

DIRITTO NATURALE E POSITIVO (*natural law and positive law; Naturrecht und positives Recht; droit naturel et droit positif; derecho natural y derecho positivo*). – La congiunzione «e» ha indotto irresistibilmente a impostare la questione in esame come se si trattasse di articolare la problematica relazione tra due «diritti». Ciò ha provocato come risposta ora la gerarchizzazione, che farebbe dipendere da uno di questi (diritto naturale) la validità dell'altro (diritto positivo), ora l'esclusione drastica che, partendo dal fatto che «è diritto solo il diritto positivo», negherebbe carattere giuridico al presunto diritto naturale, essendo quest'ultimo ridotto a mera esortazione morale, la cui rilevanza non andrebbe, nella più benevola delle interpretazioni, oltre ciò che è pregiuridico. Così impostata, la questione resta indissolubilmente abbinata a una delle polemiche più tenaci, e di dubbia fecondità, della storia della filosofia del diritto: quella che contrappone giusnaturalismo e giuspositivismo. Risulta ovvio che la prima di queste linee dottrinali riconosce carattere giuridico al diritto naturale, anche se per ciò stesso i suoi contenuti non determinano necessariamente la validità del diritto positivo, per quanto questo sia stato, in realtà o solo in apparenza, l'obiettivo dominante tra i giusnaturalisti, specie nell'affrontare la difficile polemica sulla «legge ingiusta». All'interno del positivismo giuridico, viceversa, la tendenza dominante è stata quella di fondare l'inesistenza di un diritto naturale a partire dalla necessaria separazione tra morale e diritto, cosa che non manca di essere discutibile, perché in linea di principio obbligherebbe a separare il diritto positivo dalla morale naturale (e anche dalla morale positiva), ma non da altro possibile diritto. In realtà, il confronto poggia su un preciso concetto di validità giuridica, condizionata dal rispetto di determinati contenuti etico-materiali di rilevanza propriamente giuridica e da un peculiare concetto di ciò che è naturale, che eticamente comprenderebbe non soltanto contenuti morali non giuridici, ma che addirittura implicherebbe una fallacia nel pretendere di derivare da premesse fattuali conseguenze normative. Un'impostazione meno rigida della validità giuridica, così come una visione più realistica della fluida connessione tra elementi etico-materiali e giuridico-formali, porterebbe ad ammettere che il diritto naturale e il diritto positivo non sono altro che due dimensioni della

stessa e unica realtà giuridica. Per verificare se è possibile per un autentico giusnaturalista o per un positivista coerente accettare tale ipotesi occorrerebbe definire i limiti dell'ortodossia in entrambe le linee dottrinali. La questione si complica non soltanto perché ambedue abbracciano prospettive molto diverse, ma anche perché non poche volte tendono a risolvere pigramente per via negativa lo sconcerto che da ciò deriva. Il principale compito che unisce i giusnaturalisti di diversa impostazione è quello di criticare il positivismo giuridico, mentre il rifiuto del diritto naturale finisce per essere l'ultimo baluardo di positivisti di così diversa impostazione che, nonostante i tentativi di definire bene le tesi dell'uno o dell'altro (N. Bobbio, George), porta molti a trovarsi in piena crisi di identità e a porsi il problema dell'eventuale rifiuto dell'appartenenza al rispettivo «club» (K. Olivecrona).

È stato messo in rilievo (Erik Wolf) che l'espressione «diritto naturale» diventa un autentico *mare magnum* a motivo della inesauribile combinazione di accezioni diverse di ciò che si intende per «diritto» e per «natura». Occorrerebbe aggiungere che la stessa cosa accade in chiave negativa, quando dalla forza del positivismo si critica il diritto naturale senza precisare se si sta parlando di Aristotele, Ulpiano, Agostino, Grozio o Locke.

Alla possibile confluenza tra diritto naturale e diritto positivo conduce senza dubbio la messa in questione della presunta identità tra diritto e legge, che induce a considerare irrilevante che si parli di diritto naturale o di legge naturale. Così è accaduto nel ricondurre storicamente l'art. 20.3 della legge fondamentale tedesca alla distinzione tra «Gesetz» e «Recht» (Arthur Kaufmann). Dal punto di vista epistemologico non è lo stesso parlare del giusto per natura e della legge naturale. Nel primo caso si potrebbe trattare dell'individuazione, all'interno del diritto già positivizzato, di un nucleo duro con un fondamento di validità particolarmente solido, vincolato a contenuti etico-materiali e non a mere ragioni convenzionali di opportunità o di efficacia. Così accade sia in acute interpretazioni del giusnaturalismo aristotelico (Villey o Utz), sia nella descrizione del gioco di «principi» e di «politiche» (Dworkin) della dinamica propria degli stati costituzionali di diritto contemporanei. In entrambi i casi non c'è dubbio che si sta parlan-

do di diritto *proprio vigore* e non di utopie morali.

L'assunzione da parte dei teologi cristiani di approcci giusnaturalisti di radice aristotelica, stoica o frutto della giurisprudenza romana conferisce un notevole protagonismo alla «legge naturale» come logica conseguenza della verticalità derivata da una visione del mondo nella quale irrompe un Dio eterno e allo stesso tempo personale, creatore della natura fisica e orientatore della via naturale di perfezionamento degli esseri liberi. La conseguenza immediata sarà, da un lato, l'inizio di una distinzione tra la legge naturale e la legge umana che, sempre in chiave legalista, finirà per suggerire la possibile contrapposizione (legge umana ingiusta o legge naturale non positivizzata); d'altro lato, la confusione di elementi strettamente morali con altri che sono «pure» giuridicamente rilevanti (D'Ors) all'interno di una legge naturale che al teologo preoccupa soprattutto sotto il profilo dell'obbligatorietà morale (Viola). Basti passare, nell'opera di Tommaso d'Aquino, dal trattato sulla legge a quello sulla giustizia per cogliere la portata di una possibile distorsione, aggravata da legioni di «tomisti» che, più teologi che giuristi, hanno centrato l'attenzione sul primo dimenticando il secondo.

Il diritto naturale trasformato in legge naturale si trova in una confliggente relazione con una realtà giuridica positiva non meno legalista. Infatti, la rottura con il giusnaturalismo classico nella modernità non fa che secolarizzare il legalismo dei teologi. È vero che si dissocia la precedente armonia tra *ratio* e *voluntas* nel deificare una divinità cosmica piuttosto che personale e in ogni caso deisticamente assente. Ciò che è giuridico si riduce, per Hobbes, alla legge espressiva della volontà arbitraria del Leviatano, giustificata dal *pacta sunt servanda*, come ultimo rifugio di una de-ontologizzata legge naturale che si riduce a un calcolo. Per Pufendorf, depositaria di ciò che è veramente giuridico è la ragione, incaricata di dispiegare *more geometrico* un diritto naturale che non è altro che una legalità pre-positiva: scienza della legislazione produttrice di norme destinate a confluire organicamente nei futuri codici.

Questa presunta perfetta positivizzazione delle esigenze etico-giuridiche naturali, appartenenti a una ragione estranea alla storicità del reale, o disposte ad affiorare empiricamente dal calcolo utilitarista, non necessitano più

del diritto naturale; piuttosto lo vedono come uno scomodo rivale di cui diffidare. Semmai lo si tratterà come un'istanza «ideale» pre-positiva, che non merita il nome di diritto finché non sarà positivizzata. Sorge così la «filosofia del diritto come concetto storico» (Gonzalez Vicen), necessariamente intesa come «filosofia del diritto positivo». La validità del diritto si risolve in modo immanente. La si svincola da ogni riferimento alla giustizia, all'interno di un sistema che si depura del condizionamento «statico» dei contenuti etico-materiali giusnaturalisti, per cedere il posto a una «nomodinamica» (Kelsen), che non è altro che l'arbitrarietà procedurale sottoposta a controllo. Si potrà dare pure, nella variante del realismo giuridico scandinavo, il vincolo *more sociologico* alla pratica sociale, demistificando una metafisica giusnaturalista ridotta a giochi magici, per poi finire con il fondare la validità giuridica nell'«obbedienza disinteressata» che genera la vigenza sociale (A. Ross).

Se il diritto è divenuto legge, ciò che è naturale è divenuto fatto o dato meramente fisico, del quale sarebbe irrazionale derivare alcuna esigenza etica. Si smarrisce la dimensione di entelechia, come compimento di ciò che è veramente umano, che era quella che evitava l'accusa di fallacia (Carcattera).

La seconda metà del sec. XX obbliga, tuttavia, a rivedere il quadro di riferimento. L'amara evidenza della «perversione dell'ordinamento giuridico» (F.von Hippel) ruscita l'antica *querelle* della legge ingiusta, fino ad ammettersi una possibile «antigiuridicità legale» (G. Radbruch, R. Alexy). Nel dopoguerra la metà dell'Europa si ricostruisce nella forma di stati costituzionali di diritto che aprono vie inedite (G. Zagrebelsky) che toccano in particolare l'impostazione positivista (Prieto). Si passa dall'intendere i diritti nel quadro delle leggi a intendere le leggi (inclusa la validità) nel quadro dei diritti (Bachof). I diritti umani – in cui l'aggettivo ha senso solo se contano su un fondamento proprio, siano o no positivizzati (J.M. Trigeaud) – diventano l'essenza del *politically correct*, mentre sul diritto naturale (capace di offrire ad essi un adeguato fondamento) continua a gravitare la condanna di ciò che non è accademicamente corretto.

Questo nuovo scenario incoraggia a riproporre il confronto tra il diritto naturale e il diritto positivo (Rabbi-Baldi), per tentare di unificarli nella ricerca di un diritto vigente più umano

(o, per lo meno, meno disumano). Questo sforzo diventerà un'autentica levitazione, dinanzi all'incertezza della base epistemologica capace di fornire una possibile fondazione. La fenomenologia offre occasionalmente un nuovo concetto di ciò che è naturale (*Natur der Sache*), concretato nella «sachlogischen Strukturen» (H.F. Welzel) che permetterebbe alla legge di radicarsi nella giustizia del concreto, oppure induce a proporre un'ontologia relazionale (S. Cotta, F. D'Agostino, J. Ballesteros), che riapra la porta al cognitivismo etico. I tentativi di fare spazio a un giusnaturalismo non legalista, riconciliato con la storicità del giuridico troveranno nutrimento nell'ermeneutica gadameriana (A. Kaufmann). La riabilitazione della filosofia pratica trascende il confine continentale e si fa notare nei tentativi dei «neoclassici» anglosassoni (J.M. Finnis) nell'approfondimento della dimensione conformatrice della ragione pratica. Il normativismo giuridico va in crisi dinanzi al necessario riconoscimento del carattere giuridico di alcuni principi (J. Esser) senza i quali la dinamica dell'ordinamento risulta falsata.

Allo stesso tempo, finisce per rendersi inevitabile la riproposizione del concetto di «positività» (Zaccaria), a motivo della impossibilità dell'idea che il diritto sia positivo una volta per sempre a colpi di legge. La «porosità» delle norme giuridiche (H.L.A. Hart) rispetto ai giudizi di valore senza i quali esse non possono avere senso si rende evidente, per cui è sempre meno facile trovare casi non «difficili». Di conseguenza, si deve rivedere la separazione tra diritto e morale e si apre la strada al giuspositivismo «inclusivo» (W. Waluchow), che abbandona alla versione esclusiva il tentativo di considerare discrezionali in senso forte (J. Raz) i passaggi finali del processo di positivizzazione del diritto che non si realizza una volta e per sempre.

Diritto naturale e diritto positivo tendono oggi ad apparire come due poli animatori di un unico processo di positivizzazione giuridica, che combina l'inevitabile formulazione di giudizi di valore con la loro verifica procedurale. Non è quindi strano constatare la convergenza (N. MacCormick) tra giusnaturalismo e positivismo giuridico. Il confine tra le più recenti reinterpretazioni di Tommaso d'Aquino e il positivismo inclusivo (V. Villa, P. Serna) rimanda a due punti di discrepanza: l'ammissione o meno di un fondamento ontologico realista, ri-

spetto agli inevitabili ingredienti etico-materiali del processo di positivizzazione, e la portata della considerazione epistemologica cognitivista di detto processo, come autentico «giudizio» frutto di una ragione pratica che esclude ogni arbitrarietà discrezionale.

A. Ollero

BIBL.: H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1951, tr. it. di G. De Stefano, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965; F. v. HIPPEL, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955; J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956; A. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958, tr. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino 1965; O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen 1959; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960², tr. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966; E. WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1963; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965; G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano 1969; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, London 1971², tr. it. a cura di E. Pattaro, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano 1972; M. VILLEY, *Precis de philosophie du droit*, Paris 1975; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts) 1978, tr. it. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982; F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de filosofía del derecho*, La Laguna 1979; J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford 1979; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, tr. it. di F. Di Blasi, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino 1996; J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid 1984; A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln 1984²; A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln 1984; F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino 1989; G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Gesantausgabe*, vol. III, Heidelberg 1990; S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano 1991²; G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino 1991; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; N. MACCORMICK - O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1992², tr. it. a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Milano 1990; R.P. GEORGE (a cura di), *Natural Law Theory*, Oxford 1992; F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino 1993; W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford 1994; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1994², tr. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino 1965; A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid 1996; L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México 1997; A. OLLERO, *Diritto «positivo» e diritti umani*, Torino 1998; A.F. UTZ, *Ethik des Gemeinwohls*, Paderborn 1998; R. ALEXY, *A Defence of Radbruch's Formula*, in D. Dyzenhaus (a cura di), *Re-*

crafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, Oxford 1999, pp. 15-39; R. RABBI-BALDI (a cura di), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires 2000; V. VILLA, «*Inclusive Legal Positivism*» e *neo-giusnaturalismo*, in «*Persona y Derecho*», 43 (2000), pp. 33-97; P. SERNA, *Sobre el «Inclusive legal positivism»*. *Una respuesta al prof. Vittorio Villa* in «*Persona y Derecho*», 43 (2000), pp. 99-146; A. D'ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid 2001³; J.M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, Bordeaux 2001.

► CODIFICAZIONE; COGNITIVISMO; DIRITTI UMANI; DIRITTO E LEGGE; DIRITTO, FILOSOFIA DEL; FALLACIA NATURALISTICA; GIUSNATURALISMO; GIUSPOSITIVISMO; MORALE E DIRITTO; NORMATIVISMO; PRATICA, FILOSOFIA; PRINCIPIO, GIURIDICO.; PROCEDURALISMO; REALISMO GIURIDICO; VALIDITÀ.

Autori

- + Agostino, Aurelio
- + Aristotele
- + Bobbio, Norberto
- + Dworkin, Ronald Myles
- + George, Alexander
- + Groot, Huig de
- + Hart, Herbert Lionel Adolphus
- + Hobbes, Thomas
- + Kelsen, Hans
- + Locke, John
- + MacCORMICK, Donald Neil
- + Pufendorf, Samuel von
- + Raz, Josef
- + Tommaso d'Aquino
- + ULPIANO
- + Viola, Francesco
- + ZACCARIA di Mitilene o il Retore o lo Scolastico

Parole

- aggettivo

Caratteri

15933