendola dal contesto; la seconda inserisce la norma nel rapporto con le altre all'interno del sistema giuridico.

Si tratta di una approccio formale ed estrinseco al diritto. La teoria generale non si occupa dei contenuti, né del valore del diritto: si ferma alla morfologia e alla struttura esterna delle norme, alla validità e alla giustezza tecnica. Tale ambito studia le modalità e procedure corrette per la formalizzazione o positivizzazione della norma, ossia la traduzione della volontà legislativa in norma valida: il giurista verifica la validità della norma esistente, accertando l'appartenenza della norma all'ordinamento giuridico unitario, la riconduzione alla fonte legislativa, la non abrogazione, la compatibilità e coerenza con altre norme nell'ordinamento giuridico. La teoria generale si occupa anche dell'interpretazione della norma, sulla base di criteri formali stabiliti, quali l'interpretazione testuale (lessicale, logica, sistematica) ed extra-testuale (estensiva ed analogica, e con riferimento ai principi generali del diritto)⁵. La teoria generale del diritto è anche

³ L. d'AVACK, *Diritto*, in "Enciclopedia Giuridica", Corriere della Sera-Sole 24 ore, Bergamo 2007, vol. V, p. 191 ss.

⁴ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.

⁵ L'interpretazione estensiva estende l'applicazione di una norma esistente a casi non espressamente previsti; l'analogia formula una norma simile in modo rilevante alla norma esistente per disciplinare un caso non previsto; il richiamo ai principi generali si basa sulla astrazione o sussunzione dall'ordinamento giuridico. È questo l'orizzonte concettuale che ispira

astrazione e generalizzazione delle pratiche giuridiche.

Questo modo di esaminare il diritto è quello che si è maggiormente affermato nell'Europa continentale a partire dal secolo XIX.

Tuttavia va tenuto conto di un'altra linea di pensiero che si è sviluppata nel medesimo periodo storico, prevalentemente negli Stati Uniti e poi successivamente in Europa. Si tratta della sociologia del diritto⁶ che studia, sul piano teorico ed empirico, il rapporto tra diritto e società, presupponendo che diritto e società, pur essendo entità diverse, si influenzino reciprocamente. La macrosociologia, detta anche la sociologia del diritto dei giuristi, studia la società nel diritto: è una scienza del diritto che osserva, interpreta, prevede i comportamenti sociali conformi o difforni rispetto alle norme, i fattori sociali che influiscono sull'emanazione, interpretazione e applicazione del diritto, gli effetti sociali provocati dall'applicazione o disapplicazione del diritto. La microsociologia o sociologia del diritto dei sociologi, studia il diritto nella società: la nascita, la posizione, l'evoluzione, la funzione e il fine del diritto nella società nel suo insieme.

La sociologia del diritto ritiene che il diritto si identifichi con il diritto sociale, ossia il diritto che si osserva nei comportamenti ripetuti e diffusi dei cittadini (la prassi sociale), il diritto elaborato dai giuristi (la dottrina) e applicato dai giudici (la giurisprudenza). Tale disciplina descrive il diritto come fatto concreto, rilevando le regole che emergono spontaneamente nell'esperienza sociale e nel diritto 'vivente' delle discussioni dei giuristi e nelle aule dei tribunali, configurando il c.d. diritto libero o reale. È il diritto latente e in formazione che riflette le esigenze e le aspirazioni della coscienza collettiva, un diritto che tiene conto

l'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* premesse al Codice attualmente vigente: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materia analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

⁶ V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997; R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, Einaudi, Torino 2002.

degli interessi individuali e di gruppo e si trasforma dinamicamente con i mutamenti sociali.

A differenza della teoria e della sociologia del diritto, la filosofia del diritto riflette sul fondamento, sul senso, sul fine del diritto in modo valutativo, ossia nell'orizzonte dei valori morali; è nell'orizzonte morale che la filosofia del diritto propone un approccio per la conoscenza, valutazione e progettazione del diritto, riflettendo retrospettivamente sul fondamento del diritto, analizzando criticamente il diritto vigente e proiettivamente il diritto futuro. La scienza del diritto descrive il diritto 'come' è in modo avalutativo, sul piano formale (teoria generale del diritto) o sul piano empirico (sociologia del diritto), ossia senza valutazioni morali.

In questo senso si può ulteriormente distinguere una prospettiva scientifica del diritto, distinta in una prospettiva "logica" che studia il carattere formale del diritto, le categorie e le strutture giuridiche e una prospettiva "fenomenologica" che studia la dimensione sociale e fattuale del diritto, ponendo in rapporto il diritto con altri fenomeni sociali. La prospettiva filosofica è "deontologica" e "assiologica", in quanto riguarda la ricerca della giustizia nel diritto, dei principi ideali e dei valori.

La dimensione formale (teorica) e fattuale (sociologica) è importante sul piano dello studio scientifico del diritto, ma non può sostituire la filosofia del diritto: rimane imprescindibile la necessità di una riflessione critica sul contenuto della norma (sul fondamento, sul senso, sul fine), di una presa di coscienza del rapporto tra diritto e morale. Il ruolo della filosofia del diritto nell'ambito degli studi giuridici è quello di bilanciare lo studio scientifico formale ed empirico del diritto, offrendo un supporto critico alla scienza giuridica positiva, un'apertura alla dimensione paradigmatica del senso e del significato.

1.3. Alla ricerca della definizione del diritto

La domanda preliminare ad ogni tipo di riflessione sul diritto⁷, tanto per il filosofo, quanto per lo scienziato, non può che

⁷ Il sostantivo 'diritto' deriva etimologicamente in via immediata dal latino *dirigere*, ma viene fatto risalire per più lunga via a radici sanscrite che significano direzione, dirittura fisica (geometrica) e morale, rettitudine, or-

essere 'che cosa è il diritto'? È la domanda che esige nella risposta una definizione del diritto che tematizzi il significato proprio del diritto.

Ma l'uso frequente del termine 'diritto' da parte dei giuristi e dei non giuristi ha finito per accumulare intorno ad esso una tale varietà e imprecisione di significati, che rimane difficile mettere ordine e chiarezza in questa complessa matassa. Non c'è, dunque, 'una' risposta alla domanda: esistono diverse possibili definizioni e significati del fenomeno giuridico. Ogni significato dipende dalle epoche, dal contesto sociale, ma anche dal particolare modo di porsi di fronte al diritto e da una diversa teoria del diritto, quale elaborazione concettuale o spiegazione del diritto.

Un percorso può essere quello di muovere dai diritti che generalmente vengono considerati dalle principali scuole di pensiero che hanno segnato la storia del pensiero giuridico. Questo ci porta a dovere tenere conto di almeno tre fattispecie: il diritto naturale, il diritto positivo e il diritto reale, che rispettivamente per il giusnaturalismo, il positivismo giuridico e il realismo giuridico sono se non l'unico, certamente il vero diritto.

2. Modelli teorici e filosofici del diritto

Esistono diversi modelli teorici e filosofici del diritto. Ogni modello ha alcuni elementi comuni o caratteri generali distintivi, anche se è declinato in modo differente nelle diverse epoche storiche e nei diversi autori.

I principali modelli che si sono delineati nell'ambito teorico e filosofico, nella storia del pensiero giuridico sono: il giusnaturalismo, il positivismo giuridico, il realismo giuridico. Si dovrebbe più propriamente parlare di giusnaturalismi, giuspositivismi e giusrealismi al plurale, in quanto esistono diverse formulazioni delle rispettive teorie.

dine. Qualunque sia l'origine si osserva che tanto l'etimologia latina quanto l'uso moderno accennano chiaramente all'idea complessa di rettitudine e di ordine. Va inoltre osservato che nelle lingue neolatine il sostantivo 'diritto' ha sostituito quello originario di *jus* del quale si è solo conservata la forma aggettivale ('giuridico') ed attorno al quale gli antichi avevano accumulato una ricca fioritura di derivazioni etimologiche molto disparate. Per una introduzione sul tema S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2014. La ricostruzione etimologica in L. D'AVACK, *Diritto*, cit.

Nell'epoca contemporanea sono emersi approcci critici ai modelli 'tradizionali' del diritto, ma anche ritorni e riformulazioni delle teorie stratificate ed espresse nella storia del pensiero giuridico.

2.1. Il giusnaturalismo

La teoria: i caratteri generali

La dottrina del diritto naturale, poi detta giusnaturalismo⁸, è una concezione dualistica e bidimensionale del diritto: parte dalla rilevazione dell'esistenza del diritto positivo (ossia del diritto posto dal legislatore), che costituisce il punto di partenza della riflessione, ma ritiene che il diritto non sia riducibile a solo diritto positivo. La teoria giusnaturalistica non nega il diritto positivo, ma afferma e giustifica l'esistenza e la conoscibilità del diritto naturale, postulando l'esserci di una dimensione del diritto 'prima', 'oltre' e 'sopra' il diritto vigente. Affermare l'irriducibilità del diritto a solo diritto positivo non significa negare l'esistenza e la rilevanza giuridica di tale dimensione del diritto, ma significa negarne l'esclusività e affermare l'esistenza di un diritto precedente in ordine cronologico e superiore in senso gerarchico.

Non è facile definire il diritto naturale: si può partire da una definizione in negativo. Il diritto naturale è il diritto "non posto", cioè la cui esistenza non dipende dal fatto di essere prodotto, empiricamente e storicamente, dalla volontà del legislatore, dunque esiste indipendentemente dall'atto di posizione o statuizione. È un diritto "non scritto", ossia non scritto nelle leggi poste dagli uomini. È un diritto che non coincide 'di principio' (anche se può coincidere 'di fatto') con le leggi emanate dal le-

⁸ F. D'AGOSTINO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2006; AA.VV., *Diritto naturale. Verso nuove prospettive*, Giuffrè, Milano 1990; J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990; V. MATHIEU, *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Giappichelli, Torino 1989; A. PASSARIN d'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano 1980; H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Giuffrè, Milano 1965; R.P. GEORGE, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, Lindau, Torino 2011; N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, Giappichelli, Torino 2009.

gislatore. In altri termini, il diritto non coincide con la legge o le leggi.

Più difficile è definire il diritto naturale in senso positivo. Il diritto naturale è il diritto che l'uomo non produce, ma scopre e trova nella natura, in quanto 'dato'. La natura è una dimensione della realtà che precede e sovrasta l'uomo e al tempo stesso appartiene all'uomo: in questo senso la natura costituisce un limite obiettivo, un orizzonte della volontà, dell'azione e dell'intelletto, nel quale l'uomo, senza che lo scelga intenzionalmente, si trova e nel quale l'uomo esiste, anche volendolo rifiutare.

Ma cosa si intende con il termine "natura"? I significati di "natura" nel contesto delle teorizzazioni del diritto naturale, rintracciabili nella storia del pensiero occidentale, sono estremamente variegati. Si può distinguere, schematicamente, una teorizzazione *biologico-naturalistica*, che identifica il diritto naturale con le leggi biologiche impersonali che governano in modo immanente la natura intesa in senso fisico, che include tutti gli esseri viventi; una teorizzazione *teologica* che fa coincidere il diritto naturale con la divinità soprannaturale, nella variante volontaristica (il diritto naturale si identifica con la volontà di Dio) e metafisico-razionalistica (il diritto naturale corrisponde alla sapienza divina, comprensibile dalla ragione umana); una teorizzazione *razionalistica* o giusrazionalismo, che riconosce il diritto naturale nelle norme dettate dalla ragione dell'uomo. In questa prospettiva la ragione è intesa o come facoltà in grado di cogliere l'essenza fondamentale della realtà e dell'uomo, dunque i principi supremi e trascendenti dell'essere da cui dedurre le regole di comportamento o come facoltà calcolante in grado di gestire le modalità e le procedure per garantire una convivenza sociale.

Il diritto naturale, inteso in senso biologico, teologico o razionalistico, ha dei caratteri comuni: è un diritto spazialmente universale, ossia rivolto a tutti coloro che condividono l'origine naturale; è un diritto temporalmente immutabile ed eterno, o anche costante e permanente, in quanto la natura nella sua essenza e struttura fondamentale non cambia; è un diritto conoscibile mediante la ragione umana che indaga la natura.

Pur nella considerevole diversificazione teoretica ed argomentativa, si può individuare un nucleo di fondo che costituisce un minimo comune denominatore dei giusnaturalismi: il riferimen-

to alla natura (sia essa la natura fisica, la sapienza o volontà divina o la ragione umana, intesa in senso forte e debole) come limite oggettivo all'arbitrio soggettivo dell'uomo esprimibile dalla volontà o nell'azione che pone in essere il diritto. La natura non è concepita solo come la fonte, ma anche è soprattutto come l'origine, il fondamento e la giustificazione ultima del diritto.

La teorizzazione del diritto naturale non è né formalistica né empiristica: è una concezione ontologica, deontologica ed assiologica del diritto, in quanto strettamente connessa all'essere o essenza del diritto, al dover essere e al valore del diritto. Nelle teorizzazioni giusnaturalistiche si evidenzia una connessione più o meno forte, ma comunque sempre presente, tra il diritto e l'etica, quale riflessione pratica sui valori, sulla distinzione tra bene e male, sulla individuazione delle norme di comportamento per orientare le azioni a realizzare il bene ed evitare il male. Il bene può essere inteso in senso "massimo", il bene dell'uomo nella sua singolarità o il bene "minimo", identificato con la convivenza sociale.

Il diritto naturale include implicitamente o esplicitamente un riferimento all'etica anche se non coincide con l'etica: non tutto ciò che orienta al bene è prescritto dal diritto naturale e non tutto ciò che porta al male è vietato dal diritto naturale. La dimensione etica si situa prima, accanto e oltre la dimensione giuridica formale e empirica. L'eticità del diritto naturale si evidenzia nel riferimento alla giustizia, quale principio etico del diritto e nel diritto: giustizia significa "dare a ciascuno il suo", ossia riconoscere ciò che spetta ad ogni uomo per natura, a prescindere (pur potendo coincidere di fatto) dalla validità formale del diritto positivo o dalla efficacia/effettività sociale del diritto reale.

Nell'ambito delle teorizzazioni giusnaturalistiche vi è un contenuto massimo o minimo di etica alla quale il diritto non può rinunciare se non contraddicendo le sue ragioni proprie: l'etica è ritenuta la condizione di pensabilità e possibilità del diritto. In questa prospettiva si ritiene impossibile pensare il diritto se non a partire dalle categorie fondanti l'etica. La dimensione etica nel diritto consente una giustificazione del fondamento e del senso del diritto, una spiegazione del perché del diritto, del fine del diritto e della sua obbligatorietà.

È l'adesione interiore al senso della norma da parte del destinatario e al suo valore sostanziale che ne giustifica l'obbligato-

rietà intrinseca, a prescindere dalla considerazione delle conseguenze del comportamento. Si obbedisce al diritto naturale in quanto avvertito interiormente come giusto, a prescindere dal fatto che sia formalmente, estrinsecamente e coercitivamente posto in essere dal legislatore; a prescindere dal fatto che sia punita la sua trasgressione, con sanzioni più o meno gravi o afflittive. L'obbligatorietà è giustificata in se stessa oggettivamente, indipendentemente dalla statuizione formale del legislatore.

Ciò non significa che l'adesione al giusnaturalismo comporti l'allontanamento dal diritto legislativo, dal diritto giurisprudenziale o dalla prassi sociale. Nella prospettiva giusnaturalista tali forme del diritto (legislazione, giurisprudenza, prassi) possono entrare in dialogo con il diritto naturale, quale dimensione ulteriore che costituisce o può costituire un punto di riferimento di valore.

Le teorie più estreme ritengono che il diritto positivo contrario al diritto naturale non sia diritto e dunque sia doverosa la disobbedienza al diritto positivo. Le teorie moderate ritengono che una regola contraria al diritto naturale rimanga comunque giuridica in quanto posta per l'ordine sociale.

Secondo il giusnaturalismo, il giurista è chiamato, ad un primo livello, a ricercare ed esplicitare il fondamento naturale del diritto; ad un secondo livello a considerare il diritto naturale come misura del diritto positivo, ad entrare nel merito del contenuto delle norme giuridiche positive, delle sentenze emanate dai giudici, della consuetudine, allo scopo di esprimere una valutazione critica sul diritto vigente, interrogandosi sulla conformità di esso rispetto alle esigenze irrinunciabili della natura, promuovendo uno sforzo di riforma nella direzione della adeguazione del diritto al suo senso proprio, laddove si rilevassero incongruenze, contraddizioni o ambiguità; ad un terzo livello, il giurista ha il compito di ricercare nuovi modi di positivizzare le spettanze naturali, nel momento della formulazione, dell'applicazione e dell'interpretazione delle regole giuridiche, nella continua, dinamica ed interminabile ricerca di esplicitazione della normatività dalla natura.

Le teorie: nella storia del pensiero giuridico

Ripercorrendo, sinteticamente e schematicamente, la storia del pensiero occidentale è possibile individuare diverse teoriz-

zazioni del diritto naturale dall'antichità, attraverso l'epoca moderna, sino all'età contemporanea⁹.

Nell'antichità greco-romana (VI a.C.-I d.C.) inizia una riflessione prefilosofica e filosofico giuridica, se non specifica sul diritto, almeno generalmente riferibile alle regole del comportamento sociale, nell'ambito di una discussione sul rapporto dell'uomo con la legge e la giustizia.

Va ricordato Sofocle e la rappresentazione, nell'*Antigone*, del contrasto tra una legislazione superiore divina, eterna, immutabile e quella umana come prodotto contingente dell'arbitrio. *Antigone* rappresenta l'eroina del giusnaturalismo, arrivando a sacrificare la propria vita per obbedire al diritto naturale, alle leggi non scritte della *polis*.

I presocratici delineano la teoria naturalistica del diritto, ritenendo che la natura, intesa come cosmo, costituisca l'ordine oggettivo, esistente in se stesso, indipendentemente dall'uomo in quanto ad esso esterno ed anteriore, al quale la volontà umana e l'ordine sociale devono conformarsi. Nell'ambito del pensiero dei sofisti, pur nel contesto di una concezione relativistica sul piano cognitivo-morale nella riduzione della verità ad opinione apparente, si inserisce la distinzione tra "giusto per natura", ossia conforme alla tradizione, e "giusto per legge" in riferimento a norme fissate arbitrariamente dagli uomini. Ippia e Antifonte si appellano alla natura come fonte sovrastante della normatività razionalmente conoscibile in senso universale e stabile rispetto ad ogni condotta umana, in contrapposizione alla riduzione relativistica del diritto all'istinto del più forte in Callicle e all'interpretazione scettica del diritto come convenienza di chi comanda di Trasimaco e Crizia.

⁹ Per la storia della filosofia del diritto si veda: G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Laterza, Bari: *Antichità e medioevo*, vol. I (2005), *L'età moderna*, vol. II (2003), *Ottocento e Novecento*, vol. III (2006), a cura di C. FARALLI; J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Il Mulino, Bologna 1996; M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1985; M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2011; C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Laterza, Roma-Bari 2005; ID., *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai greci a Hart*, Giappichelli, Torino 2014; F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Cedam, Padova 2009; G. ZANETTI, *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina Raffaello, Milano 1999.

Socrate, nel contesto della sua filosofia ispirata all'universalità del vero e del bene e all'essenza dell'uomo individuata nella conoscenza di sé, contribuisce alla tematizzazione della legge naturale nell'elaborazione del fondamento del rispetto e del dovere morale di obbedienza assoluta alla legge positiva e umana. Egli tematizza anche l'accettazione della legge ingiusta, ritenendo che sia meglio subire l'ingiustizia piuttosto che compierla, richiamandosi al consenso o patto che ha posto in essere le norme e all'esigenza della ragione naturale.

Platone, nell'applicazione della dottrina metafisica alla politica e al diritto, introduce il riferimento alla giustizia come virtù identificata nella perfezione dell'anima, ove l'armonia degli elementi (sapienza, forza e temperanza) corrisponde all'armonia dello Stato tra governanti o filosofi, guerrieri, artigiani e agricoltori. Si tratta di una visione utopica, ideale, astorica che ritiene non necessarie le leggi in uno Stato giusto. Sul piano pratico Platone distingue tra il "governo degli uomini" e il "governo delle leggi" avvicinandosi ad una dottrina della legge naturale di tipo razionalistico, ritenendo che il fondamento della legge sia la retta ragione.

Aristotele riconosce la giustizia nella medietà e l'equità nell'applicazione correttiva al caso concreto della legge generale ed astratta. Nella filosofia aristotelica, naturale si riferisce a ciò che è giusto in tutti i tempi e luoghi indipendentemente dal fatto che sia stato sancito, sulla base della distinzione tra "giusto per natura" e "giusto legale", ossia giusto in quanto fondato sulla natura e giusto in quanto prescritto dalla norma giuridica. L'autore non parla di immutabilità, ma di una legge naturale duratura, stabile e costante, non astratta, bensì empirica, storica e socio-culturale, dunque suscettibile di variazioni in base al comportamento abituale e prevalente degli uomini. È questa la prospettiva che inaugura un giusnaturalismo moderato che ammette un diritto naturale parzialmente mutevole.

Nell'età ellenistica lo stoicismo si pone in contrapposizione al relativismo scettico che dubita della verità, all'edonismo epicureo che riduce il valore al piacere egoistico e al misticismo neoplatonico che riconduce la morale al mondo ideale: nel contesto di una fisica panteistica secondo la quale l'universo è animato da una ragione universale immanente e di un'etica ascetica, lo stoicismo ritiene che la legge naturale sia una necessità

impersonale universale della natura intesa come cosmo. In questa prospettiva la legge del comportamento coincide con la descrizione dell'accadimento effettivo o legge fisica. La teoria della legge naturale assume una configurazione volontaristico-teologica e naturalistica, identificando la natura con la volontà divina presente in tutti gli esseri viventi, umani e non umani.

Nel periodo romano si esprime un giusnaturalismo con caratteri peculiari rispetto al giusnaturalismo greco. La stessa definizione della giurisprudenza come "*ars boni et aequi*" o "*iusti et iniusti scientia*" evidenzia lo stretto legame tra natura, etica e diritto.

Il diritto naturale dei giuristi è quello che la natura insegna a tutti gli animali, compresi gli esseri umani. Ulpiano elabora una concezione del diritto naturale di tipo naturalistico, allargando il riferimento alla natura dall'uomo agli animali ed identificandolo con la necessità biologica della natura vivente (l'accoppiamento dei maschi con le femmine, la procreazione, l'allevamento e l'educazione dei figli). Il diritto naturale è distinto dal diritto delle genti, comune a tutti gli uomini (non necessariamente superiore, ma più esteso del diritto civile) e dal diritto civile o dei cittadini, derivato dai decreti dei principi e dall'autorità dei giuristi. La concezione della legge naturale elaborata dai giuristi romani nasce da un'esigenza pratica: è evocata con riferimento al comportamento che gli uomini ritengono, in modo istintuale e razionale, condiviso quale regola da seguire. Si afferma l'idea dello *ius gentium* come regola naturale conforme alla condotta sociale rinvenibile e osservabile in ogni uomo: una sorta di embrionale diritto internazionale posto in essere dal consenso dei popoli.

Il diritto naturale dei filosofi è espresso in modo particolare da Cicerone che, seppur influenzato dalla visione naturalista del pensiero stoico, identifica la legge naturale con la legge razionale o 'retta ragione'. Si tratta di una anticipazione del giusnaturalismo razionalistico. Cicerone ritiene che l'uomo mediante la ragione possa conoscere le leggi della natura ed esserne consapevolmente vincolato, asserendo che le leggi positive debbano fondarsi sulle leggi naturali e, in quanto conformi a retta ragione, debbano essere uguali per tutti i popoli.

Dal I secolo d.C. e, in seguito, in epoca medievale (II-XIV) la teorizzazione del diritto naturale, a causa dell'influsso del cristianesimo, si sposta prevalentemente sul piano teologico. Per il giusnaturalismo cristiano la legge naturale coincide con l'ordi-

ne cosmico stabilito da Dio al momento della creazione: si segna il passaggio da una visione orizzontale del diritto naturale ad una visione verticale che identifica in ultima analisi il diritto naturale con il diritto divino. È una legge eterna ed immutabile, ma non impersonale ed immanente, bensì divina personale e trascendente, interiorizzata in quanto “scritta nel cuore dell’uomo”, come riferito nella Lettera ai Romani di Paolo di Tarso.

Con la riflessione di Filone d’Alessandria la filosofia tenta una mediazione tra il pensiero greco-stoico e il pensiero giudaico-cristiano, mostrando la capacità razionale di partecipazione dell’uomo alla legge divina, conoscibile direttamente mediante la fede e indirettamente mediante la ragione.

Agostino d’Ippona, a partire dalla riflessione sul rapporto tra giusnaturalismo e cristianesimo nel confronto con la cultura pagana, oscilla tra una teorizzazione del diritto naturale di tipo teologico-volontaristico, intendendo la giustizia come ciò che è voluto da Dio, e una teorizzazione del diritto naturale di tipo razionalistico, concependo la giustizia come esigenza della ragione umana. Per l’autore la ragione umana è in grado di partecipare alla legge divina ed è ad essa subordinata quale funzione conoscitiva di grado inferiore e necessitante della grazia divina per la salvezza. Agostino evidenzia la polarizzazione tra la città celeste (il corpo mistico) e la città terrena (lo Stato), tra religiosità autentica e esigenze sociali, tra legge naturale divina, eterna ed immutabile e legge positiva umana, mondana e temporale.

Nell’ambito della scolastica, S. Tommaso si inserisce nel quadro di una complessa sintesi tra pensiero greco e cristiano, in contrapposizione al nominalismo-volontaristico della “scuola francescana”. Egli teorizza la legge naturale in un contesto finalistico-creazionista, in base al quale l’ordine dei fini della natura inanimata e animata coincide con il piano sapienziale che Dio ha voluto al momento della creazione. La concezione giuridica tomista è quadripartita in legge divina, eterna, naturale e umana: la legge divina positiva coincide con la verità rivelata, conoscibile per fede; la legge eterna è il piano razionale astratto della sapienza divina nel mondo che dirige provvidenzialmente tutte le cose al fine; la legge naturale è la “partecipazione” della creatura razionale alla legge eterna, ossia “l’ordinazione” della ragione umana al bene.

Secondo Tommaso la ragion pratica può conoscere la legge

naturale sulla base dell'osservazione delle inclinazioni naturali dell'uomo, quali la conservazione della vita, la riproduzione, la conoscenza della verità e del vivere in società; a seguito dell'osservazione, la ragione può formulare le regole della condotta che prescrivono il conseguimento dei fini. La legge positiva umana è un insieme di disposizioni particolari che guidano l'uomo al perseguimento dei fini terreni: nel contenuto derivano per conclusione e determinazione dalla legge naturale, benché nella forma siano promulgate dal legislatore. Si tratta pertanto di una concezione giusnaturalistica teologica-razionalistica: teologica in quanto il riferimento supremo è la legge eterna e divina, razionalistica in quanto fa riferimento alla sapienza divina e alla ragione umana nel contesto della legge naturale.

Nell'epoca moderna (XIV-XVIII)¹⁰ si assiste ad un profondo mutamento della visione del mondo aperta dalle nuove scoperte geografiche (e il conseguente relativismo e scetticismo), al cambiamento del concetto di natura a seguito della nascita della scienza sperimentale (il passaggio dal finalismo ontologico alla visione materialistico-meccanicistico-determinista) e allo sfaldarsi dell'unità politico-religiosa medievale (il pluralismo politico nella formazione degli Stati e il pluralismo religioso a seguito della riforma protestante). Tali fattori contribuiscono al passaggio da una visione prevalentemente universalistica e trascendente in senso metafisico e teologico, ad una concezione particolaristica ed immanente.

Nel contesto della laicizzazione e secolarizzazione del pensiero, del pluralismo religioso e politico, anche la teorizzazione giuridica tende a passare da una interpretazione oggettiva (la legge naturale conoscibile nella natura) ad una considerazione soggettiva (il diritto naturale conoscibile dall'uomo in se stesso, attraverso la ragione). Emerge sempre più la consapevolezza che il diritto naturale non sia sopra l'uomo o fuori dall'uomo, ma dentro l'uomo. Si inizia a pensare che il diritto naturale non sia scritto nella natura o ricavabile da consuetudini e regole comuni, ma che si derivi da principi di ragione auto-evidenti (ad esempio, conservare la vita, rispettare i patti), costruendo un sistema logico-deduttivo.

¹⁰ Per modernità in senso proprio si intende il periodo compreso dalla scoperta dell'America (1492) alla Rivoluzione francese (1789).

Il pensiero si comincia a staccare dalla visione teologica medievale, ove fede e ragione metafisica erano complementari. La scuola del diritto naturale, pur nell'eterogeneità delle teorizzazioni, ha elaborato la concezione del giusnaturalismo razionalistico, caratterizzato da un nuovo contesto storico, politico e sociale che pone in primo piano il problema della conciliabilità tra l'autorità statale e il riconoscimento dei diritti individuali. Nello stato di natura gli uomini hanno dei diritti naturali attribuiti dal diritto razionale; tali diritti per essere garantiti richiedono la costituzione di uno stato di società stipulando un contratto che riconosce il sovrano.

U. Grozio inaugura il giusnaturalismo moderno laico esortando a ragionare come se Dio non fosse, ossia a prescindere dall'esistenza o non esistenza di Dio: l'autore ritrova il fondamento del diritto naturale nell'uomo, riconoscendo razionalmente la legge naturale nel precetto della socievolezza (non rubare, rispettare i patti, restituire il torto) e della tolleranza, quale garanzia del convivere pacifico degli uomini.

T. Hobbes, nel contesto della sua visione materialista-nominalista, meccanicista ed individualista, interpreta lo stato di natura come la condizione originaria in cui l'individuo istintivamente asociale agisce in base ai propri bisogni ed interessi e seguendo la ragione calcolante che pone come prioritaria la conservazione della propria vita. Il diritto naturale coincide con la libertà di ogni uomo di usare la propria forza e il proprio potere per la conservazione di sé, in una sorta di condizione pre-morale in cui vige la legge del più forte. Ma la stessa ragione naturale insorge di fronte al pericolo costante di conflittualità, prescrivendo la ricerca della pace e della sicurezza sociale e ritenendo non sufficienti le leggi naturali a tale scopo. In questo senso è postulata l'esigenza della stipulazione di un accordo sociale, quale patto di unione e di soggezione, che costituisca la società civile in cui il sovrano detiene un potere assoluto incondizionato con il compito di garantire la pace in cambio della salvezza della vita e della sicurezza sociale. In questo ambito si configura il passaggio dalla concezione del diritto naturale alla teorizzazione del diritto come solo diritto positivo.

J. Locke interpreta il diritto naturale razionale in una prospettiva liberale. Lo stato di natura non è pura forza, ma una condizione in cui esistono i diritti naturali innati (vita, libertà,

proprietà, uguaglianza, salute): non essendo la legge naturale conosciuta da tutti gli uomini e ritenuta vincolante nell'applicazione ai casi particolari, i diritti naturali sono "precari" e devono essere conservati e garantiti dalla costituzione, mediante un patto di fiducia o consenso, di uno stato sociale il cui potere è limitato dai diritti naturali stessi.

Nel periodo illuministico si delinea il contributo della filosofia di I. Kant alla teorizzazione del diritto naturale. Egli, pur negando sul piano teoretico la conoscibilità del noumeno, riconosce sul piano della ragion pratica l'esistenza della legge morale universale soggettiva. Non è compito della ragione teoretica di descrivere i postulati etici come fatti naturali, ma è compito della ragione pratica la definizione di postulati astratti e generali, di un ordine etico universale delle libertà. In questo senso il suo giusnaturalismo non è derivazionista, ossia non deriva il diritto naturale dalla natura, ma lo fonda sulla ragione pratica, in chiave oggettiva ed universale. L'autore elabora una distinzione tra diritto e morale: il diritto è identificato con le norme eteronome poste dall'esterno dal legislatore, gli imperativi ipotetici e la conformazione esteriore dei comportamenti dei cittadini alle prescrizioni; la morale coincide con le norme autonome interne alla coscienza morale, gli imperativi categorici (devi perché devi) e l'adesione interiore. Kant riconduce il diritto alla garanzia del coordinamento formale e coattivo degli arbitri secondo la legge universale di libertà ideale. Nell'ambito della distinzione tra diritto naturale razionale a priori e diritto positivo statuito a posteriori, Kant ritiene che il diritto soggettivo privato o naturale sia precario e che il contratto originario, quale esigenza morale o postulato del diritto pubblico, costituisca lo stato civile che ne garantisce la perentorietà. È in questo contesto che delinea l'ideale cosmopolitico quale fine etico del diritto in cui tutti gli esseri razionali possano attuare l'imperativo morale.

Il giusrazionalismo è tematizzato anche da Leibniz che intende dimostrare la capacità razionale di conoscere il giusto e l'ingiusto con ragionamento matematico certo con un metodo razionale a priori deduttivo dalla ragione speculativa. I diritti naturali sono connaturati nell'individuo con una funzione critica nei confronti del diritto vigente.

J. Rousseau interpreta lo stato di natura ipotizzando una condizione di libertà, spontaneità, felicità o "semplicità originaria",

quale luogo ove domina l'istinto buono, il sentimento di pietà per la sofferenza e il soddisfacimento di bisogni e il luogo della convivenza pacifica in una comunità non egoistica. In questa prospettiva lo stato sociale, con l'introduzione della proprietà, produce corruzione e degenerazione, disuguaglianze, differenze e uno stato di guerra. Con il contratto sociale l'uomo perde la libertà naturale ma guadagna la libertà civile: l'uomo aliena i diritti naturali per ricevere diritti civili. L'alienazione di sé annulla la singolarità del contraente producendo un corpo morale collettivo composto da tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea, ove la volontà generale non è la somma, ma l'interesse comune che coincide con l'interesse dello stato.

La dottrina nella scuola del diritto naturale abbraccia autori molto diversi, ma con un minimo comune denominatore: il riferimento al diritto naturale razionale. Il diritto naturale rifiorisce non solo nella dottrina, ma anche nella pratica: basti pensare prima al Bill of Rights in Inghilterra (1689), alla Costituzione degli Stati Uniti d'America (1787) e alle Costituzioni (1789-1791) che derivano dalla rivoluzione francese. In questi testi c'è un chiaro ed esplicito riferimento al diritto naturale che si fonda sulla ragione dell'uomo e che viene sottolineato e affermato perché pone dei limiti rispetto al potere politico. Il diritto naturale, oltre a strumento per stabilire le condizioni di legittimità del potere (con riferimento all'origine, all'esercizio, ai diritti e doveri dei consociati) regolando i rapporti tra governanti e governati, è anche strumento per configurare i rapporti internazionali tra gli Stati e riferimento per integrare le lacune delle regole giuridiche fornendo soluzione per casi non regolati da altre fonti.

Eppure, proprio l'epoca moderna che vede il trionfo del diritto naturale sia nelle teorizzazioni che nelle concretizzazioni storiche, ne determina anche le premesse per la sua crisi. Tra 1700 e 1800 si assiste ad un'eclissi del diritto naturale, seppur interrotta da alcune rinascite e resurrezioni. Il processo di codificazione è nato nel contesto giusnaturalistico quale esigenza dottrinale-logica di positivizzazione del diritto naturale e di adeguazione degli ordinamenti vigenti al diritto naturale razionale "perfetto". Si tratta di un'esigenza pratica di sistematizzazione del diritto comune, ma anche politica a seguito della formazione degli Stati assoluti: è questa la premessa che ha portato di fatto alla transizione dal giusnaturalismo al positivismo giuridico.

L'art. 4 del Codice Napoleone (1804) è considerato un passaggio cruciale tra giusnaturalismo e giuspositivismo: esso vieta al giudice di rifiutarsi di giudicare in caso di oscurità, silenzio o insufficienza della legge. Se i redattori del codice, ispirati ad una prospettiva giusnaturalistica, ammettevano implicitamente il richiamo all'equità quale etero-integrazione, gli interpreti lo hanno inteso nel senso esclusivamente auto-integrativo. I codici divengono giuridicamente autoreferenziali, tolgono spazio al diritto naturale e finiscono con il far dubitare della sua stessa esistenza. Ma se la codificazione è in genere considerata la causa diretta dell'oscuramento del diritto naturale, lo stesso giusnaturalismo moderno è ritenuto la causa indiretta.

Lo spostamento del baricentro del diritto naturale dalla natura oggettiva alla ragione soggettiva e l'esigenza della positivizzazione del diritto naturale nel passaggio dallo stato di natura allo stato civile, hanno portato a dimenticare il diritto naturale e considerare come diritto solo il diritto positivo: la legislazione che avrebbe dovuto dichiarare il diritto naturale, finì con il sostituirlo, attribuendo al diritto positivo la stessa obbligatorietà del diritto naturale.

Gli sviluppi del positivismo giuridico a livello teorico (J. Bentham e J. Austin in Inghilterra) e a livello tecnico (in Francia con la scuola dell'esegesi), le critiche al diritto naturale (della scuola storica del diritto in Germania), la nascita della pandettistica e della giurisprudenza dei concetti hanno contribuito all'oscuramento del diritto naturale.

Il pensiero idealistico di G.W.F. Hegel, che riduce il mondo al pensiero che lo conosce, introduce la riflessione sul rapporto tra diritto, morale ed eticità nel contesto del sistema dialettico triadico che coglie le leggi del pensiero e della realtà, dall'Idea, attraverso la Natura, allo Spirito, nella trattazione dello Spirito oggettivo. Egli ritiene il diritto come la dimensione esteriore della libertà astratta e formale, la morale come la dimensione della interiorità ideale e l'etica, sintesi tra interiorità ed esteriorità, come la condizione della libertà concreta ed effettiva. Il diritto naturale o razionale è destinato, nella filosofia hegeliana, a divenire reale o positivo e il diritto positivo a divenire razionale: compito del diritto naturale è quello di giustificare la razionalità ed eliminare le irrazionalità del diritto positivo.

Il diritto naturale continua nella filosofia di A. Rosmini, nel