

giudizio di ragionevolezza e della sua «evoluzione» verso la «ragionevolezza intrinseca» o non «arbitrarietà», cfr. nt. 47.

⁵⁰ Così la Relazione del 2007, punto 1.2, cfr. nt. 47.

⁵¹ *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 90, a. 4.

Una nuova teoria della legge naturale

Francesco Viola

La vecchia Europa divora i suoi figli, a meno che essi non riescano a emigrare nel Nuovo Mondo. Così è avvenuto anche per il giusnaturalismo. La problematica della legge naturale, proveniente dal pensiero greco e potenziata dall'influsso cristiano, fiorisce e si sviluppa in Europa lungo un arco di tempo che va dal medioevo all'età moderna, ma ora ha perduto per la cultura europea buona parte della sua capacità d'incidere nei dibattiti pubblici, giuridici e politici, restando confinata nell'ambito ecclesiale ed ecclesiastico, nonché nei dotti studi di storia delle idee. Al contrario, negli Stati Uniti il giusnaturalismo cattolico si presenta come una corrente viva e battagliera, in dialogo con le concezioni contemporanee della vita pratica. Nel campo della ragion pratica, infatti, non ci si può accontentare dello sviluppo teorico delle dottrine, ma queste devono dimostrare di essere capaci di una presenza attiva nella vita sociale, attraverso le loro applicazioni e la loro partecipazione ai dibattiti etici e politici.

Robert P. George, che insegna nell'Università di Princeton, è un fedele seguace e uno strenuo difensore della concezione tomista della legge naturale nell'interpretazione sviluppata da un gruppo di studiosi, tra cui in posizione

eminente, per l'aspetto filosofico-giuridico, l'australiano John Finnis, professore di filosofia del diritto nelle Università di Oxford e di Notre Dame. Questa concezione si è autodefinita come «nuova teoria della legge naturale» e anche come «teoria neoclassica della legge naturale», per prendere le distanze da quella neoscolastica¹. Dobbiamo a Finnis, tra l'altro, la migliore trattazione del diritto naturale scritta negli ultimi tre decenni².

Qui non è il caso di discutere le differenze fra la teoria neoclassica della legge naturale e quella neoscolastica e neppure di affrontare la difficile questione di quale delle due sia la più fedele interpretazione del pensiero di Tommaso d'Aquino³. Sta di fatto che la teoria neoclassica è l'unica forma di giusnaturalismo presa oggi molto sul serio dai giuspositivisti, che è riuscita a conquistare un ruolo significativo nel dibattito contemporaneo riguardante i rapporti fra etica, politica e diritto, e che è riconosciuta come rilevante non solo dai filosofi, ma anche dai teorici del diritto. Questa raccolta delle lezioni magistrali tenute da Robert George nel maggio del 2007 presso l'Università di Macerata, presenta in modo efficace una silloge delle idee centrali della teoria neoclassica della legge naturale, con alcune applicazioni al dibattito contemporaneo in tema di bioetica e di filosofia del diritto internazionale.

La legge naturale come legge della ragione

Innanzitutto si deve evidenziare che questa corrente di pensiero assegna un ruolo assolutamente centrale alla ragione e alla ragionevolezza nella sua concezione della legge naturale, con il conseguente rigetto di ogni volontari-

simo e di ogni naturalismo. In ciò si rispecchia con fedeltà il pensiero di Tommaso, che ha ripetutamente sostenuto come contrario al bene umano ciò che è contrario all'ordine della ragione⁴. Conseguentemente si rifiutano tutti i tentativi (di autori cristiani e di autori laicisti) di confinare la legge naturale nell'ordine della rivelazione. Se così fosse, la legge naturale varrebbe solo per i credenti e sarebbe tagliata fuori del dibattito pubblico. Ciò non significa che l'ordine della rivelazione non abbia niente da dire sul tema della legge naturale, ma solo che questa non ha bisogno di quello per essere fondata e difesa e, sotto un certo aspetto, lo precede⁵.

Se la legge naturale è legge della ragione, allora si rivolge a ogni uomo e la questione cruciale diventa quella di mettere a punto una concezione adeguata della ragione e della ragionevolezza umana. È interessante notare che questa riaffermazione della razionalità della legge naturale viene a incrociarsi con le istanze della cultura etica e politica del nostro tempo, che, allontanandosi dall'emotivismo e dalla scetticismo, s'interroga con rinnovato vigore sul ruolo della ragione nelle cose umane⁶.

Il pluralismo e il multiculturalismo del nostro tempo, se non sono affrontati con la fiducia nella ragione, conducono alla babele dell'incomprensione e dell'incomunicabilità. Ma, nella sostanza, ogni ricerca di ciò che è ragionevole è, implicitamente o meno, ricerca della legge naturale. In quest'ottica, se si ammette una verità della ragion pratica, allora si afferma implicitamente l'esistenza della legge naturale. E allora la vera e propria questione non è per nulla se esista o meno una legge naturale, ma quale essa sia. In ogni caso, la teoria tradizionale della legge naturale entra così a far parte a pieno titolo del dibattito etico contempo-

raneo.

Infatti, i principali conflitti ideali del nostro tempo riguardano proprio il contenuto della legge naturale, nel senso generale di uso naturale della ragione, e non certo la sua esistenza. È giusto essere razzisti o antifemministi o abortisti? Se non vi fosse alcuna risposta oggettiva a questioni del genere, allora la parte più importante degli interrogativi etici e politici del nostro tempo sarebbe priva di qualsiasi senso. Ma, se v'è una risposta oggettiva, di cui certamente nessuno può vantare il monopolio, allora ha senso riferirsi a una legge della ragione.

Nella «nuova teoria della legge naturale» questa capacità di dialogo con le etiche contemporanee è rafforzata dalla precisazione che la legge naturale non è un oggetto posto di fronte alla ragione, al modo di qualcosa da apprendere e da subire, come suggerirebbe il riferimento alla «natura». Questo significherebbe pensare la ragion pratica come se fosse una ragione teoretica a tutti gli effetti. Ma in realtà la legge naturale non è qualcosa che giace di fronte alla ragione, in quanto è il principio stesso della ragione quand'essa è diretta a guidare l'azione. Sono i principi, i metodi e i precetti stessi della ragione a essere la legge naturale. Si potrà pertanto affermare che una teoria della legge naturale è una perlustrazione delle forme basilari della ragione nella sua dimensione pratica.

La legge naturale non deve, dunque – secondo questi autori – essere concepita come una riflessione della ragione sulla natura umana, comunque questa voglia intendersi (sia in senso fattuale, sia in senso metafisico). In questo modo si evita l'accusa di *fallacia naturalistica*, che è un altro modo (per la verità oggi in ribasso) per escludere la legge naturale dal dibattito contemporaneo.

Non è dall'antropologia e dalla metafisica che deriviamo i principi dell'etica. Al contrario, la teoria neoclassica afferma che dalla ricerca epistemologica dei principi fondamentali della ragion pratica si possono trarre conoscenze riguardanti il problema della natura umana. Poiché cogliamo sul piano pratico i fini intelligibili degli atti umani, veniamo in possesso di conoscenze che ci consentono poi di formulare proposizioni sulla natura umana. Con questo non si vuol dire che l'antropologia, la filosofia della natura e la metafisica non siano rilevanti per conoscere la natura in generale e quella umana in particolare, ma solo sostenere che la nostra conoscenza pratica del bene umano è sul piano epistemologico e metodologico antecedente alla, e quindi indipendente dalla, nostra conoscenza speculativa della natura umana. Resta però il fatto che noi ci dirigiamo verso certi beni e non verso altri, perché abbiamo una determinata natura. Come dice incisivamente Finnis, noi attraverso la conoscenza pratica afferriamo ciò che è bene per gli esseri umani con quella natura che essi hanno. E tuttavia non deduciamo dalla natura questi beni, ma potremmo dire che, poiché la nostra ragione si rivolge verso certi beni, ci rendiamo sempre meglio conto di possedere una determinata natura.

Pertanto, i principi della ragion pratica sono «naturali» non già perché dedotti dalla natura, ma perché attraverso essi e in essi l'uomo apprende sul piano intellettuale i fini che debbono guidare il suo agire e quale sia l'azione più adeguata per il loro conseguimento.

Quest'approccio non è del tutto nuovo. Nel pensiero di Jacques Maritain, che i fautori di questo nuovo giusnaturalismo in verità liquidano troppo frettolosamente considerandolo «neoscolastico», è ben presente il tentativo di mo-

strare come la ragione si faccia natura, divenendo una componente attiva dell'azione umana nel suo esistenziale dispiegamento⁷. Se la ragione ha un ruolo attivo nei confronti dell'azione, sì da additare certi beni come valori da raggiungere e di cui partecipare, allora deve far parte della natura umana come una sua facoltà costitutiva. In tal modo il bene in sé percepito dalla ragione è anche bene per l'uomo ed è il suo fine proprio. In caso contrario, la ragione potrebbe indicare i valori in sé, ma al contempo l'uomo dovrebbe considerarli – come ha fatto Wittgenstein – ideali irraggiungibili, al di fuori delle sue effettive possibilità e quindi nella sostanza impraticabili. Perché mai i valori scoperti dalla ragione riguardano beni «umani», e non già forme platoniche del bene, se non perché questa stessa ragione è «umana»?

È vero, dunque, che la legge naturale è regola della ragione, ma a patto di considerare questa come costitutiva della natura umana (*ratio ut natura*), come d'altronde pensava Tommaso d'Aquino⁸. Tuttavia la più rilevante novità della teoria neoclassica consiste indubbiamente nell'aver tratto da quest'approccio una vera e propria teoria del diritto, valorizzando il principio della ragionevolezza pratica.

Questa operazione culturale è stata favorita dalle strette relazioni con la scuola di pensiero di Herbert Hart, di cui John Finnis si può considerare un discepolo; mentre Robert George a sua volta ha studiato a Oxford anche con il più diretto seguace di Hart, cioè Josef Raz. Poiché il pensiero giuridico di Hart ha avuto e ha tuttora un'enorme influenza nell'ambito del giuspositivismo contemporaneo di matrice anglosassone, il linguaggio teorico-giuridico di Finnis e George è in grado di comunicare efficacemente con le

concezioni contemporanee del diritto e, cioè, di sdoganare il giusnaturalismo dal ghetto in cui si trovava.

Il rapporto con il pensiero di Hart non si ferma certamente qui, perché è merito di John Finnis l'aver valorizzato alcune istanze presenti in tale concezione del diritto, mostrandone la compatibilità parziale con la dottrina di Tommaso d'Aquino. Al contempo, sia Finnis sia George si sono adoprati a mostrare la falsità di molti pregiudizi diffusi nel giuspositivismo contemporaneo a proposito della concezione del diritto di Tommaso d'Aquino. Infine, la terza operazione culturale, in cui sono ancor oggi impegnati, è quella di mostrare la fecondità della dottrina della legge naturale nella sua applicazioni a problematiche attuali, come quelle concernenti la bioetica, il costituzionalismo, il ruolo della religione nella sfera pubblica e la filosofia del diritto internazionale.

Poiché ognuno di questi tre aspetti è ben presente nelle lezioni magistrali di George, che proprio per questo costituiscono un'ottima presentazione generale di questa direzione di pensiero, ci soffermeremo ora su di essi solo al fine di sottolinearne la perspicuità.

La legge naturale e la teoria del diritto

Com'è noto, la concezione hartiana del diritto s'è costruita attraverso un esame critico della visione utilitaristica di Bentham e imperativistica di Austin. Hart è giunto alla conclusione che la maniera più adeguata per descrivere il diritto sia quella di mettersi nell'ottica interna di chi usa le norme come guida della propria condotta e come critica della condotta altrui. Quest'idea è ritenuta da Finnis e

George come pienamente conforme alla distinzione di Tommaso d'Aquino tra *vis directiva* e *vis coactiva* della legge.

Guardare alla legge giuridica essenzialmente o fondamentalmente come una minaccia per ottenere un risultato voluto, oppure come un meccanismo coattivo, oppure come la predizione di ciò che faranno i tribunali, significa eliminare da essa qualsiasi dimensione normativa, non poter più spiegare il diritto quand'è obbedito per adesione interna, escludere a priori che possa svolgere un ruolo nella realizzazione morale della vita umana e sostenere – come sostiene Holmes – che i destinatari dei comandi giuridici sono soltanto i cittadini riottosi o asociali (*bad men*).

Questo è il punto cruciale per ogni concezione del diritto. Decidere quale direzione prendere, se quella della legge positiva come macchina coercitiva o della legge positiva come guida ragionevole dell'azione umana, significa inoltrarsi in due visioni opposte del diritto che non potranno mai più incontrarsi.

Ebbene, la considerazione della legge come guida della condotta umana e di tutta quanta la vita associata è precisamente il nucleo centrale del pensiero di Tommaso d'Aquino, e nella sostanza anche di quello di Hart. Se questa visione del diritto è quella preferibile, allora dobbiamo anche accettare le implicazioni e le conseguenze che ne discendono.

Guidare un'azione umana è cosa ben diversa dal causarla o dal produrla in modo meccanico. In questo governare o dirigere si distingue dal dominare o costringere. Nell'impresa di «guidare» l'azione di esseri ragionevoli, cioè – come sottolinea George nella seconda lezione – razionali in senso pratico, v'è implicita l'idea del ricorso al-

l'uso della ragion pratica, cioè ad un'attività guidata da ragioni, che sono poste da un'autorità ed entrano a far parte del processo di deliberazione pratica di coloro che sono guidati ad agire e in tal modo, al contempo, possono governare la loro stessa azione. «Guidare un'azione» si riferisce non solo al modo in cui l'autorità dirige le azioni di coloro che sono soggetti ad essa, ma anche al modo in cui questi governano se stessi. Anzi, questo secondo senso è prioritario, in quanto è al fine di permettere che agenti liberi e consapevoli possano conservare ed esercitare le loro prerogative morali che l'autorità deve governare mediante il diritto. Il diritto tutela la possibilità dell'agire morale nella vita sociale. Senza questo presupposto il diritto stesso perde la sua specificità rispetto agli altri metodi di controllo sociale. Il posto dei legislatori, dei giudici e dei giuristi può essere occupato senza perdita dai manager, dagli psichiatri e dai tecnocrati.

In verità Hart non ha tratto tutte le necessarie implicazioni dalla sua teoria del «punto di vista interno», formulata in modo ancora troppo timido, mentre Lon Fuller s'è spinto più oltre quando ha sostenuto la tesi di una moralità interna del diritto. Per questo il famoso dibattito fra i due a proposito del *rule of law*, risalente a cinquant'anni fa, se guardato alla luce degli sviluppi della teoria giuridica contemporanea, segna oggi – come nota George – una posizione di vantaggio di Fuller su Hart⁹.

Per rafforzare la prevalenza di questa prospettiva normativa, George aggiunge nella settima lezione un importante argomento. Pur ammettendo che il diritto sia la predizione di come funzionerà un meccanismo coattivo, ciò non aiuta a spiegare la visione del diritto che hanno i giudici, quando devono applicare una legge e farsi guidare da

essa per rendere giustizia. Sostenere che essi predicano ciò che faranno sarebbe ridicolo. E del pari non sarebbe convincente sostenere che minaccino sanzioni quando in realtà la condotta da giudicare s'è già verificata. Quindi, almeno per i giudici tutti devono riconoscere che le leggi in senso proprio «guidino» la loro attività giurisdizionale e, in questo senso, esercitino una forza obbligatoria, cosa che anche Kelsen è stato costretto ad ammettere non solo per i giudici ma anche per tutti i funzionari del diritto.

Se ci chiediamo perché mai questo ruolo direttivo della legge sia necessario, la risposta deve essere cercata non solo nella caratteristica dei soggetti a cui essa si rivolge, ma anche nel fine verso cui la guida è diretta.

La legge positiva come oggetto di studio fa parte di quelle cose in cui per rispondere al «che cosa?» bisogna prima rispondere al «perché?»¹⁰. Perché abbiamo bisogno di cose come le leggi? O meglio, perché è bene averle piuttosto che farne a meno? La risposta della tradizione del diritto naturale è ben nota: per coordinare le azioni di esseri ragionevoli e liberi impegnati nella realizzazione del bene comune. Quindi il concetto di bene comune si deve considerare, sulla scia di Tommaso d'Aquino, come il secondo elemento essenziale della nozione di legge. Ciò non significa affatto eliminare la ricerca del bene personale dei consociati; al contrario il bene comune rafforza quest'esigenza, perché intende opporsi a ogni tentativo di rendere la vita associata come luogo di sopraffazione e di sfruttamento, cioè del bene personale di pochi. Questo è possibile solo riconoscendo che l'impresa cooperativa di una vita sociale ordinata e giusta è la condizione necessaria per la realizzazione dei piani di vita personali. In questo senso questa dottrina del diritto naturale si mostra simpatetica nei con-

fronti del liberalismo e della democrazia deliberativa.

Dalla congiunzione tra il guidare le azioni sociali con ragioni per agire e il fine del bene comune, che è un bene morale a tutti gli effetti, scaturisce come ovvia conseguenza una concezione della legge positiva come, almeno *prima facie*, moralmente obbligatoria per i consociati. Questa è un'acquisizione molto importante, perché pone la legge umana in una qualche relazione con la legge morale. Per questa via la questione della legge naturale sorge dall'interno stesso della problematica della legge positiva.

L'immagine sfigurata della legge naturale

Il secondo obiettivo della nuova teoria del diritto naturale è – come s'è detto – quello di demistificare le false immagini del giusnaturalismo di Tommaso d'Aquino radicate nel pensiero giuridico contemporaneo. A parte i frequenti riferimenti al pensiero giuridico di Holmes, nella terza lezione George analizza con dovizia di particolari gli equivoci presenti nel pensiero kelseniano a proposito della legge naturale. Qui mi soffermerò soltanto su due punti generali, che sono largamente diffusi anche nella nostra cultura.

Il primo riguarda il rapporto fra legge naturale e legge positiva.

Com'è noto, sulla scia di Kelsen una delle critiche di Bobbio al diritto naturale è quella della falsa duplicazione dell'ordinamento giuridico: se esiste un ordine giuridico eterno e immutabile, quello positivo è superfluo; ma, se quest'ultimo è necessario, allora il primo è illusorio. Ma in realtà ben pochi giusnaturalisti, e sicuramente non già

Tommaso d'Aquino, hanno pensato al diritto naturale come un ordine giuridico preesistente e neppure come un ordine morale già compiuto. Per Tommaso, come per noi, l'unico ordine giuridico esistente è quello costruito dalle pratiche delle società umane. Tuttavia, se la legge positiva si pone come obbligatoria per la coscienza dei consociati, allora entra necessariamente in contatto con i valori morali, di cui la legge naturale è espressione. In questa coscienza, infatti, vi sono anche le leggi morali. Ciò significa che la relazione fra i contenuti della legge positiva e i valori fondamentali della vita umana è significativa per la stessa definizione del diritto positivo. È appena il caso di ricordare che un rigoroso giuspositivismo non può che aderire alla ben nota affermazione di Kelsen per cui il concetto di legge positiva è di per sé indipendente dal riferimento a qualsiasi contenuto specifico.

A me sembra che una mossa decisiva della teoria neo-classica sia quella di presentare la legge naturale non già come un insieme di precetti già formati al modo della legge positiva, ma come un insieme di valori fondamentali, che si esprimono nella forma di orientamenti verso l'agire e aspirano a coagularsi in norme morali e giuridiche. Questo processo di formazione della vita morale è intessuto necessariamente di elementi culturali e s'incanala anche in percorsi giuridici. Il diritto positivo appartiene, pertanto, al flusso generale della concretizzazione morale dei valori fondamentali, anche se può essere considerato isolatamente nella sua specificità. Ovviamente non ogni processo di moralizzazione della vita personale e sociale, e non ogni fase al suo interno, è rispettoso del senso dei valori fondamentali e della dignità umana. Tuttavia, ciò che qui importa è il modo di relazionare la problematica della legge na-

urale con quella della legge positiva.

In effetti, Tommaso d'Aquino non presenta le leggi naturali come precetti già formati, ma come orientamenti morali dell'agire umano. V'è anche chi sostiene che l'unico precetto della legge naturale che egli formula direttamente sia quello primario per cui il bene deve essere fatto e il male evitato¹¹. In ogni caso, è da escludere che Tommaso d'Aquino abbia pensato alla legge naturale come a una dottrina morale già compiuta e neppure che abbia considerato i contenuti della legge positiva come una mera deduzione da quelli della legge naturale.

George, già nella prima lezione, opportunamente ricorda i due modi in cui Tommaso d'Aquino rapporta la legge positiva a quella naturale: *ad modum conclusionis* e *ad modum determinationis* e insiste molto nel valorizzare soprattutto il secondo. Infatti, esso permette di accogliere la varietà delle culture, i differenti modi, tutti legittimi, di fare le stesse cose, l'ampiezza degli orizzonti della ragion pratica e la versatilità dei valori fondamentali. Ma neppure bisogna trascurare che anche il primo modo non deve essere inteso in senso meramente deduttivo o come automaticamente applicativo della legge naturale a situazioni particolari, e neppure come totalmente indipendente dal secondo. Da una parte, nel campo della ragion pratica una conclusione è soltanto analoga a ciò che è una deduzione nel campo speculativo, perché vale solo nella maggior parte dei casi; dall'altra, la derivazione pratica è già imbevuta di condizioni storiche e culturali, di elementi legati alle consuetudini e alle categorie e forme giuridiche stabilite. Lo stesso esercizio della ragione naturale implica necessariamente la dimensione culturale; l'universalità e la particolarità si mescolano continuamente fra loro. Infine, bisogna

ricordare che le conclusioni della ragion pratica non richiedono solo il puro razionicio, ma anche e soprattutto la capacità di discernimento e l'uso della ragionevolezza, cioè in una parola il possesso e l'esercizio delle virtù. Insomma, siamo ben lontani da quell'immagine semplicistica della mera derivazione logica dei contenuti della legge positiva dalla legge naturale che si sono costruiti, sulla scia del sistema statico di norme disegnato da Kelsen, i seguaci del giuspositivismo per rafforzare le proprie convinzioni.

La seconda incomprendenza che è necessario eliminare riguarda l'eterna questione della legge ingiusta e della sua obbligatorietà. Anche qui la strategia della teoria neoclassica è del tutto convincente. Essa dipende dal modo d'intendere una definizione del diritto e dal rigetto di quella che opera sulla base della distinzione *per genus et differentiam specificam*. Infatti, se adottiamo quest'ultima, così come fanno le scienze naturali, allora o la giustizia dovrà essere considerata un elemento costitutivo della legge valida o il diritto ingiusto dovrà essere considerato come diritto in senso pieno. Si oscillerà, pertanto, tra la tesi inaccettabile per cui il diritto ingiusto non è diritto e quella, del pari irricevibile, per cui il diritto ingiusto è diritto nello stesso senso di quello giusto. Se, invece, come sostengono Finnis e George¹², si applica al diritto la definizione aristotelica basata sulla distinzione fra casi esemplari e casi periferici, cioè tra casi in cui il concetto si realizza nella sua pienezza e casi in cui è ben riconoscibile, pur in assenza di qualche elemento significativo, allora si potrà render conto del diritto ingiusto come di un caso imperfetto di diritto. Ciò significa nella sostanza che il concetto di diritto è analogico e non già univoco. Noto per inciso che tale modo di definire il diritto è esplicativo non solo ai fini della problematica

della giustizia, ma anche ai fini delle forme storiche sempre diverse che il diritto ha assunto e va assumendo nella sua lunga evoluzione. In quest'ottica si deve ammettere che l'individuazione del diritto è questione di gradi piuttosto che di una drastica distinzione tra diritto e non diritto¹³.

George, sia nella prima sia nell'ultima lezione, usa una distinzione, che è comune anche ad alcuni pensatori giuspositivisti, cioè quella tra un approccio intrasistemico all'analisi e all'argomentazione giuridica (proprio degli operatori giuridici), tra una teoria sociale descrittiva al modo di Hart, e tra un discorso normativo e pienamente critico. Da quest'ultimo non potrà essere escluso il riferimento alla giustizia delle leggi, perché il senso proprio della legge è quello di essere giusta. Ogni legge – come ben nota Waldron¹⁴ – contiene in sé una promessa di giustizia che, se disattesa, costituisce certamente un indebolimento del concetto di diritto positivo.

Che poi il famoso detto agostiniano, per cui una legge ingiusta non è una legge vera e propria ma una perversione della legge, se non addirittura un vero e proprio atto di violenza, non debba essere inteso come una teoria della validità del diritto, è dimostrato dal fatto che lo stesso Tommaso d'Aquino s'è posto il problema dell'obbligatorietà in coscienza della legge ingiusta in ragione del danno all'ordine sociale costituito dalla disobbedienza alle leggi. Se persino una legge ingiusta può a certe condizioni obbligare in senso proprio, allora non si può dire che sia invalida ma solo che non è legge in senso pieno.

Tutte queste considerazioni, pur tacendone altre che il lettore attento potrà trovare nel testo di queste lezioni, mostrano non soltanto un'adeguata correzione dell'immagine

sfigurata della dottrina della legge naturale, ma soprattutto la possibilità di offrire di essa una visione del tutto accettabile da parte di coloro che pure intendono preservare il valore della certezza del diritto positivo senza voler estromettere dalla filosofia e dalla teoria giuridica la problematica della giustizia.

La legge naturale e il diritto contemporaneo

Il terzo obiettivo della nuova teoria della legge naturale riguarda – come s'è detto – la sua fecondità ermeneutica nei confronti dei fenomeni principali del diritto contemporaneo. In queste lezioni George si limita ad affrontare nella quarta un tema di bioetica, quello dello statuto giuridico dell'embrione, nella quinta la questione dell'ordine internazionale e nella sesta quella della ragione pubblica con particolare riferimento al ruolo pubblico della religione nel pensiero di Rawls e di Habermas.

Non ho intenzione di riprendere le analisi di George, a cui bisogna riconoscere il merito di aver portato le prospettive e gli argomenti della nuova teoria della legge naturale nel dibattito pubblico, senza complessi d'inferiorità nei confronti delle più diffuse teorie del liberalismo contemporaneo¹⁵. Non bisogna sottovalutare l'importanza di questo ruolo del giusnaturalismo contemporaneo, perché dai frutti possiamo meglio giudicare l'albero, cioè, fuor di metafora, dalla capacità di render meglio conto dell'evoluzione del diritto contemporaneo possiamo trarre argomenti per la validità di una dottrina giuridica.

Bisogna anche riconoscere che questo compito di attuazione della legge naturale oggi è ben più facile del

passato. Fronti ben diversi fra loro si aprono all'influsso di prospettive giusnaturaliste e ciò è indubbiamente un segno epocale che bisogna ben capire. Non mi riferisco soltanto all'ampio campo dei diritti umani, ma anche all'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo, alla crisi di una visione statocentrica del diritto, al ritorno, pur se in forme diverse, della consuetudine, a un ruolo sempre più contestitistico del *rule of law*, alle nuove forme di pluralismo giuridico, al ritorno di attenzione per il caso giuridico concreto come guida per l'interpretazione delle norme in termini di giustizia, al rilievo che va assumendo lo *ius cogens* come fonte sovraordinata di diritto internazionale, alla diffusione del principio di sussidiarietà nel diritto comunitario e interno, alla circolazione degli argomenti giuridici tra le corti supreme di giustizia, al ridimensionamento del principio di autorità sulla base del principio di ragionevolezza¹⁶. E altri aspetti ancora si potrebbero aggiungere, ma questi già bastano a mostrare che il castello giuspositivista è ormai andato in frantumi e i tentativi continui di rabberciarlo sono spesso vani e deboli sul piano teorico, segno di un giuspositivismo non di rado divenuto soltanto un atto di fede.

È un fatto che la teoria giuridica debba profondamente rinnovarsi, abbandonando tutti i pregiudizi ideologici, gli spettri e le idiosincrasie del passato. Ciò vale ovviamente non solo per il giuspositivismo, ma anche per il giusnaturalismo. Tuttavia quest'ultimo ha già messo mano alla sua trasformazione, come mostra proprio la nuova teoria del diritto naturale, mentre il primo resta ancora troppo abbarbicato ai suoi dogmi, quali quello della rigida separazione tra diritto e morale e del rifiuto di qualsiasi forma di oggettivismo morale, quando in tutto il mondo ci si batte per i

propri valori morali nella convinzione che siano quelli più giusti, cioè quelli che tutti dovrebbero condividere. Mi spingerei addirittura ad affermare che oggi c'è un eccesso di preteso diritto naturale ovvero di valori ritenuti oggettivi in conflitto fra loro.

Ci si trova, pertanto, di fronte a un bivio preliminare: o ritenere infondata ogni pretesa di conoscenza oggettiva dei valori, cosa che porrebbe tutte le concezioni etiche sullo stesso piano senza alcuna possibilità di differenziazione significativa fra loro, o ammettere che vi siano concezioni supportate da ragioni giustificative prevalenti, anche se ciò deve essere mostrato nel dibattito pubblico che ha sempre una fine provvisoria.

In queste condizioni portare avanti il principio di neutralità, che spazza via dalla vita sociale e politica le questioni che più importano, significa eliminare da essa l'esercizio della ragione e confinare nel privato e nelle mere preferenze istanze che sono avanzate, a torto o a ragione, in nome della dignità umana e di una maggiore giustizia. Il principio di neutralità non è neutrale ed è un'ipocrisia in quanto il permissivismo è una concezione morale e l'astensionismo ha indubbiamente effetti morali.

Anche la «ragione pubblica» di Rawls e l'etica del discorso di Habermas sono – secondo George – un modo inadeguato di affrontare i conflitti morali sul piano pubblico. Mettere tra parentesi le ragioni per cui differenti concezioni morali o religiose pervengono a un punto d'incontro (*overlapping consensus*) può essere opportuno ai fini dell'inizio di un dialogo costruttivo, ma è insufficiente come punto di arrivo. Ciò è particolarmente importante a proposito dei diritti dell'uomo, che non sono soltanto principi astratti, ma anche e soprattutto pratiche sociali in cui tali

principi si applicano e si determinano. Ad esempio, tutti concordano sul diritto alla vita, ma poi molti disaccordi si palesano nel momento della sua concretizzazione, che è quello che conta.

In effetti non si possono separare le ragioni per cui si aderisce a un valore dal fatto di aderirvi. Tuttavia, se si prende atto della convergenza di fatto, allora è possibile attivare una chiarificazione dialogica delle ragioni di supporto sia all'interno di quelle che Rawls chiama «concezioni comprensive» sia al loro esterno, cioè nel dibattito pubblico.

Avendo presente una situazione culturale del genere, dobbiamo chiederci quale sia l'apporto della nuova teoria della legge naturale. Possiamo qui indicare in modo sintetico alcuni suoi contributi importanti ai fini della chiarificazione dell'etica e del diritto contemporaneo.

Il primo, e più generale, apporto risiede – come già s'è detto – in una vigorosa difesa del ruolo della ragione nel dirigere gli affari umani e nell'accurata distinzione, spesso trascurata, tra uso teorico e uso pratico della ragione. Ciò vuol dire anche che la dottrina della legge naturale non è sostenuta attraverso un ricorso alla tradizione, come ad esempio nel pensiero di MacIntyre. La teoria neoclassica non è in linea di principio comunitarista. Ciò non vuol dire che le tradizioni in etica non abbiano rilevanza, ma che non possono difendersi da sé quando entra in crisi il consenso che le sostiene. Di conseguenza, alla fiducia nella ragione si accompagna la piena e completa accettazione del metodo democratico nelle sue forme più squisitamente liberative.

Il secondo rilevante apporto della teoria neoclassica consiste nella difesa della connessione fra le concezioni

morali e le istituzioni pubbliche. Vi sono aspetti della morale che sono indissolubilmente legati alle strutture istituzionali, cosicché la modifica di queste ultime può rendere impraticabili valori morali determinati. Si può ritenere, ad esempio, che con l'introduzione del divorzio (e ancor più con l'ammissione del matrimonio tra omosessuali) si operi una trasformazione nella concezione dominante della famiglia. La famiglia non è più la stessa anche per chi non ha la minima intenzione di divorziare, non solo perché non può più attuare un matrimonio indissolubile sotto tutti gli aspetti, ma anche perché vive in una comunità politica da cui non può ricevere l'apprezzamento valorativo delle proprie scelte. Le istituzioni socio-politiche possono, dunque, offendere il nostro senso morale e la nostra identità. Ciò – ovviamente – vale per tutti. Non ammettere la possibilità del divorzio significa a sua volta non ammettere la rivedibilità delle nostre scelte e rendere impraticabili progetti di vita libertari. Siamo, dunque, di fronte a scelte tragiche, perché ognuna di esse produce una ferita in una parte dei cittadini. Questa è l'inevitabile conseguenza della fine di un'etica comune e dell'avvento del pluralismo.

In ogni caso bisogna guardare in faccia questa conseguenza del pluralismo e non già cercare di nasconderla sotto il manto dell'ideologia liberale e dello slogan «nessuno è costretto ad abortire, a divorziare, a leggere pubblicazioni pornografiche e a suicidarsi». La stessa liceità giuridica di abortire, di divorziare, di diffondere pubblicazioni pornografiche e di scegliere per l'eutanasia cambia inevitabilmente il contesto sociale in cui viviamo ed entro cui costruiamo i nostri progetti di vita, perché incide sul senso della vita e della morte, della procreazione e dell'educazione, cioè sui parametri fondamentali dell'esistenza umana.

In tal modo la teoria neoclassica denuncia efficacemente l'uso ideologico della ragione pubblica quand'essa si ammantava di neutralità, mentre in realtà difende un liberalismo non meramente politico, ma morale e metafisico a tutti gli effetti o, per usare ancora il linguaggio di Rawls, un liberalismo comprensivo, come nella sesta lezione George opportunamente nota.

Il terzo rilevante apporto della teoria neoclassica risiede nell'aver elaborato un modo convincente per individuare le concezioni giusnaturalistiche, distinguendole da quelle che non possono dirsi tali. Tale approccio prende le distanze da quello tradizionale basato sulla natura umana e da quello fondato sulla rivelazione divina.

Uno sguardo più attento alla struttura formale della teoria neoclassica permette di comprendere meglio le ragioni della sua capacità di dialogo con le altre concezioni etiche e giuridiche, cosa ben difficile al giusnaturalismo neoscolastico. Questa struttura si articola in tre piani strettamente connessi tra loro, ma in modo logico o non dogmatico.

Dapprima si sostiene l'esistenza di valori fondamentali della persona umana concepiti come evidenti orizzonti generali del bene. E qui si entra in dialogo con tutte quelle concezioni che ammettono la presenza di valori fondamentali, anche se li intendono e li elencano in modo diverso, come fa Martha Nussbaum, oppure li concepiscono in modo più debole (*thin*) o strumentale, come fa Rawls. In ogni caso c'è un terreno comune che permette la discussione.

Nel secondo stadio si delinea il metodo della ragionevolezza pratica, che serve ad articolare i valori nei piani personali di vita. Questo metodo – secondo la teoria neoclassica – si basa sul presupposto dell'incommensurabilità dei

valori fondamentali e della loro assolutezza intesa come non derogabilità. Anche questo si basa su argomentazioni. E qui si intercettano le teorie del bilanciamento dei diritti e l'uso del principio di ragionevolezza, oggi ampiamente diffuso nella legislazione e nelle corti di giustizia di tutto il mondo, nonché variamente inteso. I giuristi sono ancora alla ricerca di una tipicizzazione dei giudizi di ragionevolezza. C'è, dunque, ancora una volta un terreno comune di discussione.

Il terzo e ultimo stadio è quello della concreta applicazione di tale metodo alla soluzione di problemi specifici propri dell'etica e del diritto. I risultati di quest'applicazione sono nella sostanza coincidenti con la morale cattolica. Gli orientamenti etici dei sostenitori della teoria classica sono la conclusione di ulteriori argomentazioni in cui il metodo della ragionevolezza pratica viene messo alla prova di problemi morali particolari in contesti rivolti alla determinazione del bene comune. Queste argomentazioni si confrontano con quelle provenienti da differenti concezioni del bene umano e del ruolo della comunità politica. In ogni caso la teoria neoclassica non potrà essere accusata di fideismo.

Da questa complessa articolazione non solo risulta che la legge naturale può essere difesa con mezzi esclusivamente razionali, ma soprattutto appare ben chiaro che la dottrina relativa può fiorire solo in contesti dialogici aperti, in cui ognuno è portatore della sua opinione e del proprio punto di vista, ma è disposto a cambiarlo sulla base di ragioni frutto di una ricerca comune. In tal modo la legge naturale non viene intesa come un codice prefissato di precetti scritti nei cieli, ma come un programma di ricerca che è possibile attuare solo nel confronto civile e nel dibattito

pubblico. In questo senso, e solo in questo, noi crediamo che la gloriosa tradizione della legge naturale possa sopravvivere nel tempo presente e far valere i suoi argomenti nella piazza della città degli uomini.

¹Le basi filosofiche e le caratteristiche generali della teoria neoclassica sono presentate in forma organica con una bibliografia orientativa da Germain Grisez et al., *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, «The American Journal of Jurisprudence», 32, 1987, pp. 99-151. Alcuni scritti fondamentali della teoria neoclassica con specifico riferimento alla legge naturale si trovano riprodotti in John Finnis (a cura di), *Natural Law*, vol. I, Dartmouth, Aldershot 1991.

²John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, Oxford 1980 (trad. it. con introduzione di Francesco Viola, Giappichelli, Torino 1996). Nel 2011 sarà pubblicata un'edizione rivista e ampliata.

³Un'ottima presentazione e difesa delle tesi generali della teoria neoclassica si trova in Robert P. George, *Recent Criticism of Natural Law Theory*, «University of Chicago Law Review», 55, 1988, pp.1371-1429.

⁴Cfr., ad esempio, *Summa Theologiae*, I-II, q.71, a.2c.

⁵Cfr. John Finnis, *Reason, Revelation, Universality and Particularity in Ethics*, «The American Journal of Jurisprudence», 53, 2008, pp. 35-38.

⁶Per i collegamenti tra l'etica contemporanea e la dottrina del diritto naturale cfr. Francesco Viola, *Il dibattito contemporaneo sulla legge naturale*, «Aggiornamenti sociali», 48, 1997, pp.883-894.

⁷Cfr. Jacques Maritain, *Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di Francesco Viola, Jaca Book, Milano 1985 e la più completa edizione francese *La loi naturelle ou loi non écrite*, texte inédit établi par George Brazzola, Éditions Universitaires, Fribourg 1986.

⁸Bisogna riconoscere che tra i sostenitori della teoria neoclassica proprio Robert George è il più attento alle relazioni fra la ragione e la natura umana.

⁹Cfr. anche Robert P. George, *Reason, Freedom, and the Rule of Law: Their Significance in the Natural Law Tradition*, «The American Journal of Jurisprudence», 46, 2001, pp. 249-256 e, per la ricostruzione del famoso dibattito, Alessandra Sciarba, *Il Rule of Law e le relazioni fra diritto e morale*

nel dibattito tra Hart e Fuller, «Diritto & Questioni Pubbliche», 9, 2009, pp. 701-742.

¹⁰ John Finnis, *Law and What I Truly Should Decide*, «The American Journal of Jurisprudence», 48, 2003, pp. 107-109.

¹¹ Dalla interpretazione antivolontaristica di questo primo principio della legge naturale ha preso le mosse la teoria neoclassica. Cfr. Germain Grisez, *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae*, I-2, Question 94, Article 2, «Natural Law Forum», 10, 1965, pp.168-201.

¹² Da parte mia ho seguito questa linea di pensiero in Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 454-459.

¹³ Cfr. Francesco Viola, *Il Rule of Law e il concetto di diritto*, in «Ragion pratica», 30, 2008, pp. 151-168.

¹⁴ Cfr. Jeremy Waldron, *Does Law Promise Justice?*, «Georgia State University Law Review», 17, 2000-2001, pp. 759-788.

¹⁵ Segnalo che il libro più indicativo per cogliere questo confronto tra la nuova dottrina della legge naturale e il diritto contemporaneo è senza dubbio: Robert P. George, *In Defense of Natural Law*, Clarendon Press, Oxford 1999, di cui si veda la mia recensione con il titolo, *In difesa della legge naturale: forme recenti di giusnaturalismo negli Stati Uniti*, «Nova et Vetera», ed. it., I, 1999, 2, pp. 93-104.

¹⁶ Su tutti questi temi si possono trovare analisi specifiche nella mia pagina web: <http://www.unipa.it/~viola/>

DIRITTO NATURALE E QUESTIONI CONTEMPORANEE