

FRANCESCO VIOLA

DIRITTO E NATURALISMO

1. *Il diritto tra essere e dover essere*

Chiedersi quali siano o possano essere i rapporti fra naturalismo e diritto è cosa ben diversa dal chiedersi quali siano o possano essere i rapporti fra natura e diritto. Quest'ultima tematica – com'è ben noto – appartiene alla storia del pensiero giuridico sin dalle sue origini.

Già Ulpiano vedeva scaturire il diritto da una necessità naturale (*quod natura omnia animalia docuit*), tanto da essere oggi considerato come un precursore dei diritti degli animali. Il diritto, quindi, farebbe la sua comparsa già nel regno animale nella forma di un *instinctus naturae* per poi prendere la forma razionale dell'*humana utilitas*. Ma ancor prima Cicerone nel *De Officiis* aveva distinto i diversi rami del diritto sulla base delle inclinazioni fondamentali della natura vivente a partire da quelle che l'uomo ha in comune con gli animali non razionali, come l'autoconservazione e la procreazione. Ciò spiegherebbe secondo Cicerone il costituirsi di categorie giuridiche fondamentali, come ad esempio il lavoro, la proprietà, la legittima difesa e la famiglia. La ragione stessa come inclinazione naturale induce l'uomo ad associarsi con i suoi simili, dando vita alla comunità politica e alle sue istituzioni fondamentali. Questa linea di pensiero prosegue ancora nel Medioevo. Tommaso d'Aquino non solo sviluppa l'idea ciceroniana (non meramente biologica) delle inclinazioni naturali, ma parla anche di una conoscenza per connaturalità che tra l'altro contribuisce ad edificare il senso della giustizia, cioè il modo corretto di trattare gli altri. Tuttavia in ogni caso è chiaro che siamo ben lontani da una qualsiasi forma di naturalismo. Lo impedisce il concetto antico e medioevale di natura che è segnato dalla finalità ed è pertanto ospitale nei confronti del dover essere.

Quando essere e dover essere si separano drasticamente, allora il diritto deve scegliere da che parte stare. Non è una scelta facile, perché, da una parte, l'oggetto materiale del diritto è il potere dell'uomo

Hermeneutica (2016) 61-78

sull'uomo, cioè un fatto, mentre dall'altra il fine del diritto, cioè l'oggetto formale, è quello di giustificare o legittimare e regolare l'uso della forza pubblica mediante norme, doveri ed obblighi. Alla fine dei conti quest'ultimo aspetto sembra prevalere in quanto è ciò che rende ragione del perché del diritto. E pertanto il diritto trova il suo posto tra le sfere della vita pratica accanto alla morale, alla politica, all'economia e alla religione. Il diritto abita nella casa del dover essere. Ciò vale non solo per il diritto naturale inteso come legge della ragione, ma anche per il diritto positivo inteso come artificio o costruito umano, poiché anch'esso pretende d'istituire norme e di dar vita a genuini obblighi. Ciononostante il diritto non può prendere congedo dal mondo dell'essere.

Per il naturalismo, che riduce tutto il conoscibile ai fatti della scienza, diritto naturale e diritto positivo non fanno differenza, sono posti sullo stesso piano che poi è quello stesso della morale e dei giudizi di valore. La disputa tradizionale della filosofia del diritto tra giusnaturalismo e giuspositivismo è per il naturalismo priva di senso. Diritto e morale sono ambiti che pongono al naturalismo problemi del tutto simili riguardanti al modo di trattare ciò che non può essere ridotto a fatto scientifico senza perdere di senso.

Il principio della fallacia naturalistica, che è stato il dogma indiscusso anche nel campo della teoria del diritto, non è di per sé espressione di naturalismo e neppure difende di per sé lo scetticismo riguardo alla verità morale¹. Al contrario può essere inteso kantianamente come una difesa dell'indipendenza della morale come settore di conoscenza separato da quello delle scienze naturali e dotato di propri criteri d'indagine e di giustificazione. In questo senso non deve essere identificato con il naturalismo, a meno che non sia coniugato – come spesso avviene – con il non-cognitivism etico. Ma deve essere chiaro che è quest'ultimo il vero e proprio pungolo naturalista.

La naturalizzazione del diritto è necessariamente una forma di riduzionismo, perché in natura esistono solo fatti e non già qualcosa che possiamo identificare come “diritto”. Il diritto è un concetto interpretativo, cioè è il senso di determinati fatti. Il senso non è un fatto. Come realtà naturale il diritto propriamente non esiste. Se esistono solo le cose naturali, il diritto non esiste. Eppure vi sono tentativi di naturalizzare il

¹ Cfr. R. Dworkin, *Giustizia per i ricci* (2011), Feltrinelli, Milano 2013, p. 31.

diritto anche nel campo delle concezioni di diritto. Si tratta soltanto di autolesionismo? Vedremo di rispondere a questa domanda dopo qualche cenno sul naturalismo in generale.

2. *Il riduzionismo del naturalismo*

Certamente parlare di “naturalismo” in generale è tanto generico e ambiguo quanto lo è parlare di “diritto” in generale. Piuttosto che riferirmi a qualche determinata concezione, considererò qui il naturalismo come un orientamento volto ad identificare tutta la conoscenza umana con la conoscenza delle scienze naturali. Il naturalismo, almeno nella prospettiva seminale di Quine, è una forma di scientismo nel senso di rifiutare alla filosofia un posto privilegiato: è all’interno della scienza stessa, e non di qualche filosofia preliminare che la realtà deve essere identificata e descritta. Questo possiamo considerarlo come il principio di immanenza (o di chiusura totale) della scienza in se stessa. Non solo la scienza non ha bisogno di ricorrere a tutto ciò che è esterno ad essa, ma anche tutto ciò che è esterno ad essa non ha un carattere propriamente cognitivo.

Ovviamente non tutte le versioni del naturalismo sono così estreme. Tuttavia l’indebolimento di questa prospettiva è ben poco interessante ai nostri fini quando apre la strada ad una presa di distanza della conoscenza filosofica rispetto a quella strettamente scientifica oppure quando ammette l’esistenza di altri mondi (mondo 2 e mondo 3).

Il realismo differisce dal naturalismo in quanto è diretto ad affermare l’esistenza di cose indipendenti dalla mente umana, ma di per sé non esclude che vi siano ambiti costruiti dalla mente². Secondo Searle vi sono “fatti bruti”, che esistono indipendentemente da ogni istituzione umana e sulla cui base la mente costruisce i “fatti istituzionali”, che esistono in quanto qualcuno crede alla loro esistenza³. Ma il naturalismo a rigore rifiuta questo dualismo ontologico, comunque inteso, e si riferisce ai “fatti scientifici” in cui anche la mente è naturalizzata. Più

² Secondo il *new realism* di Maurizio Ferraris la costruzione sociale non è né parassitaria rispetto alla realtà fisica né risultato di processi neurofisiologici, ma ha una propria dimensione esistenziale. Cfr. M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari 2012.

³ J.R. Searle, *Freedom and Neurobiology. Reflections on Free Will, Language and Political Power*, Columbia University Press, New York 2007, p. 82.

complesso è il caso del naturalismo moderato, com'è ad esempio l'affidabilismo di Goldman, perché in un'ottica pragmatica in certo qual modo intercetta l'esperienza giuridica attenta all'effettività del diritto, come dirò in seguito.

Ai nostri fini è interessante prendere in considerazione la distinzione fra naturalismo in senso ontologico e in senso epistemologico⁴. È evidente che in una concezione riduzionista tale distinzione è del tutto illusoria.

Dal punto di vista ontologico la natura è autosufficiente e identica alla totalità della realtà. Il naturalismo è «la dottrina nella quale la realtà non consiste in altro se non in un singolo sistema spazio-temporale che abbraccia ogni cosa»⁵. Ma ciò presuppone una teoria scientifica dello spazio e del tempo e, conseguentemente, l'ontologia risulta dipendente dall'epistemologia, com'è inevitabile in tutte le concezioni riduzionistiche. Se per stabilire ciò che esiste dobbiamo passare dalla scienza, che è un costrutto epistemico, ciò significa che a decidere ciò che esiste sono le scienze. Quindi il naturalismo suppone che vi sia una concezione incontrovertibile di scienza, di metodo e di concetto scientifico e conseguentemente di oggetto scientificamente conoscibile. Siccome di fatto questa incontrovertibilità non si dà, come dimostrano i dibattiti tra gli stessi scienziati, allora non resta che attestarsi al minimo comun denominatore che è sul piano epistemologico l'empirismo fattualistico e su quello ontologico il sistema spazio-temporale.

Nel campo etico il naturalismo ha seguito due strade: cercare di spiegare fattualisticamente il comportamento morale senza assumere che vi siano fatti propriamente morali oppure cercare di individuare proprietà e fatti morali naturali (naturalismo ontologico o sostantivo di marca realista).

Il naturalismo può essere cognitivista (nel senso che le credenze morali hanno proprie condizioni sostanziali di verità) o non cognitivista. Può essere realista riguardo alle proprietà morali o non realista. Può essere riduzionista (nel senso che le proprietà morali sono ridotte a proprietà non morali) o non riduzionista. Può essere internalista (nel

⁴ Cfr. F. Laudisa, *Naturalismo. Filosofia, scienza, mitologia*, Laterza, Roma-Bari 2014, cap. 1.3.

⁵ D. Armstrong, *The Nature of the Mind and Other Essays*, Cornell University Press, Ithaca (NY) 1981, p. 149.

senso che la forza normativa o motivante è essenzialmente connessa a concetti normativi) o esternalista⁶.

Nel campo giuridico non solo bisognerebbe tener conto di tutte queste varianti del naturalismo in etica, ma anche di un ulteriore elemento specifico. Non è possibile comprendere il diritto se non nell'ottica di una stretta relazione fra fatti e valori. Per sapere quali valori sono essenziali per la coordinazione sociale bisogna tener conto delle loro condizioni di realizzazione in contesti sociali determinati e viceversa. La morale può permettersi l'insuccesso, ma non così il diritto. Le condizioni di praticabilità fanno parte della validità della regola giuridica. Questa relazione virtuosa fra fatti e valori non solo è contraria ad una rigida dicotomia tra essere e dover essere, ma anche è ostile nei confronti del riduzionismo dell'uno all'altro.

3. *I concetti naturali della dogmatica giuridica*

I rapporti fra scienza giuridica e scienze naturali sin dall'inizio sono stati male intesi con risultati a dir poco disastrosi per il concetto di diritto. È questo uno dei tanti esempi dei danni provocati dai complessi d'inferiorità. In questo caso si trattava del complesso d'inferiorità dei giuristi nei confronti del paradigma dominante della scientificità rappresentato dalle scienze naturali com'erano intese nell'Ottocento.

Poiché non si poteva certamente affermare che il diritto è un fenomeno naturale, allora si sostenne che almeno doveva essere studiato con un metodo naturalistico, cioè come oggetto di operazioni di osservazione, di classificazione e di sistemazione tipiche della zoologia, della botanica o della geologia. In fondo la scientificità sta più nel metodo che nell'oggetto. Il concetto di "negoziato giuridico" non è forse il risultato di una generalizzazione del tipo di quella che ha condotto lo zoologo a formulare il concetto di "mammifero"⁷?

Si perveniva in tal modo alla formazione di concetti giuridici permanenti, cioè sottratti alla variabilità della legislazione e dotati di vita propria. Era una risposta alle acute constatazioni sulla mancanza di

⁶ Cfr. T. Magri, *Naturalismo in etica*, in *Introduzione al naturalismo filosofico contemporaneo*, a cura di E. Agazzi e N. Vassallo, Franco Angeli, Milano 1998, pp. 150-168.

⁷ Cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1950, p. 112.

scientificità della giurisprudenza che nel 1848 il giurista von Kirchman aveva sviluppato in un fortunato libretto⁸: il sole, la luna e le stelle non sono mutati dal tempo di Plinio, ma il nostro diritto di oggi non solo non è più quello dei romani, ma non è nemmeno quello di ieri. Tuttavia i concetti giuridici nella loro formalità astratta resistono alla contingenza del diritto positivo. Alcuni giuristi finirono per pensarli come entità naturali che entrano in combinazione fra loro, generando altri concetti attraverso strutture logiche sempre più complesse (*Begriffsjurisprudenz*). Fu introdotto un linguaggio metaforico che aveva un sapore naturalistico e che non è ancor oggi del tutto dimenticato. Si parlava, ad esempio, di “anatomia” e di “patologia” del sistema giuridico.

Questi concetti “naturalisti” in realtà sono proprietà essenziali e procedure condivise dai giuristi al fine d’identificare i contenuti delle leggi, conferendo razionalità e coerenza all’opera disordinata e contingente dei legislatori e contribuendo all’attuazione del principio di legalità e di uguaglianza.

Come nota Bobbio, se i giuristi potevano essere soddisfatti di questa nobilitazione della loro disciplina ora affrancata dalla mera esegesi di testi giuridici transeunti, per i filosofi del diritto idealisti, sulla scia di Croce e di Gentile, era la conferma che la giurisprudenza era costituita da pseudo-concetti privi di valore teoretico in quanto frutto di mere generalizzazioni.

Sono ben lungi dal disprezzare questi tentativi naturalistici della giurisprudenza, poiché per una sorta di eterogenesi dei fini sono approdati ad una sistematica concettuale che ha svolto, ed ancora svolge, un’utile funzione ordinatrice del materiale giuridico. Ma quest’impresa deve essere coniugata con la consapevolezza del carattere culturale e storico dei concetti giuridici, sottraendoli ad ogni interpretazione in chiave naturalistica, e soprattutto evidenziandone la dimensione normativa.

La giurisprudenza, infatti, è una scienza pratica nel senso aristotelico. Una scienza è pratica quando il fine del conoscere fa parte integrante dell’oggetto da conoscere. La sua conclusione non è una proposizione, ma un’azione da compiere o da non compiere. Non solo – come s’è già detto – la giurisprudenza si occupa delle relazioni fra fatti e valori,

⁸ J.H. von Kirchmann, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 3-35.

ma anche deve coniugare il conoscere scientifico con l'arte della convivenza civile⁹.

Pertanto, in linea di principio appare molto improbabile che il naturalismo possa presentarsi come una concezione globale del diritto. Ciò non esclude che possa avere un ruolo settoriale, cioè spiegare alcuni aspetti del diritto, ma questo non è soddisfacente per il naturalismo che – come tutti gli ismi – è per definizione una visione globale della realtà. Nel suo complesso il diritto è qualcosa che si può solo comprendere e non già spiegare sul piano strettamente scientifico.

Se si pone così il problema, allora la subordinazione dell'ontologia all'epistemologia si capovolge e si evita il riduzionismo. I metodi della conoscenza devono adeguarsi alla natura dell'oggetto da conoscere¹⁰. Ma per buona parte del Novecento la scienza giuridica non è riuscita a liberarsi del suo complesso d'inferiorità nei confronti del modello delle scienze empiriche e solo ora vi sono consistenti segnali di un'apertura verso lo studio della ragion pratica nelle sue forme principali, specie quelle collegate al ragionamento e all'argomentazione giuridica.

Quindi, in astratto, sono ipotizzabili tre vie: 1) quella della piena naturalizzazione del diritto; 2) quella della riconduzione della scienza giuridica nell'ambito delle scienze umane; 3) quella del rifiuto di considerare il diritto nel suo complesso come una scienza, essendo una pratica sociale e un'arte. Personalmente propendo per questa terza via, ma qui accennerò soltanto ad alcune difficoltà, a mio avviso insormontabili, che incontra la prima via.

4. *Il naturalismo del realismo giuridico*

L'esempio più significativo di naturalismo giuridico è rappresentato nel Novecento dal realismo giuridico scandinavo. Il motto di Axel Hägerström (1868-1939), fondatore di questa linea di pensiero, è già di per sé indicativo: *Praeterea censeo metaphysicam delendam esse*. Nel

⁹ Cfr. F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in «Rivista di Filosofia del diritto» IV, 1(2015), pp. 57-74.

¹⁰ Nell'*Etica Nicomachea* Aristotele precisa alcune prescrizioni di metodo: l'esattezza scientifica da ricercare è quella adeguata alla natura della materia; la causa non va ricercata allo stesso modo in tutti i campi, ma in alcuni basta indicare il fatto o il che; in campo pratico i principi devono essere ricavati per induzione dall'esperienza, specificati nelle sensazioni e nelle abitudini.

concetto di diritto l'elemento metafisico o magico risiederebbe nell'intendere la sua obbligatorietà o la sua forza vincolante come irriducibile ai fatti empirici. Il bersaglio principale è costituito dal pensiero di Kelsen per cui il mondo del dover essere non si basa sul nesso di causalità, ma sull'imputazione. Secondo il realismo scandinavo in tal modo il diritto sfuggirebbe alla catena causale che è propria del sistema spazio-temporale e apparterebbe ad una realtà diversa, soprasensibile o "metafisica".

Come nota apoditticamente un altro sostenitore del realismo giuridico scandinavo, Karl Olivecrona:

«Ora ciò è manifestamente assurdo. Ed è assurdo per la semplicissima ragione che il diritto deve per forza venir messo in relazione con i fenomeni di questo mondo, e niente può venir posto in relazione con i fenomeni della sfera spazio-temporale se non appartiene anch'esso al tempo e allo spazio. Pertanto ogni discorso su di una ipotetica realtà chiamata diritto che in un modo misterioso esista in una dimensione trascendente rispetto a quella sensibile, è contraddittorio, anzi addirittura privo di senso»¹¹.

In realtà secondo Olivecrona le norme sono fatti o atti di potere che provocano la credenza psicologica della loro obbligatorietà. Pertanto, in quanto norme esistono solo come contenuto di un'idea presente nella mente degli uomini accompagnata dalla convinzione della sua forza vincolante. Di per sé questa "obbligatorietà" del diritto è una pura e semplice illusione e tuttavia è ritenuta necessaria per il funzionamento dell'apparato normativo e, conseguentemente, dell'ordine sociale.

Ci si trova così di fronte ad una scomoda alternativa. Da una parte la denuncia dell'illusorietà di questa credenza è un servizio reso alla verità scientifica, che caccia via le tenebre della magia e della superstizione; ma, dall'altra, il sentimento di obbligatorietà è pur sempre funzionale alla pace sociale. Sembra che un po' di magia sia necessaria per la vita sociale. Conseguentemente il realismo giuridico è combattuto fra un orientamento prescrittivo guidato da un ideale morale di scientificità, che però i suoi stessi presupposti empiristi impediscono di giustificare in quanto a rigore anch'esso apparterebbe al mondo illusorio del dover essere, e un orientamento descrittivistico e predittivo tipico

¹¹ K. Olivecrona, *Il diritto come fatto* (1939), a cura di S. Castignone, Giuffrè, Milano 1967, p. 10.

della scienza sociale che dall'osservazione dei meccanismi psicologici trae previsioni per i comportamenti futuri. Quest'ultimo orientamento approda ad una teoria del diritto com'è di fatto senza la pretesa di emendarlo dalle illusioni, anche se esse restano tali. Quest'approccio non solo è più costruttivo, ma è anche più coerente con il naturalismo come visione scientifica. Il furore antimetafisico è sempre sospetto. Tuttavia ci si deve chiedere se questa descrizione del diritto oltre ad essere scientificamente rigorosa sia anche soddisfacente.

Come s'è visto, il realismo giuridico scandinavo spiega la normatività riducendola a credenza psicologica propria dei cittadini e, soprattutto, dei giudici e dei funzionari del diritto. Certamente oggi per le neuroscienze e il neurodiritto tutto ciò appare ancora come troppo "metafisico" rispetto alla base neuronale del comportamento umano¹². Forse anche i neuroni non sono l'ultima spiaggia come non lo sono più nella fisica gli atomi. Sembrerebbe che la liberazione dalla metafisica sia un'impresa senza fine al pari del riduzionismo.

Per inciso noto che, mentre la neuroetica e il neurodiritto s'interessano soprattutto della capacità d'imitazione, in quanto parte dei processi di apprendimento del cervello, il realismo giuridico si concentra sul fenomeno della coercizione. I neuroni specchio (*mirror neurons*) sono caratterizzati dalla capacità di rispecchiare i movimenti eseguiti da altri¹³. L'etica della neuroetica è, o dovrebbe essere, un'etica cooperativa e non individualistica; è un'etica basata sull'empatia, sul rispecchiamento, sull'apprendimento, sulla simpatia. L'etica del realismo giuridico è, invece, utilitaristica, volta ad evitare le conseguenze spiacevoli dei comportamenti sociali.

Il sentimento di obbligatorietà, in cui secondo il realismo giuridico scandinavo risiede la normatività, non si riduce alla psicologia individuale, ma è una credenza collettiva, cioè condivisa dal gruppo dei consociati che sono governati dallo stesso sistema di norme giuridiche. Secondo Alf Ross, un esponente di grande rilievo di questa scuola, si tratta di una "ideologia normativa", che è presente soprattutto nei funzionari del diritto, che per etica di ruolo applicano come norme coerciti-

¹² Cfr. F. Viola, *Neuroscienze e diritto naturale*, in «Rivista di Filosofia del diritto» III (2014), numero speciale, pp. 131-144.

¹³ A. Oliverio, *Neuroscienze ed etica*, in A. Cerroni - F. Rufo (eds.), *Neuroetica tra neuroscienze e società*, UTET, Torino 2009, pp. 3-22.

ve tutte quelle emanate dalle fonti ufficiali del sistema normativo. In tal modo il processo di naturalizzazione del diritto non riguarda soltanto il piano psicologico, ma anche quello sociologico, sicché il cittadino può predire quale sarà il comportamento futuro dei giudici nei processi ed evitare i comportamenti legati a conseguenze svantaggiose. Quindi, il sentimento di obbligatorietà come credenza nella forza vincolante del diritto si trova propriamente nei giudici e nei funzionari, mentre nel cittadino non è di per sé una forza sufficiente a motivare l'obbedienza alle norme giuridiche se si prevede che esse non saranno applicate dai giudici. Donde la conclusione che il diritto è ciò che i tribunali faranno.

In questo diverso registro tra le credenze dei funzionari del diritto e quelle dei cittadini si può intravedere l'esigenza che il diritto sia pur sempre caratterizzato da comportamenti guidati da ciò che è ritenuto vincolante di per sé e non sulla base di una qualche utilità o interesse personale. Il sostituto della normatività, cioè il sentimento di obbligatorietà, non deve essere inquinato dall'etica utilitaristica, anche se ciò è a rigore richiesto solo ai funzionari del diritto. Ogni sistema giuridico richiede che almeno vi sia un corpo ufficiale di soggetti che applicano le norme solo perché convinti della loro forza obbligatoria di per se stessa. Ma questo non è sufficiente a salvare la normatività del diritto.

Come s'è visto, la normatività viene ricondotta, come nell'espressivismo humaneo, ad una forza motivazionale. Ma ciò significa che non è più possibile fare una differenza tra avere un obbligo e sentirsi obbligati. Ma ciò è controintuitivo: posso credere di essere obbligato, mentre non ho quell'obbligo; posso avere un obbligo e non credere di averlo¹⁴. La domanda di tipo descrittivo e causale sul perché crediamo di dover fare una cosa è ben diversa da quella propriamente normativa: "cosa dobbiamo fare o non fare?" L'unica via d'uscita è quella di eliminare la sensatezza razionale di quest'ultimo interrogativo, cioè di eliminare la normatività stessa. Ed è quello che fa Ross, però dopo aver introdotto un criterio per stabilire la verità empirica o la falsità empirica della credenza di obbligatorietà, cioè la sua conformità o meno all'ideologia normativa in quanto parametro psicologico comune e quindi in certo qual modo oggettivo.

¹⁴ Cfr. H.L.A. Hart, *Scandinavian Realism*, in «The Cambridge Law Journal» 17(1959), pp. 233-240.

«Invocare la giustizia è la stessa cosa che picchiare un pugno sul tavolo: un'espressione emotiva che trasforma un'esigenza in un postulato assoluto. Non è questa la maniera più adatta per comprendersi. È impossibile tenere una discussione razionale con una persona che mobilita la "giustizia", perché egli non dice nulla per cui possano essere addotti argomenti a favore o contro. Le sue parole sono persuasione, non argomentazione»¹⁵.

Ma allora bisogna concludere che tutti coloro che nella storia umana hanno lottato anche a prezzo della loro vita per i diritti e per la giustizia, gli schiavi, i neri, le donne e gli omosessuali, non hanno fatto e non continuano a fare altro che battere pugni sul tavolo e solo per questo hanno avuto un qualche successo, pur avendo solo emozioni e non ragioni da far valere? La normatività è una bestia nera per il naturalismo.

5. *Gli arredi della normatività: diritti, soggetti e valori*

Siamo così condotti verso un fenomeno giuridico del nostro tempo dietro cui si nasconde un'altra bestia nera per il naturalismo (o forse una mandria di bestie nere), cioè la questione dei diritti umani.

Per il naturalismo i diritti umani sono ben più ingovernabili del diritto naturale. Quest'ultimo appartiene – come s'è già accennato – ad una tradizione di pensiero legata ad un concetto metafisico di natura e di natura umana in particolare. Non c'è stato bisogno del naturalismo per rimetterlo in discussione. Già da tempo la natura è stata spogliata del suo fine. Ma nei diritti umani manca lo stesso riferimento alla natura in generale, sia esso metafisico o fattualistico. I diritti umani non devono essere confusi con il diritto naturale e neppure con la tradizione moderna dei diritti naturali¹⁶.

A prima vista si può notare una differenza nell'origine e nello sviluppo. I diritti naturali sono sorti nei pensatoi dei filosofi al fine di dettare le condizioni d'esistenza e di legittimità della società politica e si sono imposti nella storia molto lentamente per affermarsi, infine, con la Rivoluzione francese e la guerra d'indipendenza americana. I diritti umani, invece, sono sorti nei trattati internazionali e nelle costituzioni nazionali

¹⁵ A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 1965, p. 259.

¹⁶ Cfr. I. Trujillo - F. Viola, *What Human Rights are not (or not only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science Publishers, New York 2014, cap. 1.1.

come reazione alla seconda guerra mondiale e si sono sviluppati attraverso una pratica etico-giuridica sempre più diffusiva. I diritti naturali sono stati una teoria (o più teorie) in cerca di una pratica effettiva, mentre i diritti umani sono una pratica diffusa in cerca ancora di una soddisfacente teoria. Questo è già un primo indizio significativo che impedisce un'assimilazione degli uni agli altri o almeno la rende problematica.

In ogni caso i percorsi giustificativi sono esattamente opposti: quello dei diritti naturali va dall'alto in basso (*top-down*), cioè dai diritti che l'essere umano ha (o deve avere) in astratto a quelli che sono effettivamente riconosciuti nella società politica; quello dei diritti umani dal basso in alto (*bottom-up*), cioè dalla pratica effettiva dei diritti alla sua critica e correzione interna. Conseguentemente, le teorie dei diritti naturali nascono come critica esterna alle società esistenti, mentre le teorie dei diritti umani sono (o dovrebbero essere) una riflessione critica sul senso interno di questa pratica e sui valori che la sostengono. Pertanto, applicare il modello dei diritti naturali alla pratica dei diritti umani non solo farebbe perdere alla teoria una portata esplicativa, ma anche mortificherebbe la ricchezza interna della pratica. I molteplici tentativi del genere conducono inevitabilmente ad un drastico ridimensionamento del numero dei diritti umani in ragione della loro omologazione ad un unico modello di diritto soggettivo.

Insomma, i diritti umani aspirano a prendere congedo del tutto dalla natura, soprattutto da una natura divenuta normativamente inerte. Lo dico come una constatazione: basta l'esempio della distinzione tra sessualità e orientamento sessuale. I diritti riguardano solo l'orientamento sessuale che è una scelta personale incurante dei fatti biologici.

Possiamo, dunque, affermare che per il naturalismo gli uomini hanno una natura, cioè fanno parte del sistema spazio-temporale come tutti gli altri esseri, ma la loro natura non è "umana". Per i diritti umani gli uomini non hanno una natura (soprattutto nel senso fattualistico del naturalismo), ma ciò dipende dal fatto che sono "umani". Quindi, dobbiamo pensare che il fenomeno dei diritti umani cada del tutto fuori dalle possibilità di spiegazione del naturalismo. La naturalizzazione dei diritti umani, infatti, li spoglierebbe della loro "umanità".

Ed allora dovremmo forse abbandonare i diritti umani alla sfera dell'irrazionale, del sovrannaturale, delle fantasie emotive? Oppure,

dobbiamo difendere la possibilità cognitiva di portare ragioni a loro sostegno, di giustificarli in qualche modo di fronte al tribunale della ragione?

Abbiamo detto che i diritti umani fanno a meno della natura, o almeno tentano di farne a meno, ma non possono rinunciare alla soggettività, cioè alla prospettiva della prima e della seconda persona, dell'io e del tu. Sono pretese di qualcuno e si discute se siano giustificate o meno. Sono pretese dell'io che chiedono il riconoscimento del tu e del noi. Il naturalismo è nemico della soggettività e dello stesso soggetto di conoscenza. Questa è una distanza insuperabile. La naturalizzazione dei processi conoscitivi rifiuta di considerare la conoscenza come conoscenza di qualcuno. Tutto diventa "qualcosa". Non c'è posto per l'uomo e per il suo mondo. La soggettività è irrazionale, è fonte di pregiudizi e di inganni, così come la cultura e i valori. Per il naturalismo il guaio della soggettività è quella di essere soggettiva.

In più la soggettività richiesta dalla comprensione del diritto non è meramente individualistica o cartesiana. Qui si tratta – come abbiamo già detto – della prima e della seconda persona insieme (e non separatamente), dell'io, del tu e del noi, cioè si tratta dell'intersoggettività. Non si tratta di risalire ad un sostrato sovrastorico rappresentato dall'uguaglianza della natura umana e neppure ad un io atomistico, ma del problema della continuità tra il passato e il presente, cioè della mediazione storica nel susseguirsi delle generazioni. Ciò che permane ed assicura la continuità è "la cosa" di cui si tratta, cioè i valori fondamentali dell'umano: il bene, il bello e il giusto.

I soggetti del diritto sono tali in quanto appartengono ad un mondo comune che deve essere continuamente interpretato e attualizzato. «La comprensione non va intesa tanto come un'azione del soggetto, quanto come l'inserirsi nel vivo di un processo di trasmissione storica, nel quale passato e presente continuamente si sintetizzano»¹⁷. Gadamer nota anche che la teoria ermeneutica deve prendere le distanze da un procedimento che un soggetto cosciente svolge secondo un determinato metodo. C'è, dunque, un'interdipendenza fra la soggettività e i valori a cui essa partecipa.

¹⁷ H.-G. Gadamer, *Verità e metodo I* (1960), a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983, p. 340.

È, infatti, proprio del diritto assicurare che gli impegni e le scelte del passato abbiano un futuro in modo che la vita umana sia sottratta alla casualità dell'istante e possa trovare quella permanenza che è propria dello stare al mondo in modo da abitarlo come dimora, segno di sicurezza e di libertà ai fini della fioritura umana. L'istantaneismo soggettivistico, tra l'altro, rende impossibile la fiducia e il reciproco affidamento senza cui la vita sociale diventa una giungla.

Nella temporalità secondo Finnis la stessa filosofia del diritto trova il suo compito principale:

«the philosophy of law (legal philosophy) extends and specifies political philosophy by considering precisely how far choices made today for one's political community's future should be determined or shaped by the choices made and acts *in the past*, in the forms of contracts, wills, constitutions, legislative enactments, customs, judicial decisions, and the like»¹⁸.

Questa temporalità, tuttavia, è qualcosa di ben diverso dal sistema spazio-temporale del naturalismo, perché richiede una coscienza storica che non può essere rilevata dai metodi e dagli strumenti delle scienze naturali.

L'eliminazione della rilevanza scientifica della soggettività e dell'intersoggettività rende impossibile giustificare l'esistenza di valori, perché questi sono colti attraverso valutazioni. Un valore è per qualcuno. Se non c'è un qualcuno, non ci sono valori. Persone e valori stanno in piedi o cadono insieme. Come afferma Christine Korsgaard «tutto il valore dipende dal valore dell'umanità»¹⁹. Agli occhi del valutatore «in senso forte» (come lo chiama Charles Taylor) il desiderabile non è definito solo da ciò che egli desidera, ma in più da una caratterizzazione qualitativa e oggettiva. Vi sono desideri superiori e inferiori, nobili e spregevoli, degni o indegni dell'umano. È possibile naturalizzare il desiderio e il valore pratico senza perdere la specificità dell'umano?

¹⁸ J. Finnis, *What is the Philosophy of Law?*, in «Rivista di Filosofia del diritto» 1(2012), pp. 67-68.

¹⁹ C.M. Korsgaard, *Sources of Normativity*, Cambridge University Press, New York 1996 (2013¹⁸), p. 121.

6. Tentativi di urbanizzazione del naturalismo

Alcune versioni moderate del naturalismo si sono industriate a recuperare in qualche modo la rilevanza del valore pratico. Mi limiterò qui ad accennare solo al disposizionalismo e, per altri versi, anche all'affidabilismo, accomunati dal tentativo di arrivare mediante un processo di oggettivizzazione ad un valore pratico di carattere normativo.

Il disposizionalismo²⁰ prende le mosse dall'ontologia dei desideri, intesi come stato mentale naturale. Attraverso l'idealizzazione delle disposizioni si potrebbero discriminare i desideri che per il soggetto è meglio o peggio soddisfare, cioè quelli che formano il suo bene o male. Ciò richiede la possibilità d'individuare i desideri più robusti, cioè quelli la cui struttura teleologica non è riducibile alle circostanze particolari delle sue occorrenze. Essi diventerebbero così modelli sulla cui base commisurare i desideri occorrenti, cioè verrebbero a costituire il valore pratico. Ma è facile notare che, se il valore pratico dipende dal desiderio naturale e dalla sua struttura teleologica, allora non è cosa diversa dal desiderio come invece richiederebbe il carattere normativo del valore. Il desiderio per sua natura va al di là di se stesso e si giudica sulla base dell'indipendenza del suo fine. Ma, se il valore pratico è indipendente dal desiderio e dalla sua struttura finalistica, allora si è usciti da una visione propriamente naturalistica²¹.

L'affidabilismo, invece, difende la tesi per cui una credenza vera giustificata dalla sua affidabilità conoscitiva, mentre all'inizio può avere valori strumentali, via via nel processo psicologico assume un valore autonomo. Goldman chiama questo processo «value autonomization»²². La differenza con il disposizionalismo risiede nell'attenzione rivolta allo stato di cose piuttosto che alla struttura del desiderio. La nozione stessa di affidabilità ha chiaramente un carattere normativo e conferisce alla stessa epistemologia una dimensione normativa in quanto affermare che si conosce qualcosa vuol dire formulare un giudizio di valore: vuole dire che il giudizio di qualcuno è preferibile alla mera opinione di

²⁰ Cfr. M. Smith, *The Moral Problem*, Blackwell, Oxford 1994.

²¹ T. Magri, *Naturalismo in etica*, cit., pp. 158-168.

²² A. Goldman - E.J. Olsson, *Reliabilism and the Value of Knowledge*, in A. Haddock - A. Millar - D. Pritchard (eds.), *Epistemic Value*, Oxford University Press, Oxford 2009, p. 33.

qualcun altro²³. Tuttavia resta il fatto che ancora il valore morale della giustificazione riposa pur sempre in un processo psicologico. L'affidabilità di una credenza non cambia la natura della sua verità, ma soltanto la rafforza.

La rilevanza che questa concezione può avere per la comprensione del diritto consiste principalmente nell'attenzione prestata ad una giustificazione non meramente quantitativa del consenso sociale attraverso cui i valori giuridici si consolidano.

7. *Il diritto come fatto e come valore*

In conclusione, non vedo come il naturalismo, anche se in versione moderata, possa giustificare i valori morali e più in generale la normatività. Ciò non vuol dire che non abbia niente da dire per la comprensione del diritto. Infatti, se è vero che l'essere del diritto è un dover essere, è anche vero che il dover essere del diritto presuppone che esso sia effettivo. Il diritto non può fare a meno dei fatti. Non mi riferisco soltanto agli atti di comando e di obbedienza, di uso della forza e di applicazione delle sanzioni. Più in generale il diritto si presenta sempre come una pratica sociale effettiva continuamente alla ricerca di nuove applicazioni e di aggiustamenti sulla base di risorse normative interne. Se v'è una società, già è presente un ordine giuridico che conferisce stabilità ai fatti e agli atti sociali (*ubi societas ibi ius*). D'altronde, non bisogna dimenticare il brocardo "ex facto oritur ius". Quest'ordine giuridico, per quanto ingiusto possa essere, è insieme un fatto e un valore.

Tutto questo sarebbe inspiegabile non solo alla luce della dicotomia moderna tra fatto e valore, ma ancor più sulla base della riduzione naturalistica dei fatti ai soli "fatti scientifici". Il diritto è indubbiamente una sfera della nostra esperienza di vita in cui è presente un intreccio tra fatti e valori, seppur non nel senso della derivazione logica degli uni dagli altri. Se vogliamo salvare i fenomeni, dobbiamo accettare le sfide cognitive che essi rappresentano piuttosto che relegarli tra le illusioni.

²³ Secondo Greco la conoscenza è il successo dell'esercizio di un'abilità, cioè di virtù intellettuali. Ma poi curiosamente si cerca di conciliare questa concezione disposizionale della soggettività conoscente con l'esternalismo morale, sostenendo che la normatività epistemica è "naturale" in ogni senso rilevante del termine. Cfr. J. Greco, *Achieving Knowledge. A Virtue-Theoretic Account of Epistemic Normativity*, Cambridge University Press, New York 2010.

Bisogna riconoscere che l'eliminazione del concetto metafisico di natura e dei fini ontologici della natura umana ha lasciato un vuoto da colmare, un vuoto che non è certamente riempito dai "fatti scientifici". V'è chi se n'è accorto, anche se ancora in modo troppo timido. Mi riferirò soltanto a due esempi a volo d'uccello.

Herbert Hart, uno dei più influenti teorici del diritto del secolo scorso, ha notato che il contenuto delle norme giuridiche e morali è connesso a certi fatti naturali di cui bisogna tener conto per comprenderne la necessità. «Se gli uomini perdessero la loro vulnerabilità reciproca, allora sparirebbe un'ovvia ragione per il precetto più tipico della morale e del diritto: *Non uccidere*»²⁴.

Accanto alla vulnerabilità umana Hart ha elencato anche la condizione dell'uguaglianza approssimativa fra gli esseri umani, il loro altruismo limitato, le risorse scarse, la comprensione e forza di volontà limitate. Tutte queste sono condizioni empiriche o di fatto, ma da esse si possono trarre ragioni che giustificano il contenuto delle norme morali e giuridiche e lo rendono necessario. Hart ha chiamato tutto ciò «il contenuto minimo del diritto naturale», rifacendosi così implicitamente al giusnaturalismo moderno²⁵.

Quindi la natura intesa semplicemente come insieme di fatti non agisce soltanto come limite delle norme giuridiche, poiché le norme impossibili da praticare o rispettare sono vane, ma anche come fonte di ragioni, che ovviamente richiedono una soggettività valutante come ponte di collegamento tra i fatti e i valori.

Un esempio ancora più promettente si trova nello scritto di Habermas sul futuro della natura umana²⁶. Com'è noto, qui Habermas mette in luce con preoccupazione la possibilità attuale di influenzare il destino di una persona, intervenendo sulla sua natura mediante l'uso delle biotecnologie, cosa che peraltro il pensiero liberale favorisce. Attraverso l'intervento altrui sulla dotazione naturale di una persona si interferisce gravemente sulla sua libertà e sul diritto di essere autore della propria

²⁴ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965, p. 227.

²⁵ Penso qui, ad esempio, all'umana *imbecillitas* in cui Pufendorf che individuava una fonte del diritto.

²⁶ J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* (2001), a cura di L. Ceppa, Einaudi, Torino 2002.

vita. Si riconosce, pertanto, una connessione fra ciò che è spontaneamente cresciuto e il poter essere l'artefice della propria storia, nonché il continuare a riconoscersi mutuamente come persone che agiscono in maniera autonoma. L'assottigliarsi dei confini fra la natura che noi siamo e la dotazione organica che ci diamo, fra ciò che è spontaneamente cresciuto e ciò che è tecnicamente prodotto, indubbiamente influisce sui nostri criteri di valore. Habermas intende la natura come spontaneità e non certamente come ordine ad un fine. Tuttavia è chiaro che attraverso la natura si tocca la libertà delle persone e la loro dignità.

Già Jaspers aveva affermato che la libertà è possibile solo attraverso la natura, ma molto prima Tommaso d'Aquino aveva sostenuto che la stessa costituzione teleologica della natura umana, aprendo le porte della natura al regno della libertà, aveva conferito una certa contingenza alla stessa necessità delle leggi fisiche e biologiche e per questo aveva concluso che «natura autem hominis est mutabilis»²⁷.

La natura ospita la libertà, perdendo la sua rigorosa necessità, ma la libertà a sua volta si fa consapevole delle sue condizioni di possibilità. Questi presupposti, che permettono la giustificazione della morale e del diritto, sono del tutto inaccettabili per il naturalismo.

ABSTRACT

Taking the form of naturalism as a generic concept aimed at identifying human knowledge with that of the natural sciences, one wonders whether it is appropriate for the understanding of law as such. After referring to the role of legal science and a form of naturalism like the Scandinavian legal realism, we examine some issues that constitute a crucial test case for naturalism: human rights, subjectivity and the moral and legal values. I conclude with some examples of interaction between nature and law, that can open a third way.

²⁷ *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 2.