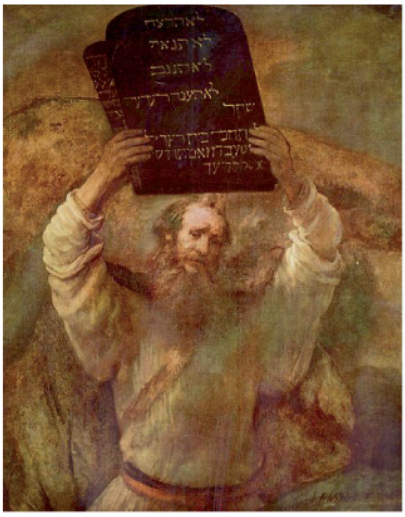
RECTA RATIO
Testi e Studi di Filosofia del Diritto



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).

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

pag.

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

pag.

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. *Ipsa res iusta* 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'irrilevanza 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 princìpi 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 inglese [1] e di una sintesi di esso già pubblicata in lingua italiana [2], 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.