

# L'IDEA del DIRITTO NATURALE

E IL SUO COSTANTE RIPRESENTARSI  
NELLA STORIA DEL PENSIERO



M. RICHMEN

## **INDICE**

### **PARTE PRIMA** **CONTRIBUTO ALLA STORIA DELL'IDEA DEL DIRITTO** **NATURALE**

<b>I.</b> Il legato dell'antichità.	3
<b>II.</b> Il diritto naturale cristiano della Scolastica	22
<b>III.</b> Alla svolta della storia	42
<b>IV.</b> Il diritto naturale sotto l'insegna dell'individualismo	45
<b>V.</b> L'allontanamento dal diritto naturale	68
<b>VI.</b> La vittoria del positivismo	78
<b>VII.</b> Il ritorno del diritto naturale	86

### **PARTE SECONDA** **FONDAMENTI ED ASPETTI DEL DIRITTO NATURALE**

<b>I.</b> Essere e dovere.	104
<b>II.</b> Intelletto e volontà	113
<b>III.</b> Struttura delle scienze	116
<b>IV.</b> L'essenza della legge	121
<b>V.</b> Morale e diritto.	127
<b>VI.</b> Realtà e contenuto del diritto naturale	136
<b>VII.</b> Diritto naturale e diritto positivo	152
Epilogo	161

PARTE PRIMA  
CONTRIBUTO ALLA STORIA DELL'IDEA DEL DIRITTO  
NATURALE

I  
IL LEGATO DELL'ANTICHITÀ

Il diritto naturale è antico quanto la filosofia; all'inizio della filosofia sta, secondo Aristotele, la meraviglia: e così pure all'inizio del diritto naturale.

Tutti i popoli nei tempi lontani della loro storia attribuiscono un'origine puramente divina agli ordinamenti della morale e del diritto, che presso di essi non sono mai disgiunti dalle norme del culto delle divinità. L'ordine che regola la vita del popolo è ordine sacro, stabilito da Dio. Così era per gli antichi Greci, presso i quali ogni diritto ha in sé la consacrazione divina. Lo stesso vale per i nostri progenitori: anche il loro diritto primitivo era rivestito di uno spiccato carattere sacro. E lo stesso vale ancora per i Romani, il cui genio giuridico fece sì che il loro diritto divenisse due volte nella storia un diritto universale; anche presso i Romani il diritto primitivo fu, esso pure, un diritto divino; e anche il periodo successivo, sebbene abbia ormai trovato la distinzione tra il diritto propriamente sacro (*fas*) e il diritto profano (*ius*), manifesta ancora l'origine sacra del diritto con tutta evidenza nel fatto che i pontefici rimangono i sovrani amministratori e i custodi del diritto, fino a che la ragione giuridica dei Romani si libera di questo diritto segreto dei sacerdoti.

Proprio di questa primitiva figura teologica di ogni diritto è il fatto che esso è nella sua essenza immutabile ad opera di una legislazione umana, e che esso inoltre è ovunque ugualmente valido nell'ambito dello stesso territorio culturale.

L'idea di un diritto naturale non può farsi strada nello spirito dell'uomo se non si arriva alla concezione che non ogni diritto è immutabile, sempre identico a se stesso, divino; ma soltanto quando la ragione critica, guardando indietro nella storia, vi constata dei mutamenti profondi nel mondo del diritto e della morale, riconosce una differenza nei sistemi giuridici e nei sistemi etici del proprio popolo nel corso della sua storia, e, guardando al di là delle frontiere della propria Polis, si rende conto della diversità degli ordini giuridici dei popoli vicini. Nel constatare, stupita, queste diversità, la ragione umana giunge in una prima fase a distinguere un diritto divino e un diritto umano. Ben presto però essa si trova di fronte al problema dell'origine di ogni diritto naturale, dei

fondamenti morali delle leggi umane, problema che è al tempo stesso quello dei fondamenti della forza vincolante, coercitiva delle leggi, forza attraverso la quale queste ultime possono obbligare la coscienza degli individui e nella quale la potenza coattiva del diritto e della morale positivi trovano in senso stretto la loro giustificazione etica. A questo problema si ricollega in modo molto stretto la questione delle migliori leggi, della miglior forma dello Stato, tema che a partire da Platone ha occupato quasi tutti gli autori dei grandi sistemi di diritto naturale. Ma ben presto si congiunge con esso anche l'idea che le divinità delle tribù non sono la forma suprema del senso religioso, ma che, se esiste una legge eterna, immutabile, capace di piegarci all'obbedienza *delle* leggi, un legislatore eterno e onnisciente, che ha il potere di legare e di sciogliere, si nasconde dietro le rappresentazioni popolari di queste divinità.

Ciò premesso, è comprensibile che la prima idea del diritto naturale nella civiltà occidentale appaia presso i Greci, popolo di grande vitalità, dotato di un penetrante senso critico, che ebbe molto presto coscienza della individualità spirituale insieme con una forte organizzazione politica. È del pari presso i Greci che è nata la filosofia dello Stato.

Ed è un fatto notevole il constatare che già agli inizi della filosofia greca del diritto o meglio della filosofia della legge, e con ciò del diritto naturale, si sia fatta strada una distinzione che doveva essere tramandata fino all'epoca più recente. E precisamente, anzi tutto, da una parte, l'idea di un diritto naturale individualistico rivoluzionario, essenzialmente legata al concetto così fondamentale dello stato di natura e alla nozione dello Stato come unità sociale arbitraria e artificiale, basata su un libero contratto, determinata dall'interesse e non da necessità metafisiche; e in secondo luogo, l'idea di un diritto naturale con fondamento metafisico, che non ha esistenza in un mitico stato di natura prima delle leggi, ma che vive e deve vivere nelle leggi, diritto naturale che si definisce volentieri, non del tutto esattamente, conservatore. È sintomatico, inoltre, notare che a questa concezione è intimamente legata l'idea di Dio come legislatore supremo.

Queste due tendenze agli inizi della storia del diritto naturale si manifestano già nei primi sofisti e nel grande precursore di Platone, Eraclito.

Eraclito è noto per la tesi secondo cui «tutto scorre». Ma questo perpetuo cambiarsi delle cose, l'ha precisamente condotto all'idea di una eterna norma e di un'armonia che permane immutabile, in mezzo al flusso incessante dei fenomeni. Domina una legge fondamentale, un «Logos divino comune a tutte le cose», una ragione universale e non una

successione senza legge e senza ragione, determinata dal caso. Domina una ragione ordinatrice nel divenire della natura. L'essenza e il fine morale dell'uomo consistono nella sottomissione, nella conformità della sua vita individuale e sociale a questa legge cosmica universale. Questa è la norma primitiva dell'essere e dell'agire morali. «Suprema virtù e vera sapienza è obbedire, nelle parole e negli atti, alla natura [\*\*\*] cioè a dire a questo Logos universale» [frammento 112]: perciò «tutte le leggi si "nutrono" e devono nutrirsi di questa legge divina comune a tutti». Le leggi umane non sono che dei tentativi di realizzazione di questa legge divina. Perciò il popolo, dice questo aristocratico conservatore, non deve insorgere contro le leggi che sono per lui una incarnazione della legge divina, ma deve combattere per esse come per le sue mura. Nella diversità stessa delle leggi umane: [non al di là di questa diversità] Eraclito intravede dunque l'idea di una legge naturale eterna, che corrisponde alla ragione dell'uomo in quanto partecipa del Logos eterno. La diversità delle leggi umane non esclude l'idea di un diritto naturale, perché attraverso il carattere accidentale e la diversità delle leggi umane, il pensiero razionale riconosce la verità della legge eterna, mentre la conoscenza sensibile - l'occhio, l'orecchio - non percepisce che il diverso e il disuguale. In Eraclito, pensatore esprimentesi in oscuri simboli, l'idea del diritto naturale si presenta per la prima volta come una legge naturale immutabile, da cui tutte le leggi umane traggono la loro forza.

La dottrina di Eraclito aveva uno scopo pratico: l'esaltazione del valore della legge e della sua forza vincolante, contro le masse sprovviste di senso critico, preda ormai della demagogia dei sofisti, e inclini a tutte le novità, e contro la arbitraria incostanza di opinioni, priva di ogni discernimento. Non è facile dare dei sofisti un giudizio esatto. In primo luogo la loro dottrina ci è pervenuta solo in forma molto frammentaria e ci è nota più che altro attraverso i dialoghi del loro grande avversario, Platone. Come oratori popolari inclini alla demagogia, i sofisti amavano le parole d'ordine semplificatrici, le formulazioni paradossali, che procurarono loro tra i posteri la cattiva fama di filosofi acrobati, di rivoluzionari illuministi, di spregiatori della legge, precisamente come appaiono nei dialoghi di Platone. Ma questo giudizio è per lo meno molto esagerato. Che essi abbiano potuto, agli occhi dei Greci, passare per illuministi rivoluzionari, si spiega, da un lato con la loro critica irriverente della società, con il loro scetticismo cinico in materia politica, d'altro lato con la glorificazione delle leggi e della Polis fatta dai loro avversari. Le leggi erano l'orgoglio dei cittadini della Polis, mentre i sofisti erano per lo più stranieri. Eraclito aveva considerato le leggi uguali alle mura della città. I filosofi parlano col più grande rispetto dei \*\*\*, e i popoli privi della Polis sono per loro dei barbari. Da ciò deriva anche che Socrate, ad onta di una distinzione tra ciò che è giusto per natura e ciò che è giusto

per legge, qualifica tuttavia le leggi di Atene come «giuste» in assoluto: i cittadini sono tenuti in conseguenza ad obbedirvi ed egli stesso vi ha obbedito sino alla amara fine. Per Platone del pari, le leggi di Atene sono per lo più qualche cosa di intangibile. L'ordine sociale stabilito da queste leggi è per lui buono, benché suscettibile di miglioramento, ma giammai Platone lo ha definito cattivo. Così per tutti questi aristocratici della politica come del pensiero, le critiche della società fatte dai sofisti, dovevano apparire un attacco diretto contro le basi non solamente di quel determinato ordine sociale di quella determinata Polis, ma un malizioso attacco portato al giusto ordine sociale della Polis.

In effetti, i sofisti hanno numerosi punti in comune con il diritto naturale rivoluzionario dell'Illuminismo, in particolare con la dottrina rousseauiana e con la sua spietata critica della società. Mentre nel diritto naturale conservatore [se si vuole parlare di una tendenza politica] la distinzione tra legge naturale e legge positiva serve a giustificare e a migliorare il diritto positivo in vigore; per contro, la tendenza [d'altra parte esplicitamente politica] del diritto naturale sofistico, con la contrapposizione del diritto positivo in vigore a ciò che è giusto per natura, è di dimostrare non soltanto la perfettibilità accidentale, ma l'ingiustizia essenziale delle leggi.

Le leggi non rappresentano per essi un valore sacro nella vita della Polis, in virtù della tradizione e della buona prova da esse data; esse sono delle costruzioni artificiali che servono gli interessi dei potenti [Trasimaco]. Esse non sono dunque un valore per se stesse; tale valore è soltanto il naturalmente giusto, al quale si richiamano continuamente. Essi dunque non negano la forma del diritto naturale e della morale naturale, ma sostengono soltanto che esiste una stridente contraddizione fra l'ordine che regna nella Polis e il diritto naturale come essi lo proclamano; e canzonano Socrate che ritiene le leggi di Atene semplicemente «giuste». Callicle, che fu il primo a enunciare il principio «forza è diritto», vuole con ciò caratterizzare una realtà da lui sottoposta a critica e cioè che le classi dominanti, in quanto dichiarano le loro leggi, cioè quelle che servono ai loro interessi, come basate sulla «giustizia naturale», abusano con ciò stesso del vero e proprio diritto naturale e vogliono ridurre il popolo ad essere solo il servitore dei loro interessi di classe.

Con le loro critiche della società e con l'opposizione che essi stabiliscono fra il giusto per natura e il giusto per legge, i sofisti giungono ormai all'idea dei diritti dell'uomo e al concetto di umanità. Le \*\*\*, dice Ippia, sono eterne e immutabili; la loro origine è più alta d'ogni umano precetto. Per Ippia tutti gli uomini sono tra loro fratelli e concittadini per natura, se anche non per legge. Con ciò cade la distinzione, fondamentale

per la coscienza greca, di greci e barbari. «La divinità ha creato tutti gli uomini liberi. Nessuno è stato fatto schiavo della natura» (Alcidamante). Alla schiavitù, istituzione fondamentale dell'ordine sociale ed economico greco, a cui Platone teneva così fermo e che Aristotele si era sforzato sempre di giustificare con la dottrina per cui alcuni uomini sono schiavi per natura, viene sottratto così il suo fondamento morale e giuridico.

Tre, dunque, furono le idee che i sofisti posero - per quanto cariche addirittura di materiale esplosivo in senso sociale - nel mezzo del mondo greco come di diritto naturale, per essere senza posa riprese sotto forme nuove nella storia dello spirito e per servire ai pensatori rivoluzionari come forme e recipienti nei quali essi versarono le loro passioni rivoluzionarie, le loro concezioni riformatrici e le loro aspirazioni politiche. In primo luogo: le leggi in vigore servono gli interessi di classe, esse sono costruzioni artificiali. Solo ciò che è naturalmente morale e naturalmente giusto, è morale e giusto. In secondo luogo: l'idea della libertà e dell'uguaglianza naturale di tutto ciò che porta aspetto umano e, per conseguenza, l'idea dei diritti dell'uomo e della *civitas maxima*, del senso dell'umanità che è superiore a quella della Polis. In terzo luogo: lo Stato, la Polis è una realtà accidentale, essa deve la sua origine a una decisione umana, cioè a dire a un libero contratto, e non a una qualsiasi necessità. Allo stato civile ha dovuto dunque precedere uno stato di natura [descritto sia in maniera ottimistica sia in maniera pessimistica], stato di natura in cui valeva il solo diritto naturale. Secondo la concezione ottimistica, questo diritto non poteva, nel suo contenuto essenziale, venir mutato né soppresso nemmeno dallo Stato; secondo la concezione pessimistica che porta al positivismo, esso si confonde con la volontà dello Stato. Ma i successori, dopo che l'alto volo del pensiero fu esposto alla necessaria autocritica, giungono ben presto, quando la concezione ottimistica che stava alla base si fu ferita urtando contro la concreta realtà, allo scetticismo e ad un puro e semplice positivismo: così ad esempio gli epicurei, i primi positivisti del diritto.

La critica sofistica delle leggi positive, il concetto dell'utilità, troppo fortemente accentuato, condussero Epicuro - il quale, inoltre, per la sua teoria sensistica della conoscenza, non poteva giungere alla metafisica - a dubitare della possibilità di un giusto obiettivo e naturale. Interesse e piacere diventano per lui i principii della morale e del diritto. Ma poiché il soggettivismo che ne risultava minacciava l'ordine della società e, perciò stesso, la possibilità di un tranquillo godimento del piacere, dal principio dell'utilità egli dedusse la conseguenza che la giustizia come tale è una chimera, che essa piuttosto poggia soltanto sui contratti, che gli uomini stringono fra di loro al fine di evitare reciproci danni.

La giustizia consiste dunque semplicemente nelle leggi positive.

Prima dei contratti e prima delle leggi che poggiano su di essi, gli uomini vivevano come animali selvaggi senza leggi. Lo stato di natura, interpretato ottimisticamente dai sofisti, e d'altronde fatto oggetto di non molta attenzione, viene interpretato pessimisticamente dagli epicurei. Di qui provengono però anche la riverenza di questi per le leggi esistenti e l'importanza che essi attribuiscono al valore della convinzione giuridica e di ciò che ormai, è divenuto diritto nei singoli popoli. È qui molto evidente il parallelismo tra la dottrina dei sofisti e degli epicurei da una parte e quella delle scuole di diritto naturale dell'epoca moderna: Rousseau, Hobbes, Pufendorf, Thomasius e le scuole storiche del diritto dall'altra, con svariata combinazione dei singoli elementi dei sistemi. I sofisti partivano dalla critica dei \*\*\* della democrazia attica. Nella loro maniera popolare di filosofare, nel loro snobismo politico impregnato di scetticismo, essi propugnavano spesso le teorie opposte. Accanto alla critica rivoluzionaria portata ai \*\*\* in favore degli schiavi, dei non cittadini, dei barbari, accanto all'utilitarismo di Epicuro e della sua tendenza conservatrice, si trova la figura di Callicle che fu, secondo la tradizione, il primo propugnatore della teoria del diritto del più forte. Nel suo pensiero filosofico egli deduce per una via puramente materialistica che la giustizia, così come dominava nella democrazia attica, era propriamente un'ingiustizia. In effetti, colà i molti deboli si sarebbero coalizzati per incatenare con i vincoli del diritto i pochi forti. La natura però insegna, come dimostra con tutta evidenza la semplice osservazione del mondo animale e delle guerre fra gli Stati, che è sempre il più forte a vincere il più debole. Il diritto naturale è secondo lui il potere del più forte. Ecco, per questo snobistico capo di una oligarchia, la strada su cui si doveva e si poteva procedere per riuscire a mettere le mani sulla democrazia attica, mentre altri sofisti come Ippia, per giungere agli stessi fini di rovesciare la democrazia della grande borghesia, preferivano le formule demagogiche dei diritti dell'uomo, della libertà e dell'uguaglianza di tutti.

L'apogeo della filosofia morale e del diritto naturale nel mondo culturale greco, è rappresentato dal diritto naturale metafisico di Platone e da quello, più realistico, di Aristotele, mentre la Stoa, elaborando una interessante sintesi eclettica di singoli principi di molti filosofi, creava nel suo sistema di diritto naturale un vocabolario concettuale, nel quale i Padri della Chiesa potranno versare le prime concezioni del diritto naturale cristiano e diffonderlo nel mondo.

Il pericolo dello scetticismo, al quale era esposto l'estremo razionalismo dei sofisti, fu chiaramente scorto per la prima volta da



Socrate. I giochi di concetti e le antitesi dei sofisti minacciavano di disgregare la nozione del bene e della moralità, così come la loro critica estrema della società e la loro ideologia libertaria contro legge e costume, in nome del diritto naturale, ponevano in dubbio il valore dei \*\*\*. Socrate nelle domande che, secondo il suo metodo induttivo, poneva ai suoi uditori, non insegnava soltanto l'essenza del bene e del giusto; egli indicava ugualmente, con la massima: «la virtù è sapere», che esiste un mondo oggettivo conoscibile dei valori del bene, del bello e del giusto e che nessuno fa il male per il male, ma solamente perché esso gli appare in qualche modo, sia per malizia o per errore, come un bene. Di qui la necessità del sapere, cioè a dire della contemplazione dell'idea del giusto. Il \*\*\*, la coscienza e la voce di essa, sono per lui un riflesso o la testimonianza di questi valori supremi e dell'ordine del mondo stabilito da Dio. In ciò appunto consiste l'importanza di Socrate per l'idea del diritto naturale, e non nella sua fedeltà alle leggi pur così sottolineata; in risposta alla critica dei sofisti egli accentuò così fortemente il valore della legge, che in considerazione della sua funzione di garantire la giustizia, egli condannava addirittura la disobbedienza a una singola legge ingiusta.

Contro la critica dei sofisti si volsero anche i due grandi maestri dei Greci: Platone e Aristotele. Suprema esigenza di Platone e Aristotele, è, se anche in diversa misura, il bene e la sua realizzazione nello Stato, e ciò non tanto per l'individuo, ragion per cui si è potuto parlare per entrambi della loro tendenza al socialismo di Stato. Inoltre il fine primo e fondamentale della giustizia è per essi, corrispondentemente all'idea dell'ordine, non la libertà agognata per se stessa, ma ordine e libertà solo in quanto realizzino l'ordine. Perciò in essi la legge sta in primo piano e perciò essi si sforzano di dare un fondamento etico alle leggi, non certo come i sofisti, il cui fine era anzitutto la libertà dalle leggi. Ad essi importano lo Stato e l'ordine stabilito da esso come ambiente della vita morale, come realizzazione di tutte le virtù: di qui il loro sforzo di cercare la miglior forma di Stato, nel quale poi si risolve l'individuo tanto celebrato dai sofisti. Se si giudicasse Platone e corrispondentemente Aristotele sulla base di quella equiparazione, che fu lungo tempo una sorta di luogo comune, del diritto naturale con l'individualismo filosofico-sociale, rimarrebbe presso di essi davvero poco spazio per l'idea del diritto naturale.

Ma un esame più approfondito del pensiero di Platone e di Aristotele mostrerà anche in essi presente la distinzione di \*\*\* e \*\*\* e non solo come semplice formula presa dall'esterno, ma come parte integrante dell'edificio dottrinale; si deve constatare, è vero, in entrambi una certa avversione contro il \*\*\*, avversione spiegabile con l'abuso, tanto criticato da Platone, che facevano i sofisti di questa distinzione.

I discepoli di Socrate arrivano, appunto, attraverso una via diversa dei sofisti, all'idea di un \*\*\*, cioè attraverso la teoria delle idee e attraverso la concezione teleologica. Secondo il modello di Eraclito, Platone conosce il mondo dei sensi e il mondo delle idee che si rendono manifeste nella contemplazione dello spirito. L'apparenza sensibile è per la ragione pensante il ponte della reminiscenza che porta alle idee, le quali vivono eternamente nella loro sede sopra-terrena, celeste; le cose di questo mondo non «sono» se non nella misura in cui esse partecipano all'essere delle idee eterne, o nella misura in cui l'uomo creatore, come artigiano, artista e soprattutto legislatore, le realizza imitandole. Qui ora si insinua l'idea di finalità. Nel concetto che investe e afferra l'essenza o l'idea della cosa, sono contenuti al tempo stesso il fine della cosa, il compimento della sua idea; e viceversa, lo spirito afferra l'essenza di una cosa, nel mentre esso trova il concetto ideale che realizza pienamente il senso della parola, che designa questa cosa. Donde il vero medico, il vero giudice, il vero legislatore, la vera legge. Questi due punti di partenza del pensiero platonico hanno come conseguenza il fatto, che il giudice deve essere un vero giudice, cioè deve realizzare in sé l'idea del giudice. Il concetto ideale diventa una norma. Così, nelle *Leggi* di Platone, l'ateniese dice: Noi non consideriamo come veri Stati né come leggi conformi al diritto, quegli Stati che non furono fondati e quelle leggi che non furono largite per il bene comune e a vantaggio dello Stato come un tutto; anzi una legislazione che non serve se non agli interessi di un partito, è per noi il problema di un partito e non dello Stato, e consideriamo ingiusta ogni pretesa del cosiddetto diritto determinato da questa legislazione di portare un tal nome. «La legge deve essere quella vera, quella che è utile al bene comune», e in ciò si realizza il suo ideale. Platone oppone dunque la legge vera e giusta alla legge positiva e fa della prima la misura e il criterio della giustizia della seconda. Questa vera legge, questo vero diritto vivono nel mondo delle idee, rimanendo eternamente uguali a loro stesse, mentre le leggi positive cambiano e non possono aspirare a qualche valore se non quando e nella misura in cui esse partecipano all'idea della legge. Esse non sono che riflesso della vera legge. Perciò anche il legislatore - e solo i filosofi e i re-filosofi, liberati dalla accecante apparenza sensibile attraverso l'ascesi del pensiero possono essere legislatori - deve guardare su verso il mondo delle idee, dove dimora la reale essenza della legge immutabile ed eternamente valida. Questo mondo delle idee, di cui il *mundus sensibilis* appare solo come una copia imperfetta, è \*\*\*, ordine; non \*\*\* e scostumatezza.

Ma questo ordine delle idee serve di modello all'ordinamento della vita morale e giuridica quaggiù nel mondo. L'essere delle idee è *dovere* per l'uomo che crea secondo la contemplazione conoscitiva, sia che egli conformi al bene se stesso o una comunità. Qui naturalmente alla base vi è

la concezione di una natura umana indebolita nella contemplazione; solo l'asceta dello spirito può contemplare - non la grande massa. Questo è il contrario dell'ottimismo dei sofisti. Benché dunque Platone quasi non faccia uso della antitesi dei sofisti tra \*\*\* e \*\*\*, in nessun modo egli identifica il diritto naturale - che egli ammette - con la legge positiva.

La differenza con i sofisti sta su di un altro terreno. Questi partono dalla libertà dell'individuo, che deve essere liberato dai vincoli tradizionali della religione e del diritto nella vita politica, perché la Polis, lo Stato non è nulla di eterno, e così il suo diritto; l'eterno è l'umanità, la *civitas maxima* degli uomini liberi e uguali. Invece per Platone la Polis e la sua legge sono il mezzo indispensabile per la realizzazione dell'idea dell'essere-uomo, la quale si perfeziona nell'essere-cittadino, nell'idea morale del cittadino, dell'uomo fedele alle leggi e dell'uomo giusto. Lo Stato è il grande educatore dell'uomo alla moralità e alla giustizia e lo conduce, in queste e attraverso queste virtù, alla felicità. Ecco la ragione per cui il pensiero di Platone gira senza posa intorno all'idea del miglior possibile Stato. Ma anche perciò egli riconosce un diritto naturale come diritto ideale, come norma del legislatore e del cittadino, come criterio delle leggi positive; la sua metafisica, e l'etica su di essa costruita, gli davano la possibilità e il fondamento per una tale dottrina.

Aristotele è stato considerato da generazioni come il «padre del diritto naturale», e Tommaso d'Aquino, nelle sue *Quaestiones* sulle leggi, si richiama continuamente a lui, al Filosofo per eccellenza. Ora Aristotele, come abbiamo indicato, non è il padre del diritto naturale, ma la sua teoria della conoscenza e la sua metafisica hanno fornito all'etica e per ciò al diritto naturale, un fondamento così solido, che si spiega facilmente il titolo onorifico di «padre del diritto naturale».

Platone aveva assolutamente separato l'uno dall'altro il mondo della conoscenza sensibile e il mondo delle pure idee, gli oggetti della conoscenza scientifica, necessaria e vera [*universalia ante rem*]. Aristotele trasferì queste idee, considerate come la forma che determina la materia indeterminata, *nella* singola cosa concreta [*universalia in re*]. La cosa «diviene», in quanto la forma, l'essenza, l'essere specifico si uniscono con la materia, la potenza, la possibilità e conferiscono così realtà alla singola cosa. Modello per Aristotele era l'attività artistica dell'uomo: l'architetto che costruisce la casa secondo un suo piano mentale, l'artista che forma la statua secondo la sua concezione artistica, la natura organica che fa crescere la pianta secondo una forma essenziale finalistica nascosta in maniera incorporale nel germe. Il movimento, l'evoluzione, il divenire, ecco ciò che vuole afferrare Aristotele. È per questo che l'essenza e l'espressione compiuta di questa essenza nella cosa

individua, sono per lui anche \*\*\*. La forma è a un tempo causa efficiente e causa finale. Ma portato sul piano morale ciò significa che l'essere puro, l'essenza pura è, per l'uomo che deve essere educato a divenire un buon cittadino, anche lo scopo del suo divenire. Dall'essenza discende, per ciascun uomo, il dovere. Così dal contenuto della norma fondamentale di tendere al bene, discende la norma della realizzazione del bene umano come si manifesta nella pura essenza dell'uomo. Legge suprema della moralità è dunque: realizza l'essenza, la natura; ciò che è naturale è morale, e l'essenza è immutabile.

Ma con ciò è anche offerto un criterio per le azioni che sono conformi alla natura, che sono perciò naturalmente buone, e quelle che contraddicono la natura, che perciò sono naturalmente cattive. Da qui Aristotele procede alla distinzione di \*\*\* e \*\*\*: l'uno e l'altro sono oggetti della giustizia, oggetti che, intesi in senso più stretto [in senso più largo il giusto è semplicemente il virtuoso] e distinti dalla moralità, si riferiscono all'altro, cioè al «*socius*», sia come uguale [giustizia pareggiatrice] sia come membro della comunità della Polis che tutto abbraccia [giustizia distributiva e nel comportamento dei membri verso il tutto, giustizia legale], e trovano la loro espressione nella legge [diritto] naturale e nella legge positiva. Questa ha la sua origine nella volontà del legislatore o nella deliberazione; quella nell'essenza del giusto, nella natura. La legge naturale è per conseguenza immutabile, essa ha ovunque lo stesso valore, indipendentemente da una legge positiva che la esprime; il diritto positivo è diverso in ogni popolo e in tempi diversi. Ma la legge naturale non vive al di là del diritto positivo. Nel diritto positivo deve realizzarsi il naturale, perché esso è in fondo l'applicazione dell'idea universale di giustizia alle variopinte diverse circostanze della vita. L'idea immutabile del diritto vive *nella* legge positiva che muta. Ogni diritto positivo è un tentativo, più o meno felice, di realizzare il diritto naturale. Perciò appunto il diritto naturale conserva sempre il suo valore di norma obbligante, per quanto imperfetta possa essere la sua realizzazione nel diritto positivo. Il diritto naturale, cioè *idea e fine «del»* diritto, devono realizzarsi in ogni sistema giuridico. Così il diritto naturale è il senso del diritto positivo, il suo fine e il suo fondamento etico normativo.

Dalla constatazione che non vi è nessun diritto positivo perfetto, Aristotele perviene al principio dell'equità. La legge è una norma generale, ma i fatti concreti che essa deve ordinare, sorgono dalla varietà della vita pratica. La legge positiva presenta necessariamente imperfezioni, essa non si adatta a tutti i casi. L'equità esige quindi che per ogni caso vi sia il «suo» diritto, che venga superata l'imperfezione del diritto «formale» mediante la giustizia «materiale», mediante il contenuto del diritto naturale. Il colmare le «lacune» della legge da parte del giudice

è dunque inteso già da Aristotele come il tentativo di applicazione del diritto naturale, seppur la legge positiva merita di diritto il nome di legge in genere; le lacune sono dunque le aperture attraverso le quali il diritto naturale ritorna senza posa nella vita; qui il giudice deve decidere secondo la norma che il vero legislatore, che naturalmente si suppone essere uno che voglia sempre il giusto, applicherebbe egli stesso se fosse presente - una formula celebre che, sotto questa forma o sotto la forma: «quella norma che egli [il giudice] porrebbe come legislatore», è entrata ancora nelle grandi codificazioni del diritto civile del XIX e XX secolo [ABGB austriaco e BGB svizzero].

Aristotele dice poco, altrettanto poco di Platone, sul contenuto del diritto naturale, contrariamente ai sofisti che, data la loro tendenza alla politica e alla critica sociale, accolsero nel diritto naturale numerosi progetti di riforme e rivendicazioni. Questo fatto trova già la sua motivazione nella idea che Platone ed Aristotele hanno del diritto naturale, perché essi partono dalla concezione conservatrice, che il diritto positivo vuole realizzare il diritto naturale. A ciò si aggiunge la loro persuasione della bontà delle leggi della Polis e della loro rispondenza al diritto naturale. La Polis e il suo bene comune, la sua felicità, sono talmente in primo piano nel pensiero etico di Platone e di Aristotele, per i quali l'idea dell'uomo raggiunge la perfezione nel buon cittadino - che per essi le leggi vigenti erano qualche cosa di sacro. In contraddizione con l'attacco in senso individualistico dei sofisti contro di esse, il loro diritto naturale serviva anche a giustificare le leggi esistenti e non solamente a criticarle, anche se la critica è pur da essi considerata come connaturata con l'idea del diritto naturale. Si aggiunga che per Aristotele, come per Platone, la Polis è la grande educatrice, contro di cui non poteva, strettamente parlando, darsi nessun diritto naturale soggettivo del cittadino. Platone e Aristotele non conoscono nessun fine umano che trascenda quello della Polis [ideale], essi restano dei «socialisti di Stato»; la loro dottrina del diritto naturale resta conservatrice riguardo allo Stato, ma su basi metafisiche. Così partendo di qui il pensiero poteva, con la scoperta della personalità umana da parte del Cristianesimo e con il riconoscimento della mente e della volontà di Dio come origine della legge morale naturale, giungere al vero e proprio diritto naturale.

Sulle piazze di Atene e sui gradini degli edifici pubblici i sofisti con la loro facilità di parola avevano un tempo insegnato la loro filosofia razionalista, il loro diritto naturale rivoluzionario. Contro lo scetticismo che cominciava già con i sofisti, frutto della dottrina dell'uomo come misura di ogni cosa e contro il soggettivismo che ne risultava nelle teorie della conoscenza e nell'etica, si erano levati il «saggio» Socrate e, discepoli suoi, Platone ed Aristotele. Questi filosofi avevano ridato una

base filosofica al diritto naturale che, fra le mani dei sofisti, minacciava di appiattirsi a semplice strumento politico.

Ma, dopo la morte di questi grandi maestri, negli stessi recinti e negli stessi giardini dell'accademia di Atene insegnarono ben presto gli scettici, i «positivisti» del tempo. Secondo loro, i sensi non trasmettono alcuna vera conoscenza, ma solamente illusioni; anche la ragione non garantisce verità e certezza della conoscenza e da questa duplice illusione, quella dei sensi e quella della ragione, non può nascere evidentemente alcuna verità. Tutte le «leggi», quelle dell'arte, quelle del linguaggio, quelle della morale e del diritto sono arbitrarie, sono frutto di una semplice convenzione e variano col mutare della volontà arbitraria che le ha fondate. Come ogni affermazione non ha maggior valore del suo opposto, del pari ogni legge non ha maggior valore del suo contrario. Dato che non si può conoscere l'essenza, la natura delle cose e dell'uomo, diviene impossibile anche un diritto naturale.

Lo scetticismo raggiunge il suo apogeo con Carneade che fu molto tempo caposcuola ad Atene e che verso l'anno 155 a. C. a Roma si volse contro la dottrina stoica del diritto naturale, proponendosi come compito principale appunto di combatterla. Egli si rese celebre colà per il suo metodo di dimostrazione *pro et contra*, con il quale tentò di porre in ridicolo l'idea di giustizia, per esempio proponendo il caso estremo della cosiddetta «asse di Carneade». Durante un naufragio, due naufraghi nuotano verso un'asse che non può sostenere e salvare che un solo uomo alla volta; essi la toccano nello stesso momento. Che cosa è in questo caso giustizia e quale dei due ha ragione? Entrambi si trovano e non si trovano nel caso di estrema necessità e di legittima difesa [17 secoli più tardi Suarez ha dato la risposta: qui cessa l'*ordo iustitiae* e l'*ordo caritatis* domina e risolve il caso]. Il positivismo morale e giuridico raggiunge con Carneade il suo punto culminante, ancora una volta in unione al rifiuto della conoscenza obiettiva della realtà e delle essenze e con la negazione della metafisica.

Precursore del diritto naturale cristiano fu lo stoicismo. Fondato come scuola da Zenone in Grecia, esso raggiunse il suo massimo splendore nella Roma imperiale. Le grandi figure di Seneca, del liberto Epitteto e la personalità, sempre affascinante, dell'imperatore Marco Aurelio, adornano la scuola. Cicerone ne fu però il grande volgarizzatore, e principalmente attraverso i suoi scritti il pensiero stoico fu trasmesso al mondo medioevale. Lo stoicismo esercitò del pari una grande influenza sulle diverse scuole di diritto romano e quei principii del diritto romano, che riguardano il diritto naturale, provengono per lo più dagli scritti filosofici dello stoicismo.

Lo stoicismo raggiunge il suo apogeo in un'epoca, in cui la declinante società greco-latina si divide in due classi, quella della plebe proletaria stordita con pane e divertimenti e quella di una nuova nobiltà e di una grande borghesia cadute quasi senza eccezione preda d'una sfrenata smania di piacere e di vizio, mentre al di sopra degli uni e degli altri la blasfema follia dei Cesari finisce per esercitare un dispotico dominio. Questo ambiente condiziona l'ecletticismo degli stoici, élite proveniente da tutte le classi sociali e da tutte le province dell'Impero, che pone ancora l'idea di una vita virtuosa, e della felicità offerta allo spirito dal vero, dal bello e dal buono, al di sopra della bassa gioia dei sensi, della ricchezza e dell'orgoglio per ciò che la vita può offrire. Gli stoici sono individualisti, ma non individualisti militanti come lo erano i sofisti di fronte alla Polis; la Polis invero non esisteva ormai più, vi era solo l'Impero. Gli stoici celebrano perciò accanto all'individuo, gli istinti e i sentimenti sociali. Essi fondono il patrimonio filosofico di Eraclito, di Socrate, di Platone e dei peripatetici.

Il centro della dottrina stoica è l'etica con quel carattere intellettualistico socratico, che era fondo comune dei Greci, secondo il quale la scienza vera è il fondamento della morale, e l'unità del sapere e dell'agire costituisce l'ideale del saggio, rappresentazione questa, ultima e convincente, dello spirito della cultura classica al suo tramonto, che è molto vicina all'ancora più grande ideale del cristianesimo, alla santità.

Il saggio è l'uomo che porta in sé la sua felicità, l'uomo che, nella soddisfazione interiore di bastare a se stesso, si sottrae al turbamento causato dagli avvenimenti esteriori. Il conoscere e l'agire sono indipendenti dalle influenze disordinate del mondo, il saggio è senza passioni, perché le passioni e il loro eccesso rendono impossibile la chiarezza della conoscenza e del giudizio. L'uomo non perviene così ad una chiara conoscenza e valutazione di ciò che è veramente degno di essere desiderato. Ma quest'ultima cosa consiste essenzialmente nella moderazione, conforme alla natura ragionevole del saggio. La virtù consiste nella determinazione positiva dell'agire mediante la volontà [secondo il giudizio ragionevole conquistato intorno all'essenza dell'uomo]. La virtù è la retta ragione [*recta ratio*]. Natura e ragione sono una cosa sola. E una cosa sola sono la legge universale della natura, che governa il cosmo, e la retta ragione. La soggezione secondo ragione alla legge eterna del mondo nella vita, ecco il principio etico della Stoa, abbracciato con fervore religioso: vivere in accordo con se stesso, vivere conformemente alla propria natura ragionevole, perché questa indica la legge universale.

Il diritto stesso è fondato sulla natura. L'uomo ha una concezione innata del giusto e dell'ingiusto, e il diritto, nella sua essenza, riposa non già sulla volontà arbitraria di un sovrano o sulla deliberazione di una moltitudine, ma sulla natura, cioè a dire sulle idee innate [*non scripta sed nata lex*]. Cicerone è l'interprete e il divulgatore della dottrina stoica del diritto naturale. La *lex nata*, il diritto che è in noi, è per lui la fonte del diritto in generale. Essa deve essere dedotta non dalla legge delle dodici tavole o dall'editto del Pretore, e quindi dal diritto positivo attraverso una astrazione, come concetto generale, ma *ex intima philosophia*. Essa è universalmente valida perché identica alla *recta ratio*, immutabile e tale che non si può abrogare; infatti il suo legislatore è la stessa ragione divina, concepita, è vero, in maniera panteistico-impersonale; ed è chiamata anche *lex aeterna*. Anche Cicerone dice così: «Se tutto ciò che è istituito in virtù di una deliberazione dei popoli, di un decreto dei principi e di una sentenza dei giudici, fosse diritto, in questo caso la rapina, l'adulterio, i testamenti falsi, una volta sottoscritti, sarebbero diritto appena essi fossero approvati dal consenso e da una deliberazione della moltitudine» [*De republica*, I, 1643]. L'eloquente retore oppone costantemente la legge naturale come misura e fondamento intimi di validità alla legge positiva, la quale per lui è ombra e riflesso della vera legge. Pure Epitteto accenna alla diversità delle leggi nei vari tempi e popoli ed insegna che il criterio per giudicare se una di queste leggi è conforme a natura consiste nell'accordo con la ragione. Le leggi che dichiarano legittima la schiavitù, sono, per lui, «leggi dei morti», abisso di iniquità e Seneca trova, di fronte alla dominante schiavitù, queste belle parole sulla dignità dell'uomo: *homo sacra res homini*. Qui rivive una dottrina originariamente dei sofisti: quella della dignità di tutto ciò che porta faccia d'uomo e quella del valore di diritto naturale della libertà e dell'uguaglianza. Anche gli schiavi sono uomini, consanguinei, fratelli; essi sono, come gli uomini liberi, veri figli della divinità, membri di una sola grande comunità. La Polis ha perduto dunque la sua forza e, con ciò stesso, la distinzione fra greci e barbari, fra uomini liberi e schiavi. «Noi siamo membri di un grande corpo. La natura ha ispirato in noi, nati uguali da uomini uguali, l'amore reciproco e ha fatto di noi dei compagni; essa ha piantato in noi l'idea della giustizia e dell'equità». La *civitas maxima* e la sua legge fondamentale, il diritto naturale! «In quanto io sono Antonino, dirà a sua volta Marco Aurelio, la mia patria è Roma; in quanto uomo, la mia patria è il mondo». E tali concezioni stoiche, sorprendenti davvero in un mondo pieno di dispotica brutalità, di disprezzo dell'uomo, di dissolutezza e di abuso del potere, di oppressione della libertà sotto tutte le forme, penetrano nel diritto romano, conducono al riconoscimento dell'individuo nel diritto privato, promuovono alla dignità di diritto naturale i principii, di spirito più largo, dello *ius gentium* sviluppato sì dal diritto degli stranieri, aggiungono all'individualismo e al formalismo originari del vecchio diritto romano un



universalismo che lo rende adatto «a sopravvivere, una volta divenuto un diritto universale, alla nazione dove era nato» [Puchta]. Si incontra pure presso gli stoici posteriori la teoria di uno stato di natura, di uno stato di felicità, nel quale tutti i loro ideali di giustizia e di libertà si trovavano realizzati, dove era dunque valido il puro diritto naturale. Ma lo *status civilis*, con la schiavitù come istituzione positiva, è uno stato in cui il diritto naturale, benché continui ad avere efficacia, non domina più da solo.

Lo spirito dell'antichità, riassumendo nello stoicismo il pensiero di Eraclito, di Platone, di Aristotele e dei sofisti moderati intorno al diritto naturale, alla *lex aeterna*, alla *recta ratio*, alla *lex naturalis*, allo *ius naturale*, ai loro rapporti e alla loro validità di fronte al diritto positivo, ha salvato così gli \*\*\* e ha trovato i «recipienti» formali nei quali lo spirito del Cristianesimo poteva ora versare il suo pensiero, dal quale esso poteva far sorgere ora la sua dottrina del diritto naturale, nuova, ma tuttavia affine a quella antica.

Sotto l'influsso dello stoicismo, ultima e più penetrante filosofia dell'antichità, il diritto naturale fece il suo ingresso nel più grande diritto che sia esistito fino ad ora e che per due volte dominò il mondo. I grandi giuristi dell'apogeo del diritto romano erano, per la maggior parte, anche filosofi. Essi conoscevano, attraverso la mediazione dello stoicismo, la dottrina di Aristotele sulla giustizia, il *De Legibus* di Zenone, ma soprattutto gli scritti di Cicerone, il filosofo volgarizzatore della Stoa. Inoltre gli oratori giudiziari prendevano pure interesse alla filosofia, e diffondevano la loro filosofia del diritto nella attività forense. Cicerone occupa fra di essi il primo posto, ma si contano anche Q. Mucio Scevola, Calpurnio e Rutilio, secondo quanto afferma lo stesso Cicerone. Questo gusto della filosofia si manifesta del pari nelle numerose citazioni che i giuristi fanno dei filosofi: Gaio per esempio, cita Aristotele e Senofonte; Ulpiano e Celso citano a loro volta Cicerone, mentre Paolo nomina i Greci in generale. L'attività propria dei giuristi che consisteva nel dar pareri, nel dare ai giudici e alle parti i loro responsi su questioni di diritto, portava con sé questo approfondimento del pensiero giuridico. Così la filosofia stoica viene ad essere la madre della scienza romana del diritto e così questa, per conservare la stessa immagine, succhiò col latte materno la dottrina del diritto naturale.

Fino a Cicerone, tuttavia, l'influenza pratica sia della scienza che del diritto naturale, è nulla. Ma dopo di lui, la dottrina avanza su di un largo fronte. In Gaio, Paolo, Marciano, il diritto naturale è una norma iscritta fin dall'inizio e per tutta l'eternità nella natura delle cose, norma che, manifestandosi in esse, in esse può pure essere ritrovata. È qui presente

l'idea stoica di una legge eterna che regge l'ordine del mondo, idea che muove essa stessa dalla dottrina del logos, il quale è a sua volta legge immanente delle cose stesse, che si esprime in modo intenzionale nella loro essenza e le determina in armonia con l'universo. Sempre ovunque due esseri, siano un uomo e una cosa, siano due creature umane, entrano in mutua relazione, è da qui, nella legge del logos, espressa *a priori* nell'essenza stessa degli esseri portatori della relazione, una regola sulla conformità alla natura e all'essenza di questa relazione. Nella natura rerum, si tratti degli esseri senza ragione oppure degli esseri ragionevoli, regna una legge come forza ordinatrice.

Ciò fu importante dapprima per la *lex ferenda* positiva, poi per la risoluzione di casi, per i quali la legge positiva non conteneva norma alcuna. Ma il diritto naturale fu prima di tutto la formula magica con la quale i giuristi nei loro *responsa* sostituirono all'antico diritto divenuto inoperante, per mezzo degli editti dei magistrati da essi influenzati e delle costituzioni imperiali, il nuovo diritto rappresentato dai concetti di *lex naturalis* e di *aequitas*; e questo nuovo diritto aveva per di più in sé lo splendore di una interna verità razionale, di una non artificiosa conformità a natura e di una elevatezza al di sopra dei popoli e dei tempi. Ma l'*aequitas* era per questi giuristi l'eco della *lex naturae*, l'imperativo di una voce interiore, in cui si esprime la ratio della *natura rerum* immanente nelle cose. Essa è la coscienza giuridica, che parla anche quando esiste una norma positiva; perché essa è il «senso» della legge positiva. E quanto all'applicazione del diritto, essa non è sussunzione logica e automatica nella norma generale, ma interpretazione nella luce dell'*aequitas*.

Come contenuto della legge naturale i giuristi indicano, per esempio, le regole concernenti la parentela [matrimonio-famiglia], la (buona fede, la giustizia, cioè a dire la esatta considerazione degli interessi di ciascuno [*suum cuique*], l'importanza capitale attribuita alla volontà effettiva del soggetto di diritto nei confronti del formalismo giuridico nella dichiarazione della volontà; la libertà e l'uguaglianza primordiali degli uomini, il diritto di legittima difesa [*vim vi repellere*].

Inoltre, questi stessi giuristi, ad esempio Paolo, Ulpiano, Marciano, considerano in prima istanza lo *ius civile* come di validità preminente; tuttavia anche per essi, nel caso di collisione ha la prevalenza lo *ius naturae*; rispettivamente ciò che lo *ius naturae* proibisce, lo *ius civile* non può abrogarlo o permetterlo [cfr. la dottrina della Scolastica, per cui i precetti negativi del diritto naturale sono sempre immutabili]. D'altra parte questa questione non rappresentava alcun vero conflitto, perché i *responsa* dei giuristi avevano per così dire forza legislativa, cosicché il diritto naturale insegnato da essi, appena concepita e formulata la sentenza,

assumeva validità nei *responsa* e prendeva carattere positivo nella *lex casus*, secondo la quale i magistrati procedevano ogni volta che si presentava un caso dello stesso genere. Nella stessa maniera il giudice «regio» nei paesi anglosassoni, portando il diritto, cioè a dire, il diritto naturale, «nello scrigno del suo cuore», conferiva al *Natural Law* nella *Rule of the Case* immediatamente con la stessa sentenza un carattere positivo.

L'impero romano, con la sua tolleranza verso gli ordinamenti dei popoli soggetti, dette inoltre ai giuristi una importante fonte di conoscenza che si manifestò nello *ius gentium*, diritto non scritto, frutto della pratica, e fissato principalmente dai giuristi e dai magistrati. Lo *ius naturale*, che nasceva dalla riflessione etico metafisica, appariva identico all'universale nei diritti dei singoli popoli; e allo stesso modo che l'*idea del diritto* risultava dalla speculazione etica come a priori teleologico nel diritto positivo, così quest'ultimo risultava come *concetto* del diritto nell'ordine positivo, nella fase di quell'elaborazione astratta dei diritti interni di ogni popolo che condusse allo *ius gentium*. Ciò che risultava dal pensiero filosofico, quindi, per via di deduzione, partendo dal \*\*\*, dalla *ratio*, dalla *rerum natura*, si rivelava così identico all'idea del diritto realizzata *entro* i diritti positivi, i quali, a loro volta, sono prodotti della generale *societas humana* generatrice di diritto e della stessa ragione umana imperante in questa società.

Di qui viene anche, presso Gaio, l'identificazione dello *ius naturae* e dello *ius gentium*. Ulpiano per contro definisce lo *ius naturae* «ciò che la natura ha insegnato a tutti gli esseri viventi» [*quod natura omnia animalia docuit*]; ma questo costituisce l'*ordo rerum*. Lo *ius gentium* diviene allora lo *ius naturale* valido per gli uomini. Ma questo è opera della volontà della ragione universale, e non della volontà di qualche particolare legislatore storico.

I giuristi romani non distinguevano ancora nettamente il diritto dalla morale; anche la norma: *deus est colendus* apparteneva al diritto, come anche l'*honeste vivere*; per loro la giurisprudenza è ancora *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*.

La concezione più grande, che discende precisamente dall'etica stoica, stava in ciò che soggetto di diritto in senso vero e proprio non era, come presso i Greci [con eccezione di alcuni pensatori sofisti rivoluzionari] solo il cittadino della Polis, e così ora soltanto il *civis romanus*, ma ogni membro della *societas humana* [*civitas maxima* degli stoici], cosicché dunque il singolo uomo come tale è portatore degli *iura naturalia*, che egli conserva intatti anche nello stato di schiavitù. Dato ciò,

la schiavitù, contrariamente all'insegnamento di Aristotele, era, sia secondo l'essere che il dover essere, un istituto di diritto positivo che poteva e doveva venire superato.

Anche dopo la restaurazione della «sovranità imperiale» nell'epoca della più tarda romanità [Giustiniano], il diritto naturale rimane per il legislatore la norma prima, suprema, veritiera, legge fondamentale delle relazioni umane, modello esemplare e ideale proposto alla sua realizzazione - per il legislatore; non più per il giudice, ormai indipendente dalla legge e non più per il cittadino. Per essi vale solo la legge positiva. Ma l'idea dello *ius naturae* era così forte, che il legislatore, contrariamente a ciò che avverrà all'epoca moderna, per esempio con Hobbes, rimaneva sottoposto al diritto naturale non come a una forma vuota, ma come a un sistema normativo avente un contenuto obiettivo.

Costituisce una prova eloquente dell'eterna verità del diritto naturale il fatto che il diritto più perfetto, fino a questo momento, dell'Occidente, il diritto romano, ha circondato il diritto naturale con le più profonde speculazioni del suo pensiero e l'ha insegnato nella forma più nobile ed elevata.

E come la filosofia stoica così anche il diritto romano trasmise questa idea alla nuova era del Cristianesimo e della filosofia scolastica, la quale come vera *philosophia perennis* rimane d'ora in poi la stabile patria del diritto naturale, il suo luogo di rifugio, quando l'arido positivismo lo bandirà dall'insegnamento giuridico profano; nel quale però esso ritorna sempre di nuovo, ogni volta che lo spirito umano, stanco della caccia, impotente a soddisfarlo, al puro fatto, si volge di nuovo verso la regina delle scienze, la metafisica.

Il lettore attento a cui sia familiare la distinzione anche se non la separazione totale, della legge giuridica dalla legge morale, avrà certamente notato che nell'antichità non si trova in nessuna parte questa distinzione; e tanto meno una separazione. È vero che Aristotele, nella sua dottrina delle virtù dice che la giustizia, che egli intende in questi rapporti nel senso più ristretto, è \*\*\*, riguarda «l'altro» e che, riferendosi essenzialmente all'ordine sociale, essa disciplina le relazioni da uomo ad uomo. Ma egli parla più sovente ancora della giustizia come virtù generale che abbraccia tutte le altre, e che rende gli uomini virtuosi, li orienta verso il loro fine supremo, e dice, seguendo qui la dottrina di Socrate, che il giusto deve obbedire alle leggi, alle leggi scritte e alle norme non scritte della morale, comprendendo in ciò tanto i doveri dell'uomo verso se stesso, per esempio il dominio delle passioni, quanto i doveri del culto e dell'adorazione della divinità.

Ciò si basa essenzialmente sul fatto che l'unica ed esclusiva perfezione morale dell'idea dell'uomo è veduta nel cittadino. Da qui anche la giustificazione della schiavitù. Lo schiavo è incapace per natura ad essere cittadino; esso non è suscettibile di essere educato alla virtù nel senso aristotelico della parola. La vita virtuosa è il fine dell'uomo. Ma questo fine, l'uomo può raggiungerlo soltanto come cittadino della Polis e osservando le sue leggi. Ogni educazione ed ogni abito alla virtù diviene politica, e questa è etica. Gli antichi conoscono solo una moralità statuale-legale. La Polis è l'ultima e suprema educatrice, il compimento dell'essere morale dell'uomo. L'idea della personalità umana sfuggiva, nel suo senso profondo, agli antichi; come del resto anche il destino eterno, sopra-temporale, dell'anima immortale e l'idea del Dio personale come legislatore supremo distinto dal mondo, non furono presentiti se non oscuramente da essi; e nemmeno essi avevano la nozione di una chiesa mediatrice della salvezza. La Polis e il suo culto degli dei restavano per essi la cosa suprema. Là ove l'idea dei diritti dell'uomo si affermò, cioè presso i sofisti moderati e nello stoicismo, essa divenne un'idea rivoluzionaria e dissolse la Polis, ovvero sognò la *civitas maxima* dell'umanità, per la quale, ovviamente, si ripresentava il problema del suo stesso senso. Così gli antichi non pervennero a distinguere il diritto naturale dalla legge morale naturale.

Ma la problematica del diritto naturale è tuttavia là fin dall'inizio. Il positivismo degli scettici, di Epicuro e di Carneade, si trova di fronte al diritto naturale nelle sue due motivazioni che sempre si ripresentano: quella metafisica, con Platone ed Aristotele, e quella individualistica presso i primi sofisti. E sono là le definizioni della «legge» che sempre ritornano: la legge è volontà, la legge è ragione; la legge è verità, la legge è autorità, definizioni che fino ad oggi tengono occupata la speculazione filosofica sul diritto. Appare presso i sofisti la teoria, essenziale per l'individualismo, ma che non ha se non un valore euristico presso altri pensatori, dell'originario stato di natura; appare presso gli stoici, per le stesse ragioni, ma con un'altra finalità, la distinzione tra un diritto naturale primario e un diritto naturale secondario: una distinzione che fu preziosa ai Padri della Chiesa per elaborare la loro dottrina del peccato originale, e che servì agli scolastici per distinguere i principii evidenti del diritto naturale dalle conclusioni dedotte per mezzo di un ragionamento, nelle quali il contenuto del diritto naturale viene determinato più da vicino.

## II.

### IL DIRITTO NATURALE CRISTIANO DELLA SCOLASTICA

Con l'ingresso della fede cristiana nel mondo greco - latino in via di dissoluzione sempre più perdentesi dietro oscuri misticismi, non sorse subito una nuova filosofia ed un nuovo ordine del mondo. Invero un gran numero dei primi cristiani, proprio per il processo di decomposizione, anzi di dissoluzione della società mediterranea, erano inclini a soluzioni escatologiche. Perciò il potere rigeneratore della dottrina cristiana non poteva all'inizio svilupparsi, ed essa nemmeno lo voleva, memore della parola: «Non sono venuto a ripudiare la legge ma ad adempierla».

Tuttavia le idee determinanti per il nostro problema, - prima di tutto quella del Dio personale, superiore al mondo e legislatore sovrano; indi quella della personalità cristiana, il cui fine eterno trascende lo Stato, i costumi e i diritti della Polis; infine quella della Chiesa come organismo di salvezza, che sta al lato dello Stato e che, nel campo della fede e della morale, è superiore alla volontà dello Stato - dovevano, alla lunga, abbracciare la problematica stessa del diritto naturale, non per introdurre delle innovazioni radicali, ma per sondarla nel profondo, per darle più solide fondamenta e per arricchire il suo contenuto.

Così dunque, la storia della idea del diritto naturale mostra già dall'inizio la sua accettazione da parte del Cristianesimo. Già Paolo, l'apostolo dei gentili, parla del fatto che essi, che non hanno la legge [del Sinai], hanno però questa stessa legge iscritta nel cuore ed essa viene loro manifestata dalla coscienza. Essa vale dunque per i gentili e per gli ebrei, perché fondata nella natura e nell'essenza dell'uomo.

I Padri della Chiesa primitiva utilizzarono il diritto naturale stoico, negli assiomi del quale essi trovavano \*\*\*, per annunciare la dottrina cristiana di un Dio personale creatore, come autore della legge eterna, e della legge morale naturale, promulgata dalla voce della coscienza e della ragione. Si legge ad es. in S. Giovanni Crisostomo: «Dimmi dunque, donde hanno preso i legislatori i precetti riguardanti il matrimonio, l'omicidio, i testamenti, i beni dati in deposito, la proibizione di ingannarsi l'un l'altro e le norme concernenti un'infinità di altre cose? Certamente nella tradizione. Ma se noi risaliamo più indietro, arriviamo in ultima analisi alla coscienza. È chiaro che i legislatori hanno emanato le loro leggi sulla base della norma, che Dio ha dato all'uomo creandolo. A questa norma fondamentale i tribunali e il diritto penale devono la loro origine». I Padri assunsero anche la distinzione stoica del diritto naturale primario, il quale da essi è considerato da un punto di vista teologico e vale per lo stato di natura integra, mentre il diritto naturale secondario,

con la capacità coercitiva del diritto, con la servitù e la schiavitù, essi lo attribuivano allo stato teologico di natura decaduta. La natura ferita, ma non distrutta, può senz'altro ancora riconoscere i primi principii della moralità e del diritto, ma le conclusioni derivanti dai primi principii, che nello stato di natura integra appaiono altrettanto chiare, non possono più ora essere raggiunte se non con il pensiero raziocinante, perché anche la ragione pratica è indebolita. A ciò corrisponde il fatto che il diritto assumerà il duro carattere della coazione, e lo Stato porterà la spada; tuttavia, lo Stato, come tale, non è una conseguenza del peccato, come sulla base di citazioni evulse dal loro contesto e della incomprendimento dell'atteggiamento spirituale dei Padri, un'epoca sprovvista di tradizione, ha potuto giungere ad affermare.

I Padri non hanno tentato una sistematica costruzione della dottrina morale e politica. Il loro pensiero speculativo era assorbito interamente dalla preoccupazione di chiarire le verità della fede, che rischiavano di essere sommerse dall'assalto di tutti i culti misticheggianti della decadente antichità classica; il loro duro lavoro pastorale ai tempi delle persecuzioni fu un impedimento altrettanto grande ad intraprendere lo studio teorico approfondito dei problemi di etica e di filosofia del diritto.

Una eccezione - e quale splendente eccezione! - è rappresentata da S. Agostino. Nel suo così ricco spirito rivivono ancora una volta le idee della filosofia classica, in forme rinnovate dal nuovo spirito cristiano. La sua inclinazione spirituale, e le lotte contro le eresie pelagiana e manichea, come pure lo sconvolgente avvenimento della caduta dell'Impero Romano, della *civitas terrena*, posero il grande vescovo a contatto con i problemi etico-giuridici.

Per Agostino le idee sostanziali, che Platone fa vivere in un luogo celeste, divengono idee di Dio; la apersonale ragione cosmica degli stoici diviene il Dio personale, onnisciente e onnipotente. La \*\*\* semplicemente teistica di Aristotele diviene il Dio creatore che trascende il mondo, ma che lo conserva eternamente con la sua onnipotenza, lo guida con la sua provvidenza e lo governa secondo la legge eterna. Questa legge eterna [*lex aeterna*] è per lui, Agostino, sinonimo della ragione suprema e della eterna verità, anzi della stessa ragione divina, secondo le cui leggi si compiono e si regolano la vita interna e l'attività esteriore di Dio. La ragione di Dio è ordine, e la sua legge stabilisce questo ordine essenziale, l'ordine degli esseri, delle essenze e dei valori. Ma questa norma, poiché è identica all'essenza immutabile di Dio riposante in se stessa, non è al di sopra di Dio, ma è data con lui, è come lui immutabile. Nessun potere, nessun accidente, nemmeno la completa rovina di tutte le cose potrebbero mutarla. Al di sopra del Dio personale non troneggia più nessuna \*\*\*,

nessuna \*\*\*, nessun oscuro misterioso destino come nel pensiero del mondo classico. Attraverso questa legge Dio, agendo dal di fuori, conduce e regge l'universo e lo conserva. Dio, ragione suprema, essere immutabile, volontà onnipotente, tutto questo è nella forma più alta una cosa sola. Ma la legge naturale, la *lex naturalis*, e il suo implicito contenuto, lo *ius naturale* non è altro precisamente che questa legge divina nel suo rapporto all'uomo, in quanto esso partecipa della legge divina stessa. La legge eterna si manifesta, nella natura irragionevole, sotto la forma di cieca necessità; come dovere, come norma della libera attività morale, essa è iscritta nel cuore dell'uomo, dell'essere ragionevole e libero; si manifesta nella natura morale e razionale dell'uomo, è iscritta nella sua anima ragionevole. Non vi è anima, per quanto depravata, nella cui coscienza Dio non parli, purché essa possa ancora pensare. Vi sono dunque delle azioni umane in sé buone o in sé cattive, non perché così qualificate in forza della legge, ma perché sono *perturbatio ordinis naturalis*, ed è precisamente perché sono tali che il legislatore le proibisce sotto pena di sanzioni, le quali trovano così la loro giustificazione morale. Non la volontà del legislatore terreno, ma la loro contraddizione con la ragione naturale, costituisce il fondamento della intrinseca immoralità di determinate azioni.

Il diritto naturale fu tramandato fino al massimo splendore della Scolastica non solamente attraverso lo studio dei Padri della Chiesa, ma anche attraverso lo studio del diritto romano e lo sviluppo del diritto canonico. I classici del *Corpus iuris civilis* erano infatti molto vicini alla dottrina del diritto naturale; nei loro scritti, il diritto naturale non lo incontriamo solo di sfuggita, esso è dichiarato valido ed incondizionatamente obbligatorio. Ma una influenza predominante ebbe il diritto canonico nella forma del Decreto di Graziano, tanto più che durante il primo periodo della fioritura scolastica lo studio del diritto romano fu considerato biasimevole per i teologi ed anzi temporaneamente proibito. Graziano distingue lo *ius naturale* e i *mores*. Lo *ius naturale* che è contenuto nella «Legge» [Decalogo] e nel Vangelo, è di origine divina; esso ha il suo fondamento nella natura umana, è uguale in tutti gli uomini e vale indipendentemente da statuizione umana. È ben possibile che i diritti e i doveri naturali debbano essere meglio precisati dalla legge positiva, ma essi stanno, come una misura e come una norma, al di sopra delle leggi positive. Queste sono, in rapporto al diritto naturale, come il diritto consuetudinario, i *mores*, che cambiano coi tempi, i luoghi, i popoli. Ciò che apporta Graziano, è l'antico corredo giuridico tradizionale, senza aggiungervi nulla di nuovo.

Con l'inizio della grande fioritura filosofica del Medio Evo, la Scolastica, il diritto naturale giunge alla sua più grandiosa espressione e



viene sollevato ad altezze speculative, che non saranno in seguito più superate. Da allora il diritto naturale non è mai più scomparso del tutto. Se esso ha potuto anche indietreggiare nella filosofia ufficiale delle scuole, che dominava le cattedre delle pubbliche università, se la giurisprudenza, al declino del XIX secolo e agli inizi del XX proclamò la sua morte, - esso ha trovato sempre un rifugio e un posto d'onore presso i seguaci della *philosophia perennis*. Questi l'hanno conservato, anche durante i decenni della più potente dominazione del positivismo giuridico; e l'hanno, come diritto naturale cristiano, tramandato fino ad un mondo ridi venuto più favorevole all'idea del diritto naturale, dopo che la prima guerra mondiale e gli eventi che ne furono la conseguenza ebbero fatto pubblicamente riconoscere la fragilità di una filosofia senza metafisica, di una teoria della conoscenza senza certezza di verità, di una scienza del diritto senza idea del diritto.

Dai primi scolastici in poi, passando attraverso il primo apogeo dello sviluppo dottrinale in S. Tommaso d'Aquino, quindi attraverso l'epoca del più violento assalto condotto contro l'idea del diritto naturale *entro* la scolastica da parte dell'occamismo; attraverso il secondo apogeo al tempo di de Vittoria, Bellarmino, Suarez, Vasquez, Soto, per citare solo i più grandi nomi della tarda Scolastica; fino ai grandi maestri moderni che provengono dal rinnovamento di questa - la storia del pensiero testimonia di uno sviluppo dottrinale omogeneo, essenzialmente indipendente dalle filosofie di moda e dalla giurisprudenza legata ai sistemi sociologici e politici, sviluppo cui il dopoguerra dimostrò nuovamente maggior comprensione, dedicandovi maggiore attenzione e un più zelante contributo.

La Scolastica ha trattato a fondo il problema del diritto naturale; non vi è nessuno dei suoi maestri che non abbia, sia in generale, trattando delle virtù, sia in particolare nei trattati *De legibus, de iure et iustitia*, affrontata la questione della *lex naturalis*, e con essa - anche se non sempre con particolari distinzioni - quella dello *ius naturale* e dello *ius gentium*, giusta le formule tradizionali del diritto romano. Ciò vale da Alessandro di Hales in poi, passando per Tommaso d'Aquino, fino ai grandi maestri della tarda Scolastica; vale inoltre per i teologi e filosofi della *philosophia perennis*, siano essi contemporanei di Pufendorf, e Thomasius, o contemporanei di Savigny, fino ai rappresentanti, sempre più tenuti in grande considerazione, della rinascenza scolastica dalla fine del XIX secolo in avanti.

Fatto degno di nota nella storia dello sviluppo della dottrina è che qui nel campo del pensiero teologico l'antitesi *lex-ratio, lex-voluntas*, - che si riferisce in generale alla *lex naturalis* implicante il diritto naturale -

coincide strutturalmente con la nozione che i rispettivi pensatori avevano di Dio; che però anche più tardi, allorché la dottrina del diritto naturale si libererà dell'ambiente teologico e sarà così secolarizzata, si ripeteranno le stesse strutture speculative, ormai liberate dalla forma medievale della Somma, e riferite soltanto al diritto preso in un senso più stretto. Il risultato sarà che il diritto naturale verrà definito come la conseguenza della dottrina, teologica come anche antropologica, che afferma il primato dell'intelligenza sulla volontà [la legge è ragione], la possibilità di conoscere l'essenza delle cose e il loro ordine conforme all'essenza, il mondo metafisico dell'essere e della gerarchia dei valori; il positivismo invece come la conseguenza del primato della volontà [*voluntas* significa qui non soltanto pura volontà propriamente detta, ma anche passione, impulso irrazionale, ecc.] sull'intelligenza, nella dottrina di Dio e nella dottrina dell'uomo; esso rappresenta la rinuncia alla conoscenza delle essenze delle cose [nominalismo], alla metafisica dell'ordine degli esseri e dei valori; lo si ritrova dunque entro strutture logiche del tutto affini anche nel pensiero del XIX e XX secolo, per quanto nascosto sotto diverse denominazioni. Il relativismo nell'etica, il positivismo giuridico, la teoria della volontà nel diritto dello Stato e dei popoli, il nominalismo e l'agnosticismo nella teoria della conoscenza e nella metafisica, tutto questo, sino all'epoca più recente, formò un solo fronte con la mistica di un positivismo biologico che si presenta nella parte formale del diritto naturale. Dall'altra parte sta la concezione che crede all'esistenza di principii immutabili della morale e del diritto, dell'idea del diritto, come oggetto di una filosofia del diritto, del diritto naturale, della possibilità di conoscere l'essenza delle cose, di valori oggettivi e della unità ultima di essere e dovere, come pure della possibilità di una vera teodicea. La stessa antitesi si prolunga, sempre più acuta e aspra, fino alla dottrina dello Stato; l'autorevolezza del magistrato che «riconosce» [in opposizione alla determinazione volontaristica del diritto da parte del legislatore] negli Stati anglo-sassoni, è fondata in ultima analisi sulla concezione filosofica, che la legge sia ragione, non volontà; che il diritto riposi in modo evidente sulla natura delle cose, o su una istituzione giuridica regolata da una legge e non sulla volontà del legislatore, né sulla lettera della legge, esprimente questa volontà e questo comando. Queste sono formulazioni che oggi ancora ritornano nelle sentenze dei paesi anglosassoni [specialmente negli Stati Uniti d'America] nelle quali la mentalità del giudice ispirata formalmente al diritto naturale non è stata mai neppure oggi del tutto messa da parte.

Il primo contatto profondo della Scolastica col diritto naturale, non avviene col primo degli scolastici, Anselmo di Canterbury, ma col primo autore di una Somma, il grande scolastico Alessandro di Hales. Per lui si tratta anzitutto e in primo luogo di un interesse filosofico volto a stabilire

le basi dell'etica, del diritto, delle istituzioni sociali, come famiglia e Stato, insomma di una dottrina sociale e politica. Masi tratta anche in seguito di una importante connessione con l'esegesi dell'Antico Testamento. La tesi della immutabilità della *lex naturalis* e dello *ius naturale*, urtava infatti, a causa della immoralità intrinseca e della ingiustizia di certe azioni come pure a causa della impossibilità, in virtù della stessa, di una dispensa dalle norme della *lex naturalis*, contro talune delle narrazioni dell'Antico Testamento, il cui contenuto morale conduceva tuttavia a concludere per una possibilità di dispensa: ad es. il comando di Jehova ad Abramo di offrirgli in olocausto suo figlio Isacco, la poligamia dei patriarchi, l'ordine di Dio al profeta Osea di prendersi una concubina; il permesso anzi l'imposizione agli Ebrei di sottrarre agli Egiziani al momento dell'Esodo le loro argenterie ed altre cose; il divorzio manifestamente permesso nella Bibbia ai Patriarchi; la risposta dell'arcangelo Raffaele alla domanda di Tobia chi egli fosse: «Io sono Azaria, figlio del grande Anania», la quale nel contenuto e nella forma viene ad essere uguale ad una menzogna. Tutti questi casi sollevavano imperiosamente la questione dell'immutabilità e dunque dell'essenza della *lex naturalis*, da un punto di vista teologico ed esegetico, ma nello stesso tempo costituivano un ammonimento a non essere troppo dottrinari nella determinazione del contenuto del diritto naturale.

Alessandro di Hales, risalendo alla dottrina di Agostino, trova una bella immagine: la *lex aeterna* è un sigillo, la *lex naturalis* è la sua impronta nella natura ragionevole dell'uomo, la quale a sua volta è immagine di Dio. Come i primi principii della conoscenza quali norme immutabili del pensiero, dominano la ragione speculativa, l'intelletto, quando esso vuol servire alla sua natura, cioè alla conoscenza della verità, - primi principii che sono immediatamente evidenti e certi -, così vi sono, per la volontà e l'azione, nel campo della ragion pratica, dei principii morali supremi, ugualmente evidenti e certi, di guisa che ogni possibile azione è moralmente buona soltanto se si compie seguendo questi principii. Questa *lex naturalis* immanente non può, neppure essa, essere distrutta. Le conclusioni ulteriori che derivano dai principii supremi, potranno certamente essere oscurate nel singolo uomo dalle passioni e dall'abbandono di Dio, autore della *lex naturalis*; così come, secondo una immagine che Alessandro riporta qui da Platone, il sole rimane sempre lo stesso, e pur tuttavia si produce oscurità, quando delle nubi passano davanti a lui, oppure la luna nell'eclissi non lascia giungere la sua luce sopra la terra.

Alessandro di Hales, tenendo ferma l'immutabilità dei primi principii, tenta di spiegare la mutabilità delle conseguenze ulteriori, constatata nell'Antico Testamento e altrove, facendo sua la distinzione

stoica, trasmessa dai Padri della Chiesa, di un diritto naturale primario, anteriore al peccato d'origine, e di un diritto naturale secondario, posteriore allo stesso peccato d'origine. In sé anche lo *status naturae integrae*, quello stato in cui secondo la teologia la natura umana si trovava prima della caduta, avrebbe generato, come già aveva insegnato S. Agostino, la vita di comunità, il matrimonio, la famiglia, la comunità statale. [Questo stato di natura differisce dunque grandemente dallo stato di natura dell'individualismo, che viene precisamente contrapposto allo *status civilis*]. Ma in questo stato di natura integra avrebbero regnato la comunità dei beni, un'uguale libertà personale ed un ordine giuridico senza uso della forza, se esso fosse giunto a realizzazione. Nello stato di natura decaduta, conseguente al peccato di origine, apparvero la proprietà privata, limitazioni della libertà, il potere coercitivo dello Stato ed ineguaglianze personali. Con ciò però non cambia la *lex naturalis* in sé, perché tuttora vale la norma fondamentale *pacifice est vivendum*: solo l'applicazione di questa norma è mutata, non la norma stessa. Il diritto naturale secondario, la seconda tavola del decalogo, è la conseguenza del peccato originale. Una tale dottrina sparisce però completamente. Queste argomentazioni, infatti, non potevano dare proprio ciò che esse avrebbero dovuto dare, cioè una spiegazione filosofico - morale delle contraddizioni alla *lex naturalis* riferite nell'Antico Testamento. Così Alessandro di Hales, come anche Alberto Magno, ed altri scolastici del primo periodo, ricorrono alla teoria del primato della volontà di Dio e all'affermazione della sovranità di Dio su tutte le leggi. Che in tal modo tutta la dottrina divenisse di nuovo incerta, questi pensatori ben lo sentirono, ma non poterono eliminare l'inconveniente. Occorrerà per questo il genio di un Tommaso d'Aquino.

Tommaso parte dall'identità d'immagine della natura umana con Dio. Pensiero e libera volontà sono le note distintive più essenziali dell'uomo in rapporto a tutte le altre creature terrene. E precisamente in ciò l'uomo, in una misura speciale, è immagine e forma identica a Dio. L'intelletto e il libero volere dell'uomo sono la più alta imitazione di Dio nel creato. Tommaso ama sempre prendere le mosse dall'idea della *analogia entis*, cioè a dire precisamente dal principio che ogni essere creato, benché di tutt'altra natura che l'Essere divino, ne è pur tuttavia una imitazione ed una partecipazione, dal semplice essere senza vita della natura inorganica, sino all'uomo creato da Dio a sua immagine. E qui si inserisce l'idea teleologica. Le essenze delle cose, le esemplificazioni delle idee concepite dalla divina ragione, sono al tempo stesso il fine delle cose; il compimento delle cose è la loro essenza; causa formale e fine coincidono [*causa formalis = causa finalis*]. Nell'essenza del mondo delle creature, come sono sorte secondo la volontà creatrice, stanno ugualmente implicite le norme del loro essere. Nell'essere una essenza riposa anche il dover essere

dell'essenza, cioè a dire la *lex aeterna*, che è sapienza di Dio, in quanto essa *come causa prima* di tutti gli atti delle creature ragionevoli e di tutti i movimenti delle creature irragionevoli, guida e dirige il mondo. Il governo del mondo da parte della volontà di Dio secondo la saggezza di Dio, ecco la legge eterna. Questa legge è così l'ordine di questo mondo. E in conformità alla loro natura creata da Dio, le creature osservano questa legge, a cominciare dalla creatura morta, inanimata, passando per la natura muta, ma vivente, fino a quella ragionevole e libera.

La legge eterna abbraccia dunque: 1) ciò che oggi noi chiamiamo le leggi delle scienze naturali: leggi del movimento in senso largo, secondo le quali gli astri nel cielo e i minerali sulla terra sono mossi dall'esterno; 2) ciò che nella creatura vitale, cioè nelle piante e nelle bestie, noi chiamiamo le loro leggi di sviluppo e di accrescimento, le leggi di reazione alle influenze esterne, istinto ecc., le quali però compiono il movimento dall'interno, in modo entelechiale 3) le leggi in virtù delle quali l'uomo, come essere ragionevole e libero, conosce e vuole, cioè le leggi della ragione teoretica e pratica. Poiché l'uomo è *quodam modo omnia* - in ciò sta la sua identità di immagine con Dio, il quale è *eminenter omnia* - è sottoposto del tutto alla legge eterna nel suo essere corporeo, sensibile e ragionevole, ma appunto secondo la sua specifica essenza. Non cieca costrizione o necessità è il modo in cui l'uomo segue la legge, ma dovere. Così per l'uomo, essere ragionevole e libero, la legge naturale diventa legge naturale morale. Il perfezionamento del suo essere, che Dio ha iscritto nella sua natura, l'uomo lo deve anche volere e realizzare, nella misura che egli lo riconosce e ne è cosciente in forza della sua ragione.

E questa legge naturale è in senso proprio anzitutto «legge», norma cui si deve per obbligo morale obbedire, ma che non si è costretti a seguire alla cieca. La nostra moderna «legge naturale», è legge soltanto in senso traslato. Infatti la legge è norma e misura di atti, di cui solo la creatura ragionevole è capace. Il suo criterio fondamentale, non è altro che questo: agisci conformemente alla tua natura ragionevole. Poiché proprio la natura ragionevole, riconosciuta nell'autocoscienza, è il dovere essenziale dell'uomo. Attraverso il libero compimento di essa, egli diviene uomo, essere ragionevole e libero. Nell'idea essenziale dell'uomo si rivelano insieme la sapienza e l'intelletto di Dio, come anche la sua volontà.

Tommaso giunge allo stesso risultato anche per un'altra via, cioè partendo dal concetto metafisico del bene. La ragione è la regola prima e prossima per giudicare della qualità morale di una azione, la quale è precisamente morale, se è essenzialmente conforme alla ragione e alla

natura, e immorale, se contraddice ad essa. Ma da che cosa la ragione può giudicare se un'azione o un oggetto è conforme alla natura di un essere? S. Tommaso spiega ciò nel modo seguente: ogni agente, premesso che sia in possesso della ragione attuale e del libero arbitrio, agisce proponendosi un fine. E in tale circostanza appunto il principio motore, il fine, è riconosciuto e voluto come un bene. Ma una cosa è un fine, solo in quanto essa rappresenta un bene, che sia degno di essere conquistato. Il bene determina all'azione. Il bene è in ultima analisi ciò che è in sé degno di sforzi e di aspirazioni. Come la conoscenza è ordinata all'essere, la volontà è ordinata al bene. E come l'intelletto riconosce la cosa esistente, la volontà concepisce l'oggetto riconosciuto degno d'essere raggiunto come un bene. *Omne ens est bonum*. Un essere è un bene, in quanto esso appare concorde con la natura dell'essere. Ora, come i principii supremi della ragione speculativa, guidano l'intelletto, il pensiero, come ad esempio il principio della contraddizione regge gli assiomi del pensiero immediatamente evidenti, così Tommaso riconosce un principio supremo, una «legge» propria della ragione pratica e della volontà: bisogna fare il bene. Proprio ciò che la ragione teoretica riconosce come essere, cogliendo in esso la verità, che è concordanza della conoscenza con l'essere, appare alla volontà e alla ragione pratica come un bene. Ciò che è, deve anche essere. *Ens et bonum et verum convertuntur*. La legge è verità, essa vuole il bene, essa presuppone la conoscenza dell'essere.

Bisogna fare il bene è dunque il precetto supremo della morale naturale; e come norma suprema e fondamentale del diritto naturale in senso stretto si potrebbe indicare il principio: bisogna fare ciò che è giusto. Ma questo è un principio del tutto generale. V'è bisogno ancora di una determinazione: fino a che punto ciò, a cui si tende in quella determinata azione concreta, sia un vero bene, come ad esempio in questo sillogismo [che naturalmente non è ogni volta compiuto con un concreto ragionamento]: bisogna fare il bene, questa azione è buona, tende a un bene, dunque si deve farla. Il bene è ciò che corrisponde alla natura dell'essere. L'essenza di una cosa manifesta anche il suo fine nell'ordine della creazione, e nel suo compimento perfetto essa è anche il fine del suo accrescimento e del suo divenire. La natura dell'essere è dunque il criterio di misura. Ciò che le corrisponde è buono, ciò che non le corrisponde è cattivo. Così l'idea essenziale di una cosa e il rapporto tra le azioni e le altre cose con essa sono la misura del bene. Cioè: bisogna fare il bene, significa lo stesso che: realizza la tua natura, e poiché questa natura proviene in *existentia ed essentia*, nella esistenza e nella essenza, dalla volontà creatrice e dalla saggezza di Dio, il precetto continua: mediante ciò tu realizzi la volontà di Dio, il quale ti si manifesta in termini di verità nella conoscenza della natura. Lo stesso essere è per la ragione teoretica verità e per la ragione pratica bontà.

Il procedimento del pensiero qui si allarga. Vi sono dunque delle azioni che corrispondendo alla natura umana e al suo fine, sono in sé buone, morali, giuste; e ve ne sono di quelle che ad essa contraddicendo, sono in sé cattive, immorali, ingiuste. D'altra parte ciò avviene su di un presupposto della teologia e della antropologia, in virtù del quale, in Dio e nell'uomo, l'intelligenza e non la volontà ha il primato. E allora invero una *lex naturalis* è possibile come norma fondamentale immutabile, e, d'altra parte, la natura può essere la misura valida del bene e del giusto, soltanto se questa essenza è essa stessa immutabile. Ma ciò presuppone che la natura dell'essere debba la propria idea, il suo modo di essere, la sua esistenza alla immutabile essenza di Dio stesso di cui essi sono l'imitazione. «Se la natura umana è anche la misura immediata di ciò che è moralmente buono, essa non può tuttavia essere la norma degli immutabili giudizi morali se non nella misura, in cui essa incarna questa idea dell'uomo, nello stesso modo in cui essa idea è contenuta fin dall'eternità nella conoscenza divina. Ma le idee delle cose nella conoscenza divina non sono, quanto al loro contenuto, nient'altro che le immagini secondo cui Dio riconosce la sua essenza come imitabile. Ciò è vero anche dell'idea dell'uomo» [Cathrein].

L'essenza divina e, *uno actu*, la conoscenza divina della stessa, con la volontà creatrice di Dio pure illuminata *uno actu*, ecco la base della natura e della sua immutabilità. «Che Dio perciò ponga necessariamente la legge che noi chiamiamo naturale e che non possa mutarla, risulta unicamente dal fatto, che la sua volontà non può sopprimere la sua essenza più perfetta, dal fatto che Dio non può contrastare con se stesso o, come dice l'apostolo, non può rinnegarsi» [Kleutgen]. Vi è qui la più grande confutazione del positivismo morale e giuridico. La volontà non è la legge, ma può essere la giusta legge, soltanto se essa è guidata, anche in Dio, dalla ragione e dall'intelletto. «Dire che la giustizia sia esclusivamente una determinazione proveniente dalla volontà, sarebbe sostenere che la volontà divina non procede dall'ordine della sapienza, e questo sarebbe una bestemmia» [*De verit.*, qu. 23, a. VI].

Bisogna fare il bene ed evitare il male; questa regola fondamentale della legge naturale assume così il carattere di un assioma. La difficoltà è di applicarla al caso concreto. Come altra formulazione della prima regola della legge naturale, come *principia communissima quae sunt omnibus nota*, Tommaso adduce l'amore di Dio e del prossimo. Altri principii l'uomo li riconosce solo grazie al pensiero deduttivo, ma non con la certezza di evitare completamente l'errore; perché proprio contrariamente alla ragione speculativa, il «conoscere» della ragione pratica è più fortemente minacciato nella sua chiarezza dalle passioni e dalle inclinazioni al peccato. Queste *conclusiones ex principiis* per Tommaso,

come egli dimostra in una analisi minuta, coincidono con la legge delle dieci tavole, col Decalogo; esso contiene le deduzioni più necessarie, perché le sue determinazioni discendono non già da un ordine arbitrario di Dio, ma dalla distinzione fondamentale tra bene e male. La prima tavola contiene le norme morali che concernono il culto di Dio; dato che esse sono meno evidenti di quelle della seconda tavola, conclude Tommaso, avevano bisogno di una promulgazione speciale. Per contro quelle della seconda tavola, che sono dedotte dai rapporti reciproci degli uomini fra di loro e dall'essenza e dal fine della natura umana, possono essere conosciute con maggior facilità ed evidenza. La società umana in tutti i suoi gruppi deve essere edificata secondo giustizia. La seconda tavola del Decalogo contiene le norme che discendono dalla natura delle relazioni, che a lor volta sono date insieme con la natura dell'uomo, in quanto essere ragionevole, libero, sociale. Queste determinazioni, come norme di contenuto materiale, difendono la vita (V comandamento), la persona umana nel suo senso più nobile, cioè nella sua qualità di sposo e di sposa (VI comandamento), la proprietà (VII comandamento) e l'onore (VIII) e proibiscono da ultimo gli appetiti disordinati ed illeciti riguardo a quei beni che sono specialmente esposti alla cupidigia e la cui violazione non suscita lo stesso *naturalis horror* come la violazione del IV, V e VIII comandamento. Ora, che le ulteriori deduzioni che discendono da queste *conclusiones* non abbiano una uguale evidenza in se stesse, perché esse perdono necessariamente il loro carattere universale, premessa della loro evidenza, a favore di determinazioni particolari, è da Tommaso considerato come un fatto naturale. Avviene inoltre, che esse non sono conoscibili in modo così univoco e possono aversi errori a loro riguardo in singoli individui e in collettività. Esse non partecipano quindi neppure del privilegio dell'immutabilità dei *principia communissima* e delle *conclusiones* contenute nel Decalogo. Che, per esempio, il *depositum* debba essere reso, discende dalla natura dell'istituzione giuridica, dall'accordo con la ragione e col diritto di proprietà in senso generico, difeso dal VII comandamento. Tuttavia il *depositum*, come spiega S. Tommaso, può essere trattenuto nel caso in cui dovesse essere usato a fini di tradimento della patria [I-II, q. 94, a. 4]. Qui la ulteriore conclusione non vale più, benché la norma generale dell'agire secondo la ragione, il *suum cuique*, continui a dominare interamente il caso. «Per giudicare di queste forme di deduzioni remote, vi è bisogno di una indagine particolareggiata delle diverse circostanze, e ciò non è cosa di tutti, ma del sapiente» [I-II, q. 100, a. I]. Nell'applicazione del principio universale ad un caso particolare [*aliquod particulare*] può insinuarsi un errore p. es. per falsa o insufficiente deduzione ... o a causa delle passioni che nascondono il bene o di cattive abitudini [*Ibidem* e *De verit.* q. 16, a. 2]. In ciò sta appunto una importante differenza nei confronti della ragione teoretica, la quale è meno soggetta a tali influenze perturbatrici.



Ciò significa non solo che S. Tommaso è molto lontano dagli eccessi del diritto naturale razionalistico dei secoli XVII e XVIII, dato che, per lui, al contenuto della *lex naturalis* appartiene in senso stretto soltanto il Decalogo; ma ciò significa anche che la *lex naturalis* e rispettivamente lo ius naturale non rendono superflue le leggi positive, ma addirittura le esigono. S. Tommaso non considera quasi affatto la teoria dello stato di natura, perché egli non ne ha punto bisogno per poter dimostrare il diritto naturale. Più le deduzioni si allontanano dai principia communissima, più anche le determinazioni possibili divengono molteplici. Perciò una legge positiva deve determinare, più precisamente stabilire per casi concreti, quale sia la giusta applicazione e la retta deduzione. Questa determinazione è tanto più necessaria in quanto la natura umana, ferita [anche se non distrutta] dal peccato originale, deve assolutamente essere spinta al bene e allontanata dal male, e secondo il suo fine interiore ha anche il dovere morale di fare ciò. Educazione di se stessi, assuefazione al bene, non è cosa del «singolo» uomo. Egli abbisogna perciò di un sistema di norme a lui chiaramente prescritte, munito di sanzioni punitive, procedenti da una autorità e da un potere che serva nella intima essenza alla giustizia e nel singolo al compimento della essenziale natura umana e perciò appunto morali. Tommaso non condivide l'ottimismo romantico di un Rousseau. È precisamente anche fine della legge positiva quello di rendere virtuoso il cittadino; né si deve soltanto salvaguardare l'ordine e la pace esteriore, ma la legge deve piuttosto, come mezzo di educazione popolare, condurre gli uomini, governati da uno stesso diritto, allo stato di perfetti cittadini, e precisamente a questo scopo essa ha bisogno di fissare delle norme positive, di prendere misure di costrizione, di precisare in quali circostanze il principio universale deve essere applicato. Così la definizione di ciò che è furto è data in funzione della validità della proprietà. Ma la pena che deve seguire al furto esige, allo scopo di constatare processualmente se vi sia stato furto e per evitare l'arbitrio nella inflizione e nella esecuzione della pena, precise determinazioni legali che variano secondo i tempi, le civiltà, e i singoli popoli.

Qui, a proposito della legge positiva, che è dunque sempre *aliquod rationis*, S. Tommaso giunge all'essenza del diritto. Il diritto concerne essenzialmente la vita di comunità, ma si differenzia a sua volta dall'etica sociale e se ne stacca, perché si rivolge all'ordine esteriore. La legge vuole che l'uomo si comporti in tale e tale maniera. Essa concerne il *forum externum* [*vis directiva*]; essa è la norma coercibile; la coazione [*vis coactiva*] è propria del diritto, non della moralità.

Da questo intimo rapporto di ogni legge positiva con la *lex naturalis* Tommaso deduce a ragione che il diritto positivo non può contraddire al diritto naturale; là dove quello contraddica a quest'ultimo, cioè alle norme

immutabili, esso non è in alcun modo legge e non può obbligare in coscienza. Ma proprio nell'obbligazione di coscienza consistono la forza e il significato della legge. Tuttavia può essere giusto prestare obbedienza anche a una legge positiva ingiusta [che non sia *contra legem naturalem*] perché la norma, più alta, del diritto naturale prescrive di sacrificare, in un caso particolare, un bene particolare a un bene più generale, come sarebbero la sicurezza del diritto e l'ordine della pace esteriore, che sono valori più alti del diritto individuale. Non è la legge ingiusta che obbliga in tal caso, ma la norma più alta della pace e della conservazione della comunità.

Così, sino nella sua determinazione positiva ogni legge, attraverso la *lex naturalis*, è in stretto rapporto con la legge eterna e se ne alimenta. Del pari la *rectitudo practica*, la razionalità, il rapporto con la natura umana, anche nella legge positiva è e deve essere l'elemento essenziale. Per Tommaso, la legge è sempre, in qualche modo, ragione, non semplice arbitrio. La *lex naturalis* rimane misura della legge positiva. Tutto ciò è connesso nel modo più stretto con le dottrine dell'immutabilità della *lex naturalis*, della permanenza della natura umana, del primato dell'intelletto sulla volontà in Dio e nell'uomo.

Con Duns Scoto e il principio da lui posto in rilievo del primato della volontà sull'intelligenza, inizia, all'interno della filosofia morale, una serie di tesi che si ripetono nei secoli seguenti, in forma laicizzata, nel campo della filosofia del diritto. Il principio: legge è volontà, viene posto in relazione, nel positivismo giuridico e come teoria della volontà nella dottrina del diritto, col legislatore umano [autolimitazione].

Per Duns Scoto la moralità riposa sulla volontà di Dio. Una cosa è buona, non perché essa corrisponde all'essenza di Dio e, analogicamente, all'essenza dell'uomo, ma perché Dio la vuole. Di conseguenza il contenuto della *lex naturalis* potrebbe essere anche diverso, perché nella sua parte più interna non è connessa con l'essenza di Dio, la quale è conscia di sé nella di lui ragione. Per Scoto dunque, già le leggi della seconda tavola del Decalogo non sono più immutabili. La *crux* della teologia, cioè la questione delle dispense dalla *lex naturalis*, ricordate nell'Antico Testamento e perciò concesse da Dio: il sacrificio di Isacco, la «menzogna» di Raffaele, l'adulterio di Osea, la poligamia dei patriarchi, ecc. tutto questo si spiegava ormai facilmente. Ma anche Tommaso aveva potuto spiegarlo. Ora comincia però uno sviluppo che nella dottrina della *lex naturalis* di Occam, *princeps nominalistarum*, conduce al puro positivismo morale, anzi al nihilismo.

La volontà è la *nobilior potentia*, l'intelletto non è che lo schiavo portatore di fiaccola della volontà, che è la padrona. Tra l'essenza di Dio e quella dell'uomo non vi è, al di fuori del fatto reale della creazione, alcuna connessione interna, alcuna *analogia entis*; perciò non vi è neppure alcun ordine morale immutabile fondato sull'essenza delle cose e sull'universo gerarchico delle essenze e dei valori. Come ogni essere si fonda sulla pura volontà arbitraria di Dio senza partecipazione alla sua essenza, così ogni dovere è fondato solo sulla stessa volontà arbitraria. Il dovere è senza *fundamentum in re*, al modo stesso che gli universali non sono che *flatus vocis*, ma non copie ideali del necessario essere delle idee in Dio. Occam sfocia così in un soprannaturalismo rafforzato, ma solo svalutando quasi completamente la parte naturale.

La *lex naturalis* è per lui legge positiva, volere divino. Un'azione non è buona per la sua convenienza alla natura dell'uomo, in cui si esprime l'idea esemplare che Dio ha dell'uomo, secondo il suo essere e il suo dovere, ma perché Dio così comanda. La volontà di Dio avrebbe anche potuto volere e decidere il contrario, il quale avrebbe avuto la stessa forza obbligatoria di ciò che è in questo momento valido, e che a sua volta non vale se non per il tempo, che l'arbitrio di Dio così decreta. La legge è volontà, semplice volontà, senza *fundamentum in re*, cioè nella natura delle cose. Il peccato non ha dunque più nessun momento intrinseco d'immoralità, l'ingiusto più nessun carattere intrinseco di ingiustizia; entrambi non rappresentano che infrazione esteriore contro la volontà divina. È per questo che Occam, il quale vede solo le manifestazioni individuali, non gli universali, i concetti delle essenze, non può ammettere nessuna ordinazione teleologica a Dio, immanente a tutta la creazione e specialmente all'uomo, o almeno una tale ordinazione è per lui inconoscibile. L'unità dell'*ens*, *verum et bonum* non esiste per lui. Ciò che è moralmente buono consiste in un semplice accordo esteriore col decreto arbitrario di Dio, che può sempre cambiare, non essendo sottomesso che alla decisione del suo arbitrio. L'onnipotenza e l'arbitrio di Dio sono a tal punto esaltati, che ci si diletta di sottili dissertazioni sulla questione se, in grazia della sua onnipotenza, Dio possa volere lo stesso odio di Dio, questione cui Occam e molti suoi discepoli rispondono affermativamente. Così l'uomo non pecca se non perché, e in quanto ha al di sopra di lui una legge positiva che lo lega. Dio non può peccare, perché al di sopra di lui non vi è nessuna legge, non certo perché ciò contraddica alla sua santità. Per questa ragione non vi è *lex naturalis* immutabile, non vi è un diritto naturale che domini dall'interno il diritto positivo. Il diritto positivo e il diritto naturale, il quale in fondo è pure diritto positivo, non hanno ugualmente alcun rapporto intimo l'uno con l'altro. L'identità di questo quadro speculativo con la teoria della *natura deleta* di Lutero, col *Leviathan* di Hobbes e finalmente con la teoria volontaristica del moderno

positivismo [la volontà del monarca assoluto è diritto, perché non vi è nessuna norma più alta di lui] è qui manifesta.

La questione controversa se sia l'intelligenza o la volontà la *nobilior potentia* ha, nel positivismo morale della scuola di Occam, diviso fin nel profondo la dottrina scolastica del diritto naturale. La rinnovata Scolastica dell'epoca della riforma si sforzò con successo di giungere alla restaurazione speculativa ed ontologica della *lex naturalis* e del diritto naturale; come pure essa tornò a Tommaso di Aquino nella teoria sulla grazia e su Dio.

Nella tarda Scolastica si manifesta un intenso interesse per la filosofia del diritto, del cui sforzo speculativo, accanto a molti altri pensatori notevoli, i grandi spagnoli Francisco de Vittoria, Suarez, Vasquez, e poi il Cardinale S. Roberto Bellarmino sono esempi luminosi.

Vi erano molte ragioni che conducevano ad occuparsi più profondamente dei problemi della *lex naturalis* e della filosofia del diritto. Innanzitutto ragioni teoretiche. L'occamismo aveva esercitato sia nella teologia che nella metafisica e nell'etica una influenza devastatrice. La ragione era divenuta sterile. I Riformatori avevano tratto dall'occamismo le ultime conseguenze per la teologia ed erano giunti, disprezzando la *ratio*, a un pregnante volontarismo nella teologia e alla dottrina della *natura deleta*, per cui era reso speculativamente inconcepibile il diritto naturale tradizionale. Lo spirito del rinascimento aveva approfittato della separazione della fede dalla scienza in Occam, per emancipare il pensiero laico, la cultura laica, e metterli in opposizione con la cultura religiosa. Pomponazzi parlava della duplice verità. La legge in assoluto era stata separata positivisticamente dalla *lex aeterna*, dal momento in cui la *lex naturalis* era stata trasformata in un atto positivo arbitrario divino. Machiavelli aveva secolarizzato tutto questo e ne aveva cavato le conseguenze politiche. La *potentia absoluta* di Dio in Occam diveniva in Hobbes la sovranità assoluta del re. Vi si aggiungono le ragioni pratiche. Non soltanto dal punto di vista delle idee, ma anche dal punto di vista pratico l'*orbis christianus* ha cessato di essere «il mondo»: l'epoca delle scoperte degli Spagnoli e dei Portoghesi ha trovato le Indie e l'America e le *gentes* che ivi erano, e attraverso di ciò essi hanno proposto allo *ius gentium* i suoi grandi nuovi problemi. Il primo è così importante trattato di diritto internazionale di Francisco de Vittoria, porta il titolo *De Bello et de Indis*. Il commercio che si sviluppò potentemente durante il primo periodo del capitalismo, portò alla dottrina morale della tarda Scolastica nuovi problemi, non meno che il processo di trasformazione dello Stato feudale in Stato monarchico assoluto. Di qui i trattati *De Legibus*, *De Jure et Justitia*, composti a quest'epoca da quasi tutti i maestri.

Il compito della moderna Scolastica era, ricollegandosi al più splendido fiore della Scolastica, a Tommaso d'Aquino, di portare avanti e di sviluppare in pieno ciò che gli antichi avevano insegnato a grandi linee e in maniera ancora implicita [Petavius]. Tale compito questi maestri lo hanno veduto e realizzato anche per ciò che concerne la dottrina del diritto naturale. La decadenza di questa dottrina comincia appena dopo di essi e un esperto conoscitore come Josef Kohler dice: «Se quindi oggi un diritto naturale può costruirsi esso dovrà riconnettersi a questi spagnoli del periodo d'oro della Spagna, non a Ugo Grozio».

Nella loro dottrina di Dio e nella loro dottrina dell'uomo, questi pensatori restaurarono la concezione tomistica della sapienza divina come fonte di tutto l'ordine morale e quindi la concezione del primato dell'intelligenza sulla volontà. La *lex naturalis* ha il suo fondamento nell'essere e nella ragione, non nella semplice volontà arbitraria, cioè nella *potentia absoluta*. L'onnipotenza di Dio è subordinata alle deliberazioni della sua sapienza. Ecco la ragione per cui, come queste ultime, anche le essenze delle cose sono immutabili. *Potentia ordinata* è quella potenza, in forza della quale fra tutti i mondi e tutti gli ordini dell'essere possibili, Dio ha creato precisamente il mondo attuale; *potentia absoluta* è quella potenza, per cui Dio può creare tutto ciò che non implica contraddizione. È per ciò che Dio non può cooperare al peccato dell'uomo, ancor meno esserne la causa totale, e il problema di Occam, se Dio debba o no poter volere l'odio contro Dio, è in sé impossibile. L'intelletto afferra la pura essenza di una cosa, il suo «essere così», e prescinde dalla sua pura e semplice esistenza. La volontà al contrario può concepire un essere soltanto come esistenza, oppure come destinato ad essere portato all'esistenza; essa è orientata verso il particolare, l'individuale. Il concepire proprio dell'intelletto è «*immaterialius*», esso afferra l'*esse essentiae*. La volontà di se stessa è cieca, in opposizione all'intelletto che concepisce l'oggetto immediatamente. La volontà afferra l'oggetto solo quando l'oggetto stesso è rappresentato dall'intelletto come un bene riconosciuto e pregevole. Da qui dipende il problema della possibilità di un diritto naturale, di una *lex naturalis* immutabile. Il positivismo in diritto e nell'etica corrisponde all'agnosticismo nella teoria della conoscenza.

Come l'idea di Dio, così anche l'idea della legge è purificata del positivismo di Occam. Per la tarda Scolastica anche la legge appartiene più alla ragione che alla volontà. È vero che la volontà muove all'azione tutte le capacità, ma essa è cieca; l'*ordinare* e il *dirigere* appartengono alla ragione; la volontà è, riguardo all'intelletto come la regina rispetto al re. La regina *voluntas* manifesta all'intelletto i suoi *desideria* e la muove; ma è l'intelletto, il re, che stabilisce la legge [Bellarmino].

Così anche la *lex naturalis* non è connessa semplicemente, secondo una impostazione positivista, alla volontà di Dio, ma alla sua essenza e alla sua ragione, una cui emanazione è la *lex aeterna* e di cui la *lex naturalis* ed anche, in ultima analisi, ogni legge morale e giuridica, devono essere partecipazione. La *lex naturalis* ha come prossimo principio la natura dell'uomo. Essa è l'espressione di un giudizio della ragione sulla conformità della azione morale alla natura umana. Essa indica però al tempo stesso che ciò che è buono, deve anche esser fatto. Dio, che ha creato la natura umana dotata di ragione e di volontà, è al tempo stesso riconosciuto come legislatore. In altri termini: ciò che la *lex aeterna* è attivamente in Dio, cioè a dire una volontà conforme all'essenza divina, la *lex naturalis* lo è passivamente nell'uomo, cioè una legge discendente dall'essenza dell'uomo e ad essa data come immanente. Il semplice lume della ragione naturale, che indica la corrispondenza o la contraddizione di un'azione alla natura umana [Vasquez], non basta. Bisogna che vi si aggiunga una introspezione profonda della ragione, nel senso che un'azione conforme alla ragione e alla natura è anche volontà di Dio [Suarez, Bellarmino]. Questa controversia aveva un significato più profondo. Suarez e Bellarmino volevano accentuare l'intima unità della *lex naturalis* e della *lex aeterna* e precisamente passando per la via della conoscenza di Dio come Legislatore, che vuole che si agisca conformemente all'essere e alla natura dell'essere. Vasquez, l'Agostino spagnolo, aveva considerato la natura ragionevole in quanto tale, senza riguardo alla volontà positiva di Dio, come il fondamento primario dell'obbligazione nei riguardi della *lex naturalis*. Per questo per lui, poiché per l'essenza della legge è necessario un atto di volontà del legislatore, la *lex naturalis* non è propriamente «legge» in senso stretto, non *lex praecipiens*, ma soltanto mera *lex indicans*. Questa concezione, isolata nella tarda Scolastica, ebbe una grande influenza nel diritto naturale razionalistico. Già Arriaga e Ugo Grozio insegnarono, per esaltare l'immutabilità del diritto naturale, che esso vale «*etsi Deus non daretur*». Da ciò si sviluppò innanzitutto una autonomia della astratta ragione umana condizionata dalla separazione della *lex aeterna* dalla *lex naturalis* e, inoltre, il razionalismo etico-giuridico del diritto naturale individualistico, uno sviluppo che Suarez, nella sua controversia con Vasquez, aveva del resto previsto. È proprio come se con questo distacco irrompesse da questa semplice natura razionalistica isolata e in seguito interpretata anche individualisticamente, un fanatismo del raziocinare e del dedurre, al quale manca ogni contrappeso correttivo della storia, cioè a dire del campo dove opera la Provvidenza divina. Al diritto naturale razionalistico corrisponde il deismo della dottrina di Dio.

*Lex naturalis* è dunque un giudizio della ragione, che presenta delle azioni come comandate o proibite dal Creatore della ragione, perché il

*lumen rationis* le mostra conformi o contrarie alla natura dell'essere e perché al tempo stesso si manifesta in esse il giudizio della ragione, secondo cui anche Dio vuole ciò che è conforme alla natura, e secondo cui l'*esse essentiae* deve pure venire realizzato. La *lex naturalis* è assolutamente dipendente dalla ragione divina, per quanto riguarda la essenza e il contenuto ideale; e dalla volontà divina per quanto riguarda la sua esistenza reale.

Furono così mantenuti, per l'avvenire, la connessione di *lex aeterna* e *lex naturalis*, e per il presente contro i riformatori usciti dalla scuola di Occam, il vero carattere di legge; e in effetti questi non vedevano la *lex naturalis* se non nella parola della Scrittura; con la teoria sulla *natura deleta* essi non potevano neppure giungere ad una legge morale naturalmente buona. La formula di Graziano a questo riguardo ora falsamente interpretata: *Lex naturae quod in Evangelio et Lege* [Decalogo] sparisce; e inoltre sparisce la formula di Ulpiano: *quod natura omnia animalia docuit*; ed ora può venire il chiarimento dello *ius gentium*.

Come contenuto della legge morale naturale anche gli scolastici del Rinascimento, come Tommaso, pongono il Decalogo, che appartiene così secondo essi completamente alla *lex naturalis*. Essi distinguono a tale riguardo il principio supremo: bisogna fare il bene ed evitare il male, e delle altrettanto evidenti, ma già meno universali, specifiche categorie di principii che considerano «l'essere buoni»: *suum cuique, deus est colendus, iustitia est servanda, pacta sunt servanda*. Da essi seguono, per via di deduzione, ulteriori precetti che concernono già i beni particolari e le istituzioni che li difendono, nel senso che il furto, la menzogna, l'adulterio, lo spergiuro, sono sempre illeciti perché cattivi in sé.

Del rapporto della *lex naturalis* col diritto positivo, giungono nella maggior parte questi maestri a parlare trattando della dottrina dello Stato e più specialmente del fine dello Stato, ed a ciò si ricollega il problema della natura del diritto in rapporto alla morale.

È naturale che ogni legge positiva che trasgredisca alla *lex naturalis* non è una legge che possa vincolare moralmente, cioè a dire nella coscienza. Tuttavia assolutamente inoperanti sono quelle leggi che contraddicono allo *ius naturale prohibitivum* o *negativum*. Così una legge che volesse positivamente comandare l'assassinio, lo spergiuro, non è assolutamente legge e non può essere seguita. Altrimenti avviene con una legge contraria allo *ius naturale affirmativum*. Il cittadino deve accettare un intervento del potere dello Stato che proceda ingiustamente, per es. in una legge fiscale, se, resistendo, l'ordine pubblico, già leso in se stesso da una tale legge ingiusta, dovesse essere ancora più profondamente

minacciato. Soltanto che l'autorità emanante leggi che contraddicono alla *lex naturalis negativa*, cessa di essere autorità in senso giuridico e diviene tirannide; ma la sola forza non può da se stessa imporre alcun interno dovere di obbedienza. Ciò non ha niente a che vedere con il fatto che, per esempio, presso gli indiani, regnino leggi contrarie al diritto naturale. Infatti esse sono date dai legislatori e riconosciute dai sudditi e dai membri della comunità, non perché essi siano amorali, ma perché la coscienza, turbata da difettoso giudizio razionale e dalle passioni, non può riconoscere la loro interna pravità, cosa che già proprio Tommaso ha ammesso come possibile nelle *conclusiones* dedotte dalla *lex naturalis*. Per contro risulta, da una parte dal fatto della natura vulnerata e d'altra parte dal carattere morale e dai fini della vita in comunità e specialmente dello Stato, che le leggi positive [umane] sono assolutamente necessarie per determinare le ulteriori deduzioni dai primi principii, e per stabilire, in maniera precisa e riconoscibile senza equivoco, l'ordine e le istituzioni della vita sociale fondate per promuoverlo. Così la proibizione dell'adulterio da parte del diritto naturale, significa insieme ratifica del matrimonio e delle norme generali più necessarie per esso come istituzione. Non devi rubare, presuppone l'istituto della proprietà, come concepito dal diritto naturale, ma non presuppone certo l'ordine della proprietà feudale del Medio Evo o quello capitalistico dei tempi moderni. La disciplina concreta della proprietà mobiliare e immobiliare, le formalità della trasmissione della proprietà, sono compito delle leggi positive, poiché il diritto naturale stabilisce solamente norme generali. In rapporto a tutto ciò giunge a discussione anche il problema dell'essenza del diritto. In sé anche gli autori della tarda Scolastica usano come sinonimi le espressioni *lex naturalis* e *ius naturale*. Ma Bellarmino e Suarez, per esempio, offrono una distinzione quando dichiarano espressamente che la violazione della *lex naturalis* da parte degli indiani non costituisce assolutamente un titolo per una «giusta guerra» e che i principi cristiani non sono dunque autorizzati a soggiogare queste *gentes*, richiamandosi ad una loro violazione della legge naturale. Solo una lesione del diritto naturale, giustificherebbe secondo loro quell'intervento; gli Stati sono gli uni di fronte agli altri come persone, e gli Stati indiani sono Stati legittimi nel senso del diritto. Così, nel quadro generale dell'etica, il diritto si distingue per il suo rapporto verso gli altri; la virtù, che ha per oggetto il diritto, è la giustizia. Essa è essenzialmente orientata agli altri membri della comunità; come *iustitia commutativa* essa si riferisce a quelli che sono dello stesso ordine nella scala sociale, come *iustitia legalis* essa riguarda i diritti dell'autorità, che essa comanda ai suoi soggetti di rispettare, come *iustitia distributiva* interessa l'autorità nella sua attività di dare a ciascuno il suo a seconda della sua funzione e del suo merito nell'ordinamento sociale. Così dunque le norme concernenti la vita comunitaria degli uomini e dei gruppi, le loro unità sociali, i loro



ordinamenti e le loro funzioni, sono oggetto della giustizia e perciò stesso sono diritto. Queste norme sono diritto naturale, in quanto questi ordinamenti fanno parte, come immediatamente necessari, della natura essenziale e del perfezionamento essenziale dell'uomo nella *vita economica* (matrimonio, famiglia, corporazioni professionali costituentisi secondo funzioni sociali per tendere al *bonum commune* e all'ordine nella pace in tutta la nazione) e nella *vita politica* (Stato e comunità internazionale). Poiché questi ordinamenti sono necessari, la loro realizzazione, il loro perfezionamento e la loro conservazione contro i violatori del diritto possono essere imposti dalle autorità con la forza. Il diritto esige che ciò si avveri così semplicemente in sé e per sé, non soltanto perché la moralità come tale lo esige. Così il *debitum iustum* [*ex iustitia*] si distingue da ciò che è dovuto *ex pietate, ex gratitudine* precisamente per il fatto che la gratitudine per la sua essenza non è materia passibile di coazione, e, imposta con la forza, cessa semplicemente di essere azione morale. Seneca aveva già a quel tempo posto la questione, perché non sia possibile azione di giustizia contro gli ingrati. Egli non ha saputo trovare la risposta, in mancanza di questa distinzione che la antichità non aveva ancora tracciato, precisamente nel senso che la gratitudine non è suscettiva di coazione, né più né meno come la *pietas*. Il figlio, che si lascia costringere dalla giustizia ad assicurare il mantenimento al padre povero e incapace di lavoro, compie un dovere civile, e lo Stato si ritiene soddisfatto. Ma che, adempiendo al dovere morale in forza della imposizione del giudice, egli abbia soddisfatto il dovere morale della *pietas*, nessuno lo potrà sostenere.

Il più grande contributo della tarda Scolastica sta nel campo dello *ius gentium*. Essa, prima di Grozio, ha purificato le ambigue distinzioni del diritto romano trasmesse attraverso i secoli. *Ius gentium* in senso proprio non è *ius naturale*, benché le prescrizioni di quest'ultimo valgano naturalmente per l'ordinamento della comunità internazionale. Così distinto, lo *ius gentium* è diritto positivo della comunità internazionale e riposa sia sulla consuetudine che su convenzioni contrattuali, e la norma fondamentale di questo *ius gentium positivum*, accanto ai principii materiali del diritto naturale, è anzitutto il principio: *pacta sunt servanda*. Sono questioni di diritto positivo internazionale la dottrina della guerra, dell'armistizio e della pace, degli scambi internazionali, dei trattati di commercio, e infine il trattamento degli agenti diplomatici. Ma le esigenze che la guerra debba esser giusta, che la comunità internazionale debba mantenere le relazioni fra i popoli, sono proprie del diritto naturale. Da questo *ius gentium propriissime dictum* la tarda Scolastica distingue ancora il diritto internazionale privato, che contiene norme su istituti giuridici comuni a quasi tutti i popoli, e perciò vicini al diritto naturale, e cioè le determinazioni generali formali di ogni sistema giuridico

concernenti la compravendita, la locazione, le obbligazioni, i contratti, la proprietà, la famiglia, il diritto di successione, le quali nonostante diverse disposizioni nei dettagli offrono, presso quasi tutti i popoli, molti aspetti comuni sulla base rappresentata dal diritto naturale.

### III. ALLA SVOLTA DELLA STORIA

Nella storia della filosofia vi fu un momento in cui valse l'opinione che Descartes avesse, come un *deus ex machina*, fondato la nuova filosofia rivolta al soggetto. Ma questo già da molto tempo si è dimostrato infondato. Il sistema di Descartes non è una creazione *ex nihilo*. Le ricerche più recenti hanno dimostrato in modo convincente il legame di Descartes con la Scolastica. Prima di Descartes non c'è stato il «deserto di sottigliezze e di cavillosità scolastiche», ma una grande filosofia e Descartes sta ancora nell'ambito della grande corrente di essa, come è provato soprattutto dalla storia dei problemi. Altrettanto ingiustificata è l'opinione, affermata per lungo tempo, che il diritto naturale come tale cominci da Ugo Grozio. Grozio, legato in maniera molto stretta ai maestri del passato e splendente più per la prima sintesi formale del diritto naturale e del diritto positivo entro il diritto internazionale, che per un contributo di pensiero personale, sta proprio nell'epoca di transizione dal diritto naturale metafisico al diritto naturale razionalistico. Il concetto che il diritto naturale conserverebbe il suo valore *etsi non daretur Deus* gioca indubbiamente un certo ruolo nel suo pensiero. Ma Grozio con ciò, non si è pronunciato per l'assoluta autonomia della ragione umana, come unica e non soltanto più vicina [*proxima*] fonte del diritto naturale, che è implicita in quella impostazione. Per lui Dio è ancora la fonte suprema del diritto naturale e per lui la Sacra Scrittura è un principio di conoscenza equiparato alla *ratio*. Grozio viveva ancora troppo nella e con la tradizione, per poter costruire il diritto naturale per via teistica. Egli intende la *recta ratio* non altrimenti che i grandi spagnoli. Si può anzi persino dire che, in mezzo ad un mondo che aveva dimenticato il contributo del passato, le sue celebri definizioni del diritto naturale, rappresentano addirittura un tentativo di compromesso nella controversia, allora molto discussa, Suarez-Vasquez. *Ius naturale est dictamen rectae rationis indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali inesse turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore deo talem actum aut praecipere aut vetari*. [Il diritto naturale è un dettame della retta ragione, che indica che a un determinato atto, per la sua concordanza o discordanza dalla natura razionale e sociale, è innata una pravità o una obbligatorietà morale, e che per conseguenza tale atto è comandato o vietato per comandamento di Dio, autore della natura]. Qui effettivamente la dottrina di Vasquez sulla

*lex indicans* viene fusa con la tesi di Suarez che tende a dimostrare il carattere della *lex naturalis*, come legge che nel divenir valida, nella sua stessa esistenza, promana dalla volontà di Dio. E il sintomatico aggettivo *socialis* è usato dalla Seconda Scolastica per porre in risalto e distinguere la *lex naturalis* dallo *ius naturale*. In Grozio, la *socialitas* della *natura rationalis* non è ancora, come in Pufendorf, l'unica fonte del diritto naturale. Anche nella sua antropologia Grozio è il successore degli Scolastici, quando fa consistere la *rectitudo* della *ratio* in una duplice conformità: quella dell'intelletto con l'oggetto [*intellectus cum re ipsa*] e quella della volontà con l'intelletto. Tuttavia l'intento di giustificare le teorie assolutistiche di Giacomo I d'Inghilterra, lo spinge ad ammettere a sua volta la dottrina del primato della volontà; egli giustifica con ciò la dottrina nominalistica, per cui le azioni intrinsecamente cattive, sono cattive, non perché in sé stesse sono contrarie all'essenza di Dio, ma perché Dio le proibisce. Certo che la questione ulteriore di sapere perché la libertà di Dio abbia così decretato, Grozio la ritiene insolubile per l'indagine umana.

La tarda Scolastica aveva tentato di precisare il rapporto tra il diritto e la morale, partendo dalle virtù; il diritto è l'oggetto specifico della giustizia, virtù distinta dalle altre virtù cardinali, la quale nelle sue tre forme: *commutativa*, *distributiva*, *legalis* regola rispettivamente le relazioni sociali, 1. fra uguali; 2. fra l'autorità dello Stato e i sudditi; 3. tra i cittadini e l'autorità statale o rispettivamente lo Stato stesso. Grozio riconosce alla *socialitas* una certa prevalenza. Il diritto è per lui ciò che risulta dall'*appetitus socialis*. La morale ha meno da fare con la *socialitas*; essa emette piuttosto dei giudizi normativi sul valore o il non valore delle cose. Ma Grozio, esattamente come Suarez, non considera il *debitum ex pietate* come un *debitum iustum* perché esso non è esigibile né coercibile [*nec armis deposci posse*]. Al tempo stesso ritorna anche l'antico concetto, dei Greci e degli scolastici, della giustizia come virtù per eccellenza; e lo *ius naturale* contiene tutta la morale naturale.

Fatale fu per Ugo Grozio il non aver tenuto conto delle *circumstantiae* sempre poste in tanto rilievo dagli scolastici, circostanze e condizioni che, nei precetti affermativi dello *ius naturale*, determinano il modo di applicazione delle norme in sé immutabili. [Suarez, per esempio, dice che l'obbedienza verso lo Stato per il servizio militare in tempo di guerra, viene ancor prima del dovere del figlio, dovere scaturente dal diritto naturale, di provvedere ai genitori]. Gli scolastici, dalla teoria che solo il primo principio è chiaramente evidente e che in ogni caso le conclusioni immediate [il Decalogo] partecipavano di questa evidenza, pur essendo tale partecipazione turbata dalle passioni, avevano riconosciuto la necessità della legge positiva, il cui compito è d'insegnare

a noi il bene che dobbiamo fare e di trattenere noi, che siamo dominati dalle passioni, dal male da evitarsi mediante sanzioni punitive. Grozio è razionalista; egli crede perciò che si possa dedurre con rigore logico un giusto sistema di diritto razionale, la cui forza obbligatoria per la volontà sia sufficientemente valida: un diritto delle obbligazioni e un diritto reale, un diritto di famiglia, un diritto successorio, con disposizioni che vanno fino ai minimi particolari. Gli scolastici invece avevano considerato di diritto naturale soltanto le istituzioni generali del matrimonio, della proprietà, dell'obbligazione come tali, e non invece le prescrizioni particolari concernenti il diritto matrimoniale, il diritto familiare, il possesso, la forma della proprietà privata, ecc.

Il merito imperituro di Grozio è di aver sistemato il diritto internazionale generale e di avergli dato una solida base naturale. Egli che si inchina con rispetto di fronte ai suoi predecessori, in particolare de Vittoria e Suarez, in un tempo delle più feroci guerre, nella più grande guerra civile della *civitas christiana*, che come tutte le guerre civili fu condotta con la peggiore crudeltà e spesso al di fuori di ogni norma di diritto, ha concretato in convincente sistema, con la più grande energia e nella maniera più stringente, questa idea del predominio del diritto anche in tempo di guerra. Così egli ha risvegliato l'unità spirituale dell'Occidente, dopo che la sua figura come *christianitas* era stata distrutta, rifacendosi ancora una volta alle grandi tradizioni appunto della *christianitas*, la quale ha sempre tenuto la *ratio* in onore; ha stabilito la solidarietà spirituale della ragione come sostitutivo della solidarietà della fede, che era stata, proprio in quel tempo, divisa.

Tuttavia bisogna dire che Ugo Grozio, riguardo allo *ius gentium*, a causa precisamente del suo razionalismo, non è stato così felice come la tarda Scolastica. La chiara separazione fra contenuto di diritto naturale e positivo dello *ius gentium*, come si trovava in Suarez, va con lui in parte di nuovo perduta e fa posto in Pufendorf ad una identificazione di *ius naturale* e *ius gentium*. Così Grozio si trova nella «duplice luce» di due grandi epoche; legato ancora da numerosi legami col passato, egli fornisce tuttavia alla dottrina del diritto naturale dell'epoca moderna le sue stimmate: il *razionalismo*, la *socialitas*, l'orientamento politico. Egli assomiglia in ciò a Descartes, la sua stretta affinità con la tarda Scolastica, specialmente per ciò che concerne la teoria della conoscenza e la metafisica, fu riscoperta dall'indagine moderna. *Natura non facit saltus*, vale anche qui nella storia del pensiero. Disgraziatamente gli storici della filosofia talvolta non si accontentano di distribuire accenti.

#### IV. IL DIRITTO NATURALE SOTTO L'INSEGNA DELL'INDIVIDUALISMO

Con Pufendorf e con la sua interpretazione di Ugo Grozio, e non già propriamente con quest'ultimo, s'inizia la cosiddetta epoca del diritto naturale, la quale fin dal principio del XIX secolo ha tanto danneggiato l'idea del diritto naturale stesso, sia presso i filosofi moderni, che presso i pratici del diritto, i quali ignoravano la vecchia tradizione cristiana.

Il nuovo diritto naturale differisce dal diritto tradizionale sotto molti aspetti, e le ragioni della particolare ipertrofia che lo caratterizza sono molteplici. Esse provengono sia dall'ambiente storico-spirituale che da quello politico.

L'umanesimo era tramontato e con esso la sopravvalutazione dell'antichità classica in generale, del diritto romano considerato come *ratio scripta* in particolare; il diritto romano nella sua forma peggiorata dall'*usus modernus*, non poteva più, con talune formule che davano l'impressione di arcaiche, convenire a quest'epoca di razionalismo.

Il teismo nella teologia condusse ad una sopravvalutazione di tutte le leggi della natura, ad un vero orrore per tutto ciò che è magia, credenza ai demoni, influenza mistica della divinità trascendente su di un mondo che si muove secondo leggi immutabili. Si afferma che per poter conoscere chiaramente le leggi, c'era bisogno di «lumi» nel senso più preciso della parola. Ora questi lumi doveva darli non la fede, ma la ragione. E del pari nella ragione sta la legge, e la ragione pensante può da se stessa, e dalla considerazione della sua stessa natura astratta, dedurre in maniera assiomatica tutte le leggi, tutta la morale e tutto il diritto, *etsi non daretur deus*, il quale Dio ora non è più considerato come la fonte prima della morale e del diritto [salvo in quelli che continuano la tradizione, per esempio: Leibniz e i teologi]. Con un vero fanatismo del pensiero furono ormai elaborati interi sistemi etici e giuridici, con norme spinte fino ai minimi particolari; e questo nuovo pensiero differisce notevolmente anche dal diritto allora vigente ma ormai superato, il quale ammette ancora la magia, la credenza nel demonio e nelle pratiche mistiche.

Inoltre, sembrava impossibile, almeno per i razionalisti, costruire sul terreno di questo diritto vigente una scienza giuridica, la quale tuttavia era divenuta necessaria per l'apparato amministrativo dello Stato assoluto accentratore. Il diritto dell'epoca, invero, era frazionato secondo le regioni e i ceti sociali, era, nelle sue forme feudali, completamente invecchiato di fronte al capitalismo nascente, era divenuto rigido e nemico della vita nel

diritto corporativo inquinato da privilegi, per tacere del mostruoso diritto imperiale del quale lo stesso Pufendorf (non uno qualunque) ha fatto una critica così violenta nel suo scritto, pubblicato sotto altro nome, *De statu imperii*.

La tesi dell'autonomia della ragione umana e delle catene che imprigionano il diritto vigente, si connette in maniera molto stretta all'individualismo social - filosofico allora nascente, il quale del resto appare più evidente che mai nella teoria dello stato di natura, che diverrà d'ora in avanti il punto di partenza della speculazione giusnaturalistica, dopo che esso nel Medio Evo aveva avuto importanza solo da un punto di vista teologico. [Qui il diritto naturale dell'idea del diritto che si realizza *entro e al di sopra* della legge positiva necessaria all'uomo - là il diritto naturale come diritto dello stato di natura *prima e al di sopra* del diritto positivo].

Di là anche il principio caratteristico che servirà da punto di partenza metodologico di tutti questi sistemi del diritto naturale. Non si parte più, come nell'epoca precedente, dalla natura sociale dell'uomo, nella quale sta finalisticamente ancorato tutto l'ordinamento delle istituzioni sociali: matrimonio, famiglia, Stato, comunità dei popoli, come anche le norme fondamentali di queste istituzioni, di guisa che l'essenza dell'uomo si compie soltanto nella intera realizzazione e nella gerarchia delle forme sociali attraverso le *imperfectae societates* fino alla *societas perfecta*. Punto di partenza della speculazione è piuttosto la natura empirica dell'uomo trovata mediante astrazione [Robinson] dal cui impulso psicologico, considerato fondamentale, viene dedotto razionalisticamente, il sistema di morale o di diritto naturale. In Hobbes sarà l'egoismo, in Pufendorf la socievolezza considerata come *socialitas* puramente formale, in Thomasius la felicità, cioè una «vita onorevole, gradevole e senza cure». Così avviene che un completo sistema di diritto naturale, spinto sino al minimo dettaglio, di un diritto quindi che esisteva o era considerato vigente prima della vita sociale realizzante si storicamente e sviluppantesi finalisticamente, con le sue forme essenziali e con certi aspetti particolari dovuti alle contingenze storiche, tratta ora il diritto civile dei contratti, il diritto di famiglia, il diritto successorio, i diritti reali, addirittura la procedura e il diritto pubblico. Questi sistemi, circondati dall'aureola della conformità alla natura e alla ragione, rappresentavano, di fronte al diritto in vigore che aveva bisogno di essere riformato, un ideale che si tentò, sia per via di rivoluzione [Rousseau], sia restando fedeli alla tradizione [Hobbes], sia col mezzo di riforme [dispotismo illuminato] di realizzare praticamente nelle codificazioni della fine del XVIII secolo. Certo esiste un legame fra tutto ciò e l'esaltazione, scaduta d'importanza dopo lo stoicismo, di questo stato pre-politico dell'uomo a meno che,

come in Hobbes e come già d'altronde in Epicuro, questo stato non venga interpretato come un *bellum omnium contra omnes*.

A questi motivi ideali favorevoli, corrispondevano ragioni pratiche non meno favorevoli. L'Illuminismo fu prima di tutto opera delle classi dominanti, della nobiltà e del clero, degli intellettuali dell'epoca, cioè dire dei chierici e degli uomini di scienza. Ma questi erano favoriti dai principi, proprio in quanto e perché essi consideravano l'esercizio del potere come un dovere. Il dispotismo illuminato, secondo una parola d'ordine ispirata da un «risentimento» liberale, era il grande protettore del diritto naturale o, come lo si chiama ormai per lo più con parola assai significativa, del diritto razionale. E invero questo diritto poneva nelle mani del dispotismo illuminato le armi con cui esso poteva spezzare i privilegi di casta della nobiltà o magari quelli delle corporazioni o delle varie regioni, che ostacolavano l'accentramento del potere. In più l'Illuminismo, orgoglioso della sua missione educatrice, assegnava allo Stato il compito di educare attraverso la «Polizia» il cittadino, e di «arricchire» lo Stato nel senso mercantilistico. Così questo diritto naturale individualistico fu anzitutto atto a disgregare l'ordine sociale tradizionale irrigidito e a fornire al principe il «suddito»; quest'ultimo, tuttavia, non considerato come semplice oggetto dell'arbitrio del principe, ma come un soggetto di diritto con diritti soggettivi innati, e perciò stesso atto ad essere oggetto dell'educazione fino al più alto ideale umano dell'Illuminismo. Se con ciò la radice individualistica di questo diritto naturale era ovunque identica, le conseguenze liberalistiche che ne derivavano, considerando le cose più a fondo, non lo erano affatto. Esse si fanno strada nel sistema di Rousseau, della rivoluzione francese, come nei diritti naturali di Locke e del liberalismo tedesco primitivo, i quali tutti esigevano un diritto naturale «borghese», non però nei sistemi di Pufendorf e di Thomasius.

In stretto legame con queste conseguenze politiche, sia che si tratti dello Stato di polizia investito della funzione educatrice, sia dello Stato liberale estremamente limitato, con la funzione di proteggere la libertà, vi è un'altra rottura con la tradizione, rottura fondata sul diritto naturale. Questo nuovo diritto naturale è anche il primo tentativo di una teoria laica dell'etica e dello Stato. L'intenzione di Hobbes, nel dare una base al suo diritto naturale, è, come egli ammette esplicitamente, la soppressione del diritto ecclesiastico autonomo, la sua subordinazione e la sua integrazione col diritto naturale dell'unica ed onnipotente persona statale, rappresentata dal monarca. Del pari, il fine del dispotismo illuminato è di fare in modo che la Chiesa sia, è vero, «sociologicamente» e praticamente importante, pur tuttavia nulla più di una sezione del ministero della cultura e dell'educazione nello Stato assoluto. Il tipico carattere totalitario

dello *ius naturae* di quest'epoca, identico a quello della filosofia morale, è il mezzo per asservire la Chiesa allo Stato. Ma inoltre il razionalismo e l'Illuminismo avevano reso impossibile l'antico fondamento mistico dello Stato e del potere assoluto dei principi, proveniente dalla penombra dell'origine divina immediata del potere stesso. La dottrina dello stato di natura con le sue diverse teorie contrattualistiche, che spiegano il passaggio allo *status civilis*, offrì allora una nuova base. Base, è vero, senza solidità e gravida di pericoli. In Hobbes la stessa struttura speculativa serve di base all'assolutismo statale; in Pufendorf alla fondazione del dispotismo illuminato, che nega l'antico e tradizionale diritto di resistenza del popolo; in Rousseau serve a giustificare l'unica onnipotenza ammissibile, quella dello Stato democratico; e negli uomini del 1789, infine, serve a minimizzare il compito dello Stato, a fondare i diritti dell'uomo e del cittadino, d'altra parte riconosciuti già prima ed altrove, a fondare del pari il diritto di resistenza contro il potere sovrano. [Costituzioni del 1792 e del 1793]. «In nome del "diritto della ragione" furono messe in pratica le teorie più addomesticate e più claudicanti, non meno che le prediche per il miglioramento del mondo mediante la ghigliottina e le guerre di conquista della Francia. Il diritto naturale era una tendenza intellettuale, non una dottrina esposta coerentemente» [Pfaff e Hoffmann, Comm. al codice civile generale austriaco].

Così il diritto naturale, fondato ed esaltato in senso individualistico, diviene il punto di partenza sia per i riformatori sociali, cioè a dire i despoti illuminati, sia per i rivoluzionari sociali, come Rousseau. Questo diritto naturale viene immesso nelle costituzioni come diritto fondamentale e serve, in vaste codificazioni, alla rottura dell'ordinamento sociale corporativo e alla costruzione dell'ordinamento sociale borghese. Esso non tarderà d'altra parte, come scienza autonoma e come convinzione comune, a sparire altrettanto rapidamente perché i fini eminentemente politici di un diritto naturale a tendenze riformatrici o accentuato in senso rivoluzionario, erano ormai stati raggiunti, o perché la dea Ragione dopo aver brillato come un faro dal 1793 al 1796 era stata ormai spodestata, e ora veniva di nuovo esaltata la «storia» [Haller, de Maistre, Donoso Cortes] o piuttosto la Provvidenza, che agisce nella storia ed è riconoscibile nel suo operare.

Ciò che distingue questo moderno diritto naturale dallo *ius naturale perenne*, sono naturalmente non soltanto i suoi fini politici, essi sono soltanto più appariscenti; ma è essenzialmente l'importanza data alla dottrina dello stato di natura, dottrina che sale ad una popolarità insospettata, ed anche come ad esempio nel «Robinson» di Defoe, del tutto concreta e diffusa. Da questa dottrina derivano le idee fondamentali: libertà ed uguaglianza. Ad essa corrisponde poi la nuova e vasta filosofia



morale del teismo che si nasconde sotto l'etichetta di *ius naturale* e che, dopo avere, all'inizio, posto la *lex aeterna* in certo qual modo «al di fuori» come cosa che non meriti considerazione, culmina nella piena autonomia morale della ragione [Kant].

Il punto di partenza individualistico ha come conseguenza che si misconoscono anche le forme necessarie della vita sociale. Se nel passato esse erano considerate come date per così dire in germe, insieme con l'idea stessa dell'uomo; ora invece, partendo dal libero individuo, esse non sono concepite che come *status adventicii* che sopravvengono per ragioni diverse non conformi all'essenza dell'uomo, sia a causa della *socialitas*, sia dell'utilità, o del semplice perfezionamento esteriore. Con riguardo alla libertà originaria, esse non possono più d'ora in avanti essere riconosciute come necessarie nella loro essenza, ma sia per il loro contenuto sia per la loro esistenza debbono essere fondate soltanto sulla libera unione, sui liberi contratti degli individui. Per questo diritto naturale la forma del contratto è il fondamento non soltanto del «venir all'esistenza» delle forme sociali concrete, ma anche del loro contenuto normativo. *L'essentia* delle forme sociali non è niente di oggettivo, ma, come la loro *existentia*, dipende dalla volontà degli individui. Come abbiamo già detto, non esiste per esse una *socialitas* categoriale dell'uomo, ma soltanto, per dirla con tutta sottigliezza, una semplice *sociabilitas*. A ciò corrisponde una teoria dello Stato che si manifesta in due forme estreme, nella onnipotente monarchia di Hobbes, nella onnipotente democrazia di Rousseau; nello Stato di polizia, portato al massimo, del principe, nello Stato di diritto ridotto al minimo dei credenti nella Costituzione del 1789, cioè o con i diritti dell'uomo provenienti dallo stato di natura conservati e resi inviolabili nello *status civilis*, ovvero con i diritti stessi definitivamente perduti per rinuncia nel patto d'unione e di soggezione [Hobbes].

In queste dottrine di diritto naturale trova scarsa comprensione l'ordinamento gerarchico delle forme di vita sociali, basato sull'essenza dell'*animal sociale*; non la famiglia come istituzione sociale con suo proprio fine essenziale [esse non trattano che del matrimonio e dei rapporti tra figli e genitori]; non l'istituzione professionale o corporativa, non dunque le molteplici forme sociali esistenti in tutti i campi della vita umana tra l'individuo e lo Stato; non il noto principio di «sussidiarietà», per cui la società suprema, o lo Stato, deve lasciare agli altri gruppi le funzioni e i compiti che essi devono e possono adempiere; queste dottrine conoscono soltanto la netta antitesi: individuo-Stato. Sfugge ad esse la comprensione per la natura particolare della Chiesa come *societas perfecta* - essa diventa per loro un «Dipartimento dello Stato» o una libera confraternita di ordine spirituale, non un'istituzione.

Queste forme tipiche del nuovo diritto naturale, così differenti nelle loro conseguenze, si rivelano in tutta la loro chiarezza in Hobbes e in Rousseau, nel primo con un'antropologia pessimistica e nel secondo con un antropologia ottimistica; in Pufendorf e in Thomasius, all'ombra del dispotismo «illuminato» e infine in Kant, per non parlare di un gran numero di altre forme intermedie.

È anche qui soltanto che si compie la rottura con la tradizione.

È soltanto con Pufendorf che si comincia a burlarsi delle «stravaganze degli scolastici»; è da questo momento soltanto che si prende per base filosofica, sia in maniera esplicita, sia in maniera inconfessata, un nominalismo antiaristotelico. Ed è lecito ritenere che questo disprezzo della tradizione più tardi si vendichi con il discredito di *questo* diritto naturale nel XIX secolo. Questo misconoscimento della tradizione ha poi d'altra parte fatto credere al XIX secolo che rifiutando *questo* diritto naturale del XVII e XVIII secolo, esso avesse rifiutato insieme il diritto naturale stesso con la sua tradizione di più di duemila anni.

Tutta la dottrina di Hobbes in fondo va a sboccare in una negazione del diritto naturale. Hobbes, che si presenta come un rabbuiato compagno di viaggio di Epicuro e della serena classicità, considera lo stato di natura come una condizione selvaggia e senza leggi, di guerra di tutti contro tutti, di caos. Pure qui si manifesta la perfetta corrispondenza con la teoria della conoscenza e con la filosofia morale. Per Hobbes, il nominalista della scuola di Occam, la ragione è assolutamente incapace di conoscere gli universali, le idee. Le parole esprimono concetti generali non sono che dei nomi stabiliti dalla ragione per porre ordine nel caos delle sensazioni e in fondo arbitrariamente, senza *fundamentum in re*; ed anche in filosofia morale il primo posto spetta alle *passiones*. L'uomo è nel fondo del suo essere come lo mostra lo stato di natura, cioè a dire un lupo, un essere maligno preda dell'egoismo. È per questo che nello stato di natura vi sono solo individui senza leggi, che non hanno nessuna inclinazione alla vita sociale. Il *bellum omnium contra omnes* è il rovescio dello *ius omnium in omnia* presentato con accenti così patetici. Non esiste dunque in realtà nessun diritto dello *status naturalis* in quanto tale, come si dà nei sogni di Rousseau, nelle deduzioni fantastiche di Pufendorf e di un gran numero di suoi discepoli. Lo stesso egoismo e i *dictamina rectae rationis* e le considerazioni del maggiore profitto e della pace, spingono gli individui, ora sulla base di un contratto, ad entrare nello *status civilis*, e a rinunciare ai loro diritti su «tutto», di un tanto quanto basta a rendere possibile la pace. Ma perché la pace sia possibile i contraenti debbono abdicare ai loro diritti e rimetterli al sovrano, alla persona dello Stato, sortisca questo -

attraverso il contratto - forma monarchica o democratica [ipotesi ammessa da Hobbes]. E veramente solo questo contratto, derivante dal principio fondamentale del diritto naturale: *conservatio sui ipsius vel membrorum suorum*, è propriamente diritto naturale, di guisa che per Hobbes il diritto naturale, malgrado tutte le formule tradizionali che egli cita qua e là, si esaurisce nel principio: *pacta sunt servanda*. Su questo principio si fonda ora la volontà onnipotente dello Stato, cosicché ogni legge è d'ora in poi solo autorità, legge positiva dello Stato, ivi compreso il diritto ecclesiastico, il diritto della Chiesa. Il finalismo politico del diritto naturale di Hobbes e la giustificazione ideologica che egli vuol dare all'assolutismo della restaurazione degli Stuart diventa qui più che evidente.

Dal principio *pacta sunt servanda* Hobbes per il quale, nel suo individualismo, la figura del contratto rappresenta la sola possibilità di fondare i diritti, dedurrà per esempio anche il dovere di obbedienza del figlio nei riguardi del padre ecc. Il razionalismo senza riguardi di quest'uomo si manifesta in tutto ciò come pure nella affermazione, secondo la quale bisognerebbe muovere dal considerare gli uomini esseri spuntati dalla terra come funghi, come esseri pervenuti improvvisamente all'età adulta. Dal suo individualismo provenne del pari il suo disprezzo delle associazioni giuridiche corporative. Esse gli apparivano addirittura contrarie al diritto naturale perché partecipavano della sovranità del potere assoluto o perché la limitavano; esse erano per lui «come vermi nelle viscere di un uomo vivo».

In modo paradossale, il diritto naturale diviene così in Hobbes uno *ius inutile*, ridotto alla unica forma giuridica del *pactum unionis* e del *pactum subjectionis*. Il diritto naturale contiene il solo principio fondamentale: *pacta sunt servanda*, per non dir nulla del diritto naturale, ancor più paradossale, dello stato di natura con la norma dell'egoismo. Tutto il resto è pura volontà; è la teodicea laicizzata di Occam, solo la estrema conseguenza del principio: la legge è volontà.

Così dunque Hobbes mutava il significato delle parole «natura» e «naturale», processo che caratterizza tutto il periodo della filosofia moderna. «Natura» e «naturale» vengono intesi con significato nuovo come contrapposizione a «ragione» e a «civitas»: esse ricevono il significato di primitivo, di precivile. Nella filosofia di Hobbes come in quella di Spinoza l'umana «natura» come contrapposto a intelletto o a spirito è dominata da passioni, da impulsi irrazionali, non da ragione. Lo *status naturalis* è una condizione senza doveri e diritti. È una condizione in cui, come sottolinea Spinoza, forza è diritto. Questo «stato naturale» è dominato da due principii: paura del potere degli altri e potere di incutere

agli altri paura. Hobbes nega che l'uomo possieda una naturale inclinazione all'aiuto reciproco e al reciproco amore, inclinazione sulla quale Tommaso dall'altra parte torna sempre di nuovo. In conseguenza di questa concezione di uno stato naturale senza diritto, legge e ordinamento giuridico non possono venir spiegati partendo dalla «natura», ma devono apparire come creature del sovrano. Del precedente concetto della natura umana come fonte del diritto naturale rimane soltanto l'affermazione che lo Stato ha la sua origine nel timore della morte violenta, nella aspirazione ad assicurare la vita e la proprietà. Lo Stato e il suo diritto, la cui esclusiva sorgente è la volontà del sovrano salva l'uomo dal principio di «diritto naturale»: forza è diritto. Lo Stato dà sicurezza e protezione perché monopolizza il potere; e come prezzo chiede assoluta obbedienza e subordinazione e non può ammettere che il suo diritto si richiami a un diritto naturale.

L'idea più antica del diritto naturale come sistema etico con valori e contenuti materiali perde così la sua funzione, di servire cioè come misura del diritto positivo, di dare all'uomo una norma critica della giustizia delle leggi positive, di essere l'ideale eterno verso cui deve tendere lo Stato storico come legislatore e tutore della giustizia. Di conseguenza lo Stato, poiché ora col sorgere della Chiesa di Stato esso interpreta anche autoritariamente il diritto divino rivelato, diviene nelle parole di Hobbes, *deus mortalis*. Che questo organismo onnipotente si richiami al diritto naturale è impossibile, poiché lo Stato stesso è la pienezza del diritto. Basta leggere Hobbes per sentire la sublimità di cui egli riveste lo Stato sovrano, una sublimità che le generazioni precedenti riconoscevano soltanto a Dio onnipotente. Ciò che Hegel disse più tardi dell'idea dello Stato, ciò afferma Hobbes, il nominalistico negatore di idee, dello Stato concreto-storico. Le conseguenze di questa nuova interpretazione del concetto di natura, sono perciò chiare. Poiché «natura» viene riguardata come male e lo *status naturalis* come uno stato di guerra di tutti contro tutti, così lo *status civilis* appare come buono in sé, e la legge positiva diviene la più alta norma di giustizia, contro la quale non vi è nessun appello. La parola del *deus mortalis* perciò deve essere intesa letteralmente, non soltanto come allegoria.

Anche la filosofia cartesiana portò con sé da parte sua un rovesciamento del significato di «natura umana». Da questa nuova interpretazione scaturiscono i tratti individualistici e spiccatamente razionalistici delle moderne teorie del diritto naturale. Secondo Tommaso la conoscenza non è in senso proprio né l'opera del solo intelletto, né dei soli sensi; anzi l'uomo conosce mediante entrambi. Il diritto naturale è inoltre una partecipazione alla legge eterna; esso è «dato» oggettivamente nella natura dell'uomo e nell'ordine essenziale delle cose. Ma per

Descartes l'uomo è una *res cogitans*. Maritain ha dimostrato che Descartes in fondo attribuisce all'intelletto umano la forza conoscitiva degli angeli. Infatti Descartes pensa che l'uomo può costruire il mondo partendo dalle idee innate a imitazione della matematica, cioè della scienza ideale. Basta, insomma, che l'intelletto umano sviluppi in direzione costruttiva ciò che in lui stesso è dato in forma di idee innate. La ragione individuale diviene così autosufficiente e non ha bisogno assolutamente della collaborazione educativa di altri spiriti. Per il suo «angelismo» Descartes divenne così il padre di una idea della natura umana concepita individualisticamente.

Questa concezione dell'autosufficienza della *res cogitans*, sul fondamento delle idee innate, conduce ora ad una vera passione, tipica dell'epoca del razionalismo, per costruzioni sistematiche nel campo del diritto naturale. Secondo Tommaso l'umana ragione non avrebbe potuto mai essere il criterio di misura della conoscenza; un tale criterio è piuttosto l'*ordo rerum*, a cui l'uomo stesso appartiene. Le cose dunque come dati oggettivi sono la misura della conoscenza. Ma la qualità «angelica» della *res cogitans* e la dottrina che ogni verità ha radici e germina nelle idee innate nell'intelletto, rende l'*ordo rerum*, per così dire, superfluo. Ciò che a suo tempo aveva temuto Suarez, nel caso che la ragione umana diventasse fonte esclusiva del diritto naturale, si verificò qui. Il razionalismo fece ben presto della ragione e delle sue idee innate una norma della realtà. Il rapporto di essere e conoscere viene rovesciato, fino a che nell'idealismo la ragione diviene ciò che crea, ciò che determina l'essere, invece che l'essere determini il conoscere. Ora la ragione umana poté inebriarsi della sfrenata costruzione di sistemi, come amava il razionalismo.

Questo processo raggiunge il suo culmine in Kant e nell'idealismo tedesco. La ragione umana diviene ora il sovrano architetto dell'essere; il conoscere determina l'essere. Scompare così il fondamento metafisico del diritto naturale, l'*ordo rerum* e la Legge Eterna. Ciò che appare ormai come diritto naturale, è una serie di deduzioni tratte dall'imperativo categorico puramente formale e dalle idee normative, dai postulati della ragione pratica, non dall'oggettivo *ordo rerum*, costitutivo della conoscenza. Essere e dover essere vengono così separati di forza l'un dall'altro; il dover essere è ridotto ad una categoria puramente formale. Le idee e i postulati normativi ricevono, a dir vero, una specie di validità dall'argomentazione, che senza la loro validità la vita sociale e morale diventerebbero impossibili. Il materialismo che seguì all'idealismo dimostrò tuttavia ben presto che questo argomento non aveva forza persuasiva, e che l'uomo può «vivere» senza tali idee normative, se si riesce a dare ad esse una diversa interpretazione nel senso dell'utile biologico, cioè se la natura umana viene intesa in modo biologico -

materialistico, se dunque l'idealismo viene capovolto [Marx]. Quale caduta degli angeli! All'inizio dello svolgimento sta l'«angelismo» di Descartes; alla fine emerge il naturalismo materialistico. Kant voleva limitare la ragione, per far posto alla fede, ma quando la fede non poté essere conservata di fronte alle conseguenze dell'idealismo, anche la ragione viene costretta ad abdicare e l'uomo «angelico» viene trasformato in un «animale superiore». Da un essere, la cui ragione è la più alta norma e l'ultima sorgente della legge morale e del diritto naturale, salta fuori un essere impotente, pienamente condizionato dalla produzione economica. La *lex naturalis* come dover essere morale viene sostituita dalla «legge di natura» propria delle scienze naturali, applicata all'uomo come essere puramente biologico o come fattore della produzione.

John Locke era poco meno individualistico di Hobbes nella sua filosofia sociale, benché rifiutasse la glorificazione dello Stato come un *deus mortalis*, così come il Leviathan quale fonte esclusiva del diritto. Al contrario di Hobbes e Spinoza, Locke descrive lo stato di natura piuttosto come uno stato idillico di pace, di buona volontà e di reciproco aiuto, ma ritiene tuttavia che lo Stato o l'autorità di governo sia praticamente necessaria per una vita più perfetta. Per Hobbes lo *status naturalis* e il diritto naturale avevano esclusivamente la funzione di fornire una base per l'istituzione [contrattuale] dello *status civilis* e quindi del diritto positivo, dopo di che scompare di fatto il diritto naturale, sommerso completamente nel diritto positivo. Per Locke invece la funzione dello stato di natura e del diritto naturale in esso contenuto, è quella di fissare i diritti inalienabili dell'individuo, diritti che non vengono assolutamente meno nello *status civilis*; al contrario, il vero scopo dello Stato è piuttosto il pieno sviluppo e la piena conservazione di questi diritti. Per mezzo di ciò questi diritti innati e invulnerabili divengono l'estrema norma per sottoporre a controllo tutti gli atti di governo e le leggi positive dal punto di vista della giustizia. Non è la legge che crea i diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà; sono essi che creano la legge.

La filosofia del diritto di Locke non vede tanto e in via primaria nel diritto un ordinamento normativa oggettivo da cui sgorgano con necessità intrinseca i diritti dell'individuo; i diritti dell'individuo sono primari, ed è dal loro esercizio che deve venir spiegato quel quantum di ordine che esiste. L'ordinamento giuridico è conformemente a ciò il risultato di contratti fra individui, i quali stringono tali contratti più che altro per motivi egoistici. Lo *status civilis* non è dunque il fine oggettivo e il risultato della natura sociale; non è una realizzazione dell'ordinamento naturale dell'universo morale mediante gli atti morali degli uomini. Lo Stato è piuttosto il prodotto utilitaristico dell'interesse egoistico individuale, considerato come il vero e proprio motore del processo

sociale, camuffato tuttavia nel linguaggio solenne e venerando della dottrina tradizionale del diritto naturale. Locke sostituisce il diritto naturale tradizionale, inteso come Un riflesso morale dell'ordine metafisica dell'essere rivelato alla ragione all'atto della creazione, con un concetto del diritto naturale inteso come un catalogo o un fascio di diritti individuali, che scaturiscono dall'interesse egoistico individuale. Ogni ordinamento giuridico positivo si basa perciò logicamente sulla volontà contrattuale degli individui interessati ed ha come proprio senso la garanzia e lo sviluppo dell'interesse individuale. La nota caratteristica dell'individualismo, cioè il predominio della *iustitia commutativa* e dell'interesse individuale al di sopra e contro la *iustitia distributiva et legalis* e il bene comune, è propria del pensiero di Locke.

La radice nascosta di questa dottrina è, e ciò si spiega, una fiducia troppo ottimistica nel tipico principio individualistico, secondo il quale il bene comune, in contrapposizione alla teoria di Tommaso d'Aquino, non è un valore reale di per sé, bensì esclusivamente un concetto nominalistico della somma del singolo bene e della singola utilità degli individui. Se è così, allora il perseguimento degli interessi egoistici, da parte degli individui, limitato solo dalle stesse prospettive di libertà di tutti gli altri, deve operare come la «*invisible hand*» di Adam Smith e, per così dire, produrre automaticamente l'armonia sociale di volta in volta possibile.

Il diritto naturale minaccia così di venir degradato dall'altezza di una idea metafisicamente fondata a una ideologia politica, in forza della quale possano esser richiesti e giustificati determinati mutamenti politici. La assenza di ogni valore di questo diritto naturale degradato a ideologia, una volta che i suoi fini politici siano realizzati e consolidati, è evidente. Il diritto naturale, che un tempo era l'eterno oggettivo ordine normativo di ogni essere sociale, servì a Hobbes come ideologia politica, per stabilire l'assoluta sovranità del *deus mortalis*. Esso serve a Locke per legittimare la «gloriosa Rivoluzione del 1688» e formulare i principii giuridici fondamentali della società borghese. Serve al razionalismo per ottenere le codificazioni del diritto civile e l'umanizzazione del diritto penale ad opera dei principi assoluti, le quali annientarono i resti dell'ordinamento feudale e del costituzionalismo medioevale e crearono così i presupposti della società borghese. Una volta che questa ideologia del diritto naturale ebbe adempiuto la sua funzione storica, fu facile poi al positivismo e al marxismo del XIX secolo di gettare questo diritto naturale nel ridicolo.

Come la nuova interpretazione di Locke, riducendo il diritto naturale ad ideologia politica, comprometteva la stessa idea del diritto naturale, così il suo empirismo nella teoria della conoscenza minava i suoi fondamenti filosofici. Locke divenne così il precursore della critica

distruttiva di Hume e Bentham. Poiché era in fondo scettico di fronte alla metafisica, Locke non fu in grado nella filosofia morale considerata come «prolungamento della metafisica», di giungere alla sicurezza della conoscenza. La sua filosofia morale, se l'avesse elaborata sistematicamente, sarebbe probabilmente sboccata nello sterile utilitarismo di Bentham. Locke tuttavia, probabilmente incerto delle conseguenze del suo empirismo nella teoria della conoscenza e del suo scetticismo di fronte alla metafisica intesa come il fondamento di una valida teoria del diritto naturale, si accontentò di una tradizionale fiducia nel diritto naturale considerato come emanazione del «common sense». Il suo senso delle realtà politiche, come pure il fatto che la Common Law inglese manteneva alcuni concetti del diritto naturale, lo trattenne dal trarre le conseguenze, che più tardi trasse la critica dissolvitrice di Hume. Così avvenne che talune idee tradizionali del diritto naturale, non di rado però in nuova interpretazione individualistica, rimasero conservate nella vita del diritto dei popoli anglo-americani, proprio perché Locke permise al sano «senso comune» di affermare ciò che la sua filosofia avrebbe dovuto implicitamente negare.

La dottrina del diritto naturale di J. J. Rousseau è quasi in contraddittorio contrasto con quella di Hobbes. La teoria di Hobbes esaltando l'assolutismo aveva suscitato una forte reazione, che, a grandi linee, attraverso Montesquieu, Locke, Hume, senza ancora giungere al democratismo, sviluppò tuttavia il senso della libertà dei sudditi contro la monarchia assoluta e in favore dei diritti naturali garantiti da una costituzione (*le pouvoir arrête le pouvoir* e crea la condizione della libertà). Questa corrente raggiunge in Rousseau il suo carattere più deciso. Mentre per Hobbes lo stato di natura è un *bellum omnium contra omnes*, il sognatore di Ginevra predica invece uno stato di natura paradisiaco; se agli occhi di Hobbes lo Stato, l'ordinamento giuridico, dunque il bene per amore dell'ordine in sé, sono il fine di un movimento storico filosofico che vuole liberarsi dalla natura, dallo *status naturalis*, per giungere allo *status civilis*, senza la libertà degli «uomini-lupi» apportatrice di rovine, agli occhi di Rousseau per contro, lo *status civilis* e l'ordinamento oggettivo della servitù nello Stato ottenuto con la coazione, è addirittura lo stato di natura umana corrotta, mentre lo stato di natura primitivo, nella sua concezione ottimistica della natura umana, è proprio lo stato come esso deve essere. «Ritorno alla natura»: questa parola d'ordine è per Rousseau ben più che la rappresentazione pastorale di una snobistica classe di aristocratici. La civiltà presa qui nel senso etimologico della parola, cioè il divenire «civis», non è più corruzione, solo quando i diritti originari e naturali di libertà e di uguaglianza costituiscono le riserve conformi all'essenza del Contratto Sociale. In questo contratto gli uomini non *debbono* entrare di necessità; essi vi entrano liberamente, nessun



istinto oscuro li spinge dalla guerra di tutti alla pace imposta dall'assolutismo. Essi possono entrare in questo contratto, perché esso è la loro volontà, la volontà di ciascuno confluita nella ormai nata *volonté générale*. Per Rousseau lo *status civilis* storico è in fondo il mondo dopo il peccato originale, ma lo *status naturalis* è il paradiso. Perciò anche lo Stato come tale, come *ordo rerum humanarum*, non è un'istituzione morale necessaria, ma è soltanto il servitore dei diritti dell'uomo; proprio per ciò esiste anche il diritto alla rivoluzione, nel caso che i diritti naturali siano violati dalla legge positiva. Il fanatismo di Rousseau per la libertà, per la virtù e il diritto divenne vivo negli uomini del Terrore del 1793 [Robespierre]. Il pathos della libertà e dei diritti immutabili dell'uomo in Rousseau, ha agito sulle coscienze più di tutti i brani istruttivi dei suoi libri, e d'altra parte, esso ha esercitato meno influsso sugli innumerevoli trattati dello *ius naturae et gentium*, che sui pubblicisti e sugli scrittori politici.

L'età del diritto naturale, in quanto rappresenta un'epoca unitaria nella storia del pensiero, è stata molto più opera dei giuristi, dei filosofi e dei loro sistemi, che dei patetici filosofemi di Rousseau, divenuti lettura d'ogni giorno del colto mondo del tempo. E contro di essi si elevò in particolare la scuola storica del diritto; mentre la polemica con Rousseau fu condotta più dalla scuola conservatrice e dalla pubblicistica del romanticismo [Burke, de Maistre, Bonald, Gorres, Arndt ecc.].

Quest'epoca, celebrata nella storia del pensiero e della scienza come età «del» diritto naturale, è legata soprattutto ai nomi di Pufendorf, di Thomasius, di Kant, a lato dei quali operano innumerevoli dotti di minore importanza, che insegnarono sulle cattedre di *ius naturae et gentium* fondate in quel tempo, e che riempirono le biblioteche delle persone colte, degli uomini di Stato e dei magistrati con infiniti sistemi di diritto naturale, tra loro diversi. Questi uomini, con poche eccezioni (così Wolff, Zallinger, Schwarz), vennero fuori con la pretesa di aver prima scoperto il diritto naturale, e poi d'averlo liberato dei «capricci e dei fiori retorici degli scholasticorum». Ma proprio questa rottura con la tradizione portò a scambiare questa dottrina giusnaturalistica con l'idea eterna del diritto naturale e quindi nel XIX secolo si poté credere, confutando questa dottrina, di aver dimostrato che anche il diritto naturale stesso sia una chimera. Un fatto che avrà conseguenze fatali sia nella storia della filosofia del diritto come anche nella storia della filosofia in generale. O non fu forse fatale il fatto che Pufendorf abbia conosciuto bene sì e no qualche filosofo greco o qualche scolastico e che il Copernico della filosofia non abbia conosciuto Aristotele e Tommaso d'Aquino se non attraverso una molto lacunosa storia della filosofia?

Le differenze essenziali che esistono tra questo moderno diritto naturale e il diritto naturale degli scolastici sono le seguenti: in primo luogo, il carattere individualistico che si manifesta nel predominio della teoria dello *status naturalis*, considerato come il vero e proprio ambiente ove si può trovare il diritto naturale; in secondo luogo la tendenza nominalistica, che si esprime nella separazione della *lex aeterna* dalla *lex naturalis*, dell'essenza dall'esistenza di Dio [*etsi non daretur deus*] della moralità dal diritto; in terzo luogo la dottrina che ne seguì, della autonomia della ragione umana, la quale, alleata al razionalismo di questa scuola, condusse addirittura ad un fanatismo della *ratiocinatio*, della costruzione deduttiva di sistemi, che servivano a regolare fino al minimo dettaglio tutti gli istituti giuridici del diritto delle obbligazioni, dei diritti reali, del diritto civile, del diritto di famiglia e successorio, del diritto costituzionale ed internazionale; e questi sistemi giuridici, confrontati all'incompleto diritto storico, possedevano tutto il prestigio d'essere usciti dalla pura natura razionale dell'uomo.

Queste differenze caratterizzano soprattutto le due menti-guida dell'epoca: Pufendorf e Thomasius. La principale istanza di quest'ultimo fu di separare la morale dal diritto e in seguito a ciò egli rifulge nella storia della filosofia come precursore di Kant.

Pufendorf non abbraccia nel suo concetto della natura e dell'uomo l'uomo stesso nella totalità della natura umana teleologicamente determinata. L'uomo non è essenzialmente un essere sociale, sì che la vita sociale in comunità nelle sue forme essenziali si sviluppi, come era pensiero del passato, in modo connaturalmente necessario dalla situazione sociale fondamentale; ma è tenuto invece a sviluppare la *socialitas*, la socievolezza, perché vi trova il suo interesse. L'uomo è *animal sociabile*, non *sociale*. Ciò che per i filosofi dell'epoca precedente era soltanto un segno della interna e naturale tendenza essenziale, attuazione della stessa nel tempo, diviene nel nuovo diritto naturale pura facoltà, puro istinto; il punto di partenza della speculazione filosofica è dunque la natura empirica, un istinto o una facoltà qualsiasi [*sociabilitas, felicitas* in Thomasius]. Il concetto presupposto è l'individuo come singolo essere nello stato di natura, astrazione fatta dei modi essenziali della natura umana, esprimentisi nelle diverse forme storiche di Stato, diritto, matrimonio, famiglia. Pufendorf spiega perciò come l'uomo, nell'originario stato di natura, prescindendo dunque dallo *status civilis* storico, dalla legge positiva e dall'ordinamento giuridico esistente, debba comportarsi, considerato come singolo, di fronte a Dio, a se stesso e ai suoi simili. Egli redige un registro degli *officia erga deum*, cioè dire dei principii della religione naturale; poi, in forma più diffusa, *degli officia erga se ipsum et alios*. Tali doveri verso il prossimo sono per esempio:

che si deve mantenere la parola, che non si deve giurare il falso, che si deve essere sinceri nel parlare, quali norme razionali possono e debbono essere seguite - *ex sola ratione* - nell'acquisto e nell'uso della proprietà, nel matrimonio, nella famiglia, nella successione; indi la forma che dovrebbero avere nello stato di natura il processo [*modus litigandi in libertate naturali*] e le regole dell'esecuzione forzata. In questo modo si fa, in fondo, entrare di colpo nel diritto naturale tutto il diritto positivo, in quanto ha riguardo al diritto civile e alla sua procedura, ed esso acquista così un valore razionale al di sopra o prima della storia [in Pufendorf] e in sé immutabile. Lo *status civilis* è però uno *status* sopravveniente, costituito, in ultima analisi, da leggi puramente formali. Il fondamentale atteggiamento critico si cambia, d'altra parte, ben presto, a causa delle possibilità rivoluzionarie, in un atteggiamento conservatore: il diritto vigente è buono in sé, ha bisogno soltanto di essere riformato. Il diritto dello stato di natura è un diritto ideale, un diritto modello, ma non un diritto attualmente valido. Ciò risulta dalla determinazione del rapporto tra il diritto positivo e il diritto naturale. Il diritto positivo è necessario a causa delle inclinazioni peccaminose dell'uomo che non possono, in virtù della sola conoscenza del diritto naturale e del rispetto che esso ispira, essere sufficientemente dominate; perciò l'autorità deve fare delle leggi, che hanno per fine l'osservanza del diritto naturale. Appena dunque il contratto sociale fonda lo Stato come *status adventicius* e contratto di soggezione, fonda l'autorità; l'uomo, in virtù del principio fondamentale del diritto naturale *pacta sunt servanda*, deve obbedire alle leggi positive. La distinzione, in virtù della quale, oltre ai precetti che appartengono al diritto naturale che vieta e che obbliga direttamente, vi sono anche le norme di un diritto naturale ipotetico [lo *ius naturale permissivum* degli antichi] permetterà così a Pufendorf di dichiarare tutte le leggi positive come diritto naturale ipotetico. Per questa via tutto il diritto privato della vita civile: diritto delle obbligazioni, diritti reali, diritto di famiglia, diritto successorio, più particolarmente i modi di acquisto della proprietà, il trasferimento per testamento e successione legittima, la teoria del valore della moneta, dei contratti onerosi, in breve tutto il complessivo contenuto dei diritti positivi considerati necessari, diventano diritto naturale, mentre l'antichità accordava dignità e onore di diritto naturale solo a un piccolo numero di leggi fondamentali [il Decalogo].

La teoria del diritto naturale in Pufendorf diviene chiara attraverso la sua dottrina del diritto internazionale. I principi e gli Stati vivono nello *status naturalis* perché appunto non esiste ancora nessun *status adventicius*, nessuna *civitas maxima*. Ne segue che il diritto internazionale consta unicamente di diritto naturale; non esiste alcun diritto internazionale positivo perché non vi è un'autorità internazionale.

Confrontata con quella di Ugo Grozio e della tarda Scolastica, questa dottrina segna un grande passo indietro iniziato sin da Hobbes.

Già i contemporanei di Pufendorf che non erano caduti nello spirito razionalista di quei due secoli, gli avevano rimproverato che egli era *parum iurisconsultus, minime philosophus* [Leibniz], che egli aveva completamente abbandonato la tradizione. In effetti, egli non ha mai compreso l'antico concetto tradizionale, per cui la filosofia morale, con quel suo parziale contenuto che è appunto lo *ius naturale*, è la continuazione della metafisica o dottrina dell'essere, la quale riferita alla libera volontà dell'uomo ragionevole, diviene la dottrina del dover essere. Per questa via si fa strada appunto il suo sfrenato e antistorico razionalismo. Egli non ha mai compreso la dottrina della legge eterna. Senza dubbio egli si trascina con sé le formule apprese come frutti delle sue letture. Ma esse assumono in lui un altro senso, perché sono strappate via dall'ordine delle idee. Lo *ius naturale* perciò non è connesso con la sapienza di Dio come partecipazione alla legge eterna. Esso è collocato piuttosto - in modo tipicamente nominalistico - nella volontà di Dio. Esso concerne l'ordinamento esteriore della socialità considerata come fatto, esso è valido perché Dio ha creato l'uomo così come egli vuole, ma non era valido, non esisteva, quando l'uomo ancora non esisteva, esso non è dunque partecipazione alla legge divina, non è eterno nella essenzialità di Dio, ma è «eterno» nel senso soltanto che è antico quanto l'uomo, ed è valido perciò a partire dal momento in cui l'uomo esiste, in cui Dio ha creato l'uomo. Questa è la più forte contraddizione con la teoria, secondo cui il diritto naturale sarebbe valido, *etsi non daretur deus* [Arriaga-Grozio]. Ma questa affermazione è il fondamento del suo razionalismo eccessivo, perché non è più la essenzialità di Dio la fonte del diritto naturale, ma la natura umana, considerata sia da un punto di vista esistenziale, sia in maniera puramente astratta. Da qui provengono ugualmente l'astruso gioco concettuale di un diritto naturale, dedotto in maniera puramente logica, per l'uomo allo stato di natura; l'atteggiamento antistorico e l'incomprensione per il principio aristotelico eternamente vero, per cui al di fuori dello Stato [non della *societas*] l'uomo è o un animale o un Dio. L'idea del diritto non vive negli ordinamenti giuridici storici, non è partendo dalla esemplificazione dell'idea del diritto *nelle* diverse forme giuridiche che si perviene alla conoscenza della *lex naturalis* eternamente valida come norma essenziale, ma il diritto naturale viene dedotto partendo da uno stato di natura puramente pensato oppure antistoricamente subordinato come esistito in altri tempi, e sempre teoreticamente, senza tener conto delle esemplificazioni storiche. Nella realtà ciò conduceva naturalmente al fatto che i miglioramenti e le sostituzioni del diritto positivo storico *de lege ferenda*, giudicati buoni, utili o necessari, apparvero come parte del diritto naturale. Su ciò si fonda

la importante funzione giuridico - politica di questa specie di filosofia giusnaturalistica dell'Illuminismo.

La *socialitas* di Pufendorf viene ora in Thomasius interpretata utilitaristicamente. Il fine dell'etica è il dominio delle passioni, perché esse minacciano la felicità temporale, cioè il vivere in pace del singolo. Il principio supremo ed unitario è dunque «bisogna fare ciò che rende la vita dell'uomo lunga e felice, ma evitare ciò che rende la vita infelice e affretta la morte». Non più la *socialitas* o un *appetitus socialis* [Ugo Grozio] è la fonte del diritto naturale, ma secondo un concetto tipicamente illuministico, la felicità dell'individuo. In compenso poi anche le diverse forme di associazioni vengono in considerazione solamente come *status adventicii* e non come perfezionamenti essenziali dell'uomo. Una vita gradevole e senza cure: «ecco la felicità»; ed essa, come è evidente, può essere raggiunta solo mediante una vita onesta, decorosa e giusta [*honestum, decorum, iustum*]. Si deve vivere onestamente, per conservare la pace interiore; decorosamente, per stimolare gli altri all'aiuto reciproco, da giusti per non irritare gli altri e distruggere così la pace esteriore. Il diritto è dunque qualche cosa di esteriore e non ha alcun rapporto con l'*honestum*, con la morale. Esso genera solo obbligazioni esteriori, la morale solo interiori. I doveri giuridici sono doveri coercibili, i doveri morali sono soggetti solo alla costrizione della singola coscienza. Ciò si ripercuote negativamente sulla dottrina dello stato di natura: lo stato di natura è interpretato pessimisticamente: la coazione giuridica non può essere esercitata se non mediante iniziativa personale e per legittima difesa. È questa la ragione per cui lo Stato sorge per la via del contratto unicamente su considerazioni utilitarie del singolo. Una forza esteriore è una garanzia della pace esteriore più utile che il diritto di iniziativa personale del singolo. Così le assurdità aumentano. Il pessimismo grandioso di un Hobbes ha in ogni caso dalla sua parte una certa tal quale purezza di stile. Anche Thomasius del resto si trascina dietro le vecchie formule, ad esempio quella di Dio come fondamento ultimo del diritto naturale; ma ciò significa semplicemente per lui appunto che anche il diritto naturale deve la sua esistenza a Dio, creatore di ogni cosa. La base della validità del diritto naturale non è però la volontà di Dio, perché solo mediante la rivelazione e non nell'ambito della ragione naturale si può conoscere che cosa sia nel singolo caso la volontà di Dio; il principio del diritto naturale resta dunque la felicità temporale, a coloritura fortemente soggettivista.

Qui, come si vede, la metafisica del diritto naturale è del tutto sparita. La ragione deduttiva proclamatasi autonoma, può ormai sviluppare senza ostacoli sistemi di diritto naturale condotti fino all'ultimo dettaglio, nei quali, naturalmente, entra come postulato immutabile e

supremo, tutto ciò che lo spirito dell'Illuminismo individualistico tiene per buono nel diritto positivo e tutto ciò che ad esso pare desiderabile *de lege ferenda*.

Il carattere individualistico di questo diritto naturale diviene sempre più chiaro man mano che esso evolve. In Pufendorf la *socialitas* non è già più una categoria connessa all'essenza dell'uomo, ma una facoltà, una pura potenza, una inclinazione. Matrimonio, famiglia, proprietà, Stato non sono delle istituzioni sociali di diritto naturale poste in germe nella idea stessa dell'*animal sociale*, e discendenti necessariamente da essa [che per conseguenza siano indipendenti, nella loro essenza, dalla volontà]; ma esse sono concepite, al contrario, in maniera soggettiva, dal punto di vista della loro utilità per l'individuo, o rispettivamente della felicità della vita terrena. Perciò non è la famiglia che si considera, ma le «relazioni» coniugali, e quelle tra genitori e figli come tali, da individuo a individuo. Diveniva perciò naturalmente impossibile comprendere il concetto, che la istituzione solo per la sua essenza abbia carattere di diritto naturale, ma che la disciplina giuridica delle singole «relazioni» particolari poteva essere derivata dall'evoluzione sociale, come il diritto positivo dall'insieme del mondo circostante nella sua complessità [patria potestà, forme della proprietà, regime patrimoniale tra i coniugi].

Tocca a Kant mostrare l'individualismo del diritto naturale in una sua ultima e suprema accentuazione. Fra i teorici tedeschi del diritto naturale è quello che mosse nella maniera più decisa dalla libertà dell'individuo. La libertà, l'autonomia è l'unico diritto primordiale, spettante a ciascun uomo in virtù della sua umanità, in cui siano inclusi l'uguaglianza innata degli uomini e tutta la serie degli altri diritti primitivi. Come massima suprema del diritto appare così la formula: «Opera esternamente in modo che il libero uso del tuo arbitrio possa coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale». Qui trova la sua base anche il preteso grande merito di Kant, cioè la separazione della morale dal diritto, della moralità dalla legalità. Che il diritto si riferisca essenzialmente all'ordinamento esteriore è antica dottrina tradizionale e così ancora che conformemente a ciò i doveri giuridici, senza contraddirsi con se stessi, siano esigibili attraverso concreti mezzi coercitivi, contrariamente, per esempio, ai doveri dell'amore, della riconoscenza, della pietà [l'amore per la patria non è coercibile, mentre lo è l'obbedienza alle leggi dello Stato]. Tuttavia entrambi questi doveri furono sempre considerati come doveri etici; non vi erano sino allora *officia mere iuridica*, benché vi fossero *officia mere ethica* [ad esempio la riconoscenza]. Ma non si conosceva alcuna opposizione né incompatibilità fra *officia ethica* e *officia iuridica*, sebbene si sapesse distinguerli. Gli *officia iuridica* sono coercibili e lo sono perché senza questa coercibilità l'ordine sociale, grazie al quale e nel

quale si realizza pienamente l'idea dell'uomo come *animal sociale*, non potrebbe sussistere. La durata è una speciale caratteristica del diritto. La violazione del diritto è negazione di questo ordine. Ma appunto perché quest'ordine deve sussistere, il compimento dei doveri giuridici è sempre al tempo stesso dovere morale. Lo Stato non è dunque semplice apparato di coercizione, ma sempre anche comunità di ordine morale; esso non vive esclusivamente *per mezzo* del diritto, benché esso viva *nel* diritto, ma per mezzo della pratica di *tutte* le virtù sociali; e perciò nel passato, è stato sempre assegnato allo Stato il compito fondamentale di «rendere i cittadini virtuosi».

Questa interna unione che sussiste malgrado una precisa distinzione - in grazia appunto della moralità come libero compimento del dovere - era già stata lacerata da Thomasius con la separazione dell'etica [uguale per lui alla pace interiore della singola anima] dal diritto [uguale per lui alla pace esteriore della società]. Al posto della pace interiore Kant mise la libertà. La libertà interiore, l'autonomia morale della personalità individuale [«una persona non è sottoposta ad alcuna legge se non a quelle che essa dà a se stessa, o da sola, o almeno insieme con altre persone»]: ecco il campo della moralità. La libertà esteriore, pensa Kant, esige necessariamente leggi coattive - ed in ciò egli è d'accordo con la tradizione -; perciò il diritto, condizione della libertà esteriore, è, secondo lui, qualche cosa di puramente esteriore. Non è mediante la differenza dei doveri [*iustum* - *iustitia*, amore del prossimo, amore dei genitori e dei figli ... ] che si distinguono la moralità e il diritto, ma piuttosto mediante la differenza della legislazione. Il motivo di fondo della legge morale, da Kant addirittura deificato, è il dovere [Pflicht], dedotto dall'autonomia della ragione e concretato nella forma dell'imperativo categorico. Il motivo di fondo della legislazione giuridica non è la moralità, ma il mantenimento della libertà esteriore, e l'esercizio della coazione a ciò necessaria. L'ordinamento giuridico è privo di ogni carattere morale. «Perciò, sotto un certo aspetto, una legislazione interiore, cioè a dire morale, non può in nessun modo essere esteriore [nemmeno quella propria di una volontà divina]». Al posto della *lex aeterna* subentra l'imperativo categorico impersonale, formale. Perciò il diritto naturale, come parte della *lex naturalis*, non è più in rapporto con la *lex aeterna*, dato che non può più essere inteso come una parte della *lex naturalis*, della legge morale razionale. Inoltre non è più la coercibilità, ma la coazione esteriore e reale che si fa entrare ben presto, come elemento necessario, nel concetto del diritto.

Prendendo come punto di partenza e come principio originario del diritto naturale la libertà nel suo carattere puramente formale, si rende impossibile l'esistenza di un diritto naturale materiale. Ciò risulta già dallo

spiccato dualismo fra la metafisica speculativa e la metafisica pratica, come anche dai contenuti conoscitivi coordinati della ragione speculativa e della ragione pratica. La ragione speculativa non offre nessuna conoscenza certa delle cose; e l'esistenza del mondo esterno non può darla se non come postulato. La certezza su ciò che è metafisico viene solo dalla ragione pratica. Questa «crede» in Dio, nella libertà e nell'immortalità, perché senza di esse - che la ragione teoretica non può conoscere e dimostrare rigorosamente e necessariamente partendo dal mondo dei fenomeni - la moralità non sarebbe possibile. Su questo primato della ragione pratica, che è in qualche modo un parallelo del principio nominalistico secondo cui la volontà in confronto all'intelletto è la più alta facoltà e la fede soprannaturale come anche la legge divina positiva è la regola [positivistica] del conoscere e dell'agire, - su questo primato si basa, come in Occam così qui in Kant, il razionalismo etico, la tendenza a dedurre trascurando il controllo dell'intelletto e, quindi, quello della realtà; affinché questo controllo esistesse, l'intelletto dovrebbe in effetti conoscere le idee nelle cose e dovrebbe poter rappresentare alla volontà la realtà sotto la forma di un dover essere «ontologico», nel senso preciso della parola. Il formalismo di Kant, cioè a dire la teoria delle pure condizioni della conoscenza e della libertà morale autonoma, è il fondamento del carattere originale dell'etica kantiana; essa non permette a Kant di giungere al valore materiale, ma solamente alla teoria delle condizioni sotto le quali si possono dare valori. Il principio della libertà è troppo formale e per conseguenza troppo sterile per poter far giungere a validità, sia di fronte alla conoscenza, sia di fronte alla volontà, un *ordine* oggettivo qui del dover essere, là dell'essere. Così poiché l'essere metafisico non può esercitare alcun controllo di fronte al pensiero, il libero pensiero deduttivo si perde in costruzioni razionalistiche e riveste troppo spesso contenuti empirici storici con il riflesso di ciò che vale in senso assoluto, dedotto puramente dalla ragione, come si può vedere nelle teorie giuridiche più formali e più «pure» del neo-kantismo, in Kelsen per esempio, o in Stammler. [Per quanto ciò possa apparire paradossale, Karl Bergbohm pretende d'aver trovato, grazie al suo fiuto speciale, un gran numero di idee mutate al diritto naturale proprio in Kelsen]. Di conseguenza dovrebbe logicamente apparire conforme al diritto ogni moto d'agire esteriore, in cui la libertà dell'arbitrio dei soggetti non sia reciprocamente compromessa, cioè il consenso e l'assenso reciproco dei soggetti di diritto, dovrebbero, in senso positivisticò, poter rendere giuridica un'azione qualsiasi, astrazione fatta dalla sua qualità morale materiale [si fa luce qui la forte influenza che notoriamente Rousseau ha esercitato su Kant]. In questo modo, azioni intrinsecamente immorali, come l'usura, il suicidio, l'adulterio, potrebbero, a seconda della possibilità e sotto la condizione della libertà formale degli altri individui, divenire conformi al diritto. Occam, del resto, che insegnava lo stesso dualismo di



ragion teorica e ragion pratica, aveva già accettato questa conseguenza per la *lex naturalis*. In effetti il carattere intrinsecamente immorale dell'atto non viene più in considerazione per la sua qualificazione giuridica. Questo formalismo conduce a delle deduzioni astruse, che non tengono più conto del valore sociale, per esempio, del matrimonio e della famiglia, considerate come istituzioni in generale. L'insieme del mondo giuridico appare a Kant come un aggregato eterogeneo di diritti soggettivi in sé senza alcun ordine. Il matrimonio è, per lui, «una unione di due persone, avente lo scopo di assicurare loro per tutta la vita, il possesso reciproco delle loro qualità sessuali». L'uso degli organi della generazione dell'altro è secondo lui un godimento, per il quale un coniuge si dà all'altro. L'uomo si abbassa così al rango di una cosa, ciò che va contro il diritto dell'umanità nella sua persona. Lo riabilita e gli restituisce la sua dignità di persona solo il fatto che l'altra persona, anch'essa, conquista il suo coniuge come una cosa. «Far proprio un membro di una persona, è far propria la persona stessa. Di conseguenza la dedizione e l'accettazione dei sessi in vista del godimento, non è giuridicamente possibile se non nel matrimonio». La procreazione di un figlio è un atto per cui «i genitori mettono al mondo una persona, senza il suo consenso e di loro propria iniziativa; per questo fatto incombe ai genitori la responsabilità di far sì, che, entro la misura delle loro forze, il nuovo nato sia contento di tale condizione. Essi non possono sopprimere il loro figlio come se esso fosse un prodotto da loro fabbricato, [perché è impossibile che un prodotto fabbricato sia un essere dotato di libertà] o come se fosse loro proprietà; e nemmeno solo abbandonarlo al caso, perché essi hanno messo non un qualunque essere del mondo, ma un *cittadino* del mondo, in una situazione che non può più ormai, anche dal punto di vista giuridico, esser loro indifferente».

In Kant lo stato di natura, che non viene più opposto allo stato sociale, ma allo stato civile [*status civilis*], ha lo stesso importante compito che nel diritto naturale individualistico in generale. Per Kant lo stato di natura è già uno stato sociale; ma le norme di diritto naturale hanno in esso valore di diritto privato. Noi vi troviamo in conformità già trattato tutto il diritto deducibile dalla ragione, quello del matrimonio, della famiglia, della successione, dei contratti, della proprietà e dei modi del suo acquisto, fra l'altro anche il processo e la sentenza. Lo *status civilis* è considerato come sopravveniente, non come già originario; esso è il campo del diritto pubblico, per cui «il mio e il tuo sono garantiti in virtù di leggi pubbliche», dunque non creati. Questo diritto ha la funzione molto importante, di presentare queste norme del diritto privato, le quali vengono proiettate sul e rispettivamente nello stato di natura sociale, come consacrate al diritto coattivo pubblico, cioè positivo, della legislazione dello Stato. I diritti e le istituzioni in vigore nello stato di natura, possono

tutt'al più essere protetti dallo Stato con la coazione, ma non modificati nella loro essenza o soppressi. «Giacché ciò che prima non era *iuris naturae* non può divenire *iuris civilis*». La cerchia dei diritti soggettivi, che si estende sempre più, e la conservazione di questi diritti nello *status civilis*, tutto ciò è materia del diritto naturale. Essi vengono proiettati nello stato di natura, per sottrarli all'intervento dello Stato. Lo Stato stesso è allora soltanto una «istituzione» che riposa su di un libero contratto, esso non procede necessariamente dalla ragione e dalla essenza dell'uomo, ma tutt'al più da motivi di ordine eudemonistico o utilitario, in quanto le passioni, alle quali d'altra parte il razionalismo, nel senso dello stoicismo, nega totalmente ogni valore, minacciano lo stato di natura nella sua esistenza, e rendono perciò necessaria la coazione.

L'epoca del diritto naturale individualistico, condizionata dalla dottrina di un mondo puramente immaginario e irreale dello stato di natura e partendo da non so quale inclinazione o non so quale proprietà della natura umana empirica, ha trovato quasi altrettanti supremi principii del diritto e sistemi di diritto naturale da essi derivati, quante erano le cattedre di diritto naturale e internazionale, o quanti professori esistevano di diritto naturale: la *socialitas*, la pace esteriore, la spinta alla felicità terrena, e infine la libertà. Come dimostra Warnkonig, dopo il 1780 a ciascuna delle fiere del libro di Lipsia apparvero otto e più nuovi sistemi di diritto naturale a tal punto che la ironica osservazione di Jean Paul [nel «Siebenkas»] che ogni fiera e ogni guerra forniva nuovi diritti naturali non è esagerata.

Tutto ciò che il XVIII secolo nel suo zelo riformatore ha considerato come utile, giusto e buono, cioè a dire il suo ideale di libertà e di uguaglianza borghesi, la libertà economica come condizione dell'armonia sociale, la liberazione dai vincoli, divenuti troppo rigidi, del diritto corporativo e delle corporazioni, tutto ciò fu assunto nel diritto naturale, a lato ed in aggiunta ai contenuti tradizionali, e trasferito nello stato di natura. I singoli sistemi di diritto naturale divennero così dei compendi, nei quali si fanno rientrare tutte le leggi di diritto positivo giustificate dal pensiero e di fronte alla ragione [e soltanto ora appunto razionalmente dimostrate!] a lato dei progetti di riforma provenienti dalla critica delle leggi positive; compendi nei quali vengono trattate accanto alle idee politiche riformatrici dettate dallo spirito del tempo e ai diritti soggettivi dei cittadini e degli uomini, le norme del diritto naturale tramandate dal passato; con tutto ciò vengono mescolati i personali e spesso astrusi *desiderata* del singolo professore con più o meno di felicità e abilità sistematica. Così a ragione Desing, che nelle sue qualità di cattolico era rimasto, contrariamente alla maggioranza dei professori di diritto naturale, strettamente unito alla tradizione scolastica, ha potuto provare che questo

preteso diritto naturale non è in alcun modo un *dictamen rationis*, ma piuttosto una brutta copia del diritto positivo dell'epoca, anzi della nazione, cui apparteneva l'autore: che un tale diritto naturale dunque è ben lontano dall'essere, come si pretendeva, attinto *ex sola ratione* ma che è *ius civile ornatum aliquot spoliis philosophiae ac theologiae moralis*. Altrimenti, quale altra spiegazione dare al fatto che accanto al diritto naturale fondato su libertà ed uguaglianza si insegni un diritto naturale del feudalesimo e che accanto alla nuova costituzione francese si dimostri come ispirato al diritto naturale il regime politico del Sacro Romano Impero, o che si giunga sino a considerare come un'istituzione di diritto naturale, il servizio postale! Natura, stato di natura, ragione naturale, teologia, morale: queste erano le idee dominanti del tempo; chiunque voleva proporre una cosa come buona e auspicabile, doveva fame un'esigenza del diritto naturale, doveva dimostrare che essa discendeva dalla ragione e provarne l'esistenza nello stato di natura.

Questo diritto naturale individualistico del razionalismo deve la sua importanza nella storia del mondo non alle sue assurdità, ma ai suoi fini morali e politico-economici, promossi alla dignità di cosa giusta per natura e in modo speciale valutati proprio dallo spirito del XVIII secolo. Tale diritto naturale non ha soltanto, con la sua critica sociale, spezzato le rigide e vecchie forme del diritto feudale e corporativo, per sostituirle con la legislazione riformatrice degli assolutisti illuminati [Federico il Grande, Giuseppe II], come dimostrano gli autori di questa legislazione, che hanno insegnato e vissuto sotto l'influenza di questo diritto naturale. Esso non ha solo spezzato queste forze in modo rivoluzionario [come hanno fatto i Giacobini francesi, esaltati dalle teorie di Rousseau], ma ha ancora preservato da una definitiva rovina, prestando ad essa lo splendore del giusto per natura, qualche antica e preziosa nozione giuridica nazionale. [Per dare un esempio, Thomasius rigettò il testamento libero ammesso dal diritto Romano e vi oppose, come di diritto naturale, il regime di successione del diritto germanico basato sulla parentela del sangue]. Questo diritto naturale in unione all'Illuminismo, ha eliminato nuovamente la fede superstiziosa nei demoni, che, dal declino del Medio Evo, era penetrata, tutto devastando, nella vita giuridica [follia delle streghe]; esso ha anche sottratto alla pratica della tortura la sua giustificazione fondata nella credenza superstiziosa nei demoni e nel preteso «possesso» del colpevole da parte del demonio. Esso ha anche, in Germania mediante riforme, in Francia per via rivoluzionaria, tenuto alti i diritti dell'uomo e del cittadino contro un assolutismo personale dei principi che tutto opprimeva e ha contribuito così a far prevalere di nuovo l'idea dello Stato di diritto; d'altra parte, non si deve misconoscere che esso ha giustificato lo Stato di polizia del dispotismo illuminato, sottoponendo i cittadini alla sua tutela o addirittura alle sue vessazioni.

Ma d'altro lato, separando il diritto dalla morale, assegnando allo Stato la sola competenza del diritto e all'individuo quella della morale, esso ha cooperato in maniera decisiva alla repressione dello Stato di polizia. Lo Stato non deve curarsi della morale dei «cittadini», la quale è un fatto tutto interiore; ma una delle conseguenze di questa dottrina fu fra le altre, non soltanto il trionfo, in questo secolo moralizzatore, della tolleranza civile in materia religiosa, ma ancor più, il trionfo dello Stato di diritto liberale sullo «Stato educatore» totalitario, come mostrano le commissioni per la moralità di Maria Teresa. E in effetti, premesso che la Chiesa come comunità libera e ordinata ad attendere essenzialmente alla fede e alla moralità manchi o non sia più riconosciuta, l'identificazione della morale e del diritto porta facilmente a uno Stato che non rispetta più la sfera intima della persona giunta alla sua maggioranza morale né quella del suo fine e della sua essenza che trascendono lo Stato.

Si comprende così perché il diritto naturale razionalistico, una volta che abbia raggiunto i suoi fini nella vita politica e nel diritto positivo, abbia perduto sempre più la sua importanza. È tuttavia singolare ed insieme una rivincita per il tradimento alla tradizione che questo diritto naturale aveva commesso, il fatto che, durante tutto il XIX secolo, il diritto naturale razionalistico valse per la scienza laica come il diritto naturale per eccellenza e che perciò la lotta contro di esso è considerata come una lotta contro *il* diritto naturale, mediante la quale la marcia trionfale del positivismo ormai avanzante, si conquistò degli allori ohimè troppo facili, dato che egli fu sì, è vero, in grado di combattere questa forma storica di una filosofia del diritto, che si qualificava come giusnaturalistica, ma non l'idea stessa del diritto naturale. Questa fu portata vittoriosamente dalla *philosophia perennis* anche attraverso i secoli fanatici dal culto della ragione deduttiva; essa cercò, ogni volta che nella storia il problema fu posto, una nuova affermazione, sino a che finalmente, con la decadenza del positivismo, con il risorgere della metafisica e con il crollo dello spirito del XIX secolo, poté riapparire rinnovata sulla scena. Riapparve invero non in via assoluta - perché il diritto naturale lo si era sempre coltivato nel seno della *philosophia perennis*, all'ombra della teologia morale e della metafisica - ma tuttavia tornò anche nel campo della scienza giuridica, dal quale il positivismo aveva tentato di metterla al bando.

## V

### L'ALLONTANAMENTO DAL DIRITTO NATURALE

Gli attacchi contro il diritto naturale vennero principalmente da due direzioni. Anzitutto da scettici e agnostici come Hume o da utilitaristi come Geremia Bentham e dai loro scolari; in secondo luogo dai capi del

movimento romantico che nella loro avversione per il razionalismo e la rivoluzione, non distinsero purtroppo con sufficiente acutezza fra l'antico diritto e il diritto naturale. Essi ebbero inoltre un'idea molto scettica della forza della ragione preferendo perciò appoggiarsi alla filosofia del tradizionalismo.

A entrambe le correnti così è comune, benché per motivi diversi, una decisa sfiducia nella capacità e nella potenza della ragione individuale umana. La sfiducia si spiega come una risoluta reazione contro la sopravvalutazione eccessiva di questa ragione individuale nell'era del razionalismo. Per entrambe le correnti il diritto e la legge non sono l'effetto di una chiara deduzione razionale da principi evidenti. Essi non sono una deduzione, che la ragione sia in grado di costruire, procedendo da assiomi *more geometrico*, come tentò Spinoza. Al contrario: legge e diritto sono il risultato dell'esperienza di ciò che si dimostra utile all'interesse individuale e si consolida poi in rapporti convenzionali. Hume insiste di continuo nel dire che la ragione è la schiava delle passioni e che l'uomo perciò viene dominato dalle passioni e non, come deve sostenere il razionalismo, dalla ragione. Similmente la filosofia romantica del diritto, insiste nel dire che legge e diritto sono la creazione dello «spirito popolare», che agisce in modo irrazionale e si realizza nel diritto consuetudinario. Il diritto come consuetudine veneranda per la sua antichità, cresce come organismo dal misterioso sottofondo dello spirito popolare e non è affatto una creazione consapevole della ragione. Il diritto non viene prodotto dunque dal legislatore del razionalismo, che lavori con la chiarezza razionale della sua cosciente deliberazione, e nemmeno dalla volontà dello Stato che, informato dal pensiero logico astratto, dia al diritto naturale la forma della positività. Il diritto è piuttosto il risultato storico, lentamente crescente, prodotto quasi inconsapevolmente dallo spirito di ogni singolo popolo. Il diritto non viene consciamente prodotto, esso si forma.

Queste due direzioni portano naturalmente al rigetto del diritto naturale. Tuttavia sono entrambe considerevolmente diverse. La corrente scettico-agnostica dell'utilitarismo cercò addirittura di dissolvere criticamente in modo completo e definitivo l'idea di qualsiasi diritto naturale. La teoria del diritto romantico invece diresse i suoi attacchi soprattutto e in primo luogo contro il pensiero astratto storico del razionalismo, contro questa passionale mania della deduzione, la quale, in modo astrattamente logico, voleva costruire, con precisione quasi matematica, tutto il diritto positivo dal diritto naturale, respingendo il diritto formatosi storicamente. Questa dottrina romantica del diritto divenne antirivoluzionaria, perché gli eccessi della rivoluzione sembravano venir giustificati partendo dal diritto naturale razionalistico,

perché sembrava loro che valesse ancora soltanto un diritto pressoché anarchico, non un legame con l'ordine, soltanto un diritto soggettivo, non un ordine normativo oggettivo. Così la dottrina giuridica del romanticismo fu, è vero, nemica del diritto naturale razionalistico, così come lo fu praticamente quella scettico-agnostica, ma essa non fu antimetafisica come quest'ultima.

Fu già accennato al fatto che i concetti, che in seguito dovevano spezzare la potenza dell'idea del diritto naturale su gli spiriti, sono già presenti implicitamente nell'empirismo di Locke. Anche Locke era già scettico nei riguardi della forza dell'umana ragione, benché la sua sfiducia venisse per così dire neutralizzata dalla sua grande fede nella comune ragione pratica. Fu anche accennato al fatto che il razionalismo cartesiano, col suo concetto «angelico» dell'intelletto umano, avrebbe portato alla caduta dell'angelo nel sensualismo relativistico. Nella filosofia di David Hume queste due possibilità divengono realtà. «La ragione [*reason*] è - e deve anche essere - soltanto la schiava delle passioni; essa non può avere mai altro compito che di servire e di obbedire». La ragione fallisce in noi, ma soltanto affinché la natura stessa - ragione e natura sono ora concepite come antitetiche e questa natura, cioè le passioni irrazionali e in nessun modo la ragione, sono l'elemento dominante nell'uomo - subentri al suo posto. La critica dissolvitrice di Hume non lascia intatto alcun altro metodo, con cui noi possiamo stabilire, ciò che in questi impulsi irrazionali, e negli atti in cui essi ricevono forma, è buono o cattivo in sé. Quali che siano i principii morali, che guidano le nostre azioni, essi non si basano sulla verità oggettiva e sulla ragione. Propriamente anzi non vi sono dei principii morali. Quelli che noi chiamiamo così, sono unicamente dei simboli per sentimenti di piacere e di disgusto. Ciò che le filosofie precedenti chiamavano diritto naturale, non è in realtà che una espressione convenzionale dei sentimenti morali di approvazione o disapprovazione. La moralità di una libera azione non è perciò determinata dalla pura conformità alla ragione, bensì da un semplice sentimento di approvazione di fatto. La moralità è determinata da questo sentimento. Conseguentemente Hume definisce virtù qualche cosa che suscita nello spettatore questo piacevole sentimento di approvazione, mentre il vizio è determinato dal sentimento di disapprovazione. Il fondamento di questi sentimenti non è una conformità, riconosciuta intellettualmente, degli atti morali con principii obiettivi. Il riconoscere tale conformità presuppone una forza conoscitiva dell'intelletto, che Hume, nella sua teoria della conoscenza, nega allo spirito umano. Come unica spiegazione e come fondamento di questi sentimenti morali rimane allora l'utilità di una azione in ordine alle necessità umane e la ripetuta esperienza di questa utilità. Di conseguenza il sentimento di approvazione è un segno che l'azione approvata è direttamente utile all'interesse individuale dei singoli,

oppure indirettamente utile per la conservazione della società come condizione della realizzazione dell'interesse individuale, il quale solo è alla fin fine quello che importa. Dalla ripetuta esperienza che testimonia sempre nuovamente questa utilità di una azione, sorgono presunzioni e criteri di misura per il modo di reagire e di fissarsi in abitudine [*Habitus*].

La legge morale non è perciò oggettiva né essa è un vero principio; nemmeno la qualità dell'utilità delle azioni è una qualità oggettiva. La legge morale non è che un nome per alcune regole convenzionali socialmente concordate, le quali, in quanto l'esperienza sia stata finora sufficiente, servono ai bisogni e agli istinti umani, ma che dovranno tuttavia venir rettificati attraverso altre esperienze nel futuro. Così la legge morale ha il suo fondamento non nella natura intelligibile, ragionevole e sociale dell'uomo; essa non poggia su verità eterne immutabili, che a lor volta siano fondate sull'ordine ontologico meta fisico della creazione. Hume rigetta la teoria fondamentale per cui essere, verità e bontà sono in sé l'una con l'altra concordi [*ens et verum et bonum convertuntur*]. Per Hume l'essere non può apparire come il vero, poiché l'intelletto non ha alcun accesso alle essenze delle cose. Ma poi anche l'essere non può, in quanto appare alla ragione teoretica come il vero, apparire di fronte alla ragione pratica e poi di fronte alla volontà, come il bene che deve essere realizzato. Delle regole convenzionali non possono naturalmente aspirare, come tali, ad alcuna validità intrinseca; e la pura utilità, a prescindere dal suo significato fortemente soggettivo, è una qualità che si trasforma a seconda delle circostanze sociali ed economico-politiche, come pure a seconda delle accidentali e più o meno arbitrarie concezioni circa i bisogni umani.

Come risultato di queste argomentazioni, rimane ancora soltanto il positivismo empirico. Il buono, il giusto è ciò che di puro fatto qui ed ora appare utile all'interesse individuale nel quadro della società e nel contempo indirettamente anche alla società stessa. La società sviluppa in parte attraverso la sua esistenza, in parte attraverso una cosciente educazione, una linea di condotta sociale, che tiene conto del bene comune; tuttavia questo non è in fondo alcun vero valore in sé, ma si tratta soltanto di un simbolo nominalistico per l'unica cosa reale, la somma degli interessi individuali.

La «*Destruction*» del diritto naturale per opera di Hume fu tuttavia nel mondo anglosassone di più scarsa importanza per la sopravvivenza del diritto naturale nella giurisprudenza, di quello che ci si poteva aspettare. Questo fatto sorprendente poggia sulla tradizione e sull'atteggiamento spirituale della Common Law, nella quale sono rimasti intatti i principii fondamentali del diritto naturale e della equità, come erano stati assimilati

nel Medio Evo, grazie a Henry de Bracton e John Fortescue. Per lungo tempo il diritto naturale rimase, sebbene in epoche più moderne interpretato individualisticamente, la norma critica per il giudice «regio» della Common Law. Come il pretore romano che giudicava sotto l'influsso dei giureconsulti orientati filosoficamente e secondo i loro *Responsa* e così facendo superava il crudo e aspro formalismo del diritto civile mediante l'equità e il diritto naturale degli stoici, pure il pensiero giusnaturalistico del giudice della Common Law superò anche il formalismo della più antica Common Law. Si aggiunga che le deliberazioni dei cosiddetti «tribunali cristiani», cioè i tribunali ecclesiastici che fino al XIX secolo avevano una vasta giurisdizione, formavano, usando essi il diritto canonico imbevuto di diritto naturale, per così dire dei recipienti, in cui poteva venir tramandato il diritto naturale medesimo. Per vero, la riforma portò con sé il pericolo, che il crescente cesaro-papismo del re potesse sboccare in un assolutismo bizantino. Allora, secondo la dottrina giuridica bizantina, il sovrano sarebbe stato come *lex viva* al di sopra e non, come era stato fino allora, al di sotto della legge e così sarebbe stata spezzata la supremazia del diritto naturale. La tradizione cristiana del diritto naturale si dimostrò tuttavia più forte e i giudici rimasero fedeli al principio della supremazia di quello, sempre di nuovo confermando che le leggi positive che contraddicano al diritto naturale sono nulle e prive di valore. Questa supremazia del diritto naturale, nemica di ogni arbitrario potere dello Stato e di ogni potere illimitato del legislatore, trovò ne' nuovo mondo un ambiente sociale - culturale particolarmente favorevole. La Corte Suprema degli Stati Uniti s'è attenuta saldamente, malgrado alcune intrusioni di pensiero positivista, al diritto naturale, anche se spesso interpretato troppo individualisticamente.

L'altro attacco contro il diritto naturale venne da parte del movimento romantico attraverso la scuola storica del diritto. Il genio della scienza del diritto, esaurito dalle astrazioni troppo sottili del diritto naturale cosmopolitico, disincantato e scosso dalle declamazioni patetiche e dalle crudeli sentenze, sovvertitrici del diritto, dei sanguinari tribunali della rivoluzione, inchinò ora verso la vita traboccante della coscienza giuridica fiorente allora nello spirito del popolo e si sprofondò nella potenza, veramente antirivoluzionaria, della storicità; spinto un tempo dalla orgogliosa ragione dell'età illuministica, ora seguì il pensiero conservatore del romanticismo. La scuola storica del diritto non è ancora positivismo, benché essa si atteggi ad avversaria del diritto naturale. Ciò è stato abbastanza chiaramente dimostrato dalla sagace indagine sul diritto naturale di Karl Bergbohm. Ma ciò che Bergbohm [e molti altri con lui] non hanno veduto - è che la scuola storica si volgeva solo contro il diritto naturale individualistico. L'errore è dovuto oltre che alla passione



antimetafisica del XIX secolo al suo declino, alla completa ignoranza delle grandi tradizioni dell'Occidente sul diritto naturale. La scienza del diritto si sprofonda con amore nel passato dei popoli, specialmente in quello del proprio popolo. «Il mondo variopinto delle forme giuridiche, proprio come la lingua, l'arte, il costume, si sviluppa non in forza di una riflessione naturale e voluta, o in virtù di un ragionamento utilitario, ma scaturisce dalla comune convinzione di un popolo, dal sentimento comune di una necessità interna, sentimento che esclude ogni idea di una origine fortuita ed arbitraria» [Savigny]. Lo Stato non genera il diritto, ma deve solamente formularlo, come il giudice popolare dei tempi passati trovava già presente un diritto e non faceva che applicarlo. Il diritto è la coscienza giuridica e il suo contenuto. Il diritto è la volontà comune dei soggetti. La sorgente del diritto umano o naturale, della convinzione giuridica, è lo spirito nazionale. Quindi appunto il diritto di ogni popolo, come la sua lingua, è differente dal diritto degli altri popoli. «Perciò al popolo tedesco corrisponde un diritto tedesco» [Puchta]. Nell'interno del diritto esistono dei provincialismi precisamente come nella lingua. Il diritto consuetudinario è così la forma primitiva del diritto, che nasce dal «misterioso laboratorio» dello spirito nazionale. Il diritto non sorge soltanto in grazia dello Stato; quest'ultimo presuppone piuttosto una coscienza giuridica, un diritto, anche se lo Stato ne è il complemento necessario. La scuola storica riconosce così tre fonti del diritto: la consuetudine, il diritto positivo promulgato e la scienza giuridica, che porta il diritto, per così dire, attraverso la via della giurisprudenza, alla coscienza. Queste diverse fonti scaturiscono anche, secondo l'opinione della scuola storica, in ordine cronologico. Il primo a comparire è il diritto consuetudinario, che del resto in quanto coscienza giuridica della comunità rappresenta in certo qual modo la forma più elevata del diritto. Con il progresso della civiltà, con la presa di coscienza da parte dello Stato della sua propria missione giuridica, questo regola, per mezzo della legislazione, i diversi aspetti della vita. Solo da ultimo viene la scienza, che raccoglie gli elementi del diritto consuetudinario, interpreta il diritto positivo, stabilisce, con la classe dei giuristi, la concordanza tra il primo e il secondo. Così la scuola storica afferma anche una sorta di gerarchia tra queste tre fonti del diritto. Alla sommità si trova il diritto consuetudinario, che è valido nella nazione prima ancora della legislazione statale; lo Stato non crea un diritto nuovo, estraneo alla nazione, ma decide ciò che, nei casi di dubbio, deve essere considerato come volontà generale, per conformarvisi egli stesso. La scienza però fa prendere coscienza di principii giuridici, che si trovano, per così dire, nascosti come elementi fondamentali nella moltitudine delle concrete ed evidenti regole giuridiche osservate dai sudditi e nelle leggi dello Stato. Questo diritto dei giuristi è il meno importante dei tre, perché esso è troppo esposto al pericolo di diventare astratto. Perciò il genio giuridico, come il genio

legislativo, debbono andare a cercare il diritto là ove esso vive *par excellence*, cioè a dire nella coscienza giuridica generale della nazione; e ivi deve essere *trovato*; esso non può essere derivato, per mezzo di astrazione e di deduzione razionale, da vuoti principii, perché esso ha *un* solo principio: le oscure profondità dello spirito popolare.

La scuola storica non conosce dunque che diritto positivo. «Non vi è altro diritto che il positivo». Ciò che sta alla base del concetto di «diritto naturale», sono appunto queste idee e questi precetti dell'ordine del mondo stabilito da Dio, le idee giuridiche. Ma queste non hanno né la precisione richiesta dal diritto né la sua forza coattiva. Esse sono dei principii di determinazione per il progresso delle strutture collettive, non delle norme già in vigore della collettività stessa. Esistono perciò certamente delle esigenze razionali nei confronti del diritto, ma non un diritto razionale [Stahl, il filosofo della scuola storica]. Ecco perché, «la società umana, chiamata a dare la forma precisa alla idea del diritto, alla libertà, può anche rovesciarla al suo opposto, prescrivere qualche cosa di contrario alla giustizia e alla ragione, ed anche in questo aspetto contrario alle leggi di Dio, il diritto conserva il suo prestigioso carattere obbligatorio. Questo carattere è senza dubbio ordine universale stabilito da Dio, ma la sua sede è il diritto positivo esistente, il quale può entrare in contraddizione con l'ordine del mondo stabilito da Dio» [Stahl].

Ciò costituiva la prima reazione dello spirito positivista contro il diritto naturale individualista, ma particolarmente e secondo la intenzione di esso, contro l'idea stessa del diritto naturale. «Infatti i principii supremi intorno alla forza obbligatoria del diritto positivo, nel senso che si debba obbedienza all'autorità o se vi sia un limite a questa obbedienza e quale, se sia ammissibile una resistenza attiva, tutto ciò è al di sopra del diritto positivo. Tuttavia ciò non è questione di diritto naturale, ma appartiene alla morale e di conseguenza ciascuno deve giudicare secondo la sua coscienza davanti a Dio come debba comportarsi al riguardo» [Stahl].

Dal punto di vista della struttura tutto ciò è ancora simile alla speculazione del diritto razionale: il diritto superiore della consuetudine, come norma superiore non data dallo Stato, ma dominante prima di esso e su di esso, e d'altra parte il diritto scritto, quello dei giuristi, che prende la sua norma dal diritto consuetudinario. Almeno quanto a obbligatorietà; la scuola storica in effetti, conforme al suo atteggiamento conservatore, antirivoluzionario come tutto il romanticismo, davanti al problema fondamentale della collisione del diritto positivo col diritto naturale, o, rispettivamente, come lo chiamava Stahl, con la morale, non aveva altra risposta da dare se non questa: «Ai sudditi, individui o collettività, non è consentito, basandosi sul diritto naturale, porsi contro il diritto positivo,

ciò sarebbe un atto abusivo rivoluzionario». Del resto il diritto consuetudinario sta al diritto scritto dello Stato come il diritto naturale conservatore dello stato di natura sta al diritto scritto del principe, ad esempio in Chr. Wolff; solo che il diritto consuetudinario - ed è questa la differenza decisiva - era un diritto storicamente valido e non un diritto astratto dedotto da principii astratti. Il romanticismo storicista dell'epoca antirivoluzionaria non aveva più bisogno di un tale diritto naturale, perché esso non si sentiva alcuna vocazione legislatrice, come invece l'epoca, avida di riforme, dei giuristi razionalisti.

Un'altra cosa ancora sorprende. Anche per la scuola storica la *lex aeterna* non è una norma propriamente obbligatoria - altrettanto che per Occam; e come quest'ultimo discute il problema, se Dio può [volendolo] obbligare l'uomo ad odiarlo, del pari Stahl insegna che anche la legge positiva che sia contraria a Dio, obbliga ugualmente. Legge è anche per questa scuola, malgrado la metafisica storicista dello spirito nazionale, piuttosto volontà che ragione o più esattamente, più un prodotto della spinta vitale irrazionale nel divenire storico, delle necessità storiche e della forza spirituale, incoscientemente operante, della nazione, che un prodotto della illuminata e fredda ragione fuori della storia. La scuola storica è positivista, tuttavia essa non nega la giustizia, ma la assegna alla filosofia morale. La sua intenzione era di contrapporre alle istanze, presentate nella veste del diritto naturale, dei pubblicisti rivoluzionari e dei giuristi riformatori, portati a tutto codificare, invece del diritto naturale eterno e immutabile col suo pathos cosmopolitico e illuministico, la variopinta ricchezza del diritto nazionale positivo - storico. Essa non poteva e non voleva contestare la giustificazione in linea di principio del giudizio etico sul diritto storico esistente. Stahl dice espressamente: «Ciò che è alla base dell'idea di "un *diritto naturale*", sono precisamente quelle idee e quei precetti dell'ordine del mondo stabilito da Dio, le idee *del diritto*». Ed egli assegna alla filosofia del diritto la conoscenza del giusto che sia valido indipendentemente da ogni riconoscimento.

Non v'è dunque da meravigliarsi, che dal medesimo spirito del romanticismo ben presto e malgrado l'opposizione della scuola storica, il diritto naturale rinasca sotto una forma purificata, per essere relegato dapprima, col trionfo dell'empirismo e del pensiero scientifico naturalistico e antimetafisico, nel campo della filosofia morale cattolica, e nella cerchia dei seguaci della *philosophia perennis*, ma poi per ricomparire ben presto.

Così dunque durante tutto il XIX secolo la nozione del diritto naturale rimane viva. È vero tuttavia che l'aperta professione di esso già nell'uso del nome non appare più in primo piano. Ma i sistemi del diritto filosofico, del diritto concettuale o diritto puro, del diritto in sé insomma,

sono significativi per ciò che concerne la forza vitale dell'idea di diritto naturale. Questi stessi sistemi sono significativi anche per il fatto che il XIX secolo spesso non conosce, da Pufendorf in poi, se non il diritto naturale individualistico, precisamente quello dell'idealismo tedesco e quello formulato da Kant, mentre il diritto naturale e la filosofia del diritto del passato erano loro totalmente sconosciuti, a parte alcune formule stereotipate, ripetute a sazietà e vuote d'ogni senso, staccate come erano dal loro contesto. Questo stupefacente impoverimento della tradizione limitata al XVII secolo, ha avuto -un effetto del tutto negativo. Jhering la deplora più di ogni altro. Come è noto, egli afferma, tra gravi rimproveri alla filosofia contemporanea, che egli non avrebbe mai scritto il suo libro «Il fine nel diritto», se avesse conosciuto la filosofia del passato, quella soprattutto di Tommaso d'Aquino; perché nelle opere di questo grande pensatore vi è, com'egli dice, espresso nel modo più perfetto, tutto ciò che egli stesso aveva voluto esporre nella sua opera.

Tuttavia noi riteniamo che se questa epoca, fin circa al trionfo delle scienze della natura ed ancor prima già nel materialismo storico, si vergognò non di rado del nome di diritto naturale, essa non ne misconobbe tuttavia la sostanza, cioè a dire un vero diritto che sta prima e al di sopra del diritto positivo. Non è senza interesse il fatto che questa idea fu sostenuta in particolare nella scienza del diritto penale. Che assassinio, omicidio, spergiuro, furto, adulterio siano infrazioni al diritto unicamente *perché* la legge positiva ha così stabilito, è certamente cosa ben più difficile da sostenere, che per esempio il fatto che la forma scritta sia richiesta per la validità di una promessa di donazione, o ancora che, data la necessità della forma scritta per la validità del testamento [in deroga alla successione legittima], ciò sia diritto solo perché la legge positiva lo impone. No, la legge positiva proibisce quei delitti stabilendo per essi le pene più gravi, perché sono ingiusti in sé e perché nessuna convenzione, nessun decreto li potrebbe rendere leciti. La nozione del diritto naturale fu nello stesso modo utilizzata nel diritto internazionale. Anche qui era un fatto che le leggi che reggono la comunità dei popoli non si componevano solamente di diritto positivo e che, d'altra parte, anche una pratica effettiva e concreta, come tale, non bastava. Soprattutto i primi principii del diritto internazionale, per esempio i tanto celebrati diritti fondamentali degli Stati, sono regole giuridiche, non perché un qualsiasi Congresso di Stati abbia così deciso, oppure in virtù di una pratica esistente - la storia politica dimostra che questa pratica è molto spesso contraddetta -, ma perché anche qui la coscienza del diritto si oppone con una forza irresistibile ad ogni tentativo di erigere la forza in diritto.

Una seconda ragione per questo sopravvivere del diritto naturale sotto la maschera di un diritto puro ed assoluto, è la circostanza che la separazione iniziata da Thomasius e da Kant della morale dal diritto non era feconda. La funzione prima del diritto naturale, cioè a dire il mantenimento della *morale nel diritto*, si fa strada sempre più anche in quest'epoca. Che essa non avesse una così grande importanza fuori del campo giuridico, si spiega facilmente con il fatto che le grandi codificazioni dell'inizio del XIX secolo avevano, quasi senza eccezione e in termini espliciti, accolto in norme generali i principi giuridici morali, anzi «naturali» e perciò la moralità era incorporata nel diritto.

Ma il diritto naturale si è mantenuto fino agli ultimi decenni del XIX secolo, anche al di fuori della dottrina cristiana del diritto naturale, vivente sul terreno nativo di una grande tradizione; e fu insegnato ad esempio dal seguace di Aristotele Trendelenburg, in un assai apprezzato diritto naturale a fondamento etico.

Ma è nella *philosophia perennis* che la tradizione del diritto naturale persistette intatta attraverso tutti i secoli. È vero che questa tradizione fu, già da Pufendorf e da Thomasius, fatta oggetto di disprezzo. Cosa che si comprende benissimo, perché quelli che erano ad essa fedeli avevano denunciato, già nel XVII secolo, l'estremo razionalismo di Pufendorf e di altri, come più tardi e all'epoca delle rivoluzioni essi combatterono la dinamica rivoluzionaria dell'individualismo. Essi si trovarono sul fronte della battaglia quando la teoria che il fatto crea il diritto si fece di nuovo strada nella vita internazionale.

Il Sillabo di Pio IX condannò le proposizioni seguenti [56 e 59]; «Le leggi dei costumi non abbisognano della sanzione divina, né fa di mestieri che le leggi umane siano conformi al diritto di natura, o ricevano da Dio la forza di obbligare» e «Il diritto consiste nel fatto materiale, e tutti i doveri degli uomini sono un nome vano e tutti i fatti umani hanno forza di diritto» [*Allocutio Maxima quidem* del 9 giugno 1862]. «Lo Stato, come quello che è origine e fonte di tutti i diritti, gode un certo suo diritto del tutto illimitato» [Tesi 39]. Insieme alla rinascita della filosofia tomistica sotto Leone XIII, sorse perciò un rinnovamento degli studi di diritto naturale in connessione con la filosofia morale, grazie al quale si vide comparire un numero considerevole di importanti esposizioni sintetiche sotto titoli come: «*Institutiones iuris naturalis*». Leone XIII stesso, nelle sue encicliche sulla teoria dello Stato e sulla questione sociale dette un esempio eloquente della forza dell'idea del diritto naturale, la quale proprio da allora in poi fu esposta, entro il campo della giurisprudenza, ai più violenti attacchi del positivismo.

Il diritto naturale provò del pari la sua meravigliosa fecondità nella costruzione della teoria sociale cristiana, e non meno nella fondazione della politica sociale cristiana. Proprio le encicliche sociali di Leone XIII e di Pio XI [*Rerum novarum* e *Quadragesimo anno*] sono importanti testimonianze di ciò; del pari una grande prova della vitalità di questo diritto naturale cristiano sono oltre a queste encicliche e alla trattazione della questione sociale, condotta in numerosi scritti, in parte assolutamente fondamentali, la definitiva discriminazione nei confronti di quella specie di cristallizzazione del diritto naturale individualistico che è il liberalismo individualistico, basato unicamente sull'economia. In istrettissimo rapporto con tutto ciò sta ancora lo sviluppo della cosiddetta dottrina di diritto naturale dello Stato e la giustificazione della sociologia fondata nella metafisica sociale, la quale era sistematicamente tramandata e provveduta di basi nella dottrina del diritto naturale; entrambi ricevono la conferma più viva dall'opera cui il gesuita Heinrich Pesch dedicò la sua vita, come pure dal ruolo importante che assume la dottrina del diritto naturale nella politica di riforma sociale, teorica e pratica, proposta dal movimento cattolico-sociale e nella sua elaborazione letteraria.

## VI. LA VITTORIA DEL POSITIVISMO

L'assalto del positivismo avvenne da più lati e in direzioni per così dire convergenti; prima da parte dell'empirismo naturalistico, il quale mancava assolutamente di senso per ciò che è normativo; indi il positivismo fu sostenuto dal conflitto che esisteva fra la morale e la sociologia; in terzo luogo esso fu favorito dal materialismo filosofico e storico, precisamente nel momento in cui nella «caduta dei titani» della filosofia tedesca, anche la forza dell'idealismo tedesco stesso, dopo Schelling e Hegel, e malgrado i post-kantiani, veniva spezzata [Feuerbach, Marx].

L'empirismo nella teoria della conoscenza, empirismo che respinge la metafisica come impossibile [agnosticismo], dopo aver trionfato nelle scienze della natura, ritenne del pari di essere il solo vero metodo anche nelle cosiddette scienze della cultura. Esso si affermò nella filosofia del diritto nella misura in cui la scuola storica, che fu sotto questo aspetto in qualche modo la sua precorritrice, rinunciava sempre più, sull'esempio di Kant, ad ogni rapporto tra diritto e morale. «Una esatta analisi del diritto vigente, sia nel passato, che nel presente: questa è la sola via per giungere alla vera conoscenza» [K. Binding]. La filosofia del diritto deve dunque non solo venir basata sulla sola esperienza esterna, ma anche essere limitata a questa soltanto. Anche la sola intenzione di oltrepassare questi limiti è respinta come «metafisica». Ma la filosofia del diritto significa

pure conoscenza dei principii ultimi e supremi del diritto, dunque della sua essenza, della sua «natura», dell'origine del suo carattere obbligatorio, della differenza intrinseca tra giusto ed ingiusto. L'esperienza, da sola, non può nulla insegnarci a questo proposito; tutto ciò che essa ci può dire è che questa o quella legge è stata emanata dagli organi costituzionali legittimi, che questa cosa o quell'altra furono riconosciute a un dato momento come diritto, mentre tuttavia ogni conoscenza vuol sapere qualcosa di più: vuol sapere perché, in ultima analisi, questo diritto era precisamente «diritto», perché questa legge ha potuto divenire obbligatoria in coscienza. Non bisogna allora meravigliarsi del fatto che l'empirismo abbia condotto non solo al relativismo, ma anche allo scetticismo. Non vi è nessun «diritto» come idea eterna. Esistono solo dei diritti positivi, che non si possono riconoscere, ma solo apprendere. *L'ignoramus-ignorabimus* delle scienze della natura si estende anche alla filosofia del diritto. La volontà dello Stato, la volontà formale della collettività dei soggetti del diritto è la fonte e il criterio-guida del diritto. La questione ulteriore di sapere per qual motivo la volontà, in ultima analisi, voglia proprio questa norma, è spiegata dalla sociologia, partendo dal meccanismo delle influenze dell'ambiente, dalla lotta degli interessi, e il materialismo storico riduce addirittura il diritto a puro riflesso dei modi di produzione e delle lotte di classe, rispettivamente a loro linea di demarcazione.

Per essere giusti, bisogna dunque distinguere due forme di positivismo: il positivismo come conseguenza di una limitazione empirica, come metodo; e il positivismo come «concezione del mondo», la cui forma estrema è il materialismo, sia metafisico [Feuerbach, Buchner, Haeckel], sia storico-economico [Marx]. La seconda forma ha svolto di gran lunga il ruolo più importante.

Il positivismo come metodo era presente già nella Scuola storica. Esso si sviluppò col trionfo del pensiero naturalistico. Questo divenne, come già era stato per il matematicismo deduttivo del razionalismo, ove la morale e il diritto dovevano essere concepiti *more geometrico*, il modello metodologico valido per ogni pensiero scientifico. Ciò che vi è di essenziale è la priorità dell'empiria, l'esperienza del singolo fatto concreto e il limitarsi ad essa. Dal punto di vista del metodo giuridico vale ed esiste solo la norma positiva. Tutto ciò che ancora può esistere, essendo diritto non immediatamente sperimentabile, è appunto morale, non diritto. E ciò fu per così dire inoffensivo, fino a che la «filosofia morale» non divenne essa stessa positivista. Ma quando anche ciò fu avvenuto, dal positivismo di metodo, che relegava il diritto naturale nello sfondo della morale, ebbe origine o una visione del mondo di osservanza materialistica, oppure [parlando da un punto di vista speculativo-

metafisico] uno scetticismo rinunciatario, che in un atteggiamento vicino all'ascetismo, si accontentava di raccogliere, di confrontare e di constatare; se addirittura esso non assegnò alla sociologia, scienza allora nascente, ciò che un tempo era assegnato alla morale, cercando così di liberarsi dalla responsabilità di dare una risposta a quello che è un problema dell'umanità, la giustificazione del diritto.

La dottrina giuridica del materialismo deve giungere al puro positivismo. Per il materialismo l'uomo non è che un animale più altamente evoluto; l'anima, un semplice concetto, molto comodo al pensiero quando si tratti di spiegare le molteplici funzioni del cervello, ma in nessun caso una sostanza immortale. Invece di un Dio personale, esso riconosce ed insegna una «forza eterna» impersonale, oppure l'eterno ciclo della materia che si evolve secondo la cieca necessità delle leggi della natura. Non v'è per conseguenza alcuna libera volontà e perciò alcuna moralità nel senso di Platone e di Aristotele, dei giuristi romani e di tutta la tradizione cristiana. Il diritto come idea, l'ordinamento della giustizia, sono cose o idee altrettanto poco reali quanto Dio, l'immortalità e la libera volontà. Il solo diritto positivo che esiste, cioè a dire il diritto coercitivo, - perché solo ciò che è effettivamente ottenuto con la coazione è diritto - è unicamente una creazione dello Stato. Ma lo Stato a sua volta, non è riconosciuto come persona morale collettiva, come fenomeno etico. È piuttosto esso stesso un prodotto necessario dell'evoluzione delle forze sociali, un prodotto, dice il materialismo storico, dei rapporti di produzione; è un prodotto naturale nel senso stretto della parola, ed esso è, così come è, nulla più di un problema della classe che di volta in volta detiene il potere. Ma il diritto positivo è «il limite che di volta in volta viene fissato al loro potere e al loro prestigio dagli stessi gruppi sociali, che entro lo Stato si trovano a lottare per quel potere e per quel prestigio» [Gumpłowicz, da cui sono prese anche le citazioni seguenti]. Questo limite si sposta continuamente; un ideale giuridico e morale comune non esiste. È il regno della legge del più forte di cui parlava già Calicle e alla quale egli dava, come più tardi Spinoza, il nome di «diritto naturale», perché consideravano la «natura» come il contrario dello «spirito». Non vi è dunque giustizia eterna; non vi è legge morale immutabile. Lo Stato - esso stesso solo prodotto della lotta delle classi sociali - è servitore della classe attualmente al potere, è il creatore della moralità e del diritto. È perciò che «l'ordinamento politico esistente è l'ordinamento etico di quel dato momento, e l'egoismo dello Stato ["prodotto, esso pure, della forza brutale"] è un elemento della moralità» ... «I beni supremi che l'uomo possiede, libertà, proprietà, famiglia, diritti personali, tutto egli deve allo Stato». Così dunque il diritto non è una norma autentica, esso non prescrive ciò che deve essere, ma è semplicemente un segno che indica fin dove si estende il potere, reale e psicologico, della classe dominante. Il



diritto esprime la realtà sociologica già presente. Questa è la forma estrema della scienza giuridica materialistica. La legge non è né ragione né volontà, ma semplice linea di demarcazione dei rapporti di forza sociali. Perciò la coazione effettiva, sia essa fisica o psichica, è necessariamente la caratteristica essenziale del diritto; il diritto è semplicemente ciò che si è effettivamente ottenuto con la coazione e non ciò che è coercibile. La scienza del diritto è un mezzo di espressione inesatto, improprio, ereditato da un'epoca metafisico - teologica, per la sociologia materialistica di una pura scienza empirica, la quale registra come la attuale costellazione politica dei gruppi nell'interno della società si comporti nella lotta per il dominio dell'apparato statale.

A questo positivismo materialistico sta di fronte un positivismo più moderato, che si presenta semplicemente come un diritto positivo avente lui solo forza giuridica obbligatoria, e che crede poter rinunciare a una filosofia del diritto e al problema dei fondamenti dell'obbligazione giuridica. Il diritto è la volontà dello Stato, espressamente dichiarato come tale, venuto in luce nella forma costituzionale e promulgato nelle forme dovute. Un altro criterio, per esempio una giustizia intrinseca o una liceità morale dell'atto prescritto dalla legge, non vengono accettati nella sfera del diritto stesso, cioè a dire nella sfera della creazione del diritto da parte dello Stato, della realizzazione del diritto da parte dell'Amministrazione e dei cittadini, dell'applicazione della legge da parte del giudice. Ciò viene sostenuto dalla cosiddetta teoria volontaristica, che s'è conquistata un seguito particolarmente grande nella dottrina dello Stato e del diritto internazionale e che ha trovato la sua espressione più forte nel concetto della sovranità assoluta dello Stato e nella personalità giuridica dello Stato; le quali erano ancora più grandi di quelle del principe assoluto, che pur si considerava ancora legato ad una legge naturale e ad una legge divina. Ma - se si osserva più esattamente - la teoria della sovranità secondo Hobbes ha trasformato gli Stati in un puro stato di natura sotto l'unica massima *conserva te ipsum*. Il diritto internazionale viene così a dipendere ad ogni momento dal suo effettivo riconoscimento o non riconoscimento da parte degli Stati, come teoricamente delle maggioranze costituzionali potrebbero decidere ogni cosa senza alcun limite. Il diritto non è dunque una vera norma *quodam rationis*, ma una semplice volontà di fatto in senso psicologico, senza dipendenza alcuna dall'essenza delle cose, da quella «natura della cosa», che L. von Baer, fedele in ciò alla tradizione dei magistrati anglo-sassoni, definì come base del diritto.

Queste idee possono provenire da uno stanco agnosticismo, che non ammette più una giustificazione metafisica del diritto. Esse possono anche sorgere da una forte prevenzione contro il razionalismo deduttivo del nuovo diritto naturale. Esse sono spesso anche l'effetto di una inimicizia,

nata da una tendenza conservatrice, contro le componenti rivoluzionarie del moderno diritto naturale e contro i pericoli che esse rappresentano per lo Stato - il valore animatore del quale e la cui alta dignità non hanno bisogno di altra giustificazione. Del pari più di una volta, queste teorie hanno per fondamento il tipico atteggiamento proprio dello spirito delle scienze della natura, cioè l'accontentarsi della pura e semplice constatazione del fatto presente, l'assidua ricerca di fatti reali, la idolatria della maestà dell'effettuale. Altri maestri del diritto si preoccupano a loro volta di mantenere il bene superiore della certezza giuridica; essi ritengono che un diritto, anche privo di valore, e la sua applicazione, cioè a dire la sicura aspettazione dei membri della comunità di poter contare con certezza su di un comportamento altrui ben determinato e, se del caso, imposto dalla coazione, sono più giovevoli al bene comune che le lacune del diritto positivo in nome del richiamo al diritto naturale e a principii morali, a proposito dei quali non esiste presso i membri della comunità, presso i giudici e i giuristi di professione, nessuna unità di opinione e di convinzione.

Con eccezione dei sunnominati agnostici, questi giuristi non negano affatto i valori della giustizia né la validità della legge morale. Ciò che gli antichi chiamavano diritto naturale è per essi legge morale. Ma essi escludono queste norme dal diritto, in quanto esse non siano contenute nel diritto positivo. Diritto e giustizia, diritto «retto», cioè giusto, non sono per loro cose identiche. Il legislatore, è vero, non deve emanare delle leggi ingiuste, ma se lo fa, queste leggi non sono per ciò meno diritto, e tale diritto non può esser ritenuto non coercitivo in virtù di un diritto naturale, ma in virtù soltanto dell'etica, cosa per cui ognuno se la sbrigherà con sé e con la propria coscienza. Il diritto naturale, come diritto vero accanto e al di sopra del diritto positivo - questo «dualismo del diritto» non è riconosciuto.

Il fondamento ultimo di questo positivismo moderato è la paralizzante coscienza dell'incoerenza della filosofia del XIX e degli inizi del XX secolo, incoerenza che si manifestò ugualmente nella filosofia morale e che fece divenire anche quest'ultima positivistica. Perché così si deve proprio definire una filosofia morale che, ad esempio con Paulsen, considera i costumi, come gli istinti, delle «convenienti regole di condotta nella soluzione dei diversi compiti della vita» o che, nella forma del pragmatismo, fa consistere il bene nell'utile perché conduce al successo, ed il male in ciò che nuoce perché conduce all'insuccesso [biologismo]. Questa filosofia non ha saputo distinguere l'etica materiale ed immutabile dalle morali positive, storiche, destinate a servire determinati interessi, come per esempio la morale della cavalleria, la morale borghese, la morale dei contadini. In queste condizioni, di fronte al relativismo

dell'etica e al rifiuto di ogni metafisica, non le rimaneva, in ciò che riguardava il diritto, che una sola possibilità: quella del positivismo rinunciatario.

La espansione speculativa dell'idealismo tedesco nella filosofia aveva ceduto ad una critica puramente formale della conoscenza, per la quale i contenuti del pensiero erano indifferenti e che giungeva sino a dubitare scetticamente della conoscenza scientifica del contenuto ideale. La Filosofia del diritto di Stahl, opera rappresentativa della Scuola Storica, apparve nel 1878, nella sua ultima [quinta] edizione; quella di Ahrens apparve, nella sua seconda [ultima] edizione nel 1860; il Diritto Naturale di Roeder apparve ugualmente, nella seconda [ultima] edizione nel 1860 e il già menzionato Diritto Naturale su base etica dell'aristotelico Trendelenburg nella sua ultima edizione nel 1866. Cosa degna ugualmente di nota è che verso la fine dello stesso secolo, il primo volume, riguardante la filosofia del diritto, della nota enciclopedia giuridica di Holzendorf, fu affidato ad A. Merkel, il primo rigido positivista. La filosofia del diritto, la dottrina teoretica del diritto naturale, diventa una scienza generale del diritto, una dottrina di generalizzazione e di comparatistica giuridica ametafisica, del tutto in armonia con lo sviluppo della filosofia.

Naturalmente il positivismo, come la scuola storica del diritto, con la sua unilaterale preferenza accordata al diritto consuetudinario e alla pura realtà storica, non poteva alla lunga soddisfare, in una scienza che ha da fare i conti col dovere morale e con determinate norme. Questo segno esteriore della volontà formale del legislatore non basta certo a risolvere la questione, che si ripresenta continuamente, della differenza intrinseca tra giusto ed ingiusto. «Per dimostrarsi fondati i precetti giuridici debbono riferirsi a un qualche criterio di misura». Inoltre «il problema di sapere se il diritto esistente sia conforme alla ragione, non può esser messo così semplicemente da parte» [Stammler]. Il diritto esistente di fatto, deve poter essere anche un diritto che *deve* essere. E la coscienza giuridica, tanto chiamata in causa, non è creatrice del diritto, ma una indicazione, che un determinato fatto è conosciuto e riconosciuto al tempo stesso come una cosa che deve essere.

È un'esperienza che sempre si ripete, che giammai si esita - anche quando non si è parte in causa e si è liberi da ogni movente d'interesse - a distinguere da una parte leggi buone e leggi cattive secondo il loro fine, e dall'altra leggi giuste e leggi ingiuste, però secondo un criterio interiore. Ma ciò è possibile solo se questo criterio interiore è il fondamento della qualità di giusto e di ingiusto. Così del pari il positivismo non si è mai affermato «puro», nemmeno nei paesi che fanno dipendere il giudice del

tutto dalla legge formale. Non solamente ripugna all'idea «del vero giudice» l'esser ridotto a una macchina automatica di sussunzioni, ma anche la legge positiva doveva e deve costantemente riferirsi alla moralità, a certe norme di diritto naturale, perché la premessa del positivismo, cioè l'assenza di lacune nel diritto positivo, non si verifica mai in pratica. Non solamente i codici si richiamano ai principii del diritto naturale [il Codice Civile Generale Austriaco; il Codice Civile di Baviera; il Codex Iuris Canonici], ma la legge stessa si richiama alla buona fede e al buon costume; e nel far ciò non ci si riferisce solo a semplici regole di convenienza, a ciò che vale come «decente» per una determinata epoca, o come morale sociale per una determinata classe; piuttosto vengono qui in questione e sono applicate le conclusioni e le determinazioni del diritto naturale. E non cambia nulla se per restar fedeli ai principii del positivismo, si dichiara che è proprio questo che il legislatore aveva voluto. Con ciò si presuppone non già il legislatore che esiste di fatto, ma un legislatore ideale, cioè a dire un legislatore che vuole il giusto.

«Ogni singola esperienza giuridica è chiaramente dipendente dal concetto generale di diritto, ma non viceversa. Il concetto di diritto non può essere dedotto a partire da esperienze particolari [per induzione o per confronto] perché queste non sono possibili che grazie a quello» [Stammler]. Il diritto esiste ancor prima dei giuristi e dei filosofi del diritto. Non sono essi che hanno creato il diritto, ma per contro è il diritto che è la premessa dell'esistenza di una categoria di giuristi e della filosofia del diritto.

Questa affermazione sembra rappresentare una piena vittoria del positivismo. Tuttavia per chi osservi in profondità è chiaro che non si tratta affatto di una vittoria totale e definitiva sul piano intellettuale, morale-giuridico e politico. La vittoria, così come essa appariva, era il risultato del costante svuotamento della metafisica e del progressivo «annacquamento» della tradizione cristiana per opera degli epigoni dell'idealismo tedesco e dei seguaci del «sensualismo» empiristico. Il risultato immediato di queste tendenze nella moderna vita scientifica, fu allora un relativismo agnostico, fosse esso segreto o apertamente riconosciuto, il cui fariseismo intellettuale si manifestava in un andare a caccia, a prima vista quasi ascetico e in ogni caso senza illusioni, di «fatti concreti» e il cui disprezzo per gli apporti dell'epoca teologica e metafisica si presentava arrogante e persino risibile.

Dove queste premesse del positivismo non esistevano, là continuava a vivere l'idea del diritto naturale, anche se spesso nascosta sotto l'attività scientifica delle scuole che via via succedevano l'una all'altra. Innegabilmente la maggior parte dei teorici del diritto nelle università e

certamente anche la maggioranza dei giuristi pratici ritenevano il diritto naturale come cosa superata, per tacere dei volgarizzatori delle continuamente mutevoli mode scientifiche. Tuttavia l'idea del diritto naturale trovò di nuovo un rifugio nella *philosophia perennis*, la quale, come già vedemmo, era stata sempre il suo asilo, quando le aule delle università laiche e delle scuole giuridiche statali le furono vietate. Inoltre l'idea del diritto naturale - senza i suoi paramenti accademici - sopravvisse nella sana ragione degli uomini, nelle anime della gente semplice. Bergbohm, il donchisottesco assalitore del diritto naturale, dovette pure egli confessare che «tutti gli uomini sono dei giuristi nati del diritto naturale». L'atteggiamento dell'agnosticismo scetticamente non impegnato e non impegnante, con le sue costruzioni sistematiche, è piuttosto adatto al mondo universitario, alla quiete idillica delle stanze di studio e alla sicurezza economica delle persone a reddito fisso.

Nella vita reale questo atteggiamento non è alla lunga sostenibile. Appena chi ha una formazione universitaria ha da fare con problemi politici o economico-sociali in modo attivo, deve agire in contrasto con le sue tesi scientifiche, come se ci fossero un diritto naturale e una giustizia oggettiva, proprio così come fa sempre la sana ragione degli uomini e delle donne comuni. Il motivo è semplice. Se si volesse tentare di applicare praticamente il positivismo con conseguente rigidità nella vita quotidiana della politica, della economia e del mondo della cultura, non rimarrebbe che l'insopportabile e cinico opportunismo, oppure, premessa la rinuncia ad ogni partecipazione alle cose che pur interessano, non resterebbe che fare la parte dell'altrettanto freddo e cinico commentatore. Ma anche il positivista convinto, quando si volge ai problemi politici, morali e sociali-economici, diviene di fatto, anche se inconsciamente, un sostenitore dell'idea del diritto naturale. Lo «spirito scientifico» può ben negare il valore e l'esistenza del diritto naturale, il cuore però, in cui esso, come dice l'Apostolo, è iscritto, lo riconosce. È facile aderire al positivismo, in una civiltà, che si sente sicura in un sazio materialismo. Il positivismo è appunto anche il sottoprodotto di una classe dominante saldamente stabilizzata, economicamente assicurata e politicamente tranquilla, la quale naturalmente per giustificare la sua ascesa rivoluzionaria aveva saputo molto bene appellarsi al diritto naturale.

Ma l'uomo non può essere alla lunga positivista, proprio per il suo aver fame e sete «della» giustizia, così come «l'uomo» come tale sarà sempre affamato e assetato «della» verità. Il diritto naturale può apparire sepolto al tempo del positivismo. Ma è soltanto sepolto come il granello di semente. E come il seme sopravvive all'inverno per poi crescere e dare frutto, così anche l'idea del diritto naturale tornerà a crescere, dopo il freddo inverno dello sterile positivismo: poiché essa è immortale.

## VII. IL RITORNO DEL DIRITTO NATURALE

Il genio tutelare delle scienze giuridiche non poteva resistere a lungo nelle terre aride del positivismo. K. Bergbohm, che seguì le tracce del diritto naturale in tutti i recessi ove sembrava essersi nascosto fuggendo davanti al positivismo, scoprì dappertutto, anche presso i pretesi positivisti, dei filoni di pensiero provenienti dal diritto naturale. La sua intenzione era di scacciarlo via definitivamente. Eravamo nel 1885. Se K. Bergbohm avesse, attorno al 1925, 40 anni più tardi, ripreso la sua caccia al diritto naturale, egli si sarebbe spaventato dei numerosi nuovi camuffamenti di esso. È evidentemente qualche cosa di invincibile e di eterno questo contenuto ideale etico - spirituale, che per millenni portò il nome di diritto naturale, e che è ora di nuovo rimesso in onore, anche se coloro che sostanzialmente lo riconoscono, guardano con falso pudore al fanatismo deduttivo razionalista del XVII-XVIII secolo e sopprimono il nome di diritto naturale. Vi sono pochi concetti che siano stati così violentati - ma ve ne sono pure certamente pochi, che possano vantare una così fiera e grande tradizione e che abbiano davanti a sé tanto avvenire, come il concetto di diritto naturale.

L'allontanamento dal positivismo stoicamente rinunciatario si mostrò appena esso era giunto al suo apogeo.

L'allontanamento cominciò dapprima, in maniera, si direbbe, timida, nella filosofia neokantiana del diritto, per esempio nell'insegnamento di Rudolf Stammler. Stammler distingue, in senso kantiano, è vero, e non in senso aristotelico, la forma e il contenuto del diritto. Formale significa per lui qualche cosa come condizionante e il problema di Stammler consiste allora nel ricercare a quali condizioni il diritto positivo possa essere un vero diritto. Non si tratta dunque di un contenuto giuridico ma, come nell'etica di Kant, di un concetto puramente formale, nel quale possono entrare parecchi contenuti. Il diritto diviene così una «forma condizionante e determinante» della vita sociale considerata come materia e contenuto. Ma questa forma sta così al di sopra di ogni contenuto puramente storico, quanto in Kant il mondo noumenico plana al di sopra del mondo fenomenico; però come Kant non giunse a un'etica materiale, determinata dall'essere, così neppure Stammler perviene ad una dottrina giuridica «materiale». Egli giunge piuttosto a un diritto naturale a contenuto storico variabile, poiché diritto naturale è solo il suo concetto giuridico formale. Ciò almeno in teoria, perché in realtà la dottrina del diritto di Stammler giunge senz'altro a dei contenuti, e precisamente attraverso l'«ideale sociale» della comunità «di uomini liberamente volenti». Partendo da qui egli giunge a proposizioni giuridiche di un

valore universale, le quali in parte per essere vuote di contenuto sono semplici tautologie: per esempio quella secondo cui il singolo non deve essere costretto a rinunciare ai suoi interessi legittimi. Dove però tutto il problema sta proprio nel determinare che cosa è che rende «legittimi» certi determinati interessi. Oppure: «la legge incondizionata per l'uomo è la retta volontà, cioè a dire la determinazione e la direzione dei fini empirici, che può presentarsi con valore universale, indipendentemente dagli istinti egoistici soggettivi». Ma praticamente la buona volontà ha ben poco a vedere con la giustizia di un diritto, e che la volontà sia retta, cioè che essa sia libera dagli impulsi egoistici del soggetto, ciò ha bisogno di essere precisamente stabilito mediante confronto con impulsi oggettivi, giustificati, non egoistici. Così Stammler giunge a contenuti del suo diritto formale, che sono «giusti» conformemente all'ideale sociale, il quale ideale, del pari, non è mai senza un contenuto che tenga luogo di criterio guida. Per Stammler, la società di uomini liberamente volenti significa condanna della schiavitù, della poligamia, del dispotismo; ma viene in considerazione anche qui la condanna dell'adulterio, dello spergiuro, dell'uccisione intenzionale di un innocente, del furto. Nessuna meraviglia se da parte positivista, si è rimproverato a Stammler, che il suo diritto naturale a contenuto variabile conserva ancora una specie di sedimento d'immutabile «antico» diritto naturale.

Molti giuristi tengono separati il lato giuridico e il lato sociale; così Jellinek per esempio, nella sua dottrina dello Stato, fa una differenza fra scienza giuridica e scienza sociale. La scienza giuridica, viene costruita con metodo positivista, mentre nella sua scienza sociale fa non di rado capolino l'antico diritto naturale. È in generale sorprendente vedere come il diritto naturale, cioè a dire l'idea di norme immutabili, dopo essere stato bandito dalla giurisprudenza, viene utilizzato di nuovo nella filosofia sociale e nella sociologia, per la costruzione delle istituzioni sociali. E tuttavia non vi è d'altra parte qui niente di straordinario, perché fin dall'antichità la filosofia sociale è stata strettamente legata alla filosofia morale, come mostra ogni indice delle ampie *Institutiones iuris naturalis* di Th. Meyer, Costa-Rossetti, Taparelli, Schiffini ed altri. Può meravigliarsi di ciò solo una scienza sociale che intenda essere essenzialmente empirica e che, tuttavia, giudichi il mondo empirico della socialità secondo un ideale inconfessato, ma sempre presente, di un ordinamento sociale «giusto». Lo stesso vale per l'etica; anche nei più moderni sistemi di morale, ad esempio in Nicolai Hartmann, si trova un certo numero di proposizioni, che contengono del buono quanto antico diritto naturale. La teoria dell'istituzione del ben noto giurista francese Hauriou contiene del pari - e la venerazione che questo grande giurista ha per S. Tommaso già lo indica - degli elementi che corrispondono all'antico diritto naturale. In generale questo affermarsi dell'idea di un ordinamento

oggettivo, in opposizione a quei «rapporti» e a quelle «relazioni» provenienti dalla volontà arbitraria degli individui, può e deve essere riguardato come un segno di un pensiero rinnovato ed aperto al diritto naturale. La evasione del BGB [nella «buona fede», nei buoni costumi e nelle presunzioni], per il giurista formale così scomoda e così difficilmente ammissibile da parte di un giurista che ritenga addirittura come un ideale il vincolo del giudice alla legge formale, è un altrettanto chiaro segno che accanto alla legge positiva vi è ancora un altro diritto che non raramente somiglia per filo e per segno all'antico diritto naturale. È una esperienza sempre riconfermata che il «diritto naturale appare», quando il diritto positivo, come dice Tommaso, attraverso mutamenti delle *circumstantiae*, nella pratica diventerebbe una ingiustizia materiale, dato che il substrato ontologico del diritto si è mutato, oppure una conoscenza più raffinata mostra l'insufficienza di questo diritto positivo. Da che è superato il dogma della completezza del diritto positivo, che è il presupposto logico del positivismo, concetti di diritto naturale si fanno strada sempre più e la necessaria moralità nel diritto viene riconosciuta in cerchie sempre più ampie. Il *Code civil* minacciava già di punizione il giudice, che sotto pretesto del silenzio della legge rifiutasse la sentenza. Se il giudice non trova appunto nel codice alcuna norma positiva, deve servirsi dei principii dell'equità naturale [*équité naturelle*] per dare sentenza.

Tuttavia anche da un altro lato il positivismo giuridico s'è dimostrato pienamente insufficiente. Esso riconosce soltanto una definizione formale della legge: la volontà del sovrano, formulata secondo le leggi costituzionali che stabiliscono rigidamente il processo legislativo. Questo «iter della formazione delle leggi» come elemento formale, come lo prescrive la costituzione, costituisce unicamente e soltanto l'essenza della legge. Un elemento materiale come, p. es., una concordanza della legge col fine morale dello Stato, col bene comune, con la legge morale naturale, viene respinto dal positivismo. Esso riconosce unicamente una legalità formale, ma non nel contempo una legittimità materiale.

Ma per «volontà del legislatore» formulata conforme alla costituzione s'intende o soltanto un concreto fatto psicologico oppure appunto «volontà del legislatore», cioè a dire che la legge, considerata come atto di essere ragionevole, deve avere un contenuto o uno scopo, che possa esser riconosciuto dalla ragione come un dovere. Ora pure il positivista deve ammettere che anche per il giurista «volontà della legge» non significa soltanto l'atto psicologico. Al giurista importa ben di più l'intenzione, lo scopo dell'atto, la *ratio legis*, cioè il contenuto normativo dell'atto, e non l'atto psicologico della formulazione e dell'enunciazione di questo contenuto. Il fatto psicologico concreto che delle persone *hic et*



*nunc* dichiarino in forma costituzionale qualche cosa come loro volontà, passa in seconda linea e diviene importante invece qualche cos'altro, precisamente il fine razionale dell'atto nel suo carattere normativo di validità e di durata, anche quando il legislatore ha cessato di volerlo. Così la realtà dell'atto di volontà psicologico, annunciato in un documento giuridico diventa meno importante che il fine normativo di una volontà astratta del legislatore, il quale discuta, decida e enunci in modo razionale: è questo legislatore astratto, cioè il fine oggettivo della legge, la *ratio legis* e non il legislatore concreto coi suoi atti psicologici, quello di cui parlano i giudici.

La legge acquista così una forma oggettiva di esistenza autonoma, indipendente dall'atto psicologico formale, in quanto la legge vale anche quando o se il legislatore ha cessato di volere in senso psicologico. La legge, come essa sta nel codice o viene applicata nella sentenza, non ha più nulla a che fare con un atto di volontà consapevole e duraturo nel senso psicologico. Essa viene considerato piuttosto come un dovere oggettivo, come il risultato di considerazioni e di fini razionali di un legislatore astratto, del quale si ammetta che egli non soltanto «vuole», ma che vuole il «ragionevole», che egli vuole regolare i rapporti sociali in modo «ragionevole». Ecco ciò che il giurista imputa al volere del legislatore, quando in genere egli ne fa menzione; ma egli non è affatto interessato al processo psicologico del volere. La legge si libera, per così dire, dalla volontà psicologica, cioè dal fatto concreto in senso positivista, appena essa appare nel codice o nella sentenza. Non raramente la legge si libera addirittura del fine veramente voluto dal legislatore e acquista una esistenza per se stessa in forza della *ratio legis* oggettiva. Sarà allora non l'intenzione soggettiva del legislatore concreto, ciò che importa, ma l'intenzione oggettiva, a quello attribuita, di un legislatore astratto ragionevole, di cui il giurista presume che abbia «voluto» una norma ragionevole. In tal guisa viene poi costruito il testo della legge e non in modo che vengano studiati gli stati d'animo e le intenzioni soggettive psicologiche dei deputati casualmente presenti, i quali avrebbero potuto volere anche qualcosa di assolutamente irragionevole. Questa liberazione della legge considerata come norma oggettiva e congetturalmente razionale del reale «volere» psicologico del legislatore, indica chiaramente che la legge, da un punto di vista materiale è essenzialmente ragione e non volontà arbitraria.

Il positivismo non può inoltre rispondere esaurientemente al problema delle limitazioni della volontà del legislatore. Viene riconosciuto con poche eccezioni, che la legge, mera creatura del legislatore nel senso del positivismo, limita la volontà del legislatore stesso, che egli dunque non può volere tutto ciò che gli viene in mente,

purché sia garantita la corretta forma dell'«iter legislativo». Il positivismo sente che ciò non rappresenta alcuna limitazione, come hanno sperimentato anche troppo i cittadini di regimi tirannici «legalmente» costituiti, e propone perciò la teoria dell'autolimitazione. Ma questa teoria non risolve la difficoltà, per quanto in pratica il legislatore, per saggezza o per calcolo, possa mantenere la promessa dell'autolimitazione. Poiché fino a che l'autolimitazione dipende solo dalla volontà del legislatore, i soggetti alla legge restano tuttavia affidati all'illimitato arbitrio del legislatore.

Si potrà ora obiettare, che nel sistema rappresentativo una simile autolimitazione appare praticamente realizzabile. Infatti in questa forma di governo la volontà del legislatore è il prodotto di una razionale deliberazione e di una minuziosa discussione del pro e contro e si può così ammettere che la volontà della maggioranza sia la volontà comune volente presumibilmente il giusto. Ma questa identificazione della volontà della maggioranza con la volontà comune, per cui i cittadini, da soggetti alla legge, fanno ciò che essi, in quanto il loro volere soggettivo coincide con la volontà comune, vogliono come legislatori, non è che una delle finzioni sofistiche di Rousseau. In pratica il problema per eccellenza della democrazia rappresentativa diviene la tutela del partito di minoranza, sopraffatto dai voti, contro il partito di maggioranza, ossia, il partito di minoranza deve potersi appellare a un diritto alla sua tutela; che sta al di sopra del volere della maggioranza; poiché altrimenti maggioranza numerica, ragione e giustizia sarebbero semplicemente identici. [Farebbe restare perplessi il fatto che la rivoluzione nazionalsocialista era in fondo «legale» nel senso del positivismo]. Questo appello della minoranza alla tutela del diritto di fronte alla maggioranza presuppone logicamente il riconoscimento di un diritto posto al di sopra della legge positiva, che è un diritto di natura essenzialmente materiale e per così dire un *apriori* del diritto positivo, in quanto il diritto positivo viene giudicato come giusto o ingiusto commisurato ad esso.

Anche positivisti convinti si piegano dinanzi a questo apriori, quando propugnano delle riforme. Vale a dire che in tal caso essi giudicano le leggi vigenti, legalmente promulgate secondo la costituzione, non certo soltanto secondo la loro efficacia tecnica oppure secondo la perfezione tecnica della legge come mezzo per il fine, in sé e per sé indifferente, voluto dal legislatore. Al contrario, come riformatori essi attaccano la «ingiustizia» del fine stesso, anzi l'immoralità e l'irrazionalità della volontà legislatrice. Così essi riconoscono dei concetti di giustizia, di moralità, di razionalità come legali limitazioni della volontà legislatrice, come norme materiali di giudizio della legge positiva, validamente deliberata dal punto di vista formale, e non soltanto come regole tecniche

di saggezza politica nel rapporto reciproco tra, la minoranza soccombente e la maggioranza vittoriosa.

L'illustre ed influente giurista francese Léon Duguit vide nel problema della limitazione della volontà del legislatore da parte del diritto il problema centrale della scienza del diritto. Egli volle tuttavia rimanere positivi sta e respinse, per lo meno a parole, l'idea del diritto naturale. Ma come può venir limitata la volontà del legislatore mediante il diritto, se il diritto, ogni diritto vigente, è esso stesso null'altro che creazione del legislatore? Per il positivismo il legislatore è il creatore onnipotente di ogni diritto. Duguit però non volle saperne di questa «divinizzazione» del legislatore, cercò delle limitazioni alla volontà legislatrice, cercò una norma, che stia al di sopra di essa. Egli rigettò in primo luogo l'identificazione di diritto e volontà del legislatore, pur formulata conforme alla costituzione, e attaccò violentemente la tendenza positivista della scienza del diritto tedesco, la quale vedeva in ogni atto, formalmente corretto, del legislatore una norma giuridica, che il giurista avesse semplicemente da applicare senza alcuna analisi critica, che non fosse quella della correttezza formale. Al contrario Duguit sostiene che vi è una norma di diritto, alla quale in ugual modo sono sottoposti tanto i soggetti alla legge, quanto il legislatore, i sudditi quanto lo Stato; questa norma giuridica è ben al di sopra di ogni intervento dello Stato e non è assolutamente sua creatura. Tuttavia Duguit nega espressamente che questa norma abbia la sua origine nell'ordine metafisico.

Qual è dunque l'essenza di questa norma giuridica? Duguit dice che è una norma essenzialmente sociale, la quale diviene norma di diritto, per il fatto che la massa delle coscienze individuali ha riconosciuto che la sanzione materiale può [non deve] essere socialmente organizzata. Questa singolare norma sociale non contiene di conseguenza alcuna obbligazione di coscienza, morale o giuridica; essa è esclusivamente un'ammonizione al singolo, affinché egli si comporti meglio secondo la norma, poiché altrimenti la comunità reagirebbe sfavorevolmente. È proprio tuttavia dell'essenza di una norma, si tratti di norma morale o sociale o giuridica, che essa abbia carattere imperativo e vincoli la coscienza, e non si fondi soltanto sulla coazione, come riconosce anche Duguit. La norma giuridica impone al soggetto libero e ragionevole una obbligazione che è indipendente dalla paura delle misure di rappresaglia da parte della comunità o dell'ambiente sociale. Che cos'è dunque che obbliga in senso proprio e consiglia non solamente per considerazioni di utilità ad agire secondo le norme? Che cosa conferisce alla norma giuridica la capacità di obbligare le coscienze ad agire secondo la norma anche senza una costrizione effettiva? Duguit nega che sia una norma fondamentale, un principio superiore a conferire questa capacità, per esempio il diritto

naturale, che egli decisamente respinge, almeno nel nome, benché d'altra parte confessi che neppure la massa delle coscienze individuali crea la norma giuridica. Invero il fatto che la massa delle coscienze individuali accetti e segua la norma giuridica, non dà ad essa ancora carattere imperativo che obblighi le coscienze, per quanto gli individui possano venir costretti, mediante la minaccia del terrore o l'impiego della violenza, a conformarsi senza convinzione e passivamente alla norma.

Duguit introduce ora qui il concetto teleologico, come già Jhering ha fatto con «Il fine nel diritto». La norma sociale diviene una legge finalistica, che regola la collaborazione dei singoli formanti la comunità. Benché così essa limiti le loro azioni e ne impedisca alcune, lascia tuttavia libera la sostanza delle loro volontà. Così dunque la meta, il fine della norma sociale diviene il criterio-guida nel giudicare le azioni come buone o cattive. Ma sorge subito una ulteriore domanda: quali mete o quali fini devono venir approvati o riprovati come buoni o cattivi? È ben palese che non tutti i fini, a cui per mero fatto una comunità concreta tende, sono perciò stesso buoni e giusti in sé. Duguit afferma che sia la solidarietà sociale ad apparire come criterio supremo o come fine universale. Buone e giuste sono allora tutte le azioni, che rafforzano la solidarietà sociale, cattive e ingiuste quelle che la indeboliscono. Ma anche questo criterio è troppo formale. Come si potrebbe distinguere un simile stato da una banda di briganti, dato che entrambi abbisognano ugualmente della solidarietà sociale per il raggiungimento dei loro fini? Qui S. Agostino la sapeva più lunga: «Soppressa la giustizia, che cosa sono gli Stati se non dei grandi ladrocini?» Duguit, considerando tale obiezione, dichiara che, accanto alla solidarietà, che le masse delle coscienze individuali ritengono necessaria e che proteggono perciò con sanzioni, queste coscienze devono avere anche il senso della giustizia, tanto della giustizia commutativa come di quella distributiva, di queste sanzioni. Di conseguenza la norma giuridica sarà determinata dal fine della solidarietà sociale e dalla giustizia delle sanzioni della norma giuridica stessa. E allora la norma superiore per la valutazione della legge positiva e della sua origine, cioè della volontà del legislatore, sarebbe data dalla giustizia della sanzione, non dalla giustizia del fine della solidarietà. A questo concetto della giustizia ancor sempre fortemente formalistica, a questa norma giuridica suprema così interpretata, Duguit attribuisce validità generale per tutte le parti del sistema giuridico di tutte le nazioni. Tutti questi sistemi e ognuna delle loro parti ubbidiscono a questa suprema norma giuridica, e Duguit esige che sia il giurista pratico che il teorico del diritto debbano servire, nell'applicazione di ogni norma giuridica e nello studio di tutti i problemi del diritto, lo spirito di giustizia. Duguit giunge così evidentemente nel vestibolo del diritto naturale. Infatti il prossimo passo sarebbe appunto il rispondere alla domanda: che cosa è che dà ai fini concreti della

solidarietà sociale la qualità di giusto ed ingiusto? La risposta avrebbe condotto all'ordine ontologico come origine dell'ordine etico, cioè al diritto naturale oppure alla legge divina rivelata per via soprannaturale.

La linea logica del ragionamento del Duguit conduce all'inevitabile dilemma che o è giusto e sufficiente il positivismo giuridico - ciò che dopo la critica annientatrice del Duguit è insostenibile - oppure che deve essere accettata la dottrina del diritto naturale come essa è stata considerata in tutti i tempi, sempre che si voglia dedurre in modo generale e valido la legittimità del diritto positivo da una norma suprema di materiale giustizia. La più alta norma giuridica non può assolutamente fondarsi sul fatto reale, storico, ma tuttavia accidentale, che un legislatore abbia «voluto» in maniera formalmente costituzionale. Il fondamento del dovere deve alla fin fine essere piantato nell'ordine metafisico dell'essere, istituito da Dio. Il dovere normativo deve fondarsi sull'essere come essenza. Criticando così aspramente il positivismo giuridico, Duguit apriva le porte, contro la sua stessa volontà, al diritto naturale.

Ora è ben vero che la pura e semplice confutazione del positivismo giuridico non significa ancora affermazione del diritto naturale. Ma tale confutazione apre la via ad esso, mettendo in discussione il problema della legittimità del diritto positivo e dei limiti interni del potere e della volontà del legislatore. Una confutazione del positivismo giuridico significa per lo meno che questi problemi non si risolvono così semplicemente richiamandosi ai moventi psicologici dei sudditi, secondo i quali sarebbe saggio e vantaggioso adattarsi alla volontà del legislatore, in vista delle conseguenze indesiderate di un comportamento opposto. Non è appunto sufficiente dire con Spinoza: *oboedentia facit imperantem*. Un risultato di questa critica al positivismo giuridico è anche la critica contemporanea del moderno concetto di sovranità, che parimente aiutò ad allontanare un grosso ostacolo alla comprensione del diritto naturale.

Molti giuristi hanno criticato negli ultimi tempi il concetto positivistico della sovranità assoluta dello Stato. Per il positivismo la sovranità è limitata soltanto da fatti obiettivi di natura fisica e psichica, ma, tolti questi, né da altra superiore norma di diritto naturale, né dalla legge divina. Questo nuovo concetto della sovranità assoluta non è stato espresso per la prima volta da Bodin, proviene piuttosto da Hobbes, secondo il quale il diritto naturale, da lui riconosciuto ancora *pro forma*, è in certo qual modo sommerso nella legge positiva, nella volontà del sovrano. Bodin al contrario sostiene un governo centrale contro il pluralismo politico e la decentralizzazione dell'amministrazione statale nel feudalesimo. Ma egli non nega che anche il governo centrale, nel pieno possesso di ogni diritto di sovranità, sia sottomesso al diritto naturale e

divino e sia da esso limitato. Perciò appunto l'idea moderna della sovranità veramente assoluta dello Stato [non già del sovrano assoluto] poté giungere a maturità, soltanto quando il positivismo come corrente filosofica ebbe liberato il concetto della sovranità da tutte le limitazioni, che la tradizione cristiana e le possenti idee del diritto naturale e divino gli opponevano da ogni parte.

Negli ultimi decenni questo concetto positivistico della sovranità venne fortemente criticato da uomini come Otto von Gierke, Léon Duguit, N. Krabbe, H. Kelsen, Harold Laski, per tacere di dotti che come Taparelli, Cathrein o Mausbach tennero sempre alta l'idea del diritto naturale. Tutti essi esigono che il potere sovrano dello Stato sia limitato da una norma giuridica superiore, un *Rule of Law* o *Norme du Droit*. Lo Stato, cioè la «volontà di potenza» politica, non può essere l'origine del diritto, risieda essa in una persona o in una maggioranza, la quale da un punto di vista di mero fatto sia in condizione di ottenere, pur sempre con la forza e con qualsiasi mezzo, un comportamento conforme alla sua volontà; il diritto sarebbe in tal caso volontà arbitraria, affermata per via di fatto. L'ultima origine della legge è piuttosto il sentimento e la comune convinzione dei membri della comunità, che affermano che cosa sia giusto. La legge positiva diviene così una formula meramente dichiarativa, che esprime ciò che vive come diritto nella coscienza dei *socii* e nel loro senso giuridico. Kelsen ritiene che sia impossibile fondare un dovere su un'essenza [cioè per lui su un fatto concreto]. Una norma deve sempre venir fatta risalire ad una norma più alta. Il concetto moderno della sovranità implica tuttavia (dice Kelsen) che una realtà, precisamente il reale atto psicologico di volontà del legislatore, insieme con la coazione di carattere sociale e psicologico, sia origine della legge e con ciò di un dovere. Ma poiché il processo di giustificazione di una norma mediata su di una norma più alta non può procedere *in infinitum*, Kelsen postula, da kantiano qual è, una norma fondamentale formale come p. es.: «la costituzione deve essere conservata». Sembra che Kelsen venga trattenuto dal suo aperto agnosticismo [vedi il suo saggio: «Dio e lo Stato» in *Logos*, XII], dal fondare la sua norma base su un fondamentale modo dell'essere nell'ordine metafisico. Per conseguenza la sua norma fondamentale rimane una struttura ipotetica priva di contenuto o di un fine oggettivo; poiché il suo tentativo di basare la norma fondamentale sulla *civitas maxima*, quindi su di un «essere», deve necessariamente naufragare urtando contro il suo formalismo.

Se il suo agnosticismo non gli fosse d'ostacolo, Kelsen avrebbe potuto giungere all'idea del diritto naturale. Questa idea poggia sull'acquisizione che la natura ragionevole e l'ordine metafisico dell'essere in senso tomistico che la racchiude, da «*essere*» diviene per la ragion

pratica la regola del «dovere», così come l'*essere* o il modo dell'essere è la causa finale dell'esistenza della cosa concreta. Ma Kelsen da kantiano non fa questa differenza fra esse, cioè l'essere così, ed esistenza, cioè l'«essere là». Essere è per lui esistenza di fatto. È tuttavia indicativo che il punto di vista di Kelsen sulla relazione della legge positiva con la norma fondamentale, per quanto indeterminato resti il carattere di quest'ultima, rivela una considerevole somiglianza della costruzione formale con la dottrina del diritto naturale. In sé questa costruzione logica di pensiero avrebbe potuto portare alla conseguenza che la norma-base deve essere contenutisticamente e formalmente la legge eterna di Dio, in cui «essere» e «dovere» coincidono, e che si manifesta nell'ordine dell'essere, partendo dal quale noi possiamo riconoscere mediante la ragione i comandamenti del diritto naturale.

Si spiega facilmente il fatto che i principii del diritto naturale siano applicati soprattutto nei campi del diritto ancora in via di formazione [per esempio nel diritto sociale, specialmente nella legislazione del lavoro]. I casi particolari, non previsti dalla legge, del dovere sociale dell'assistenza che incombe all'imprenditore, dell'obbligo di fedeltà di coloro che sono legati insieme nel lavoro e nell'officina, tutti casi che in un'epoca che, per amore della libertà individuale non voleva ammettere che i doveri morali diventassero stretti doveri giuridici, non erano presi in considerazione, sono stati da lungo inseriti nella vita giuridica sulla base di principii del diritto naturale per la via dell'attività giudiziaria e con l'ausilio di formule come per es.: «per la natura della cosa». Quando si confronti ciò che per esempio le encicliche sociali dei Papi, fedeli alla vecchia tradizione, chiamano diritto naturale, e ciò che i tribunali considerano come esigibile e come corrispondenti ai doveri di fedeltà nella vita del lavoro, si potrà constatare la stretta affinità e la sostanziale identità dei due punti di vista.

Anche le idee riguardanti l'autonomia del popolo e della nazione di fronte allo Stato, idee che già erano vive avanti la prima guerra mondiale, ma che dopo la fine di essa si svilupparono sino a divenire una grande forza, furono un potente incentivo alla critica al positivismo. Il principio del diritto della nazionalità ad una vita propria ed autonoma [sia nello Stato nazionale unitario, sia specialmente nello Stato plurinazionale], dimostrò l'impossibilità di ritenere valido il postulato secondo cui è diritto ciò che lo Stato vuole. Il valore proprio della nazionalità doveva necessariamente venire elevato a suo proprio diritto, esistente *prima* dello Stato e rappresentante il limite di diritto naturale al suo potere centralizzatore. Contro lo Stato moderno con la sua estesa funzione amministratrice, accentratore, che controlla sempre più tutti i campi della vita, si eleva dunque questo «spirito nazionale», al quale ci si richiamava un tempo per combattere il diritto naturale e che ora in nome dello stesso

diritto naturale pretende di far rispettare i suoi valori e i diritti che ne derivano. Anche qui l'essere fu dunque la sorgente di un dovere. L'identità di Stato e nazione [fatta uguale ad una società di individui] affermata dal liberal-nazionalismo, viene fatta saltar, e, richiamandosi alla differenziazione dei valori e con ciò anche del diritto naturale della nazionalità. Lo Stato onnipotente del positivismo diviene ora utile ordinamento della singola nazionalità autonoma, i cui membri non sono cittadini, individui, ma famiglie, stirpi, comunità naturali, con la loro cultura che discende dalla comunità di sangue, di terra natale e di vita spirituale.

Un diritto in via di formazione è pure il diritto internazionale. L'antico diritto naturale rivive perciò in esso più che mai. Il diritto internazionale non può avere come fondamento la mera autolimitazione degli Stati sovrani. Una giustificazione positivista del diritto internazionale è cosa impossibile, perché manca il legislatore. Perciò i positivisti conseguenti hanno negato addirittura al diritto internazionale il carattere giuridico. Von Liszt dirà invece nel suo «Diritto internazionale»: «La comunità giuridica internazionale riposa sull'idea dell'esistenza di differenti Stati uno accanto all'altro, con territori rispettivi reciprocamente delimitati e con sfere di dominio reciprocamente riconosciute. Da questo concetto fondamentale [meglio: da questa essenza dello Stato, che va realizzandosi in più Stati] segue immediatamente tutta una serie di proposizioni giuridiche determinanti i diritti e i doveri degli Stati fra di loro, che non esigono alcun particolare riconoscimento [e la cui, fonte, per conseguenza, non è la volontà degli Stati che si legano gli uni agli altri, ma la ragione che deduce queste proposizioni dalla natura stessa della comunità giuridica internazionale]. I diritti risultanti da questo principio fondamentale competono senz'altro ad ogni Stato quale membro della comunità internazionale; convenzioni fra Stati che hanno questi diritti per oggetto, hanno soltanto carattere dichiarativo, oppure si tratta, nel caso, dell'applicazione particolare di un principio in sé evidente». Queste enunciazioni si potrebbero ritrovare parola per parola in un trattato di diritto naturale di Suarez, di Banez o di Francisco de Vittoria. E questo è il luogo di parlare anche della protezione delle minoranze nazionali. Poiché questa protezione ha da essere un problema di diritto internazionale e non può riguardare solo il diritto positivo interno degli Stati e delle minoranze dal solo punto di vista della politica interna. Si arriva così per ciò stesso, allo scopo di dare una base a questo diritto di protezione, ai diritti naturali propri alle minoranze nazionali, cioè a diritti che hanno una base giuridica anteriore agli articoli delle costituzioni degli Stati con minoranze, aventi perciò carattere puramente dichiarativo, anteriore anche agli statuti internazionali concernenti la protezione delle minoranze. Ecco perché si può parlare senza esitazione del diritto naturale



delle minoranze nazionali [Wolzenhoff]. Come in tutti gli altri diritti in formazione non manca oggi nel diritto internazionale un fondamento di diritto naturale.

Tutto ciò non è ancora senz'altro diritto naturale. Tuttavia vuol dire certamente una cosa: cioè che, accanto alla volontà positiva del legislatore, esistono altre fonti di diritto e che la volontà dello Stato non è la sola fonte del diritto, ma che accanto ad essa, anzi prima di essa, vi è la «natura della cosa» o, come preferivano dire gli antichi, l'*ordo rerum*, l'ordine ontologico delle essenze. E attraverso queste breccie entro il positivismo, penetrano continuamente nella scienza del diritto delle idee, la cui affinità con l'antico diritto naturale è sempre più evidente - spesso d'altra parte per il discredito causato dal diritto naturale individualista del razionalismo, chiamato con altro nome, come «senso giuridico» o «fondamenti apriori del diritto», o «norme culturali unitarie».

Nel 1926 l'internazionalista Niemeyer aperse, nella sua rivista, un'inchiesta. Egli domandava se il diritto naturale di Grozio [il cui rapporto con la tradizione è stato dimostrato qui sopra] possa servire all'integrazione e all'interpretazione del diritto internazionale positivo basato sulla volontà giuridica degli Stati [consenso degli Stati], di guisa che i tribunali e le corti di arbitrato internazionali e nazionali debbano seguirlo come criterio dei loro giudizi. Di quarantuno dei più noti maestri del diritto internazionale, quattordici risposero con un semplice sì, undici soltanto, dichiarandosi positivisti, con un *no*, mentre gli altri sedici manifestarono un atteggiamento neutrale riguardo al diritto naturale, senza dichiararsi tuttavia in favore del positivismo; uno di essi, ad esempio, rifiuta il diritto naturale di Wolff, esigendo tuttavia una soluzione «giusta» delle controversie da parte del giudice, un altro dichiara che il positivismo è impossibile, che ha già superato il suo apogeo e che il diritto internazionale non deve essere estirpato dal terreno dell'etica, mentre un terzo afferma che la morale cristiana, terra madre del diritto naturale, deve valere anche nel diritto internazionale.

Adunque numerosi e concordi segni testimoniano di una rinascita del diritto naturale, e precisamente non del diritto naturale individualistico, ma del diritto naturale metafisico, dello *ius naturale perenne*, così come nell'etica noi perveniamo di nuovo alla dottrina materiale dei valori e, in filosofia, torniamo alla metafisica. Un nuovo ritorno del diritto naturale e una nuova dimostrazione del suo eterno ritorno.

Ebbene ai nostri giorni è apparso quello Stato totale, di cui Dostojewskij disse, che paragonato ad esso l'assolutismo monarchico era soltanto un embrione. A prima vista sembra che l'ascesa di questo

moderno Leviathan contraddica alla tesi di un ritorno incontrastabile del diritto naturale.

Ma lo Stato totalitario e l'ideologia su cui poggia, sono fenomeni conclusivi e non significano l'inizio di una nuova era. Anzi essi sono, e non in minima parte, il risultato finale del positivismo stesso considerato come una generica corrente filosofica, come un clima intellettuale, come un metodo scientifico, sorto con la pretesa dell'assolutezza. La tesi secondo cui legge è volontà, venne a significare sempre più, che la volontà umana sarebbe ora libera di fronte a e da tutte le idee universali e dai valori morali oggettivi al di là degli interessi di classe, dei programmi di partito nazionalistici e razzistici, al di là delle categorie economiche o del progresso indefinito. Lo Stato moderno totalitario e le ideologie che lo giustificano significano però in ultima analisi la *reductio ad absurdum* dell'assioma: *voluntas facit legem*; e non soltanto questo, essi hanno anche rianimata nei loro oppositori e nelle loro vittime l'idea del diritto naturale. Infatti la resistenza ai governi totalitari col loro nihilismo etico ed intellettualistico ha dovuto richiamarsi a verità, che stavano al di sopra della pura e semplice tradizione e al di sopra dello *status quo ante* politico e sociale; essa ha dovuto aver la possibilità di richiamarsi a qualche cosa di più alto della storia, della razza, degli interessi di classe o del metodo scientifico.

È degno di nota il fatto che la forma nazionalistica del totalitarismo sia cresciuta nei paesi in cui il positivismo morale e giuridico era imperante nelle università, nella categoria dei giuristi, nella filosofia del diritto ufficiale, che influenzava le mentalità e la prassi dei tribunali e delle autorità: infatti proprio in Germania e in Italia, più che in altri paesi, il positivismo aveva riempito il vuoto sorto con il disfacimento delle filosofie idealistiche del diciannovesimo secolo. Ebbene nella teoria positivista la volontà mistica dello Stato, correttamente formulata secondo la costituzione, è l'unica e anche sufficiente fonte e giustificazione del diritto. Perciò, quando i partiti totalitari rivoluzionari afferrarono il potere in modo «legale», dove poté trovare il positivista, come giudice o giurista, una norma critica, che gli permettesse di giudicare della legittimità materiale di azioni di governo, legalmente corrette, intraprese dalle tirannie totalitarie, poiché tali furono in partenza o divennero in seguito tutti questi regimi? Come ha potuto il positivista decidere della ingiustizia interna ed essenziale di taluni atti di governo legali «a norma della costituzione»? Un richiamo a precedenti tradizioni del diritto e a principii giuridici universalmente riconosciuti poteva poco giovare; infatti questi avevano validità giuridica, soltanto perché la avevano ricevuta attraverso la volontà dello Stato allora imperante. Ogni giudizio critico, ogni forma di resistenza doveva richiamarsi perciò a

fondamenti giuridici più profondi che non fossero il volere concreto dello Stato, formalmente legale, che ormai si affermava con tirannica violenza. Sarebbe un prender le cose troppo dall'alto se si sostenesse che il predominio del positivismo fra giuristi professionali e scienziati del diritto impedì loro di ammettere la possibilità di qualsiasi idea di opposizione che fosse degna di fede?

Da questo punto di vista è inoltre degno di nota il fatto che la resistenza al totalitarismo e alla sua ideologia politica pseudo religiosa venuta da parte di circoli cattolici, non si fondava esclusivamente sulla dogmatica e sulla teologia, ma si richiamava in notevole misura al diritto naturale. N. Micklem ha con molta esattezza dimostrato, che la Chiesa Evangelica in Germania, sotto l'influenza della teologia di Barth contraria al diritto naturale, aveva una base meno favorevole nella sua opposizione, che quella dei cattolici, i quali potevano richiamarsi non soltanto ai loro principii religioso-teologici, ma anche al diritto naturale.

Il ritorno del diritto naturale è indirettamente dimostrato anche dal deplorabile abuso della parola «diritto naturale» nella propaganda dei partiti totalitari; un abuso di simili venerande parole è certo tipico del totalitarismo, come oggi l'abuso della parola «democrazia» da parte dei comunisti. Inalberando una ipocrita venerazione vennero e vengono ancora falsamente usate, nella propaganda politica e in libri seri e scientificamente elaborati, parole come «diritto naturale», «diritti naturali della nazione». È tuttavia chiaro, che in tale forma le parole «natura» e «naturale» vengono rovesciate nel loro significato e usate in senso ancor più falso che da Hobbes e Hume. «Natura» difatti significa ora non più la natura ragionevole dotata di intelletto e di libera volontà, che compete ad ogni uomo e su di cui poi si basano la dignità, la libertà e l'iniziativa delle persone individuali; né la parola «natura» significa l'ordinamento universale dell'essere creato e il dovere morale che su di esso si fonda. Al contrario il concetto di «natura» è rovesciato nel suo significato in un concetto crassamente materialistico: «natura» è «sangue», è la massa biologica ereditaria della «razza». In questa interpretazione rovesciata, del «diritto naturale» così largamente e zelantemente citato non resta che un principio: «diritto è ciò che giova al popolo considerato come unità razziale»; non altrimenti che nel «diritto naturale» proletario, consistente nell'unico principio: «diritto è ciò che giova al proletariato». Questa interpretazione sacrilega consente p. es. a Ernst Huber di abusare delle parole e con ciò anche del pathos del diritto naturale nell'interesse della ideologia razzista e di sostenere dall'altra parte, che non vi sarebbe alcun diritto di libertà personale dell'individuo, che vada a cadere al di fuori del potere dello Stato e che lo Stato abbia da rispettare, e che il «diritto

costituzionale del grande Reich tedesco», non si fonderebbe sul sistema di diritti innati e inalienabili dell'individuo.

Non farà dunque meraviglia che gli oppositori interni ed esterni del totalitarismo, nella loro difesa e nella loro critica si richiamino alla vera ed eterna idea di quel diritto naturale, che è conservato nella *philosophia perennis*, nel sano buon senso e, per lo meno in parte, nella tradizione giuridica della civiltà occidentale. Essi, gli oppositori, han dovuto far questo anche contro il materialismo evoluzionista e contro il positivismo filosofico ancora largamente diffuso o contro il materialismo storico raffinato dei neo-marxisti e delle scuole pragmatistiche. Così essi dovettero fare, *volentes nolentes*, del diritto naturale il fondamento morale della loro battaglia contro la tirannide totalitaria. E così l'ascesa del totalitarismo contribuì al ritorno del diritto naturale anche in quelle cerchie, che per il loro clima intellettuale erano ancora estranee al diritto naturale. Giacché soltanto l'esperienza della tirannide insegnò sempre più agli uomini pensosi a quali conseguenze doveva condurre la negazione del diritto naturale. Finché la società moderna, per quanto infetta dal positivismo, dominata però da una fiducia troppo ottimistica nel progresso automatico e deterministico, vegetava sotto la protezione delle costituzioni democratiche libertarie, nutrita dall'eredità cristiana non ancor esaurita, queste conseguenze erano visibili soltanto agli spiriti profetici o più profondamente veggenti.

Gli altri e i loro capi non sapevano ancora a quali profondità di perversione e di malignità l'uomo, quel prodotto di un processo di sviluppo determinato dal «sangue» e dalle condizioni della produzione economica, poteva precipitare, se per caso le venerande dighe intellettuali costruite nei secoli e le forme morali fossero crollate.

L'ascesa della tirannide totalitaria e la lotta contro di essa mostrò in seguito la debolezza innata di una forma raffinata di positivismo giuridico nella veste del monismo giuridico e della teoria analitica del diritto. Questi non negano invero il carattere assoluto della legge morale naturale, tuttavia sostengono che lo Stato può *fare legalmente* tutto, poiché il diritto positivo come volontà dello Stato non trova alcuna limitazione *legale* da parte della legge morale. «Giuridicamente» è possibile soltanto l'autolimitazione dello Stato. Ma questa teoria si basa su di una separazione inammissibile del diritto positivo dalla sua origine, dalla sua norma critica, cioè il diritto naturale, il quale è ad un tempo legge etica e legge giuridica; alla base di questa separazione sta probabilmente la separazione kantiana tra moralità e legalità, la quale non si può spiegare che come una reazione contro l'identificazione di Hobbes della moralità con la legalità.

La tesi che lo Stato può *legalmente* fare tutto - una tesi del tardo diritto romano, secondo cui l'imperatore come *lex animata* può effettivamente fare legalmente tutto - appare però ambigua. Se con l'espressione «può legalmente» far tutto si intende che lo Stato, cioè determinate persone, che p. es. dispongono senza limiti dell'apparato di coazione e degli strumenti terroristici della tirannide totalitaria, possono dichiarare tutto come diritto e mediante la violenza fisica, il terrore psichico - logico e una seducentemente raffinata propaganda possono raggiungere una obbedienza attiva o per lo meno un conformismo passivo esteriore, allora si tratta unicamente della constatazione di una realtà provata dall'esperienza. La tirannide totalitaria del nostro tempo ha mostrato senza alcun dubbio, quanto lontano può andare lo Stato nel dichiarare atti legali atti di governo, che a lui appariscano come vantaggiosi o necessari per i suoi illimitati fini arbitrari, siano tali atti la repressione delle libertà religiose, la fucilazione di ostaggi innocenti, l'uccisione di innocenti in funzione di esperimenti scientifici o nell'interesse della purezza della razza. Con l'impiego di tutti i mezzi, che stanno a disposizione dello Stato moderno [propaganda, terrore, paura, controlli economici sulla proprietà e sui contratti ecc.] la tirannide è praticamente sicura del conformismo per lo meno esteriore di quasi tutti i cittadini, perché non-conformismo significa morte o campo di concentramento. La tirannide non ha nemmeno alcuna ragione di temere che le manchino gli strumenti umani; essa troverà sempre degli individui, i quali, fanatici da una dottrina, abbiano perduto la loro capacità di giudizio, o spinti da forme di perversione, siano particolarmente adatti, o per un processo di brutalizzazione siano divenuti indifferenti e perciò pronti a servire come meri strumenti della tirannide.

Tuttavia questa realtà per cui lo Stato può in determinati casi far tutto legalmente e dichiarare atto legale ogni atto arbitrario, non è il vero problema. Se noi usiamo l'espressione «può» in questo rapporto, non intendiamo un «potere» fisico o psicologico, un puro campo di applicazione dell'autorità, ma un lecito morale. Fin dove è concesso legalmente allo Stato di giungere? E lo «Stato» sono in questo caso i detentori di fatto o legittimi del potere, provvisti di mezzi per garantire l'obbedienza per lo meno esteriore dei cittadini - per non parlare della libera obbedienza degli stessi - con le disposizioni generiche o specifiche dichiarate legali. Il vero problema non è dunque ciò che lo Stato «può», cioè è capace di fare, bensì se una opposizione, cioè il non riconoscimento di un ordine legalmente emesso, sulla base di un giudizio di coscienza privato, sia esso del cittadino, sia del funzionario, sia permessa, anzi richiesta; in altre parole, se dopo attento esame di tutte le circostanze rilevanti, i sudditi non siano autorizzati a giudicare che il comando formulato in modo esteriormente legale e corretto, oltrepassi quella linea

che distingue l'esercizio lecito del potere politico da quello illecito. A questa domanda non si può rispondere nel senso che tale linea passi proprio nel punto in cui l'autorità deve attendersi sicuramente un'aperta e violenta opposizione e una insuperabile disubbidienza massiccia. Questa è piuttosto una questione di prudenza o di opportunità. Una vera soluzione del problema è possibile solo se viene riconosciuta una norma superiore, che abbia validità come norma critica e come metro per entrambe le parti e per le loro risoluzioni, tanto per ciò che lo Stato può legalmente, quanto per la opposizione e il rifiuto di obbedienza dei cittadini e degli organi esecutivi dello Stato. Che cosa si può dire ancora nel campo di questa teoria per cui lo Stato «può legalmente tutto», per quanto riguarda le responsabilità penali di organi esecutivi dello Stato, per es. dei cosiddetti criminali di guerra, i quali tuttavia si richiamano espressamente alla «legalità» dei loro atti in sé criminosi? Essi in fondo sostengono di non aver fatto che eseguire un ordine formalmente regolare, conforme alle leggi delle Autorità preposte e poiché ad essi di conseguenza non era legalmente consentito un riesame dell'ordine sulla base di un proprio giudizio, non avrebbero potuto esserne responsabili. Questa obiezione non può in ultima analisi venir confutata che con riferimento al diritto naturale come norma che lega tanto chi ordina quanto chi eseguisce. Infatti «Alla luce delle norme di questo diritto naturale, ogni diritto positivo, qualunque ne sia il legislatore, può esser valutato nel suo contenuto etico e conseguentemente nella legittimità del comando e nella obbligatorietà dell'adempimento» [*Mit brennender Sorge*, Enc. di Pio XI].

Non è ammissibile di separare così o in modo analogo la capacità giuridica e il lecito morale, la legalità formale e la moralità materiale. Il totalitarismo ha in realtà ancora una volta confermato le parole di S. Agostino: «Soppressa la giustizia, che cosa sono gli Stati se non dei grandi ladrocinì?». Il diritto naturale obbliga così le collettività umane come i singoli individui, il legislatore come i soggetti alla legge, il giudice come i giurati, le autorità come i sudditi. Duguit e i giuristi romani avevano un concetto più alto dell'ufficio del giurista il quale, secondo essi, non doveva semplicemente inchinarsi davanti a qualsiasi atto di governo, purché fosse rivestito di una veste formalmente corretta.

E sottolineiamo ancora: tali teorie come quella testé discussa, non possono venir prese sul serio se non finché prevalgano le condizioni politiche e sociologiche a loro favorevoli; una forte coscienza dell'unità politica che possa reggere, senza danno, al pluralismo di gruppi e di partiti; libertà di riunione dei cittadini nella vita religiosa, economica e culturale: una sovranità limitata da una costituzione liberale e ben definita, con un codice di diritti fondamentali chiaramente delineati, con un'equa distribuzione di poteri, con tutela giuridica dei funzionari contro atti

illegittimi delle autorità preposte e soprattutto con una magistratura veramente indipendente che non sia soggetta ad ogni legge in senso positivistico, ma garante della costituzione anche in senso materiale. Ma appena queste istituzioni non sono più degne di fede e vengono perciò facilmente sopraffatte o usate in modo contrario al loro vero significato, come nella moderna tirannide totalitaria, allora si rivela in pieno la debolezza di questa che è la più sottile forma di positivismo giuridico, e s'impone con tutta evidenza la necessità del diritto naturale per la legge positiva, come fondamento morale del vincolo nelle coscienze e come norma critica per il giudizio delle coscienze sulla moralità e sulla liceità delle manifestazioni della volontà dello Stato nel diritto positivo.

---

## PARTE SECONDA FONDAMENTI E ASPETTI DEL DIRITTO NATURALE

### I ESSERE E DOVERE

La storia della idea di diritto naturale insegna che, come facilmente si comprende, esistono molte possibilità, per conferire ad un qualsiasi sistema giuridico ideale, il pathos del naturale e del razionale. In epoche di sclerosi del diritto positivo, quando quest'ultimo non è più quell'ordinamento della giustizia che si credeva, ma uno strumento nella lotta della classe dominante per conservare quel dominio sociale e politico, che non può più giustificarsi davanti al bene comune, allora i gruppi rivoluzionari e riformisti, si vedono obbligati, se non vogliono oppure non: possono riferirsi al buon diritto antico, ad appellarsi al diritto naturale. Ma proprio in tale momento, il diritto naturale appare facilmente mescolato ad impurità, involupato quasi indissolubilmente a istanze giuridiche risultanti dalla situazione sociologica concreta, non da tutti i lati giustificato, ma sostenuto più da passioni che dalla ragione.

Tuttavia la storia dimostra una cosa, e cioè che il concetto di diritto naturale non si impone in generale se non nelle epoche in cui domina la regina delle scienze, la metafisica, e che esso perde terreno, al contrario, quando l'essere [inteso qui non nel senso di Kelsen uguale a mera *existentia*, puro fatto] e il dovere, la moralità e il diritto sono separati e quando l'essenza delle cose e il loro ordinamento ontologico, sono considerate non conoscibili.

Il diritto naturale dipende dunque dalla dottrina dell'essere, dalla metafisica. Perciò ogni tentativo che miri a dare un fondamento al diritto naturale deve partire. dal rapporto essenziale di essere e dovere, del reale e del bene. E poiché questa giustificazione dipende inoltre dall'aspetto antropologico [al problema dell'essere e del dovere corrisponde quello del primato, nell'uomo, dell'intelligenza o della volontà], così noi indagheremo su questa origine antropologica. Dopo di che, distinguendo tra *lex naturalis* e *ius naturale*, dovremo cogliere il concetto di giustizia, di diritto come oggetto della giustizia. Da ciò risulterà un breve riassunto sintetico dell'ordinamento delle scienze. Solo allora avrà senso lo studio particolareggiato del diritto naturale, per poter dare, anche da basi teoretiche, la spiegazione del fatto storico dell'eterno ritorno del diritto naturale.



Se la filosofia morale, e in essa e con essa la filosofia del diritto, deve avere delle basi solide, bisogna che essa sia un prolungamento della metafisica - o, almeno, una dottrina naturale della morale e del diritto e non una dottrina positivista, fondata unicamente su una volontà come tale. In questo contesto la parola «essere» indicherà non il solo fatto di esistere, la *existentia* che è la forma imperfetta dell'essere; ma l'essenza, l'*esse essentiae*. Kelsen, che ripete sempre che il dovere non ha niente a vedere con l'essere, con il fatto, e che la scienza del diritto deve essere elaborata secondo norme puramente logiche, non ha fatto attenzione a questa distinzione, fondamentale per la metafisica del realismo. Egli giunge così, nel suo razionalismo, non solamente a una teoria del diritto senza contenuto, costruita al di là del reale e dell'esistenza, ma ancora - dato che il suo relativismo ateistico non gli permette di riconoscere, al pari di Occam, una suprema volontà divina come fonte di ogni norma -, egli giunge in conclusione ad affermare che la realtà di fatto, cioè a dire l'esistenza dell'ordine della *civitas maxima*, l'ordinamento giuridico che regna di fatto nel mondo; è la norma giuridica suprema [affermazione del tutto paradossale di fronte all'ideale di una dottrina giuridica puramente normativa, costruita sull'opposizione invalicabile di essere e dovere]. Così accade che in Kelsen, precisamente perché egli non riconosce, come Occam, una volontà legislatrice suprema, alla fine *existentia* e norma, esistenza e dovere, coincidono ed. egli giunge così ad un' estremo empirismo. Se egli avesse avuto una metafisica, una dottrina dell'essenza, avrebbe potuto evitare questa contraddizione.

L'essere e il dovere, in effetti, se si va al fondo delle cose, devono finire per coincidere. In altre parole: l'essere e il bene, l'ordine ontologico e l'ordine deontologico o ordine morale, in ultima analisi devono essere una cosa sola.

La premessa di un diritto naturale immutabile, che sia un permanente modello, rappresenta dunque in primo luogo la possibilità della conoscenza dell'essere, dell'essenzialità delle cose o, in altre parole, una teoria realistica della conoscenza. Per Pufendorf, Kant e altri, che non hanno una teoria realistica della conoscenza, l'origine del dovere, il principio dell'etica e del diritto naturale, non è l'essere, ma un qualche istinto naturale, una qualche proprietà speciale della natura umana, per esempio la *socialitas* o anche un postulato della ragion pratica, per esempio la libertà. La ragione deduttiva si trova così liberata dal controllo da parte della realtà e si smarrisce conseguentemente in un razionalismo sempre più vuoto. Questo, per essere scusato, deve costantemente prendere dei prestiti empirici nelle ideologie sociali e politiche del momento. Il diritto «naturale» nel senso preciso della parola non è dunque possibile che sulla base di una conoscenza verace delle

essenzialità delle cose, perché è là che esso trova il suo sostegno ontologico.

Ma ecco come la filosofia tomistica fonda il diritto naturale: «L'uomo conosce i singoli oggetti mediante l'immaginazione [cioè letteralmente: l'intelletto elabora, si raffigura le cose] e mediante i sensi; in questo modo esso può applicare all'essere particolare la conoscenza universale che è nel suo intelletto; perché, a parlare propriamente, non sono né l'intelletto né i sensi che conoscono, ma l'uomo attraverso l'uno e gli altri» (*In Boeth. De Trin.* VI, 3 ad 3). Non è solo l'intelletto che conosce: le cose del mondo esterno, la realtà, non hanno per effetto di risvegliare nell'anima delle idee innate delle cose. E non sono neppure soltanto i sensi che conoscono: cioè non si danno solo le singole cose; e i concetti essenziali, che per es. la ragione forma autoritativamente per motivi di economia di pensiero, non sono senza *fundamentum in re*, come pretendono il nominalismo e anche il sensismo. E ancora: la ragione da sola non conosce, come invece sosteneva il razionalismo ponendo nella ragione come forme soggettive della stessa le condizioni e la misura della conoscenza, e non riconoscendo come misura e condizioni del conoscere le cose, la realtà; ne seguiva che la ragione deduttiva, alla quale le essenzialità *nelle* cose esistenti restano inconoscibili, non era più in grado di controllare sé stessa alla luce della realtà. L'uomo conosce mediante sensi e ragione. Egli conosce perciò le essenzialità mediante il processo intellettuale attingendole dalle cose stesse. Le cose nella loro realtà, il reale esistente, sono la misura della conoscenza. Il campo d'indagine dell'intelletto è costituito da tutto il dominio dell'essere [dunque del conoscibile] nella solidarietà dei primi principii con gli ultimi particolari.

Le cose stesse sono causa e misura della nostra conoscenza. L'intelletto speculativo è mosso dalle cose stesse; queste sono dunque il suo criterio-guida. L'essere dell'oggetto è la misura della verità. Noi troviamo costantemente, negli scritti di S. Tommaso, di tali affermazioni o altre simili. Donde l'altra proposizione: «Non vi è nulla nell'intelletto che non sia prima nei sensi». I sensi sono la porta d'ingresso attraverso cui le cose, il reale, giungono, nella maniera propria dell'intelletto, nel suo possesso spirituale. Ma i sensi elaborano solo ciò che è particolare. I «fantasmi», le rappresentazioni delle cose comunicate dai sensi, sono dapprima materia dell'intelletto, la quale soltanto attraverso la cognizione, deve giungere alla completa conoscenza. Ma conoscere significa concepire essenze. Una cosa non è «conosciuta» dai sensi, ma, per mezzo dei sensi, dall'intelletto: questo l'afferra nella sua essenzialità, in ciò che essa è, e la assume in sé. L'intelletto è dunque a tutta prima passivo. La realtà preesiste ad esso. L'immagine della conoscenza è una copia della cosa, il reale il suo prototipo; e questa realtà esistente non presuppone, per

il suo atto esistenziale, se non il Dio creatore, l'intelletto creatore primo, il quale dà alle cose la loro misura come pienezza della realtà e come agente onnipotente. Ma il reale è indipendente dal pensiero e dal venir pensato dall'intelletto finito; esso esiste anche senza che l'intelletto finito lo pensi.

Lo spirito umano è a tutta prima passivo, recettivo, aperto. Ma ciò non è da intendersi nel senso che l'intelletto, sollecitato dai sensi, e guardando in sé stesso, vi percepisca delle idee innate, che vi sarebbero liberate dalle impressioni dei sensi, o che in esso esista un meccanismo del pensiero che elabori le rappresentazioni in idee secondo condizioni soggettive, indipendentemente dall'esistenza dell'oggetto rappresentato. Piuttosto lo spirito umano non può conoscere se non restando in contatto con la realtà e conseguendo continuamente la conoscenza conformemente ad essa. Perché vera conoscenza è conformità del conosciuto con l'oggetto della conoscenza, con la cosa; oppure secondo una formulazione più moderna, conformità della enunciazione espressa nel giudizio con il contenuto oggettivo dell'essere, conformità della verità logica con la verità ontologica, della identificazione spirituale con una identità reale. Donde l'importanza capitale dell'esperienza, l'incessante orientarsi secondo la realtà, il quale è la norma del pensiero. La continua esperienza della realtà, e non certo la deduzione *more geometrico* da un principio, è il metodo adeguato. E questo metodo è tanto più importante quanto più si vuol spingere lontano il pensiero per mezzo della deduzione. Tommaso stesso, in particolare per la filosofia morale e per la «teoria della legge», esige l'*experientia*. Non è la teoria, dice S. Tommaso, ma la lunga *experientia* che dimostra la bontà di una legge. Dunque la differenza fra un empirismo orgoglioso dell'esperienza e il realismo non sta nel fatto che quello preferisca l'esperienza [induzione] e questo per così dire la speculazione [deduzione]. La differenza risiede piuttosto nel fatto che il primo persiste in ciò che sta nel primo piano della conoscenza, nei fatti, mentre il realismo ritiene possibile e necessario, al di là della concretezza gioiosamente affermata, di poter penetrare in ciò che sta nello sfondo, a una conoscenza «metafisica», alle essenzialità e alle loro leggi ontologiche che stanno *nei fatti*.

L'oggetto della conoscenza intellettuale non è dunque il particolare, l'individuale; questo è oggetto dei sensi. Oggetto della conoscenza, ciò che i giudizi enunciano dell'oggetto singolo nel predicato, è ciò che la cosa è: l'essenzialità della cosa, nascosta nel nucleo dei fenomeni come idea in ogni cosa della stessa natura, la forma. L'intelletto perviene al nucleo essenziale non per via d'intuizione, attraverso una visione immediata dell'essere, ma per la via dell'astrazione. Si tratta qui della celebre controversia degli universali, e della distinzione, fondamentale per la possibilità di ogni metafisica, fra *essentia* - essenza, essere-così - e

*existentia*, esistenza, essere-questo. La percezione dei sensi non afferra che il particolare dell'esistente, della cosa singola per esempio di questo Socrate, di questo Stato concreto. Il sapere, al contrario, riposa sulla conoscenza dell'universale, di ciò che, in tutte le cose della stessa natura, sta come loro essenza. La cosa è ciò che il concetto astratto della cosa, oggetto della conoscenza intellettuale, rappresenta, significa e pensa; e questo oggetto della conoscenza intellettuale, è veramente nella cosa. Ad una natura, per esempio alla natura della pietra, spetta un doppio essere: l'essere esistente, in quanto la natura si realizza in tale e tale pietra, essere che essa dunque possiede in quella cosa singola; e l'essere intenzionale, che essa acquista nel singolo intelletto, nel mio e nel tuo, in quanto viene da noi pensato. Ma la natura della cosa diviene universale, essa rappresenta l'essenza, la quiddità della cosa, soltanto quando si astragga *ab utroque esse*, come dice S. Tommaso, cioè a dire dall'esistenza nelle cose del mondo esteriore e dalla sua esistenza nel venir pensata da un intelletto. È questa natura considerata in una maniera assoluta e in sé, che di tutte le cose singole viene enunciata come il loro essere, la loro forma, la loro natura. Gli universali non sono sostanze, essi non vivono in qualche «luogo celeste» e l'anima sollecitata dalle impressioni dei sensi non si «ricorda» di loro, come pensava Platone, dal tempo del suo soggiorno premondano in quel luogo. Ma, d'altra parte, gli universali non sono neppure semplici nomi, *flatus vocis*, parole fissate per convenzione arbitrariamente dagli uomini senza *fundamentum in re*, allo scopo di mettere ordine nel caos delle impressioni sensibili, insomma prodotti arbitrari dell'intelletto, o meglio della volontà umana. Essi non sono però nemmeno dei tipi derivati per sola induzione dalle cose particolari, delle normalità determinate che conducono soltanto a una generalizzazione empirica e probabile, «nella misura in cui fino ad ora abbiamo sperimentato». Su di questa distinzione si basa quella di *existentia* ed *essentia*, si basa anche il pensiero teleologico e infine l'unità dell'essere e del dover essere in metafisica. Questa essenza *nella* cosa è la misura del nostro conoscere. Essa è nel giudizio il predicato universale su cui si fonda la verità della conoscenza. Perché il giudizio non dice che il concetto astratto nel mio intelletto è la cosa, ma che il contenuto oggettivo, indipendente dal puro venir pensato, del concetto astratto, è riconosciuto da me in questa cosa singola. Non esiste uno Stato in sé, esistono soltanto degli Stati concreti; tuttavia io chiamo Stato una determinata unità sociale, una «comunità territoriale», perché e nella misura in cui essa è una realtà dell'idea «Stato». Adunque non l'intelletto da solo, non i sensi da soli conoscono, ma l'uomo mediante ambedue. D'altra parte, [come già detto] le cose portatrici della essenzialità, possono essere la misura della nostra conoscenza, solo perché esse stesse ricevono misura dall'intelligenza suprema creatrice di Dio, che tutto misura con saggezza. L'intelligenza divina, crea, pensandola, la essenzialità delle

cose. La volontà divina le passa all'esistenza sia immediatamente come *causa prima*, sia mediatamente per mezzo delle cause seconde. Questa dottrina è fondamentale per la possibilità del diritto naturale. Essa significa in effetti che le forme essenziali dipendono dalla volontà dello Spirito Onnipotente, non nella loro essenza ma soltanto nella loro esistenza. Le forme essenziali delle cose sono immutabili, perché esse sono pensieri di Dio immutabile. Il problema di Occam: «Se Dio debba poter volere che la creatura lo odii» è la base di fondo del suo positivismo morale, come per contro, la dottrina dell'immutabilità della *lex naturalis*, della naturale bontà di certe azioni morali scaturente dall'essenza delle cose, non ha significato se non si riconosce l'immutabilità delle essenzialità stesse. Queste riflessioni sono di una importanza capitale, perché la tesi, per cui la *lex* è semplicemente *aliquid rationis* e non pura e semplice volontà arbitraria, dipende da questa teoria realistica della conoscenza; ciò che diviene chiaro anche per il fatto che il principio per cui la legge è volontà arbitraria, *auctoritas facit legem* ecc., si fonda su una teoria nominalistica o meramente empiristica della conoscenza.

Consegue da ciò che si è detto sopra anche il principio che l'essere e il vero coincidono. Intelletto e realtà hanno fra di essi tre differenti rapporti. Dal punto di vista dell'intelletto, si parla di conoscenza; dal punto di vista della cosa, del reale, di essere conosciuto e l'unità dei due termini significa «essere-vero». Conoscere una cosa però significa affermare, accogliere in sé l'essenzialità della cosa, la sua forma. Contrariamente agli esseri che non conoscono, l'intelletto è capace di contenere la forma di un'altra cosa [di ogni cosa creata], anzi di divenire questa forma. Lo spirito che conosce è in certo modo tutto. Sapere è possesso delle forme. «Lo spirito che conosce, dice Tommaso d'Aquino, è interamente - cioè a dire in forma perfetta - la cosa conosciuta». La conquista del concetto astratto, dell'universale, il cui contenuto è l'essenzialità della cosa, è la funzione dell'intelletto attivo, il quale dalla realtà che è data nell'immagine conoscitiva delle sensazioni, cava fuori il nucleo essenziale immateriale, appunto l'essere intelligibile, che però è identico all'essere naturale che esiste in realtà. Perciò un essere, in quanto intelligibile, è anche vero. Ogni essere è vero, perché è conoscibile.

L'essenzialità formale, che costituisce la cosa reale nel suo essere, è però anche il fine, la *causa finalis* della cosa. La teoria aristotelico tomista della conoscenza prende come punto di partenza il fatto del movimento, del mutarsi e del venir mutato, in breve del tentativo di afferrare il divenire. Di qui la distinzione fra un nucleo intimo e stabile, la forma, e un elemento variabile, la materia, ciò che in ogni cosa viene formato. L'esempio tipico è la creazione dell'artista, che plasma la forma dalla materia e quello del divenire organico nel mondo della natura vivente, la

pianta, per esempio, nel cui germe la forma incorporea si sviluppa dentro nella materia operando entelechialmente. La forma non è soltanto la causa immediatamente operante della cosa, essa è anche il suo fine [\*\*\*]. «Ogni essere tende alla sua perfezione». Ma il bene è ciò cui tutti tendono. Bene dunque è la perfezione e ciò che conduce a questa perfezione. Il divenire, la situazione propria di ogni essere creato, è il cammino verso la perfezione, verso il divenire essenza. Dunque quanto più perfettamente una creatura diviene la sua essenza, quanto più il suo «essere-ciò» si avvicina al suo «essere-così», tanto più *l'essentia* supera in lui l'imperfezione nell'*existentia*. In Dio, l'essere più perfetto, *essentia* ed *existentia*, «essere-creatura» ed esistenza sono identici. Egli è puro atto, essere assoluto e perfetto. La creatura, per contro, non è il suo «essere-così» che in un modo imperfetto; ma essa tende al «divenire-questo-essere-così», alla realizzazione della sua idea. Divenire è la situazione della creatura, essere è l'essenza di Dio. La compiuta realizzazione del suo essere, della sua idea, tale è il fine di una cosa cioè sempre più realizzazione dell'«essere-così» nell'esistenza. E ciò vale per la natura inanimata, in quanto essa è mossa dall'esterno, come, per esempio, l'artista plasma in modo sempre più perfetto la forma della statua dalla materia. E vale ugualmente per la natura animata la quale, nel processo del divenire, realizza sempre più perfettamente la forma in essa immanente come un suo nucleo. Donde la tesi: *omne ens, in quantum est ens, est bonum* e più oltre: *ens et verum et bonum convertuntur*.

A mo' d'esempio, il «matrimonio» bolscevico, secondo la legislazione in vigore nella Russia sovietica, non è riconosciuto dall'Occidente cristiano, perché un tale matrimonio non si distingue affatto dal concubinato; ciò non si basa su di un confronto col diritto matrimoniale del *Code civil* o con il *matrimonium* del diritto romano o col diritto matrimoniale del BGB; ma è riconosciuto mediante «commisurazione» all'idea espressa ed esemplificata nelle istituzioni giuridiche positive di questi codici. Noi parliamo dell'imperfezione di una legislazione matrimoniale confrontandola coll'idea in sé del matrimonio; e nella storia del diritto matrimoniale, distinguiamo differenti gradi a seconda che le forme giuridiche positive realizzino più o meno perfettamente l'idea del matrimonio. Una «corporazione territoriale», un gruppo nazionale, non diventa Stato per il fatto che sia riconosciuto come tale dalle comunità giuridiche internazionali o da altri Stati, di guisa che questo riconoscimento di diritto internazionale sarebbe addirittura costitutivo del diritto. No, questo riconoscimento avviene e la «corporazione territoriale» ha un diritto a questo riconoscimento, perché preesiste uno stato di fatto concreto, che realizza, anche se in forma imperfetta, l'idea dello Stato, cosicché può essere riconosciuto solo uno Stato che abbia il diritto di esserlo in via dichiarativa. Nel preciso grado di

realizzazione dell'idea dello Stato, sta la ragione del dover essere questo Stato riconosciuto. [Notiamo qui incidentalmente, che la scuola del diritto comparato non ci soddisfa appunto perché, per timore del «diritto naturale», che poi in fondo fa capolino in ogni caso, esita a fare l'ultimo passo sino all'essenza, fino all'idea delle istituzioni giuridiche; il suo lavoro diventa perciò stesso interessante, istruttivo, e ricco di insegnamenti, Ma essa non giunge che nel vestibolo della filosofia del diritto, ove scetticamente si arresta].

Il concetto teleologico, che ha la sua radice nella metafisica dell'essere, è dunque il fondamento dell'unità essenziale di essere e dovere, di essere e di bene. Pare proprio che tutto il passato debba essere stato dimenticato, perché la scuola del diritto puro, la scuola normologica, abbia potuto affermare che essere e dovere non abbiano niente di comune. Essa aveva ragione, se non voleva che l'esistenza empirica fosse considerata come radice di un dovere. Il puro fatto non può divenire diritto in grazia soltanto del puro fatto. Non vi è un semplice «esser-di fatto» del diritto. Fondamento del diritto può esserci soltanto in ciò: che in un fatto concreto, un'essenzialità tenda alla sua realizzazione. Dall'infrazione del diritto non può mai nascere diritto. Ma d'altra parte anche le leggi di un tiranno illegittimo possono obbligare in coscienza, non in forza del suo potere illegittimo, ma in virtù della reale consistenza del bene comune attuato da queste leggi, astrazione fatta dalla loro origine effettiva, e nella misura in cui esse lo realizzano. La distinzione fra *essentia* e *existentia* avrebbe preservato la teoria pura del diritto, che ha criticato così decisamente la tesi per cui il fatto crea il diritto, dal suo formalismo ametafisico, e dalla sua ultima ricaduta nella tesi dell'effettività del diritto nella *civitas maxima*.

L'essenzialità di una cosa è la norma e il fine del suo divenire. Ma la creatura è sempre nella condizione del divenire, sia che questo divenire la conduca al suo fine, al bene, sia che essa ne la allontani e la conduca al male, alla imperfezione dell'essere. Ma il bene è l'incarnazione ultima, la realizzazione dell'essenzialità nell'esistenza, la realizzazione dell'esistenza all'essenza. [Consideriamo incidentalmente che queste tesi provano come già lo spirito creatore del linguaggio, che avverte tutte queste distinzioni così sottili delle forme della parola, ha potuto afferrare queste condizioni dell'essere]. La *plenitudo essendi*, la pienezza dell'essere, ecco il fine. Ogni essere e ogni realtà hanno una tendenza naturale a divenire la loro essenzialità, a realizzare la loro idea. Ma ciò, verso cui una natura ha sempre una tendenza essenziale, è un bene; perché è una tendenza verso la sua perfezione. Ogni Cosa reale si muove verso la sua essenzialità. La perfezione dell'essere è il fine, il bene, l'essenzialità. La *plenitudo essendi*

è ciò che v'è di reale nella condizione di quiete del fine del divenire, del muoversi o del venir-mosso.

Così dunque, nell'essenzialità sta la norma, nell'«essere-così» il fine; e il bene è la pienezza dell'essere. Ma il bene è di conseguenza ogni essere, in quanto esso è essere reale. Ma poiché anche il bene deve evidentemente essere, ne segue che essere e dovere, nell'ambito della metafisica, coincidono.

Queste riflessioni ci conducono, procedendo oltre, all'idea di un ordinamento della realtà, e precisamente a seconda del grado dell'essere, ordinamento che si costruisce dall'essere puramente possibile, non ancora reale, sino a Dio, passando per i gradi dell'essere reale creato, con contenuto sempre maggiore di essere e con sempre minore pura potenzialità, dall'essere inanimato, oltre all'animato, fino all'essere vivente dotato di ragione, l'uomo, norma della creazione. Sino a Dio, essere perfettissimo infinitamente superiore ad ogni essere creato ed essenzialmente differente da questo, nel quale tutte le distinzioni di essere e divenire, di movimento e quiete, di potenza e atto, di *essentia* e *existentia*, non hanno più alcun senso, perché Dio è purissimo essere, purissimo atto, primo motore immobile, e per conseguenza perfettissimo bene, profondissima verità, norma suprema e fine ultimo, in cui non vi ha più distinzione tra *essentia* e *existentia*. Dio come bene supremo è perciò anche fine di ogni essere, come ogni essere non è tale che in virtù di una partecipazione all'essere divino, anche se solo in senso improprio ed analogico. Dio è il «fine ultimo» di ogni vita e di ogni attività umana, la sua glorificazione il fine della creazione.

Il «mondo» è ordine. L'ordinamento delle creature, che risulta dalla distinzione delle loro nature e delle loro gerarchie [*graduuum*] scaturisce dalla sapienza di Dio. E non il caso è l'origine delle cose e non il mondo un caos, in cui soltanto il nostro conoscere dovrebbe metter ordine. La legge di questo ordinamento corrisponde alla sapienza di Dio, la quale per prima l'ha pensata come ideale, prima che la volontà di Dio la chiamasse all'esistenza. Questo ordinamento è dunque ordine secondo l'essenzialità di Dio. Ogni essere reale è una imperfetta esemplificazione delle idee divine, che sono incarnate nelle cose. L'uomo riconosce quest'ordinamento come orientato verso un fine ultimo, verso Dio stesso, che è insieme causa e fine di quest'ordinamento. L'ordinamento dell'essere diviene così per la creatura razionale che nella sua libertà di volere coopera all'edificazione del mondo, un ordinamento dei fini, culminante nel fine supremo e ultimo, la *gloria Dei*.



## II. INTELLETTO E VOLONTÀ

L'ordinamento che risulta dalla conoscenza speculativa non è però un ordinamento statico, rigido, di cose immote; non è costrizione esteriore, macchina di orologi che, una volta caricata, marci da sé secondo leggi meccaniche. L'ordinamento è conforme alla natura delle cose. Esso è ordine necessario per la creatura inanimata e per la creatura animata sprovvista di ragione; ordine di libertà, ordine morale per la creatura dotata di ragione e di libero arbitrio. Ora, nella misura in cui l'uomo si riconosce un essere libero di volere, non sottoposto alla cieca necessità, ma al contrario alla legge della libertà, egli riconosce anche che quest'ordine morale deve corrispondere alla volontà di Dio. L'ordine ontologico, diviene, nei confronti dell'uomo dotato di libertà, un ordine morale. L'ordine ontologico davanti alla conoscenza, diviene ordine etico davanti alla volontà. In quanto, dunque, dalla conoscenza delle essenzialità delle cose questo ordinamento viene riconosciuto come posto da Dio conformemente alla sua essenzialità, esso appare necessariamente alla volontà della creatura libera e ragionevole come un ordine a cui tendere e da conservare e come norma della volontà finita. D'altra parte, questo ordine è dato conforme a natura; esso non è proiettato dalla ragione umana conformemente a categorie soggettive, in un mondo esteriore non riconoscibile in sé come ordine; è un ordine oggettivo, indipendente dal nostro pensiero e dal nostro venir pensato.

Quest'ordinamento è, nella sua essenza, ordinato dalla saggezza di Dio e, nella sua esistenza, scaturito dalla volontà di Dio. Quanto al suo senso e alla sua finalità, esso è di nuovo diretto a Dio, fine supremo. Anche dal punto di vista teleologico non esiste che un solo ordine, perché *ens verum et bonum est*.

Non dunque unicamente nella volontà di Dio positivamente promulgata sta la legge dell'ordine, ma nell'essenza delle cose, come è stata disposta dalla saggezza di Dio. L'ordine ontologico può essere solamente un ordine morale, se il suo fondamento è la saggezza di Dio, se l'intelletto, in Dio, è la *nobilior potestas*. Altrimenti noi non potremmo giammai dedurre nessuna legge dall'ordine ontologico del mondo, ma solamente dalla volontà rivelata di Dio.

Si è mostrato sopra come, nella filosofia morale, la tesi della volontà come *nobilior potestas* condusse necessariamente, attraverso Duns Scoto ad Occam, cioè a dire al positivismo morale più unilaterale, perché effettivamente la tesi della volontà come *nobilior potestas* è la radice stessa del nominalismo. Ma il nominalismo, rivolto unicamente all'essere

particolare individuale, all'*existentia* ordinata alla volontà, giunge, nelle sue forme estreme, a negare la possibilità di conoscere in maniera chiara e distinta le essenzialità nelle cose, l'*essentia* ordinata all'intelletto; gli universali sono *flatus vocis*. Il reale, non essendo conoscibile da noi in modo univoco nel suo «essere-così», cessa di essere misura della conoscenza; l'ordinamento ontologico non può diventare da se stesso norma del volere; di ciò è capace soltanto la volontà arbitraria assoluta dell'Altissimo.

La dottrina della *lex aeterna* e della *lex naturalis* è così pienamente vuotata del suo contenuto. Come da una parte la teoria volontaristica non può riconoscere nel diritto statuale e internazionale un diritto al di là del positivo [più esattamente: al di là della volontà di fatto considerata come atto esistenziale], così dall'altra Occam non poteva riconoscere una qualche moralità che non avesse la sua prima, prossima ed unica norma esclusivamente nella volontà arbitraria, nella *potentia Dei absoluta*. Ora, se la idea di Dio e, con essa, quella di una volontà personale suprema, vengono a scomparire, non rimane più, come fonte del diritto, se non la volontà concreta del legislatore temporale; dello Stato; oppure gli oscuri istinti della «natura» [che si oppone qui a spirito] sono assunti come norma naturale [Spinoza]. La dottrina biologica dell'etica e del diritto, come anche quella materialistica, hanno qui le loro radici.

Risulta da ciò che la dottrina del primato dell'intelletto in confronto alla ragione, sia in Dio che nell'uomo, è la premessa per la possibilità di una legge morale naturale, e, per conseguenza, di un diritto naturale. È significativo il fatto che il tradizionalismo sia congeniale alla scuola storica del diritto e al pensiero conservatore di un Donoso Cortes, di un de Maistre, di un C. L. von Haller, e ciò per le loro tendenze antirazionalistiche. I principii della morale non si possono trovare nell'essere. Essi sono una rivelazione positiva, una rivelazione primitiva, trasmessa misteriosamente attraverso i secoli nel segreto dei cuori.

Il mondo oggettivo, reale, è la misura della conoscenza. L'ordine esistente nella realtà è conosciuto dall'uomo, in un primo tempo per via speculativa, in una pura contemplazione. La ragione per tutto questo tempo è recettiva, essa accoglie. Ma l'uomo non è soltanto pura ragione; egli è chiamato, come libero portatore ed elemento di questo ordine, a realizzarlo egli pure. Passando dalla conoscenza pura ed unicamente recettiva, dall'idea come fine all'esistenza delle cose, la ragione diventa ragion pratica, ordinata alla morale e al fare concreto [agere et facere]. L'essere viene riconosciuto come un dovere, l'idea come fine e norma di tutte le nostre azioni. E qui ancora la metafisica realistica parte dalla creazione artistica presa come esempio, dall'autocoscienza,

dall'autoconoscenza dell'uomo. L'uomo non agisce alla deca. Infatti non vi sono due «ragioni», ma l'anima ragionevole, riconoscendo l'essere come verità, ordina questa verità riconosciuta verso l'azione. Alla tesi per cui la filosofia morale, la dottrina dell'agire morale, è una dilatazione della metafisica, della dottrina dell'essere, corrisponde la tesi per cui la ragione pratica è dilatazione della ragione speculativa. *Intellectus speculativus fit practicus*: «diviene». Da principio è la ragione speculativa che conosce; e anteriormente ad essa è dato il reale esistente. Soltanto la verità riconosciuta appare alla ragione pratica come verità buona ad essere realizzata per mezzo della volontà.

In questa priorità del reale, dell'essere, sul conoscere e del conoscere sulla volontà, sta la ragione della possibilità di una legge morale naturale. La costruzione dell'atto morale si compie con la conoscenza dell'idea come fine dell'essere da parte della ragione speculativa, passando attraverso la conoscenza, da parte della ragione pratica, di questo essere come un bene, che viene infine presentato alla volontà come auspicabile.

L'essere conoscibile è il principio del dovere morale. Il principio supremo del dovere morale come tale è: divieni la tua essenza. Ciò che significa per la natura ragionevole e libera dell'uomo: agisci secondo ragione, perfeziona la tua essenza, realizza l'ordine dell'essere, di fronte al quale tu ti trovi libero. L'ordinamento di tutti gli esseri ha il suo principio in Dio: come ordine delle essenze, nell'essenzialità di Dio, come ordine creato, esistente, nella volontà di Dio. Le essenzialità delle cose, in quanto sono creativamente pensate per prime dall'intelletto di Dio, sono, una volta stabilite, immutabili.

Questo ordinamento del mondo è la *lex aeterna*. La finalità iscritta nelle cose, che l'ordine ci rivela, fa pensare al legislatore supremo. Così dunque la *lex aeterna* non è nient'altro che la sentenza della sapienza divina, che muove tutti gli atti delle creature [ragionevoli] e tutti i movimenti delle creature [senza ragione]. «La legge eterna è la *ratio divina* o la volontà divina, che dispone che l'ordine naturale sia conservato e non distrutto ... essa è la legge dalla quale è giusto che tutto sia ben ordinato». Ma l'ordine risulta dalla tendenza finalistica delle differenti nature, dalle attività naturali ispirate da Dio alle cose conformemente alla loro natura. «Perciò tutte le creature partecipano in certo qual modo della legge eterna» [Tommaso d'Aquino]. Ma ciascuna secondo la propria natura: le creature non dotate di libertà e di ragione, in maniera non libera, seguendo ciecamente la loro tendenza naturale; quelle dotate di ragione e di libertà, nella libertà del dovere morale. L'ordinamento del mondo è, per la creatura non libera, un ordine della necessità, per la creatura dotata di

ragione e libertà un ordine del dovere morale. Da una parte la *lex aeterna* è legge della necessità, dall'altra una legge morale della libertà.

La *lex naturalis* dunque è la *lex aeterna* per gli esseri dotati di ragione e di libertà. La legge ontologica diventa legge morale, l'ordine dell'essere diviene ordine del dovere morale. La legge morale naturale è «il lume della ragione, immanente in noi, grazie al quale noi conosciamo ciò che dobbiamo fare e ciò che dobbiamo evitare; essa è la conoscenza, comunicata a noi dal Creatore, per cui dobbiamo attenerci all'ordine corrispondente alla nostra natura» [Cathrein].

### III. STRUTTURA DELLE SCIENZE

La teoria realistica della conoscenza è il fondamento dell'unità del sapere e della connessione intima e della struttura organica delle scienze. Le scienze formano un sistema unitario malgrado la diversità degli oggetti, della diversa maniera di esperienza e di considerazione dell'unica realtà e malgrado tutte le differenze dei metodi. Esse riposano tutte sulla metafisica come fondamento della conoscenza in generale e trovano il loro coronamento di nuovo nella metafisica come filosofia dell'essere, come la scienza più profonda dei principii e delle cause fondamentali dell'essere. Le scienze particolari si occupano dell'essere sotto una determinazione specifica; per esempio, la morale delle regole che determinano l'agire degli individui liberi, del dovere morale che risulta dall'essere; la fisica si occupa delle cose corporee nella loro connessione causale, del loro modo di esistere, dei loro movimenti. Al termine di ogni scienza, sta ancora non già il suo valore di utilizzazione pratica, ma il suo confluire nel sapere, considerato come il più profondo impulso dello spirito umano, dal quale esso è così dominato, che si deve dire che la tendenza fondamentale dell'uomo è «maxime omnia scire». Così la Genesi con pieno fondamento definisce la superbia il voler essere come Dio - *eritis sicut deus scientes bonum et malum* - come il più grande dei peccati. E rivela solo lo spirito volgare, superficiale ed a filosofico del tempo moderno il fatto che esso vide la tentazione della prima coppia umana nella *concupiscentia*, come se l'amore carnale non fosse esso stesso, nel suo fondo, una varietà dell'impulso a sapere.

La metafisica è il fondamento logico di ogni scienza. Ogni scienza è un sistema di giudizi universali e necessari, che abbracciano l'*existentia* o l'*essentia* dei loro oggetti, e che in questa misura sono veri e costituiscono un autentico sapere. Così la scienza del diritto è un sistema di giudizi sulle istituzioni giuridiche positive, sia generali che particolari, che costituiscono l'ordinamento giuridico, sulla loro esistenza, la loro essenza,

le loro fonti, i loro fondamenti, il loro rapporto normativo, la loro validità temporale; la storia del diritto è un sistema di giudizi, che concernono ordinamenti giuridici in vigore in altro momento; il diritto internazionale, un sistema di giudizi sull'ordinamento giuridico della comunità degli Stati. Ma l'elemento formale di ogni giudizio è contenuto nel verbo «essere»: la scienza del diritto è scienza normativa. È per questo che la scienza dell'essere, delle sue forme, delle sue cause e dei suoi modi, è il fondamento di tutte le altre scienze. L'essere è dato con ogni conoscenza, in generale e nello stesso tempo; la conoscenza è conoscenza vera grazie alla sua conformità con un essere. Ma l'essere è realtà, distinto secondo atto e potenza, secondo l'essere determinato e capace di determinazione. L'essere è realtà prima della ragione, verità *nella* ragione, è bene prima della ragion pratica, è bene *nella* volontà. Dall'essere derivano determinati principii: il principio di contraddizione [«una cosa non può essere e non essere allo stesso tempo»]; il principio di ragion sufficiente, il principio di causalità. Essi sono assolutamente universali e sempre validi, anche riferiti all'essere possibile puramente pensato, sempre che esso sia ragionevolmente pensato. Questo però non significa che la metafisica, come prima scienza, debba essere la prima anche nel tempo, e nel senso che senza di essa non sia possibile coltivare altre scienze, ma bensì che soltanto i suoi principii essenziali rendono la scienza possibile. Così i principii di contraddizione, di causalità, della distinzione dell'essere determinato in atto e in potenza noi li abbiamo interamente in nostro possesso, sicuro, abituale e inconsapevole perché continuamente vissuto. Questi principii guidano tutta la nostra attività intellettuale e valgono per ogni oggetto di conoscenza, in quanto esso, per essere comunque afferrato e conosciuto, deve possedere un benché minimo «quantum» di essenza. I primi principii della ragione speculativa, sono evidenti. Persino il dubbio teoretico, effettivo, a loro riguardo è una prova del loro valore assiomatico: «La filosofia non si cura del particolare come la fisica, la quale considera gli accidenti e i principii dell'ente, in quanto esso è corporeo e si muove, e non in quanto è ente. La "prima filosofia" però accede alle cose, in quanto sono enti e non in quanto sono qualche altra cosa» [Aristotele]. Questo «essere qualche altra cosa», i differenti modi di essere, le partecipazioni all'essere generico da parte dei numerosi esseri particolari, la realtà particolare in opposizione alla realtà generale, tutto ciò condiziona la differenziazione delle scienze, le quali sono in rapporto con le altre ed hanno un unico fine: l'ente e la sua conoscenza via via più estesa e profonda. Come si esprime bene ed esattamente perciò lo spirito creatore di tutte le lingue quando parla di questo impulso ad una conoscenza «profonda», appunto al sottofondo del superficiale, a quel che di oscuro, che sta sotto e dietro le chiare apparenze dell'essere sensibile. La filosofia realistica non ha alcuna inclinazione alla separazione delle

scienze invece che alla loro distinzione, e tanto meno ad una fanatica specializzazione.

La metafisica diviene - *sicut intellectus speculativus per extensionem fit practicus* - filosofia morale. Ciò che è, in quanto è, deve anche essere. Le essenzialità delle cose devono essere ugualmente il fine del divenire e dell'elaborazione attiva, attraverso le cause seconde, della cosa esistente e della cosa da creare. E l'ordinamento del mondo, che è, deve anche provenire da una volontà libera. A sua volta, la natura essenziale dell'uomo ragionevole e libero deve essere. Realizza la tua natura essenziale, ecco la forma originaria dell'agire morale, il perfezionamento dell'idea dell'uomo.

Ma - il primo colpo d'occhio lo rivela - si danno per l'uomo diverse maniere di essere. L'uomo appartiene al mondo corporeo, al mondo degli esseri sensibili e a quello degli esseri ragionevoli, liberi e sociali. A ciò corrispondono diverse scienze, che si occupano dell'uomo, in quanto egli appartiene a questi mondi. Ma come essere ragionevole, libero e sociale l'uomo è oggetto delle scienze propriamente umane. Come essere ragionevole, egli è studiato dalla psicologia, come essere sociale egli è studiato per quanto riguarda l'essere dalla filosofia sociale, per quanto riguarda la sua esistenza nelle forme sociali, dalla sociologia. Come essere però che realizza la sua vita e il suo essere ragionevole e sociale non per mezzo della coazione, ma nella libertà l'uomo forma l'oggetto delle scienze morali, che determinano le norme del suo agire, ma partendo dall'idea e dall'essenza dell'uomo.

Il principio dell'etica: bisogna fare il bene ed evitare il male, riceve il suo contenuto materiale, cioè a dire la determinazione di ciò che è bene, dall'essenza della natura ragionevole, libera e sociale dell'uomo. Donde l'esistenza di un'etica sociale naturale, fondata pure sulla filosofia sociale, e, come una delle parti di questa etica) di un diritto naturale: il diritto naturale nel senso proprio della parola. I maestri della Scolastica e i loro successori, davano così, spesso, a tutto il complesso della loro filosofia morale, quando non trattavano del diritto in senso stretto, il titolo di *institutiones iuris naturalis*. Ciò aveva un senso positivo: era così mantenuta l'unità della moralità e del diritto e si dava al diritto, attraverso la incorporazione nella filosofia morale, la sua base metafisica. Così la scienza del diritto trovava il suo fondamento, la filosofia del diritto i suoi oggetti, gli ordini giuridici positivi la loro legittimazione nel diritto naturale; questo, a sua volta, poggiava sulla filosofia sociale e, attraverso di essa, sull'antropologia metafisica. L'obbligatorietà delle norme giuridiche trovava con ciò un fondamento contenutistico nell'essenza della natura sociale dell'uomo, nella sua natura razionale. E si sfuggiva così al

positivismo che presume di conoscere e di dover riconoscere una volizione di fatto della norma da parte di un legislatore che usi la coazione. Il positivismo è sempre scaturito dallo scetticismo filosofico, oppure è una specie di corto circuito puramente arbitrario nel determinare la struttura e il rapporto reciproco delle scienze; esso rinuncia alla razionalità della norma.

La natura sociale dell'uomo significa che per il suo modo di essere l'uomo è appunto un essere sociale e che l'idea dell'uomo si realizza nella comunità e nei gradi del suo ordinamento. Questa non è una esigenza proveniente da un qualsiasi istinto, ma una realtà che in una sempre nuova esperienza si rivela come «data». L'essere sociale, le comunità necessarie dell'*animal sociale*, tale è l'oggetto della filosofia sociale. L'essere sociale è *nella* realtà. Ecco perché, per poter esprimere dei giudizi sulla natura dell'essere sociale, occorre il contatto incessante con la realtà, l'osservazione della vita sociale. Soltanto allora si può, nell'avvicinarsi delle situazioni, nel mutamento delle forme esteriori della storia, riconoscere ciò che permane. La filosofia sociale adempie dunque, nei confronti della scienza sociale, ad un compito affine a quello della metafisica nei riguardi delle scienze in generale.

Ma ne risulta che anche qui l'«essere» diviene un «dovere» della ragione pratica; anche qui l'essenza diviene fine e norma del lavoro creatore mediante la libera attività della volontà umana. L'etica sociale e la filosofia del diritto, sono dilatazioni della «metafisica» sociale. Lo spirito, conoscendo, stacca e ricava, mediante astrazione, dai dati sociali, dalla realtà, la essenza dell'essere sociale, e trova così le prime idee sociali e i primi principii; non pone o non postula esso stesso queste idee e questi principii partendo da qualche principio astratto, per es. dalla libertà.

Nella misura in cui il diritto ed ogni ordinamento giuridico costituiscono un particolare ordine di obbligazioni sociali, un insieme di rapporti, di legami sociali e umani di cooperazione, di coordinazione o di subordinazione, dalle più instabili ed effimere sino alle più durevoli e alle più organiche forme comunitarie, nella stessa misura in cui si può parlare di una forma giuridica specifica dell'essere sociale, si può parlare anche di una filosofia del diritto, di una scienza dell'obbligazione giuridica. Essa non può essere separata dalla morale, di cui è una parte. E poiché e in quanto essa è ciò, è basata come obbligazione e come norma nell'essenza e nella natura dell'*ens sociale*. I suoi principii primi e le conclusioni che ne derivano, formano il contenuto del diritto naturale. Le leggi dell'essere divengono davanti alla volontà operante norme dell'agire. La *lex aeterna*, la legge ontologica del mondo, diviene di fronte all'essere libero e ragionevole *lex naturalis*. Ciò che appartiene necessariamente alla

perfezione dell'essere sociale, deve anche essere e deve venir realizzato dalla volontà. Ciò che *necessariamente* vi appartiene! Niente di più, ma anche niente di meno, è per natura giusto e morale.

Come la filosofia sociale si distingue dalla sociologia e l'etica sociale si distingue dalle morali storiche, dai codici morali di una epoca, di una classe, ecc., del pari la scienza positiva del diritto si distingue dalla filosofia del diritto, il diritto positivo dal diritto naturale, essendo essi i contenuti dell'una e dell'altra. Presupposte sono [come in metafisica, le prime idee dell'essere in generale] le idee della persona individuale e della comunità, della moralità e, infine, del diritto. «La singola esperienza giuridica chiaramente dipende dal concetto generalmente valido del diritto, non inversamente» [Stammler]. E questo concetto del diritto, a noi che cresciamo nel seno della comunità giuridica della famiglia e della stirpe, della corporazione e del comune, dello Stato con autorità, giudici e tribunali, è dato in maniera così immediata [non fosse che nella forma dell'appartenenza reciproca generale e normativa di certe cose e della coordinazione di certe persone e dei loro atti a noi, considerati come membri singoli uguali o disuguali, della comunità], che sin dal primo uso della ragione conosciamo con una certezza immediata e applichiamo nella nostra vita i principii fondamentali del diritto e della morale: bisogna fare il bene; il mio spetta a me, il tuo a te; nessuno ha il diritto di turbarmi nel possesso del mio bene. Così come nella conoscenza speculativa noi abbiamo fin dall'inizio, la precisa concezione di certi principii, come per es. del principio di contraddizione.

La scienza del diritto e la filosofia del diritto si distinguono dunque per il fatto, che la scienza del diritto considera i suoi oggetti, cioè i diversi ordinamenti giuridici, dal punto di vista della loro validità positiva e della loro applicazione pratica nella giurisprudenza, dello sviluppo storico delle istituzioni giuridiche positive, della loro logica interna, e della interpretazione che ne discende, mentre la filosofia del diritto ha per oggetti le necessarie norme generali, lo sforzo di realizzazione delle quali costituisce la legittimazione di ogni ordinamento giuridico positivo, dunque ciò che da secoli si chiama lo *ius naturale*. Su di ciò è basato anche il fatto che ogni tentativo di giungere ad una filosofia del diritto reca, si voglia o no, l'impronta del diritto naturale. In effetti, se non si risale a certe norme supreme, necessarie, costanti, non si giunge che a generalizzazioni empiriche, teorie stereotipate, spiegazioni genetico - storiche della formazione di fatto di una istituzione giuridica [per esempio quella del prestito], ma non a una vera conoscenza, su cui si basi il principio di validità universale, per esempio che la cosa prestata deve essere restituita.



La natura essenziale dell'uomo, l'idea dell'uomo come un essere sociale, razionale e libero, tale è come fine normativo, il principio sia dell'etica sociale sia del diritto naturale. La legittimazione di ogni diritto, in effetti, deve essere in ultima analisi di ordine morale. Ciò che però è possibile soltanto se il «dovere» normativo della ragion pratica è in ultima analisi un essere conosciuto dalla ragione speculativa. Così si chiude dunque l'anello dello spirito e delle scienze umane: il reale dato e il nucleo di idee che esso contiene, sono la misura della conoscenza umana, l'oggetto della ragione speculativa; questo oggetto appare, in seguito, alla ragion pratica, dilatazione della ragione speculativa, come un bene dotato di valore, come un fine, come un compito da realizzare. Ma la realizzazione concreta riceve la sua legittimazione, non dalla volontà che l'effettua, ma dal fine della realizzazione, cioè a dire dalla idea. La metafisica è insieme premessa e coronamento della filosofia del diritto, il cui oggetto è il diritto naturale.

#### IV L'ESSENZA DELLA LEGGE

Si potrebbe dire, con una certa esagerazione, che la filosofia del diritto [*«Filosofia del diritto»* in senso soggettivo] è stata coltivata appena nell'epoca individualistica, mentre l'epoca precedente aveva elaborato piuttosto una filosofia della legge. Ciò si giustificherebbe pienamente, soltanto se si concepisse il diritto piuttosto come una esigenza lecita e soggettivamente possibile, la legge invece come un ordinamento obbiettivo e un fondamento dei doveri e dei diritti. Il *suum* sarebbe allora l'elemento primo, mentre la norma, che determina e garantisce il *suum*, non verrebbe che in seguito.

Ma, secondo il diritto naturale cristiano, non si pone prima il *suum* e la persona, e soltanto dopo la legge; ma come insieme con la persona già si considera la comunità, perché l'una è data con l'altra, ugualmente nel *suum* è data al tempo stesso la norma che la determina. L'uomo è sempre veduto in un ordinamento che è dato insieme con lui e le cui leggi naturali, che derivano dall'essenza dell'ordinamento degli esseri, esigono osservanza. Non prendendo come punto di partenza l'individuo astratto isolato, non chiedendo prima di tutto che cosa avesse da valere in funzione di suoi inalienabili diritti, ma vedendo sempre nell'uomo una articolazione dell'ordinamento stabilito da Dio e rivelantesi nell'essenza delle cose, l'attenzione si volse più alla «legge», al diritto nel senso oggettivo della parola. Chi del resto ritiene che il diritto e la moralità non possono essere divisi, che crede dunque nell'unità della legge giuridica e della legge morale, comprenderà certamente questo concetto. Le leggi hanno un fine morale; esse non sono soltanto una protezione, una

salvaguardia di diritti preesistenti, ma hanno in più il compito morale positivo di rendere gli uomini migliori e più virtuosi, ciò che implica però una connessione intima fra legge giuridica e fine perseguito dalla legge morale.

In S. Tommaso d'Aquino troviamo anzi tutto una concezione assai generica della legge. La legge è una regola ed una misura [*mensura*] degli atti, in virtù della quale ognuno è spinto ad agire, o, al contrario, a non agire. Questa regola, la legge, è una obbligazione morale, non una necessità fisica; essa si indirizza a degli esseri dotati di libero arbitrio salvaguardando la loro libertà, non è costrizione fisica. [Ecco perché le leggi che reggono le attività (*motus*, non *actus*) degli esseri privi di ragione o leggi della natura nel senso moderno della parola, non sono «leggi» che in maniera impropria]. La legge è dunque norma per atti umani che procedono dalla libera volontà, norma per le azioni di un essere che è padrone del suo agire e del suo non agire, in breve di una persona. Ma la libera volontà, conformemente alla priorità della ragione, presuppone appunto la ragione. È dunque proprio dell'essenza degli atti umani essere determinati in qualche modo dalla ragione e di conformarsi ad essa. Così è dunque la natura, e più particolarmente la natura ragionevole, che dà il primo criterio-guida nel giudizio di valore portato sull'azione specificamente umana, cioè a dire sull'atto morale libero. La ragione in quanto ragion pratica, regola inoltre l'agire, afferrando i rapporti e le relazioni delle cose ordinate l'una all'altra e, poiché l'ordine risulta dalla tendenza comune verso uno stesso fine, orientate al loro fine. Ogni agire a sua volta avviene per un certo fine o avviato a una certa meta. Senza scopo e senza una meta ogni azione non avrebbe senso, la volontà non perverrebbe a nulla. Ma solo la ragione può giudicare della opportunità delle azioni in rapporto al loro fine, dei mezzi da impiegare e della successione dei fini intermedi per il raggiungimento della meta finale. Questa attività della ragione, mediante la risoluzione pro o contro, precede la volontà, precede l'atto concreto che traduce la riflessione e il giudizio in un'azione. Alla ragione come natura essenziale e come principio di conoscenza è dunque coordinato il contenuto di ogni norma e in generale tutto ciò che presenta un carattere normativo qualsiasi.

Segue da ciò, che la legge è in certo modo *quodam rationis*. Al concetto della legge appartiene *quaedam rationis ordinatio*, una regolarizzazione della ragione e non [come si pensa talvolta] per la ragione, benché la legge sia anche questo, perché essa parla non alla cieca volontà, ma alla volontà guidata, informata dalla ragione.

L'uomo agisce in vista di un fine. Ciascuna delle sue azioni ha dunque un fine prossimo. Ma risulta poi che il fine prossimo, per esempio

l'azione di scrivere, come mezzo è subordinato a un fine superiore, per esempio la comunione di pensieri. Continuando l'indagine, si dà un fine ultimo, al quale soltanto sono propriamente ordinati da ultimo tutti i fini subordinati. Il loro rapporto col fine ultimo è costituito da ciò che è comune a tutti loro. È proprio dell'essenza della legge di essere al servizio di un fine supremo ed ultimo, nel rispettivo ordine. Il fine, la meta finale, sono effettivamente un elemento creatore nella legge e nel diritto. Fine ultimo e nello stesso tempo principio di tutte le azioni umane è la «*felicitas*». A questo fine è proprio il carattere della universalità, esso è bene comune di tutti quelli che vi aspirano. E in rapporto a ciò appunto la legge è diretta al bene comune in senso universale, dal quale essa riceve il carattere dell'universalità. La legge è dunque una norma generale della ragione, che orienta le azioni dell'uomo libero al bene comune e non al bene privato, particolare. Questo bene comune non deve, benché questo sia il caso più elevato, essere limitato al solo bene comune dello Stato, ma vale per ogni collettività superiore con suo proprio fine, specialmente anche per la Chiesa e per la comunità giuridica internazionale, ma anche per la famiglia, per la «stirpe», per la «casa».

La legge implica del pari un legislatore. Per una comunità l'ordinamento degli individui è altrettanto essenziale che ogni disposizione diretta al fine comune; in effetti soltanto mediante l'*unitas ordinis* e mediante il fine, una comunità riceve la sua unità e la sua fisionomia concreta, la sua individualità sociologica e giuridica. Ma la creazione di questa unità, e la realizzazione continua del bene comune attraverso l'orientazione dell'attività dei membri verso questo fine, presuppongono uno o più «ordinatori» nel senso specifico della parola. E invero non è il caso che crea la società. Ecco perché anche il legislatore è compreso nel concetto di legge, la quale deve appunto aver per fine il bene comune, e perciò legislatore è colui al quale incombe concretamente la cura del bene comune, che si tratti della unità della comunità stessa, cioè del popolo, o del detentore dell'autorità pubblica stabilito dalla costituzione.

D'altra parte, poiché la legge è la norma degli atti di esseri ragionevoli e liberi, è necessario che essa sia resa nota a questi esseri, affinché possano regolare su di essa la loro attività; la promulgazione, la pubblicazione, la notificazione appartengono all'essenza stessa della legge.

La legge dunque è una regola generale della ragione, ordinata al bene comune, emanante dalla autorità pubblica e debitamente promulgata. La legge racchiude anche la volontà, perché la formazione della decisione legislativa è essenzialmente un atto di volontà, preceduto appunto da una ragionata considerazione dei fini e dei mezzi che riguardano la legge. Una

regola che non fosse dettata dall'attività razionale, una regola arbitraria, una sentenza arbitraria sarebbe più una ingiustizia che una legge [*magis esset iniquitas quam lex*] dice categoricamente Tommaso.

La legge non è dunque innanzitutto volontà, benché essa provenga da un atto di volontà del legislatore per una concreta realizzazione, ma dal punto di vista del contenuto essa deve essere regola della ragione e per la ragione [nei sudditi]. Con ciò soltanto essa merita la decisiva qualifica di vera legge. E invero la natura ragionevole deve necessariamente esser diretta e condotta conforme a ragione, cioè a dire conforme a verità. Essere e dovere morale sono anche nella categoria della verità, una cosa sola. Ciò è diviso dal tempo dell'assioma greco sulla verità del \*\*\*, un patrimonio spirituale comune: *veritas facit legem*.

Con questi concetti è strettamente collegata la dottrina secondo cui la legge ha il fine di render «buoni» i sudditi. La legge, come norma ragionevole per l'attività libera dell'uomo deve in fondo avere questo fine; essa non è semplice difesa contro gli istinti antisociali dell'uomo che minacciano la comunità. In ciò risiede la dignità delle «leggi». Dappertutto ove, come già presso i Greci, la legge si è proposta questo fine morale, essa diventa qualcosa di alto e di venerando. Questa idea corrisponde del pari al carattere morale della comunità dello Stato in particolare. Ogni legge vuol farsi l'educatrice dei membri della società. Ogni vera politica è - se la bella parola non fosse così deformata! - «demagogia», cioè a dire educazione del popolo. È stato necessario il completo svuotamento, la completa mortificazione dello Stato da parte del pensiero individualistico - liberale, per negare la funzione educatrice della legge e lasciarle *solo* una semplice funzione protettrice dell'individuo autonomo, divenuto anche moralmente autarchico.

Questa è l'essenza della legge che è universale e valida per tutte le leggi: per la legge morale e per la legge positiva, che si tratti dello statuto di una corporazione o della legge dello Stato o della Chiesa.

Anche la *lex naturalis* ha carattere di vera legge. Veramente su di ciò ha avuto luogo nella tarda Scolastica una violenta controversia che noi abbiamo già ricordato. Essa raggiunse il suo culmine tra Vasquez e Suarez. La controversia riguardava l'essenza della legge: è la legge un atto della ragione, è la legge un atto della volontà? Vasquez si attiene alla tradizione, quando afferma che la legge è un atto dell'intelletto alla cui base stia un atto della volontà. Contenutisticamente, essa dunque è un atto della ragione, formalmente un atto della volontà. Così Vasquez non voleva definire la *lex naturalis* come vera e propria legge poiché essa, come indicazione di ciò che è buono in sé, vale a dire conforme alla

ragione, e di ciò che è cattivo in sé, vale a dire contrario alla ragione, non conterebbe, secondo lui, alcun momento della volontà. È per questo che alcuni chiamarono la *lex naturalis lex indicans*, per distinguerla dalla *lex praecipiens*. Con la formulazione, per cui la natura ragionevole come tale sarebbe essa stessa la *lex naturalis* e quest'ultima manterrebbe il suo valore anche se non vi fosse Dio, questo concetto venne da Arriaga e Ugo Grozio portato avanti fino all'autonomia della ragione umana. Esattamente il contrario era la dottrina di Occam, secondo cui la legge è solo un atto della volontà, la *lex naturalis* per conseguenza una legge positivo - divina. Il fatto che certe azioni siano in sé buone e giuste, non proverrebbe secondo lui dalla loro conformità alla natura, ma dalla volontà arbitraria [la *potentia absoluta*] di Dio, che sarebbe del tutto libera anche di statuire il contrario. Ciò significava la dissoluzione della nozione di *lex naturalis*. Perciò Suarez mette in evidenza che, come il lume della ragione naturale indica, in forma di giudizio, la intrinseca conformità o, al contrario, la non conformità interna delle azioni con la natura ragionevole, esso indicherebbe anche *uno actu*, che ciò corrisponde alla volontà di Dio, autore della natura.

Ogni legge è prima di tutto un atto della ragione. La «deliberazione» precede anche tecnicamente la «sanzione», il decreto. Ma la legge è anche un decreto della volontà. Rispondere alla questione dell'essenza della legge è dunque rispondere alla questione del rapporto tra intelletto e volontà. E questa risposta è la soluzione del problema, se in sostanza sia possibile o no un diritto naturale. Le teorie storiche sull'essenza della legge, si estendono fino nell'epoca contemporanea su tutto l'arco dell'antitesi: la legge è ragione, la legge è volontà. Ed è l'essenza della legge che lascia distinguere le diverse forme dello Stato, che rende possibile o impossibile la filosofia del diritto.

Negli Stati Uniti, il giudice, in virtù del suo diritto di esame delle leggi, si domanda se un determinato atto del corpo legislativo sia contrario alla Costituzione. Ma in realtà egli controlla se l'atto è conforme a ragione [*reasonable*]; se questo è «arbitrario», lo rigetta. Così dunque negli Stati Uniti il giudice e con lui la Corte Suprema adempiono al ruolo di una Prima Camera, non prevista nella Costituzione, con un diritto assoluto di veto.

La esigenza di un pubblico dibattito sulle leggi nel Parlamento, cioè a dire della discussione dei motivi ragionevoli *pro et contra*, non è comprensibile se non partendo dalla tesi, per cui legge deve essere ragione.

E la stessa tesi sta alla base, per quanto ciò possa suonare paradossale, dell'assolutismo, ad es. di Luigi XIV: il fatto che egli fosse considerato non un uomo ordinario, ma un *vice-deus*, fa concludere, che la razionalità di una legge da lui emanante fosse una *praesumptio iuris et de iure*. Lo stesso vale per l'assolutismo illuminato, che riposa sul principio che il sovrano, in virtù stessa della sua superiore ragione illuminata, possa dirigere lo Stato a maggior vantaggio del popolo.

Solo il positivismo di Occam nella filosofia morale e il positivismo della fine del XIX secolo nella dottrina del diritto, affermando che il diritto fosse volontà, tenne fermo alla teoria volontaristica. La sterilità di questa dottrina è al tempo stesso la causa del suo ripudio.

La legge deve essere ragione anche per amore della dignità dell'uomo. La persona non è uno strumento del sovrano. L'obbedienza, per poter essere morale, deve essere obbedienza ragionevole. A tale scopo è necessario un certo discernimento che permetta di intendere il carattere ragionevole e il fine della legge. Perciò il legislatore, precisamente nelle forme di Stato in cui le leggi non nascono da pubblica discussione, indica quasi sempre, per lo più in forma dettagliata e solenne, anche i motivi della legge.

Alquanto diversa è la questione di sapere, se il carattere irrazionale della legge o l'assenza di fatto di una comprensione dei motivi che la rendono razionale, escludano l'obbedienza. Qui si dividono due scuole, la cristiana e la individualistico - liberale. Quest'ultima ritiene, ottimisticamente, l'individuo abbastanza intelligente, da aver sempre un sufficiente discernimento; inoltre, essa parte da un'idea preconcepita, che la legge, in quanto restrittiva della libertà, sia piuttosto un male necessario, che un mezzo destinato a rendere buono il cittadino; essa è piena di una sfiducia di principio nei riguardi del legislatore, sia questo un solo tiranno, oppure cento, cioè a dire la maggioranza del parlamento. Il legislatore non ha che da dare le prescrizioni formali di procedura. Il contenuto materiale del diritto, lo determinano gli individui stessi con i loro contratti, i quali, del resto, sono la forma principale della dottrina giuridica individualistica.

La filosofia cristiana del diritto esige però addirittura la legge positiva: e se essa fa della conformità a ragione l'essenziale contenuto del concetto di legge, tuttavia essa può definire con S. Tommaso solo la legge assolutamente irrazionale, cioè quella che contrasta al diritto naturale, come *magis iniquitas quam lex*. Poiché l'ordine come tale è un sommo bene, come la volontà dello Stato che realizza e salvaguarda quest'ordine, così accanto all'esigenza di una razionalità della legge come compito del legislatore, entra in considerazione anche un'esigenza a carico dei sudditi,

quella di salvaguardare il bene superiore dell'ordine, anche se una legge particolare non si giustificasse pienamente davanti alla ragione. Che in generale vi sia ancora ordine, anche se misto di ingiustizia ed arbitrio, vale in ogni caso di più che la mancanza di ogni ordine. La filosofia cristiana del diritto può esigere ciò, perché per essa l'essenza dello Stato non si esaurisce nell'ordine giuridico, anche se lo Stato essenzialmente fondato sul diritto, debba essere nel diritto. Ma esso è qualche cosa di più di questo, perché non vive soltanto mediante il diritto, ma anche mediante gli atti di tutte le altre virtù sociali, attraverso le quali si compie l'idea dell'uomo.

Nell'alternativa: la legge è ragione [*veritas facit legem*] la legge è volontà [*auctoritas facit legem*], la filosofia cristiana del diritto ritiene che da una parte è vero che solo l'*auctoritas* può dare la legge, ma che d'altra parte la *veritas* appartiene all'essenza della legge, di guisa che la legge è altrettanto essenzialmente, anzi in virtù del primato dell'intelletto, prima di tutto, ragione [*actus intellectus*]. Allora soltanto la legge umana può «alimentarsi» dell'Eterno e divenire veramente norma per la natura ragionevole. La dignità della legge risiede nel fatto che essa è *quaedam ordinatio rationis ad bonum commune*, che essa è *dictamen rationis practicae*; perché, come norma dell'agire umano, cioè a dire di un agire razionale, deve essere una norma razionale.

Anche per questo la coazione non può entrare nella determinazione del concetto della legge, anche se alla legge giuridica, al contrario della legge morale, è propria la coazione mediante la forza. «Ne segue che la coazione è piuttosto un elemento dell'ingiustizia che del diritto, in quanto quest'ultimo, fintantoché funziona normalmente, non ha bisogno di nessuna esecuzione violenta» [E. von Martens]. La coazione è la conseguenza della dignità e della necessità della legge positiva, e il suo fine razionale è la legittimazione morale della coazione.

Ecco perché il genio tutelare della ragione giuridica non può accontentarsi del positivismo rinunciatario, ma ritorna sempre ancora al diritto naturale, alla ragione e alla verità *nella* legge.

## V. MORALE E DIRITTO [*Lex naturalis e ius naturale*)]

Che la morale sia una norma superiore al diritto positivo, è una convinzione così universale, che i legislatori o i giuristi si richiamano continuamente ad essa e che ogni rivoluzionario si basa su di un superiore «diritto» morale della giustizia in opposizione alla legge scritta. Ma la

morale stessa deve essere perciò un assoluto, essa deve dare alla gerarchia dei valori un coronamento e un fondamento in un valore e in un bene supremi [*finis et principium*). La morale fonda le sue leggi sulla gerarchia dell'essere e dei valori, i quali ricevono la loro dignità intrinseca nel rapporto subordinato col fine supremo. Il bene più elevato è la divinità, l'Essere purissimo. La gloria e l'onore di Dio, di cui tutte le creature sono testimonianze, sono anche il loro fine supremo. La morale dell'uomo consiste perciò nella salvaguardia e nella funzionalità dell'ordine ontologico, nel perfezionamento e nella purificazione del suo essere, creato ad immagine di Dio, nella sfera propria della sua personalità, nella sempre più perfetta «giusta» configurazione delle collettività, a cominciare dalla prima, la famiglia, fino allo Stato e all'umanità, allo scopo di promuovere a un grado di perfezione sempre più elevato tutti i campi della vita, della economia, del lavoro, della tecnica, così come della scienza, dello spirito e dell'arte. Essi sono il grande *Benedicite* della creazione e di tutta la civiltà umana. Tutti ricevono dal Bene supremo la loro giusta misura e il posto che loro conviene nell'ordinamento dei valori, il quale è una cosa sola con l'ordinamento degli esseri. Ecco perché è immorale dare il primato all'economia, che è una sfera subordinata della vita, ponendo la tipica categoria economica del profitto e dell'utile al di sopra dell'uomo, cioè al di sopra dei valori sovrani e autonomi della persona, che si tratti dei valori individuali, dei valori sociali, dei valori politico-nazionali.

Perciò l'etica, la scienza della assoluta moralità, è superiore a tutte le altre scienze normative, per esempio all'arte, all'igiene, alla politica, alla filosofia del diritto e alla filosofia sociale. Ciò non significa però affatto una «moralizzazione» grettamente borghese di tutti i campi della vita. Giacché con ciò le leggi dell'arte o dell'igiene o della elaborazione del diritto, non rimangono meno *specifiche*, indipendenti, risultanti dall'essenza stessa di ciascuno di questi campi. Tutto ciò è basato sulla fiducia, nata dalla filosofia dell'essere, che la realizzazione dell'essere specifico, per esempio dell'essere biologico, è al tempo stesso compimento della moralità. La moralità esige il rispetto delle leggi biologiche della vita, delle quali H. Muckermann p. es. continua a rilevare l'ultima coincidenza.

Ogni etica, che riconosce una divinità, distingue tre ordini di doveri: doveri verso Dio, doveri verso se stesso, e doveri verso gli altri uomini. Così i Greci, così i giuristi di Roma formati allo stoicismo; così tutto il Medio Evo; così Pufendorf e Leibniz e la morale cristiana sino ai nostri giorni.



Certamente il diritto è ordinato alla terza categoria di doveri, all'etica sociale. Non vi è diritto verso se stesso; il diritto verso se stesso significa un diritto verso gli altri. Il diritto, o per adoperare un'espressione usata da Aristotele in poi, la giustizia [il cui oggetto è il diritto] si trasferisce all'«altro». «*Iustitia ordinat hominem in comparatione ad alium*» (S. th. 2-2, q. 58, a. 5). Di fronte a Dio e di fronte a se stesso esistono doveri morali, ma non diritti o obbligazioni giuridiche in senso proprio.

Ma anche le altre virtù sociali specifiche sono ordinate «all'altro»: tali l'amore del prossimo, l'amicizia, la liberalità, la carità e la riconoscenza. Come si distingue allora il diritto da esse? La risposta più piana è: se ne distingue per il fatto che esso proviene dalla volontà dello Stato, dalla volontà effettiva del legislatore legittimo e che comporta una coazione; lo Stato assume l'azione per il compimento di certi doveri e la ottiene con la coazione; il dovere proveniente da riconoscenza e da amicizia non può essere oggetto di pretesa, esso è dunque un *officium ethicum*. È noto che una lite di carattere giuridico distrugge per lo più l'amicizia. Questa interpretazione positivista è insufficiente. Essa contrasta con la convinzione giuridica dell'umanità; tutti i popoli distinguono fra legge e diritto. Il Parlamento inglese è per principio sovrano, esso può «fare tutto». Ma se anche può far sì che la moglie di uno diventi la moglie di un altro, esso non può dichiarare l'adulterio come diritto [*lawful*] [Lord Hale 1701]. All'antico diritto germanico corrispondeva il verso di Wippo: *Audiat rex quod praecipit lex. Legem servare hoc est regnare*. Lo «Specchio dei Sassoni» (Codice sassone) distingue espressamente il diritto naturale, come diritto autentico e vero, dalla legge positiva dello Stato. Che il diritto sia unicamente un prodotto della volontà legale di fatto è stato qualificato fin dai tempi antichi addirittura come eresia. La contraddizione fra legalità e legittimità, contraddizione decisiva nella teoria filosofica dello Stato, diverrebbe allora solo un gioco di parole, e la giustizia sarebbe una parola vuota di senso. Inoltre esiste un diritto canonico, il quale pur essendo in base a un Concordato applicabile in concorso col diritto statale, è tuttavia autonomo di fronte allo Stato. E che tutto il diritto internazionale derivi semplicemente dalla volontà degli Stati, è una dottrina che non si poté sostenere a causa appunto della intima ingiustizia del trattato di Versailles del 1919, sorto in via di fatto dalla volontà degli Stati, la cui qualificazione come ingiusto deve procedere necessariamente da una fonte giuridica diversa da questo stesso consenso. Ed inoltre, questa «volontà dello Stato» non risale forse alla constatazione del diritto già esistente e già praticato dai soggetti di diritto, piuttosto che a una posizione ex novo? Anzi il diritto, in certo qual modo, preesiste alla legge, ben più che non si possa dire che la legge statale sia l'unica fonte di diritto.

Un primo ingannevole tentativo di soluzione sta nella distinzione di «moralità interna» e «legalità esterna» (Thomasius, Kant). Senza dubbio nella maggior parte dei casi la legge si accontenta dell'adempimento esteriore della norma; nella maggior parte dei casi! Giacché non di rado entrano pure nel calcolo i motivi interiori, specialmente nel diritto penale, ove, per esempio, a parità di fatto oggettivo, un animo volgare incontra una pena più severa; nel diritto privato, ove la lealtà, la buona e la cattiva fede, la volontà effettiva dei contraenti, che è pur un fatto interiore, sono decisivi e non unicamente ed esclusivamente il documento esteriore del contratto; a meno che l'ultima spinta non sia data dal principio superiore della certezza giuridica, e dal fatto che ci si possa fidare della parvenza del diritto. Che l'azione commessa in *fraudem legis* non goda di alcuna protezione giuridica, ha lo stesso significato. Forse non è errato ritenere che la distinzione sopra menzionata si spieghi coll'influenza del suo ambiente politico. La limitazione della legge all'esterno derivò dalla necessità di porre un limite all'assolutismo e di assicurare una sfera di libertà alla vita individuale: «Sire, concedete la libertà di pensiero».

La limitazione della *moralità* al campo della «pace interna», alla vita interiore, è del tutto insufficiente, perché l'etica abbraccia l'agire umano tutto intero, gli atti interni come gli atti esterni. Gli atti della obbedienza verso i genitori, della veracità nelle parole, della fedeltà alla parola data, non perdono il loro carattere *morale* quando, proiettati all'esterno, essi divengano atti giuridici. Ed essi sono, perché in sé buoni, azioni giuste anche senza legge, come gli atti contrari sono ingiusti, senza che una norma positiva ponga ciò *explicite*. Noi crediamo che qui sia valido lo stesso motivo di più sopra. Si voleva limitare il campo del diritto [cioè a dire nel caso concreto, l'assolutismo]. Solo attività esterne dovevano essergli sottoposte. Lo Stato doveva poter esigere sicurezza, ordine esteriore - ma niente più; nessuna funzione di ordine morale doveva essergli attribuita; con questi mezzi, si poteva forse superare, per amore della libertà, la «educazione morale» da parte dello Stato di polizia.

Il fondamento della distinzione - non della separazione tra etica e diritto, deve dunque essere cercato altrove. Giacché anche il rapporto dell'uomo col fine comune sociale non basta a spiegare la pretesa che il singolo, in quanto essere individuale, abbia, anche nei riguardi della società, diritti inalienabili e propri, diritti che egli condivide con altri suoi simili, anche astraendo dalla società; d'altro lato, anche la *pietas*, l'amor di patria, si riferisce al bene comune. Ma esiste a lato del diritto pubblico un vero diritto privato, una sfera d'uguaglianza giuridica. E il «fine comune» non è senza un «fine particolare», originario e imperituro, fondato sulla dignità e sul valore dell'essere personale dell'individuo.

Tommaso d'Aquino dice che la *iustitia* coordina l'uomo a un altro uomo in due modi: in primo luogo, all'altro considerato in se stesso, come essere singolo [*singulariter consideratum*]; in secondo luogo all'altro in quanto membro di una comunità, secondo il principio che colui che serve la comunità, serve tutti i membri di questa comunità [S. th. 2-2, q. 58, a. 5]. Tutto ciò è espresso nell'antichissimo adagio: «a ciascuno il suo». Si chiama però il suo di un uomo, ciò che è a lui coordinato, ciò che, secondo la sua idea essenziale, deve essere considerato come a lui spettante e dovuto. Ciò che, per conseguenza, deve «esser lasciato a lui». Il rapporto finalistico di cose, beni ed azioni come fondamento ontologico è, sotto la forma dell'«essere dovuto», dell'«esser necessario» e per conseguenza, dell'«essere esigibile per coazione», ciò che è specifico del diritto. L'uomo gode di un naturale dominio di diritto sulle cose esteriori [*dominium*] perché può, in grazia della sua ragione e della sua volontà, usare delle cose esteriori per suo vantaggio. L'espressione «il suo» non indica soltanto il legame fisico, la relazione di causa, benché possa significare anche questo, ma l'esser destinato alla persona. «Avere un diritto significa che c'è là qualche cosa per noi, e la volontà dello Stato ce la riconosce e ce la difende» [R. von Jhering]. Ma il «mio» presuppone un «io», una persona, cioè a dire un soggetto, ai cui fini quelle cose servono e il cui utile è il fine delle azioni altrui; esso riposa semplicemente sull'essere una persona. Il diritto non prende in considerazione la qualità interiore, morale. Il cittadino deve obbedienza al capo dello Stato non in virtù della bontà morale interna di questo ultimo, ma in virtù del bene comune di cui esso ha cura. Ha dunque un significato profondo il fatto che la ragione giuridica veda un soggetto di diritto soltanto nella persona e che conferisca personalità giuridica alle comunità, che servono ai fini permanenti della vita, come portatrici di diritti e di doveri. La «persona» esiste per se stessa e per amore di se stessa. Essa è il centro dei coordinamenti di cose e di azioni. La ragione giuridica ha riconosciuto all'uomo e alla società la libertà giuridica come una conseguenza della libertà morale spirituale, cioè a dire dell'autonomia dell'uomo. Anche qui è un essere che è il fondamento ultimo del «suo», delle obbligazioni verso di lui da parte degli altri. È per questo che ad ogni diritto corrisponde un dovere. E anche per questo ogni uomo è giuridicamente capace. La persona, il soggetto di diritto, non può mai divenire, dal punto di vista del diritto naturale una cosa, cioè puro strumento, né per il singolo né per la società. Che la ragione giuridica cristiana abbia superato la schiavitù, è la più importante conquista della storia della civiltà.

Anche l'amore comprende l'«altro», ma nella forma della completa fusione, dell'«essere due in uno». Ma la giustizia comprende l'altro precisamente per accentuare, per conservare il suo essere un altro. La separazione, la limitazione delle sfere della coordinazione, la chiusura

delle stesse «contro» gli altri, ciò costituisce un carattere essenziale del diritto: non fusione ma per contro netta separazione. Il diritto conferisce all'uomo una propria sfera assoluta, un luogo sicuro della sua autonomia personale di fronte agli altri e di fronte alla comunità. L'«io» e il «tu» compariscono davanti al diritto come due termini uguali separati, a tutta prima chiusi ciascuno in sé e quindi posti in rapporto l'uno con l'altro, il «mio» e il «tuo» come il *debitum iuridicum*, come chiare, sicure determinazioni poste sullo stesso piano. Anche per questo la mia sfera giuridica è separata dalla sfera giuridica di un altro uomo e forma il limite del suo potere giuridico e l'obbiettivo del suo dovere, e viceversa.

Non ogni azione umana è accessibile al diritto, ma solamente quella che è percepibile coi sensi, ogni fatto concreto rivolto ad espressione esteriore ed esso solo. *Lex humana non imperat fieri hoc propter illud, sed ut fiat hoc*. È perciò che la possibilità di una coazione è conseguenza necessaria del concetto del diritto. Il diritto ha in comune con la moralità la *vis directiva*, ma la *vis coactiva* compete solo al diritto. Ogni azione od ogni omissione, che si riferisca agli altri, è azione giuridica in quanto essa possa essere ottenuta per coercizione senza contraddizione con la sua essenza. E proprio nel fatto che questa possibile applicazione della coercizione venga sentita e riconosciuta come non contraddittoria all'intima essenza dell'azione stessa, si rivela il suo carattere giuridico. L'uso effettivo della coazione non cambia dunque minimamente la qualità intrinseca dell'atto giuridico. Al contrario: una decisione morale strappata per mezzo della coazione, perde con ciò stesso la sua qualità intrinseca di atto o di risoluzione morale. La riconoscenza, la *pietas* inducono il figlio a prendere cura del padre divenuto vecchio ed impotente. Se egli non lo fa, la legge ve lo costringe con la sua coazione. Allora l'atto di assistenza è ancora compimento di un dovere giuridico, ma sino a che dura la coazione, l'obbligazione morale resta inadempita. Nel campo del diritto non vi è decisione arbitraria alcuna. L'ordine giuridico è essenzialmente differente dall'ordine dell'amore o dell'amicizia. L'amicizia e l'amore concepiscono sempre in tutta libertà - non vi è amore che si possa ottenere con la costrizione - l'individualità propria dell'amico, dell'amato, quel dato nucleo personale, come del tutto unico, come quel dato «tu». Il diritto non va tanto oltre. Esso attinge solo l'individuo, cioè una unità personale, in quanto questa possa essere riconosciuta dallo spirito del diritto: e anche in tal caso non nell'originalità unica della sua personalità individuale, ma nel suo generale «essere una persona». Il diritto presuppone una determinata uguaglianza. Questo è il limite dell'*ordo iustitiae*. Esso lascia libero il nucleo intimo della persona. Più ancora, fornisce ad esso le premesse del libero operare e garantisce questa libertà. L'ordinamento giuridico stabilisce attorno alla personalità, senza prendere in considerazione le sue qualità individuali, per esempio particolari qualità distintive del suo

carattere, un «campo di forza» di coordinazioni, tanto in forma di prestazioni, che di cose. Obbliga a collaborare o ad astenersi, ma obbliga anche gli altri a fare altrettanto. Edifica e mantiene la struttura, l'organizzazione delle unità sociali, per esempio dello Stato, regola l'attività e frena, ordinandola, la volontà arbitraria e irrazionale dei titolari del potere politico, e fa di quest'ultimo un potere morale al servizio del bene comune. Ma qui ancora non interessa la particolare qualità individuale della persona concreta. La qualità morale di un detentore di pubblici poteri [o di un organo dello Stato], non entra in considerazione in quanto riguarda la sua situazione giuridica e la legittimità dell'esercizio del suo potere. Questo era il vero principio di conoscenza della filosofia sociale cattolica, di fronte a tutti i monarcomachi delle varie sette calvinistiche. La necessità morale della vita nell'ordinamento giuridico coincide con il fine intimo dell'uomo, di divenire personalità morale. Dovunque il diritto obbliga, l'assolutismo è impossibile.

Il diritto è una norma oggettiva esteriore. Il mio diritto soggettivo è legato alla mia pura e semplice qualità di essere autonomo, con un suo proprio fine peculiare. Esso è innanzitutto indipendente dagli alti e bassi delle mie qualità morali. Assicura la durata sia di una comunità sia della persona individuale. Il diritto non è fine a se stesso. Esso organizza la società in vista del suo fine essenziale; mi concede i miei diritti affinché io possa realizzare socialmente il perfezionamento del mio specifico fine umano; dispone infine del potere di coercizione.

Ma se è vero che tutte le comunità durevoli non possono vivere senza diritto - non la famiglia, non lo Stato, non qualunque altra associazione - esse non vivono tuttavia mediante il diritto, ma nel diritto. Il matrimonio, la famiglia, vivono mediante l'amore. L'amore attinge il coniuge nell'unicità del suo più intimo essere. Il diritto non lo tocca che nella sua qualità generale di coniuge. Là dove si dimentica ciò, là dove si vuol regolamentare giuridicamente ciascuna delle relazioni tra uomo e uomo, là va perduto il senso della vita. Allorché il diritto naturale illuministico volle, nel suo «pangiuridicismo» - *sit venia verbo* - racchiudere tutto in categorie giuridiche e spiegare la società umana unicamente come una conseguenza di trasposizioni giuridiche, i sani impulsi dinamici della società sfiorirono o furono invertiti. Un qualche cosa di informe fu il risultato finale in tutti i campi della vita, dove non si impose la pura e semplice conservazione dello stato di cose esistente, per amore della esistenza della società stessa. La nozione dello Stato morì, da quando si ridusse lo Stato a mero ordinamento giuridico. La nozione della famiglia si corruppe quando si cominciò a parlare del diritto di godere in pieno la propria vita. Il diritto non può suscitare la vita, non può sostituire l'amore, esso può e deve soltanto essere un ordinamento, limitato in se stesso,

destinato a proteggere la vita. Qui occorre riconoscere ciò che v'è di grande nella *philosophia perennis*. Essa non è un sistema filosofico lineare, che stacchi con fanatismo una idea dal cosmo delle idee spirituali, per ripensarla fino alla fine, fino a che diventi un qualche «ismo»; essa è in certo qual modo un pensiero «sferico». In un sapiente equilibrio vengono vedute tutte le idee essenziali che si sostengono mutuamente e che sono collegate l'una all'altra. La fedeltà al reale caratterizza questa filosofia. E ciò significa appunto ricreazione spirituale della prima creazione di Dio, dell'Intelletto supremo, che esige ordine, avendo creato la realtà come cosmos. Con ciò non viene costruita allo «spirito» e alle forze vitali irrazionali nessuna prigione di norme estranee alla loro essenza, ma queste forze vengono anzitutto riconosciute in un atto concreto e vissuto. Si ricordi in proposito che un S. Tommaso d'Aquino, era insieme compositore di inni e Liturgista. Ma la ragione costruisce a queste forze vitali le forme nelle quali debbono agire; dà ad esse la norma razionale e chiara, che è il riflesso della loro essenza ontologica, dà loro «le antenne», la cornice in cui solamente possono muoversi secondo la loro natura [essere e dovere si corrispondono]. La forma, il diritto non è la vita; ma soltanto il diritto ordina le forze vitali anarchiche, affinché l'uomo possa semplicemente vivere.

Su ciò si basa la precisa e fredda razionalità del diritto preso in se stesso - come pure il fatto che il diritto non è sufficiente al pieno sviluppo della vita umana; e l'altro fatto che il diritto è costruito sulla coercibilità.

Ma diritto e morale non sono separati. Tuttavia, proprio a motivo della particolarità del diritto di essere coercibile, la linea di confine della distinzione è sempre fluida nella storia, a seconda che il compimento di certi doveri morali fu considerato dalla coscienza del bene comune come necessario alla salvaguardia dell'essere concreto della collettività, e che questi doveri morali furono, a tal fine, rivestiti della forma giuridica. Il Medio Evo non fu «intollerante» per ristrettezza di spirito, ma al contrario proprio in seguito alla pienezza spirituale della cultura unitaria cristiana. L'eretico era punito dal potere civile, non perché aveva commesso il peccato morale di eresia, ma perché offendeva, con la sua eresia e restando nell'eresia, la consistenza interiore della comunità, della cristianità. Del pari ancora, la tolleranza giuridica civile, che occorre ben distinguere dalla tolleranza dogmatica, dovette affermarsi quando non vi fu più una unica fede cristiana, ma essa cedette di fronte alle «confessioni», quando l'unità di fede non poteva più essere considerata come necessaria all'omogeneità politica. Che alla nascita del figlio illegittimo siano connesse o meno conseguenze giuridiche sfavorevoli, dipende dal fatto che la squalifica morale che ne risulta sia considerata o

no come necessaria a mantenere la nozione e l'istituzione del matrimonio e della famiglia e, per conseguenza, sia o no considerata come coercibile.

Proprio questi esempi mostrano l'essenza del diritto nel suo intimo rapporto con la moralità. Non vi è diritto senza moralità. Un diritto immorale è una *contradictio in adiecto*; oppure è la constatazione di un semplice stato di fatto: questa norma di diritto positivo contraddice alla legge morale, non può, per conseguenza, obbligare in coscienza, per quanto possa costringere in concreto. Ogni diritto ha bisogno della giustificazione morale e la volontà di una sempre maggiore conformità del diritto positivo alle leggi morali è così fondata nell'uomo, che anche la legge positiva rimanda sempre alla moralità, e spesso il giudice, come già presso i Romani sostenitori della dottrina dell'*aequitas*, non si accontenta di sussumere meccanicamente le sue conclusioni nella norma generale, ma lascia parlare la equità, o nel caso estremo, risale alla volontà del legislatore, che si presuppone conforme alla morale, ovvero ancora, quando non è possibile l'interpretazione letterale, dà egli stesso una interpretazione a parte del senso della legge, presumendo che il legislatore non abbia potuto volere l'ingiustizia. Questo non impedisce che vi possa essere anche un diritto alla periferia del diritto, che sia puro e semplice diritto senza carattere materialmente morale. Non ogni diritto è necessariamente al tempo stesso una norma morale. Numerose prescrizioni di polizia, che servono semplicemente ad una finalità subordinata, non sono in grado di rivelare un contenuto materialmente morale. Né sono in grado di farlo le regole giuridiche della tecnica processuale e dell'ordinamento giudiziario. Queste norme hanno un carattere tecnico e formale così accentuato, determinato dal loro fine, che ad esse, ad es. alla costituzione monarchica o democratica, a tribunali composti di giudici popolari o togati, all'organizzazione amministrativa collegiale o burocratica, le qualifiche «morale» o «immorale» non potrebbero esser applicate. È dunque evidente che tali leggi in rapporto al diritto materiale adempiono a un compito puramente strumentale. «L'iter della legislazione» è al servizio della legge, non viceversa.

All'idea del diritto naturale considerata come una parte della morale naturale, spetta di testimoniare in favore della moralità nel diritto. E in favore di ciò testimonia ugualmente l'alta coscienza professionale del vero giudice e di ogni uomo cui stia a cuore il diritto. A ciò Ulpiano ha già dato espressione immortale: «Giustamente qualcuno ci ha chiamati sacerdoti; noi invero coltiviamo la giustizia, insegniamo la conoscenza del bene e del giusto, distinguiamo il giusto dall'ingiusto, il lecito dall'illecito; noi vogliamo rendere buoni gli uomini e aspiriamo alla vera saggezza di vita».

## VI. REALTÀ E CONTENUTO DEL DIRITTO NATURALE

La storia dell'idea del diritto naturale, dal punto di vista del puro fatto, insegna molto chiaramente una cosa: il diritto naturale appartiene al patrimonio imperituro dello spirito umano. In nessuna epoca esso è completamente scomparso e, almeno da quando esiste Cristianesimo, esso ha sempre trovato una patria nella *philosophia perennis*, anche se temporaneamente sembrò che fosse bandito dalla scienza giuridica laica. Tuttavia anche nella scienza del diritto non ha perduto mai del tutto la sua forza operante. Nessuno l'ha dimostrato meglio della sagacità infaticabile di un Bergbohm, che ha rilevato dappertutto tracce del «diritto naturale», anche nei positivisti più rigorosi del suo tempo, verso la fine del XIX secolo. Sceso in lotta per mettere al bando per sempre il diritto naturale, egli ebbe campo, ancor vivendo, di sentir dire della sua grande e massiccia requisitoria che egli aveva dimostrato la completa insostenibilità del positivismo giuridico [dunque l'insostenibilità dell'opposto del diritto naturale (J. Kohler)]. Anzi, già ai suoi tempi si può constatare un chiarissimo movimento di ritorno al diritto naturale.

Una seconda cosa ci insegna la storia: ogni volta che la sola possibile giustificazione del diritto naturale è venuta meno per il dubbio sollevato sulla metafisica, si è veduto il positivismo esaltato da concezioni volontaristiche, il diritto naturale svuotato dal razionalismo attraverso un fanatismo deduttivo sottratto al controllo dell'essere, che con le assurdità che ne seguivano generava lo scetticismo riguardo all'idea del diritto naturale.

Il diritto naturale, come la legge morale naturale di cui in fondo è una parte, non è un codice razionalisticamente deducibile, altamente normativo, fatto di regole immediatamente chiare o tali che si possano derivare fino al particolare col mezzo della logica, e che valgano per ogni situazione storica particolare, in fondo non vi è una casuistica del diritto naturale. Ma il diritto naturale non è nemmeno una norma regolativa puramente ideale, che plani al di sopra di ogni storia, non uno «spirito oggettivo» che come pura forma accolga dalla situazione reale dei sempre nuovi contenuti; una norma, dunque, che non «viga» in senso stretto, che non abbia mai «validità giuridica», ma che abbandoni al solo diritto positivo la forza obbligatoria e la effettività.

La verità, secondo l'assioma aristotelico - tomistico, sta nel mezzo: si trova tra il troppo del razionalismo deduttivo e il troppo poco rinunciatario del praticismo schiavo soltanto dei fatti esteriori. Tommaso d'Aquino accenna continuamente alla fondamentale importanza dell'esperienza



proprio nelle scienze normative. Ciò che appartiene alla scienza morale, è acquisito prima di tutto attraverso l'esperienza [*Ethic.* X, 13]. Egli esige addirittura una indagine costante degli ordinamenti giuridici positivi e del diritto consuetudinario. Non è tanto l'elemento dottrinale quanto l'esperienza che è essenziale per gli studiosi delle scienze normative.

Vi è una profonda frattura fra i trattati del XVI e XVII secolo redatti secondo lo spirito della tradizione [*De legibus, de iustitia et de iure* ecc.], come pure tra la dottrina del diritto naturale della *philosophia perennis* nel XIX secolo [*institutiones iuris naturalis*] da una parte, e i trattati del diritto naturale razionalistico e individualistico dei secoli XVII e XVIII dall'altra parte, vastissimi trattati che regolano fin nel particolare per via deduttiva tutte le cerchie della vita giuridica e dove mancava quasi soltanto una decisione formale del legislatore, per trasformare i trattati in codici positivi.

La differenza non si può spiegare con una ragione di ordine teologico, in quanto ad esempio l'esegesi dell'Antico Testamento non riuscì a giustificare certi atti dei patriarchi o certi ordini dati da Dio, contrari al diritto naturale, e fu perciò saggia cosa limitare le norme del diritto naturale; o in quanto la dottrina di questi teologi, in contraddizione col rifiuto dello *ius divinum* positivo da parte dei deisti, sarebbe stata obbligata allo scopo di difenderlo, per ragioni per così dire pratiche, a restringerne il campo.

La ragione profonda sta in un'altra direzione. Si danno solo poche norme del diritto naturale, la cui interna contraddittorietà con la giustizia, con l'essenza della natura umana sia così chiara, come per esempio, «onora il padre e la madre», «non devi uccidere, non devi rubare, non devi commettere adulterio, non devi essere spergiuro, non devi calunniare». Ma altre norme non possono essere acquisite che attraverso un esame approfondito delle differenti circostanze. Ad esse non è propria la stessa evidenza che è propria ai primi principii. Ed è così che si spiega non soltanto la diversità delle leggi positive a seconda di popoli ed epoche, ma anche il fatto che alcuni popoli primitivi [barbari] ritengono permesse certe azioni, che la ragione giuridica dei popoli più civili e più avanzati considera contrarie al diritto naturale. Le scienze normative, molto più ancora delle scienze speculative, esigono una riflessione più sistematica, più penetrante, che si coordini senza cessa all'essenza e al destino dell'uomo, e che si appoggi sull'esperienza e sulla comparazione.

Poiché anche Tommaso d'Aquino con insistenza sottolinea il valore dell'osservazione e dell'esperienza nelle scienze normative e specialmente nella scienza del diritto, ed esige, addirittura, per tutti quelli che si

occupano della *moralis scientia*, approfonditi studi di diritto comparato [*Politicorum* II, 5], ecco che è più di una formulazione «attuale» quella per cui Taparelli volle costruire il suo diritto naturale sulla base dell'esperienza; egli si trovava pienamente sul piano della tendenza generale del diritto naturale della *philosophia perennis*. Così anche la teoria dello stato di natura non ha, in questa filosofia, alcuna importanza, contrariamente a quanto avviene nel diritto naturale razionalistico, il cui fondamento è proprio questo stato di natura [per lo più considerato persino come storicamente presente].

Da qui segue del pari che esiste una evoluzione nella dottrina del diritto naturale. Ciò si riferisce non ai suoi principii primi, ma alle sue ulteriori deduzioni. Così, per esempio, l'istituzione della proprietà privata, nel suo contenuto di diritto naturale, come vien presentata nella dottrina di Leone XIII ispirata [ma non determinata] dalla situazione e dalla problematica del suo tempo, rappresenta senza dubbio un progresso su parecchie conoscenze dei tempi anteriori; lo stesso vale per una più precisa determinazione alla luce del diritto naturale del rapporto tra persona singola, Stato ed altre istanze, destinate a più profonda trattazione attraverso il principio di selezione della problematica del tempo. Su di ciò riposa anche la costante necessità della legge positiva, perché questa legge dà all'ordine sociale, risultante dalle contingenze storiche, in concrete decisioni scaturite da una data situazione storica a seconda del particolare carattere di ciascun popolo considerato come comunità di uomini legati ed uniti nel diritto, la sua disciplina positiva conforme alle norme del diritto naturale.

In questa riserva contro un deduzionismo razionalistico, poggia il fatto che il diritto naturale della *philosophia perennis* non ha potuto mai essere soppiantato dal positivismo e che i positivisti, nell'interno di questa *philosophia perennis*, sono sempre stati, da Durando ad Occam, delle eccezioni. Tale atteggiamento di riserva ha inoltre preservato lo stesso diritto naturale dal bardare fini politici con le grandi parole giusnaturalistiche di dignità, inalienabilità, eternità. Per questa ragione questo diritto naturale poté non sparire e non ebbe bisogno di sparire, una volta raggiunti certi fini politici desiderati, come fu il caso del diritto naturale individualistico. Ma, d'altra parte, ciò non significa neppure vuota ripetizione di certe formule tradizionali generiche e perciò stesso sterili. Giacché l'accentuazione ora di questa ora di quella questione, condizionata dal tempo, trasse pure, dal corredo di conclusioni e di più profonde intuizioni, non sempre presenti al pensiero, una più approfondita visione d'insieme delle norme, dei loro rapporti reciproci e delle loro applicazioni. Così per esempio dal punto di vista del diritto naturale non una sola forma di governo è ammessa. E tuttavia, vi è un concetto ideale

dello Stato - e ogni diritto naturale ha riconosciuto un concetto ideale dello Stato -: cioè la sovranità del principio di «sussidiarietà» [ciò è stato recentemente dimostrato in maniera luminosa da J. B. Schuster nel suo libro «La dottrina sociale secondo Leone XIII e Pio XI»] e la compartecipazione alla formazione della volontà della comunità volta a porre in rilievo la dignità della persona e delle comunità intermedie, ma «entelechiali». Tutto ciò significa preferenza data al *regimen mixtum* e la tendenza contraria al tentativo di fare del popolo organizzato una semplice materia dell'assolutismo statale. «Tutti devono partecipare al governo, perché, con questo mezzo, è assicurata la pace sociale e viene suscitato e garantito l'interesse alla conservazione dell'ordine [S. th. I-II, q. 105 ad I].

Al contenuto del diritto naturale appartengono propriamente come principii evidenti solo due norme: «bisogna fare ciò che è giusto», «bisogna evitare ciò che è ingiusto» e la antica, venerabile regola: «a ciascuno il suo». Queste norme della ragion pratica sono per questa della stessa fondamentale importanza, quanto i principii primi, evidenti, non dimostrabili [*indemonstrabilia*], della ragione speculativa. Queste norme fondamentali, sentenze della coscienza originaria, hanno la stessa certezza e la stessa evidenza di quelli.

Non sono semplici formule, vuote di ogni contenuto. In effetti, non esiste soltanto un giusto e un «suo» puramente indefinito, dal contenuto variabile secondo le epoche, ma esiste realmente «il» giusto, «il» suo [per ognuno]. Il principio di conoscenza prossimo e primo ne è, tanto per lo *ius naturale* quanto per la *lex naturalis*, la natura sociale ragionevole dell'uomo. Tanto «il» bene, quanto «il» giusto, come parte del bene, è ciò che è conforme alla natura ragionevole. Da ciò scaturisce un sillogismo: si deve fare ciò che è giusto in quanto conforme alla natura. Tale azione è conforme alla natura, dev'esser dunque fatta. Ovvero, riferito soltanto alla conoscenza: «Ciò che è conforme alla ragione e all'essenza dell'uomo, è giusto; questo è conforme alla ragione e all'essenza dell'uomo; dunque, questo è [contenutisticamente] giusto».

Così dai principii supremi discendono delle conclusioni, di cui le più immediate partecipano in grado eminente dell'evidenza delle norme prime. Esse appaiono immediatamente alla natura umana come giuste, e, per conseguenza, tali da essere realizzate o, al contrario, come ingiuste, e, per conseguenza, da omettersi. Sono le stesse, che più sopra sono state dimostrate come contenuto della *lex naturalis* e che hanno trovato la loro immortale espressione nella seconda tavola del Decalogo «Onora il padre e la madre, non devi uccidere, non devi commettere adulterio, non devi rubare, non devi essere spergiuro, non devi mentire, non devi calunniare».

Queste conclusioni generali partecipano anche dell'immutabilità dei primi principii. Ma tutto ciò sembra essere tutt'altro che immediatamente evidente. Per esempio il precetto «non devi uccidere» effettivamente non sembra godere dappertutto di questa immutabilità, perché ad esempio lo Stato è autorizzato a uccidere il reo, e colui che si trova in una situazione di legittima difesa del pari è autorizzato ad uccidere il suo ingiusto aggressore e ciò precisamente in virtù stessa del diritto naturale. Ma l'obiezione non coglie nel segno. E invero «non devi uccidere» significa - ed è evidente - «non devi uccidere un innocente»; è la *directa occisio innocentis* che viene proibita. E questa proposizione vale sempre e dappertutto. L'*occisio innocentis* è sempre stata considerata, in tutte le epoche, come un misfatto. Né l'uccisione dello «straniero» presso i primitivi è un esempio in contrario, perché lo straniero è *hostis*, nemico, non è dunque *innocens*, inteso in questo caso letteralmente come *non nocens*. Questa norma è della più grande importanza per il concetto della guerra giusta. Per la severa etica della guerra di età passate, che concepiva anche la guerra sotto categorie etico - giuridiche e non soltanto come un «fatto biologico» amorale, trascendente il diritto, di leviatani allo stato di natura, la giustizia della guerra doveva essere la premessa per la uccisione del nemico [*bellum iusta causa, modo debito, ab auctoritate publica ductum*]. Perché anche il «nemico» non è già anzitutto e solamente un concetto esistenziale, ma un concetto giuridico: essere nemico è una qualità giuridica. Perciò il ferito senza difesa cessa di essere, nel senso stretto della parola, un «nemico»; uccidere un ferito, un indifeso è omicidio, *occisio innocentis*; anche se a ciò può essere tratta la passione scatenata, il vero soldato, il combattente cavalleresco lo considererà sempre contrario al suo specifico onore. Del resto la crudeltà delle guerre civili proviene proprio dal fatto, che in esse l'avversario appare esistenzialmente come un nemico, ma appunto per ciò la guerra civile non è una «guerra» nel senso del diritto internazionale e le parti combattenti non sono considerate da questo come «potenze belligeranti». Se lo divenissero, non cesserebbe, è vero, la guerra, ma cesserebbe la guerra «civile», perché allora condurrebbero la guerra due Stati e non i cittadini di uno Stato. Si applicherebbero in questo caso le norme del diritto internazionale, e non le norme del diritto penale statale come in una «guerra civile», secondo il quale, come è noto, ciascuna delle due parti giudica formalmente i «prigionieri», per esempio secondo l'articolo riguardante l'alto tradimento o anche secondo il diritto proprio dello stato d'assedio.

Anche il fatto che talvolta, ma raramente, il diritto positivo lascia impunito l'assassinio d'uno schiavo e dunque non lo proibisce, non è neppure un esempio in contrario. In effetti lo schiavo non è considerato da quei diritto non *innocens*, come solo le persone possono esserlo, ma,

trattandosi di cosa suscettibile di proprietà, esso è sottoposto allo *ius utendi et abutendi*. Neppure l'esempio della «tavola di Carneade» non infirma questa norma, perché, come dicevano giustamente gli Scolastici, in questo caso estremo l'*ordo iustitiae* si ritira e il caso è retto dall'*ordo caritatis* [cfr. pp. 17-18].

Ciò che distingue fundamentalmente queste regole del diritto naturale, nella loro immutabilità, di fronte alle ulteriori conclusioni, è il loro carattere proibitivo. Esse appartengono allo *ius naturae prohibitivum*. In nessuna situazione ed in nessuna circostanza possono essere considerate come non valide.

Risultano ora, premessa una retta deduzione, altre norme, p. es. che l'oggetto prestato deve essere restituito. Tuttavia questa proposizione non ha la stessa universalità come, ad esempio, il divieto dell'uccisione diretta di un innocente. In effetti se colui che ha prestato un'arma domanda che essa gli sia restituita, perché si accinge, nell'ira, ad uccidere con quest'arma un avversario [*inimicus*, non *hostis*], il rifiuto della restituzione è giustificato. Che la proprietà privata, debba essere rispettata discende dalla sua validità di diritto naturale, già presupposta nel precetto: «tu non devi rubare». Tuttavia chi si trovi nello stato di necessità può usare della proprietà altrui, per ovviare a questo stato, mentre il proprietario è tenuto a tollerare ciò, senza che gli spetti il diritto di legittima difesa, perché non si tratta di un attentato ingiusto o ingiustificato alla proprietà. Già nel vecchio diritto germanico nell'epoca franca la illiceità veniva esclusa in caso di necessità: all'uomo che viaggia in vettura è lecito tagliare della legna nel bosco altrui, per riparare il suo veicolo, e far pascolare i suoi animali sul prato altrui. Del pari sino dall'inizio dell'epoca storica è riconosciuto il diritto di legittima difesa. Impunita rimane la ferita che viene inferta in stato di necessità all'aggressore, perché questo è violatore della pace [*outlaw, exlex*]. Ma con il graduale sviluppo del diritto positivo, corrispondentemente allo sviluppo dei rapporti sociali, necessariamente il numero di tali casi in cui è permessa la legittima difesa diviene più ristretto; la materia cambia e, con essa, l'applicazione della norma di diritto naturale, anche se la validità di essa resta uguale.

Dalla norma della veracità del discorso discende il precetto di diritto naturale *pacta sunt servanda*. Tuttavia per applicare questo precetto esattamente, è stato necessario, come la storia del diritto dimostra, una *subtilior consideratio rationis*. Dalla responsabilità per la non osservanza del contratto anche senza colpa, dunque «per caso» [responsabilità da caso fortuito], la *consideratio sapientium* distingue la responsabilità per malizia e negligenza, la quale perciò è disciplinata giuridicamente in modo diverso.

Da questo esempio appare anche che, quanto più la deduzione dai primi principii e dalle norme universali discende a norme particolari, tanto più diminuisce l'evidenza e più è necessaria, per una applicazione corretta delle conclusioni ai fatti concreti che diventano sempre più fortuiti, una sempre più minuta considerazione di tutte le circostanze [*multa consideratio diversarum circumstantiarum* (S. Tommaso, I-II, q. 100, a. I)]: donde anche risulta evidente la necessità della legge positiva. La valutazione di queste circostanze esige grande esperienza e saggezza, essa non è da tutti, ma soltanto dei saggi, non dei giovani, ma soltanto dei vecchi [S. Tommaso, *ibidem*]. Presso tutti i popoli i giudici e i legislatori sono i saggi anziani, i geronti.

Ma soltanto su questi principii e su queste conclusioni prime, evidenti ed immutabili, tutti i popoli concordano. L'accordo e l'immutabilità cessano nelle conclusioni successive. Le proposizioni di certi maestri di diritto naturale del XVIII secolo, secondo cui il giuramento prestato con le due mani o il tribunale degli scabini, e per di più con un determinato numero di scabini, sarebbero materia di diritto naturale, S. Tommaso non lo avrebbe mai insegnato. Il diritto naturale della *philosophia perennis* sapeva troppo bene che la ragione giuridica progredisce verso il vero diritto lentamente, passo a passo e attraverso errori, soprattutto in mezzo alle complesse relazioni sociali e nella incertezza del giudizio, che a differenza della ragione teoretica è addirittura propria, caratteristica della ragion pratica. In effetti la ragion pratica si occupa di ciò che è contingente e che concerne le azioni umane; per quanto le norme generali siano necessarie, tuttavia questa necessità e questa certezza, diminuiscono man mano che si discende dal generale al particolare e allo specifico; e tanto più incerto diviene il giudizio della ragion pratica, tanto più al tempo stesso cresce la divergenza dei giudizi sulle materie giuridiche e morali; tanto più, infine, diviene necessaria anche la determinazione da parte di leggi positive e un adattamento di quest'ultime ai casi particolari [Aristotele, *Ethicorum*, I, 3; S. th. I-II, q. 91, a. 3; q. 94, a. 45]

Anche da un altro punto di vista il pericolo dell'errore nei giudizi della ragion pratica è più grande che in quelli della ragione speculativa. Le passioni, gli interessi di ogni sorta, le cupidigie egoistiche turbano il giudizio. Per quanto l'acquisizione della ragione speculativa sia vera, e per quanto sia anche possibile alla ragion pratica l'applicazione di questa acquisizione all'azione, *in concreto* le passioni e gli appetiti producono, non di rado, una obnubilazione [*deletio*] di questa acquisizione e della *lex naturalis* che possiede di solito la intuizione della ragione naturale. Non si deve voler costruire un diritto naturale *more geometrico*; al contrario si deve senza cessa ricorrere all'esperienza e alla comparazione giuridica.

Così dunque le leggi e i costumi in vigore, i quali non possono assolutamente essere contrari alla ragione - dove andrebbe, se no, a finire l'uomo! - costituiscono la materia sperimentale, da cui risulta ciò che è giusto mediante il rapporto con la natura ragionevole e con la conoscenza dell'essere nelle leggi. Questo non è lo stretto contrapposto positivista al deduzionismo, ma il «giusto mezzo»: deduzione e induzione, analisi e sintesi.

Questo sano scetticismo di fronte all'altezzoso e ingenuamente romantico razionalismo deduttivo della dottrina del diritto naturale, che voleva stabilire, fino al singolo caso particolare, delle norme che valessero per tutti gli uomini e per tutti i tempi, in quanto dedotte dalla ragione, questo scetticismo non significa in nessun modo, come si è già detto, riconoscimento del positivismo. La divergenza già posta in rilievo e che conduce i positivisti alla concezione, che la giustizia sia fondata sulla volontà positiva del legislatore e non sulla conformità con la natura sociale e razionale dell'uomo, significa semplicemente che, per ciò che concerne le conclusioni più lontane, può esistere un diritto naturale a contenuto per così dire variabile, non però per ciò che concerne precetti più generali e le deduzioni immediate. L'incesto [cioè a dire rapporti sessuali fra ascendenti e discendenti], rimane contrario al diritto naturale, anche se dei primitivi, in seguito alla corruzione dei loro costumi, lo ritengono come diritto. E il diritto naturale non resta limitato a ciò che è formale, in quanto le proposizioni «bisogna fare ciò che è bene, ciò che è giusto», «a ciascuno il suo» rimettono la constatazione di ciò che sia giusto, di ciò che sia il «suo» in concreto sempre ed esclusivamente alla legge positiva, allo scopo di dare un materiale contenuto alle forme vuote, così come insegna la scuola neokantiana fino a Kelsen. Il diritto naturale comporta anche norme materiali e contenutistiche.

Il principio prossimo di conoscenza del diritto naturale [considerato come una parte della *lex naturalis*] è la specifica natura sociale razionale dell'uomo, cioè a dire la sua personale essenzialità, determinata in maniera immanente dai concetti individuo-comunità. La libera sostanza razionale della persona, è la portatrice, la detentrica dei diritti. L'animale non ha nessun «diritto». E se, a misconoscimento della personalità originaria di ogni uomo, viene rifiutato allo schiavo - dal diritto positivo - il carattere di persona umana, ciò rappresenta una deficienza di questo diritto positivo, ma nessuna prova contraria al fatto, che ogni diritto positivo presuppone delle persone. La persona individuale è il presupposto concettualmente necessario di ogni ordinamento giuridico, anche di quello pensato, a più forte ragione dell'ordinamento positivo reale. Quest'ultimo in effetti è ordinamento di una norma del dover essere. Ora una norma presuppone, nel suo stesso concetto, un destinatario libero nella sua volontà e

ragionevole. Altrimenti sarebbe impossibile una differenza fra legge fisica della natura e legge giuridica. E il materialismo filosofico - sociale, nella forma concreta che ha assunto nel bolscevismo, è assurdo proprio perché si può concepire in maniera materialistica la «massa», ma non la élite che «dirige» la massa. Questa in effetti deve apparire a se stessa come una unità di esseri «ragionevoli», come una collettività di ingegneri della vita sociale, anche semplicemente per distinguere la «massa» come fenomeno materialistico.

L'essere personale dell'uomo è dato come presente prima di ogni diritto positivo, almeno per quanto riguarda l'istituzione della comunità giuridica. Ma ciò significa che egli è dato prima anche per la teoria positivista del diritto. E invero questo essere una persona, questo essere fine a se stesso, è l'elemento primo e in lui sta il seme originario del diritto. Non *il* diritto, ma il «*suo*» diritto [Jhering] sta all'inizio. Nessun positivista affermerà ora che questo «essere una persona» e i diritti che ne discendono immediatamente [e in primo luogo il diritto di essere riconosciuto anche giuridicamente come persona] «nascono» dalla volontà dello Stato. Dernburg, per esempio, dice piuttosto: «lo Stato regola i diritti privati, ma non li inventa, esso li protegge, ma non li ha prima creati», oppure altri come Cosack, parlano degli stessi diritti soggettivi nel senso che essi sono «garantiti» dallo Stato [dunque non dati, ma «concessi»]. Esistono appunto dei diritti della persona ancor *prima* dello Stato. Essi non sono dei semplici «dati di fatto», a cui lo Stato colleghi in seguito delle «conseguenze giuridiche», come afferma l'ultima forma del positivismo, la scuola normativa, ma essi sorgono di fronte al diritto positivo, come «istanze» che esigono riconoscimento. Ben a ragione già nel 1878 il Tribunale Imperiale parlava del «diritto naturale» dell'autore al suo nome. Effettivamente si tratta qui di un diritto naturale. Perciò appunto anche il *suum cuique* non è limitato a un compimento materiale da parte del diritto positivo. Esiste un «*suum*», un diritto, che è nato con noi; e questo è innanzitutto il diritto alla vita e alla proprietà. Su questo punto tutti i maestri del diritto naturale sono d'accordo, Aristotele e Tommaso d'Aquino, Hobbes e Rousseau, e tutti i positivisti. La *conservatio sui ipsius seu membrorum suorum* non è una particolarità di Hobbes. Il *vim vi repellere*, il diritto di difesa, qui si basa, ed è giustificato dal diritto naturale; esclude ogni attentato al diritto, non solamente quello contro il diritto positivo. L'integrità di questa personale sfera ontologica, di questa prima cerchia giuridica della *vita propria* [monastica] è addirittura premessa dell'ordinamento giuridico. E la tutela o la «garanzia» di questo primo *suum* della persona è proprio ciò che distingue essenzialmente l'ordine della giustizia dall'ordine dell'amore. Questo «essere una persona» è anche la radice dell'onore, della buona reputazione; e, in effetti, onore, buona reputazione, che cosa sono se non



la proiezione dell'«essere una persona» nel mondo del diritto? Essi sono addirittura la forma stessa particolare dell'essere membri della comunità giuridica. La loro negazione è negazione della comunità giuridica, della base sociale della vita. E con ciò essi sono la premessa di ogni ordinamento giuridico positivo; quest'ultimo non li dà, ma li protegge per mezzo della forza propria del diritto. Questo bene giuridico è, sia detto incidentalmente, talmente «prepositivo», che s'impone anche sul diritto positivo stesso, il quale non valuta sufficientemente l'offesa all'onore. Del pari ha sede nell'«essere-persona» - ciò vale per tutti gli ordinamenti giuridici e tutti i sistemi di diritto naturale lo riconoscono - la libertà personale, la quale si esprime, nel diritto positivo, nei diritti alla libertà «garantiti» da quello; essi delimitano la sfera giuridica data con la natura della persona; possono, nel corso della storia, estendersi o restringersi; ma non possono essere ristretti a tal punto, che ogni libertà scompaia, perché, allora scomparsa la persona, questa diverrebbe - contraddizione in termini - un mezzo, cioè a dire svanirebbe esistenzialmente e si ridurrebbe ad una «cosa» apersonale. Per varie che siano, nel corso della storia del diritto, le estensioni o le limitazioni della sfera della libertà, vi è tuttavia, dal punto di vista giuridico, una differenza reale anche fra il *glebae adscriptus* del sistema feudale e il *servus* dell'Antichità.

Dal punto di vista del contenuto questa libertà è intimamente legata alla istituzione della proprietà. «Il concetto della proprietà sorge con tutta immediatezza dal concetto dell'io. Come in tutte le lingue il «mio» e il «tuo» ritornano a designare la proprietà, così nel concetto dell'io è implicitamente contenuto anche quello della proprietà ... Il concetto della proprietà non è dunque arbitrario, ma è già fondato nella natura stessa dell'uomo, nell'ampliamento spontaneo dell'«io». Così Treitschke, benché poco prima egli dica: «Senza lo Stato non si concepisce proprietà né ordinamento della proprietà». Una contraddizione evidente e tipicamente positivista, a meno che la parola «concepibile» non voglia dire niente di più, qui, se non che l'istituzione della proprietà si può mantenere nel tempo solo se lo Stato la protegge, di guisa che l'uomo, già per acquisire la proprietà di «diritto naturale», sia obbligato a passare dallo *status naturalis* allo *status civilis*. Il «suum», dice S. Tommaso d'Aquino, «è ciò che è coordinato a qualcuno». È dunque una estensione dell'io. Ora certamente determinate cose non sono, dal punto di vista del diritto naturale, senz'altro e di per sé coordinate a «quella data» persona. Ma che la persona abbia un diritto sull'opera costruita dalla sua forza-lavoro, e proprio il diritto che questo prodotto divenga sua proprietà, ciò è in sé e per sé evidente. L'istituzione della proprietà privata è di diritto naturale. L'uomo non può esistere stabilmente, non può realizzare i suoi diritti al matrimonio e alla famiglia, alla sicurezza della sua vita, non può mantenere la sua propria sfera giuridica della vita propria, se non è

autorizzato alla proprietà attraverso l'acquisto di beni. Dalla costituzione fisica della persona singola, dalla composizione dell'uomo in corpo ed anima consegue il diritto alla proprietà privata. «Come l'effetto tiene dietro alla sua causa, così il frutto del lavoro segue, come legittima proprietà, colui che ha compiuto il lavoro. A ragione pertanto il genere umano ha trovato sempre in questa legge di natura il fondamento della proprietà privata» [Leone XIII].

Nella proprietà sta la garanzia non solamente della sicurezza della vita materiale, ma anche del perfezionamento specificamente umano, d'una più grande libertà personale. Per usare una formula negativa: colui che non *ha* proprietà *diviene* troppo facilmente proprietà, puro strumento di uno che abbia proprietà in abbondanza. Questo diritto alla proprietà privata, già dimostrato come conveniente alla persona individuale, risulta anche dal concetto della famiglia. «Onde quello che dicemmo in ordine al diritto di proprietà inerente all'individuo, va applicato all'uomo come capo di famiglia: anzi tal diritto in lui è tanto più forte, quanto più estesa e comprensiva è nel consorzio domestico la sua personalità. Per legge inviolabile di natura incombe al padre il mantenimento della prole: e per impulso della natura medesima, che gli fa scorgere nei figli un'immagine di sé, e quasi un'espansione e continuazione della sua persona, egli è mosso a provvederli in modo, che nel difficile corso della vita possano onestamente far fronte ai propri bisogni: cosa non possibile ad ottenersi se non mediante l'acquisto di beni fruttiferi, ch'egli poi trasmetta loro in retaggio» [Leone XIII]. La verità di questo ragionamento porta con sé per così dire *e converso* il fatto che da un lato tutte le utopie sociali che negano l'istituzione della proprietà privata in sé e per sé e dall'altra parte il bolscevismo con la sua negazione giuridica di essa, negano al tempo stesso la famiglia come comunità permanente. Ma solo l'istituzione giuridica *della* proprietà privata e *dell'*eredità, sono di diritto naturale; dunque solo il fatto che *vi siano* proprietà privata e diritto successorio; non dunque per es. la proprietà di tipo feudale, o liberale - capitalistica, non il sistema che ammetta la convivenza della proprietà individuale, della proprietà sociale e della proprietà collettiva. Sono queste determinazioni di diritto positivo, che provengono dalla diversità dei popoli e che mutano con l'evoluzione sociale ed economica.

Ma l'essenza dell'uomo non si esaurisce nella individualità della persona, anche se questa costituisca da sé una sfera giuridica originaria. La «socialità» è un elemento altrettanto costitutivo della natura dell'uomo quanto la sua «razionalità»; essa appartiene alla sua. essenza, cosicché una definizione, che omettesse questa determinazione, dovrebbe essere ritenuta incompleta; essa non è dunque un qualche cosa che sopravvenga, ma qualche cosa di originario. La singola persona e la comunità sono così

essenzialmente ordinate l'una all'altra, che esse non hanno esistenza indipendente. Per quanto la persona individuale possa avere una autentica indipendenza, un suo «essere-a-sé», dunque un essere unico nella sua conformazione, tuttavia essa è nel contempo una esistenza ben delimitata, che non realizza compiutamente l'idea dell'uomo. Giacché l'uomo si compie soltanto nella comunità. È essenziale per lui far parte di permanenti comunità di vita. «L'uomo nasce come frutto di queste comunità di vita, e soltanto divenendo membro in esse egli sperimenta la pienezza del divenire uomo ... Ma poiché "essere membro" significa al tempo stesso originalità e differenziazione in rapporto agli altri membri, la personalità dell'individuo non sparisce nella società, anzi esso vi estende la propria personalità, passando dalla unicità, che lo restringe e lo impoverisce, dal suo contentarsi di sé, fino alla pienezza dell'uomo. Ogni appartarsi dalla pienezza di vita di queste comunità, significa per l'individuo una mortificazione e una mutilazione della sua persona, una carenza nella realizzazione del suo essere» [A. Pieper]. In concreto, la persona è sempre anche membro della sua famiglia, della sua nazione, della sua categoria professionale, del suo Stato e infine dell'umanità. L'uomo «isolato» non esiste. Del resto già Ugo Grozio e dopo di lui Leibniz, e, oltre ai sostenitori del diritto naturale cristiano, tutta l'antichità, s'erano attenuti al principio: *Coniunctio hominum cum Deo coniunctio hominum inter sese*. Con ciò si esprimeva in modo preciso il principio metafisico supremo dell'ordine delle comunità: unità dell'ordine dell'essere e dell'ordine dei fini, dall'individuo, attraverso le comunità delle persone, il cui fine è di assicurare il perfezionamento dell'idea dell'uomo e che ricevono da qui le loro finalità specifiche sopraindividuali, fino a Dio, coronamento supremo della persona, fine ultimo e sommo di ogni creatura. Unità, di nuovo da Dio giù giù fino all'individuo, al quale le comunità sono, conformemente alle finalità, presupposte. Le comunità necessarie radicate nella essenza dell'uomo, senza le quali la vita dell'uomo non è possibile, hanno così dunque di volta in volta rispettivamente loro fini specifici, che non possono essere assorbiti in modo durevole dalla comunità sovraordinata. E attraverso esse tutte rimane garantito il fine primitivo e personale dell'uomo, la salvezza della sua anima nella contemplazione e nell'unione con Dio.

Questa suprema giustificazione metafisica, che sbocca nella teologia - come del resto accade non solo alla metafisica stessa, ma ad ogni scienza sociale e normativa che sia un po' più profonda - non ha bisogno d'essere ora qui tenuta presente. Il pensiero può arrestarsi ancor prima e abbracciare la consistenza, dal punto di vista del diritto naturale, delle comunità e dei loro ordinamenti. La necessità ontologica della famiglia, della nazione, della professione, dello Stato discende invero dall'idea dell'uomo. Non certo dall'idea dello Stato. La famiglia e il suo

fondamento, il matrimonio, sono anteriori allo Stato. La comunità nazionale, costruita, data la comunanza di sangue, di lingua e di cultura [spirito nazionale], sulle famiglie, fondamentale dunque sull'essere biologico e non sul \*\*\*, è anteriore allo Stato, per quanto essa possa spingere alla forma statale, ed essere avviata a divenire Stato. Tuttavia nazione e Stato non sono concetti equivalenti: come esiste uno Stato nazionale, di un determinato popolo, del pari esiste uno Stato anazionale. F all'interno del gruppo economico e culturale ha luogo la suddivisione degli appartenenti alla nazione, secondo le loro funzioni, in categorie professionali o secondo il rapporto di convivenza, in comunità politiche, per la realizzazione del bene comune. Accanto a queste comunità necessarie, e, almeno sotto forme rudimentali, sempre esistenti, il cui carattere proprio non è soltanto il loro fine sopra-individuale o la loro organizzazione giuridica, ma appunto la loro necessità derivante dall'idea e dal fine dell'uomo [esse si distinguono per la loro durata e sono nell'ambito di ciò che è terreno *perpetuae communitates*], gli uomini formano per i loro fini particolari ancora molte altre collettività. Esse appartengono alla storia e solo a questa e non alla idea dell'uomo, mentre le precedenti sono addirittura il «*medium*» della storia.

La famiglia è anteriore allo Stato, e lo Stato non può mai assumere completamente il di lei fine e le di lei funzioni essenziali, benché abbia il dovere, nel caso in cui l'una o l'altra famiglia manchi ai suoi obblighi, di intervenire in virtù del suo diritto di assistenza; ugualmente, lo Stato ha il diritto e il dovere di restaurare le basi «naturali» della famiglia nel campo economico e giuridico [fornendo abitazioni, regolando il salario familiare, tenendo in considerazione dal punto di vista fiscale le condizioni della famiglia, migliorando, la legislazione matrimoniale, proteggendo i diritti dei genitori ecc.] quando si verifichi una generale carenza della famiglia concreta nelle sue funzioni essenziali, in seguito a disordine economico oppure giuridico - morale [p. es. della famiglia «proletaria» priva di proprietà all'epoca del tardo capitalismo]. Questa struttura ontologica della famiglia anteriore a quella dello Stato, significa anche che essa costituisce una sfera giuridica autonoma. Vi sono dei diritti naturali dei genitori, particolarmente del padre, diritti che non gli sono conferiti dalla legge positiva, ma che quest'ultima protegge e garantisce come preesistenti. Dal contratto di matrimonio sgorgano i diritti naturali reciproci dei coniugi, di modo che la rottura di questo contratto, l'adulterio, è intrinsecamente ingiusta e dunque illecita, anche indipendentemente dalla legge positiva; se non fosse così, perché ci si dovrebbe indignare contro il diritto matrimoniale bolscevico? Così dunque lo scopo - o diciamo meglio, dato che la parola «scopo» ha assunto un po' alla volta un significato deteriore e sembra troppo spesso dipendente da una volontà accidentale - il fine, il senso del matrimonio e della famiglia sono indipendenti dalla volontà

dello Stato ed anche dalla volontà dei coniugi contraenti, e come tali presentano diritti e doveri fondati sulla natura, sull'essenza stessa dell'istituzione, il cui riconoscimento soltanto, insieme con la possibilità giuridica di esercitarli, permettono di constatare se si ha di fronte un matrimonio o un concubinato.

Anche la collettività nazionale, abbracciante una pluralità di famiglie, è necessaria e vera comunità. E da questo carattere essenziale riceve il suo senso l'espressione «diritti naturali della nazione», diritti che, in uno Stato nazionale o in uno Stato che comprenda delle minoranze, si traducono in problema concreto come diritto alla propria lingua nazionale, a proprie scuole o alla propria cultura nazionale. Questo diritto non è stato inventato o creato da convenzioni sul trattamento delle minoranze, esso preesisteva ad esse. Nessuno contesterà che il tradimento contro la nazione è un crimine, anche se nessun codice di uno Stato plurinazionale definisce espressamente e punisce il crimine di alto tradimento.

Esiste dunque, per applicare qui il principio del *suum cuique*, anche nel seno di queste comunità della famiglia e della nazione, un «*suum*» sostanziale tanto del membro in particolare quanto della comunità subordinata nei riguardi della comunità superiore.

Il processo sociale del perfezionamento dell'idea di uomo trova la sua realizzazione nello Stato, il quale da Aristotele in avanti è chiamato *societas perfecta*, perché in esso trova il suo pieno compimento la disposizione naturale alla vita sociale. La famiglia, anche la grande famiglia patriarcale, il clan, hanno bisogno di una organizzazione sociale superiore, per un'esistenza sicura e duratura, per la *felicitas huius vitae*, per la *sufficiencia vitae*. La vita politica costituisce una terza sfera necessaria all'uomo, da distinguersi specificamente dalla vita *oeconomica* [o \*\*\* «casa-famiglia» è il concetto primitivo, «amministrazione» il seguente]. E gli individui non sono liberi di unirsi o no a Stato, ma questo è loro imposto dalla legge morale naturale conformemente al fine del perfezionamento della natura sociale. Su ciò si fonda anche l'autorità dello Stato e di quella del suo capo. Il «*suum*» che lo Stato e l'autorità pubblica sono in diritto di esigere, si basa sulla realizzazione dell'idea di Stato considerato come una comunità necessaria. Questo «*suum*» non è la somma dei diritti che gli individui avrebbero trasferito allo Stato e all'autorità nello stringere il patto di unione e di soggezione, ma un *suum* specifico, che è fondato sulla funzione essenziale dello Stato, cioè sulla fondazione, conservazione e promovimento del bene comune, dell'*ordo rerum humanarum*; e tutto ciò è più che un puro e semplice ordinamento giuridico, è accrescimento del benessere delle famiglie e degli individui in tutti i campi della loro vita: dell'economia, del lavoro, della cultura

[«accrescimento» e non dunque creazione. Lo Stato, come tale, non crea cultura: la cultura è opera delle persone entro le loro collettività della famiglia, della nazione, della vita religiosa]. Perciò appunto il bene comune non è *realiter* separato dal bene di ciascuno dei membri particolari. Ha luogo piuttosto una «coincidenza», come la salute di un organismo, benché manifestata dall'organismo tutto intero, consiste tuttavia nel fatto che gli organi sono sani ed «in ordine». Se dunque l'idea dell'uomo trova il suo compimento nello Stato, tuttavia lo Stato singolo non è l'ultima forma di comunità. E invero i popoli organizzati in Stati, le nazioni e i loro Stati, formano ne! loro insieme la comunità internazionale, l'umanità, il cui *coordinatum* soprannaturale è la Chiesa universale, la Chiesa dei popoli. E in questa comunità si ripetono gli stessi diritti individuali e sociali con senso corrispondente. Le «personalità essenziali» dello Stato e della Nazione come valori specifici posseggono perciò propri diritti naturali alla loro esistenza, alla libertà, cioè a dire un diritto all'autodeterminazione per quanto riguarda la concreta realizzazione del bene comune e al proprio onore, considerato come il fondamento della loro comunità giuridica in seno alla comunità internazionale, il cui senso è ordine e pace. I tragici conflitti inevitabilmente legati col processo vitale etico - biologico del fiorire e dello sfiorire dei singoli Stati e delle singole nazioni, conflitti che sorgono per il fatto che il diritto positivo qui nel campo internazionale ben più che nell'interno del singolo Stato tende a mantenere durevolmente lo status quo, devono essere risolti dal punto di vista della giustizia e del bene comune della comunità internazionale. Anche il diritto positivo internazionale riposa sul diritto naturale.

Da tutto ciò risulta che non si può parlare così semplicemente né di un primato della persona individuale, né di un primato della comunità. Nessuna di queste comunità è infatti assoluta, nessuna è così semplicemente la comunità suprema in cui la persona singola si risolva per diventare puro strumento, per quanto esse abbiano i loro propri valori teleologici nell'ordine dei fini, e per quanto siano indipendenti nello sviluppo della vita sociale. Il suo fine eterno, cioè a dire la salute dell'anima, conferisce alla persona una suprema trascendenza. Di qua discendono per la persona individuale, di fronte allo Stato, diritti naturali che non le vengono conferiti soltanto dalla legge positiva, ma che sono tutt'al più riconosciuti espressamente da essa; diritti dunque, che non valgono in forza del riconoscimento, ma, che al contrario sono riconosciuti perché hanno un valore in se stessi. Sono appunto diritti, in fondo sempre dati come presupposti, della persona e delle comunità necessarie viventi tra essa e lo Stato, cioè a dire la famiglia e la nazione. Ogni volta che lo Stato distrugge questi diritti andando contro la «giustizia materiale», esso distrugge la stessa propria sostanza giuridica. E invero la giustizia è il fondamento dello Stato.

Il diritto naturale contiene dunque i principii costruttivi necessari delle comunità. Di qui proviene lo stretto rapporto fra il diritto naturale e la filosofia sociale; diritto naturale è la filosofia sociale per la ragion pratica. E perciò anche una pura scienza giuridica è insoddisfacente, perché il diritto è sempre fondato in ultima analisi su di una essenzialità teleologica e il suo contenuto concreto è sempre in pratica la vita sociale cui è necessaria una forma giuridica. Questo però non significa che il sociologismo sia esso solo giustificato nel diritto. Perché la scuola sociologica del diritto può ben spiegare l'origine e la forza operante di norme giuridiche positive come derivanti da fatti sociali, ma non «il» diritto stesso. Entrambe le scuole rappresentano la scissione positivista della dottrina del diritto naturale; diritto naturale significa in fondo una suprema unità di essere e di dover essere.

Al diritto naturale corrisponde dunque un vero «pluralismo», che è fonte del principio di sussidiarietà dello Stato. Le sfere vitali di diritto naturale subordinate allo Stato, quelle cioè della persona singola, della famiglia, del comune, della nazione articolata nelle sue corporazioni professionali, sono comunità di vita particolari ed autonome, con propri fini specifici, fini che concorrono organicamente nella stessa forma all'ordine del bene comune, così come le persone e le comunità concorrono insieme, senza mai abdicare alla loro propria particolare essenza, all'unità organica dello Stato. Queste comunità non rappresentano dunque soltanto delle fasi anteriori nello sviluppo storico dello Stato, e perciò delle tappe via via estinguentisi del processo sociale; esse sono istituzioni permanenti, e le loro funzioni specifiche non possono essere assunte e compiute in maniera completa e continua dallo Stato. La concezione contraria riposa sull'antitesi in sé falsa: individuo-Stato, la quale conduce necessariamente sia a un venir meno dell'azione statale nella vita sociale [liberalismo], sia a una eccessiva statalizzazione [bolscevismo] nei riguardi di tutta la vita sociale.

Esiste una vera «economia» delle virtù sociali. Le comunità non vivono per mezzo del diritto, anche se *nel* diritto, ma vivono per mezzo delle virtù specifiche ordinate alla loro essenza. La famiglia è la sede naturale delle virtù dell'obbedienza, dello spirito di sacrificio, della fedeltà, del senso della responsabilità e dell'aiuto reciproci. Ogni amore solidale ha carattere familiare; questo spirito è talmente legato alla famiglia, come a suo luogo d'origine e sua culla, che allorché altre comunità, Stato o Chiesa, devono per necessità intervenire in via sostitutiva, vengono prese a prestito nella nuova istituzione tutto il complesso delle forme e gli stessi termini del linguaggio [educazione degli orfani, padre degli orfani]. Il campo della vita economica e quello del lavoro si fondano sulla pratica delle virtù della giustizia sociale, della

fedeltà alla parola data, della solidarietà professionale nel lavoro. Tutto lo «svuotamento» della idea dello Stato per causa dell'individualismo riposa alla fin fine sul fatto che esso credeva che la sola fonte da cui la comunità attinga la sua vita, sia il diritto e che non vi sia bisogno se non del suo ordinamento, poiché per il resto gli individui, lasciati alla loro libertà, avrebbero creato da sé, per mezzo di contratti a breve scadenza, corrispondenti di volta in volta ai loro interessi e al loro egoismo, in maniera per così dire automatica, l'armonia sociale richiesta come giusta in quel dato momento.

No, non sono gli individui nel loro egoismo, non è la burocrazia di un consiglio di amministrazione che, opponendosi al libero svolgimento della personalità e ostacolando le «imperfette» comunità di vita, possano fare opera «creatrice». Questo è compito tanto delle singole personalità quanto delle comunità di vita della nazione, quanto ancora dell'«eterno» fondamento, della materna terra dello Stato. Ma in quanto lo Stato ordina e promuove la vita stabile delle comunità e degli individui, in quanto esso fa rifluire nei suoi membri, secondo la *iustitia distributiva*, il flusso dei beni morali, spirituali e materiali, che costituiscono il bene comune e perciò *coincidenter* il bene dei suoi membri, in quanto esso adunque stabilisce un vero *ordo rerum humanarum*, ne provengono ad esso dignità, nobiltà e grandezza.

Il positivismo non può scorgere chiaramente questi elementi che formano la base vitale dello Stato. Ma il diritto naturale può dare allo Stato una vera giustificazione, sostenendo la presenza dell'etica nel diritto.

## VII. DIRITTO NATURALE E DIRITTO POSITIVO

Il positivismo giuridico cioè a dire il rifiuto teoretico del diritto naturale, sia nella forma [come fonte non positiva di un diritto valido] sia nel contenuto [come di un diritto non compreso in nessuna norma positiva] afferma o che il diritto naturale costituirebbe un dualismo distruttore della certezza del diritto, oppure che esso presenterebbe invece di norme oggettive costanti, delle opinioni soggettive intorno al dover essere giuridico, oppure infine che egli prenderebbe a prestito, creando un dualismo, delle valide norme di diritto da un sistema normativo opposto al diritto positivo [etica, diritto razionale, progetti di riforma de *lege ferenda*, diritto romano come *ratio scripta*]. Il positivismo considera dunque il diritto naturale come un non-diritto nel senso preciso della parola, esso parla di etica, di norme ideali immaginate de *lege ferenda*, di fini politico-giuridici ecc.



È diritto, dice il positivismo, solo il diritto positivo, il diritto formulato in leggi. Ma non è questo il suo vero punto di vista. Esso suona piuttosto: il solo diritto che per il giudice sia applicabile e che la giurisprudenza possa tenere in considerazione sono le norme formulate come tali dalla volontà costituzionalmente legittima, concreta e manifesta dell'organo legislativo, ed espressamente ammesse o tollerate da essa. Il positivista è sempre alla ricerca di una decisione della *volontà* scritta o praticata di fatto, volontà che di norme possibili fa norme valide.

Ad esso importa, della legge, solo questa forma del sorgere del diritto, la sua fonte, il come esso vien prodotto e non il suo contenuto. *Auctoritas facit legem*, legge è volontà. Il problema se qualche cosa può essere ingiusto in sé, non ha senso per esso, perché il giusto o l'ingiusto non sono delle qualità materiali delle norme, ma designano semplicemente la presente o assente concordanza con la volontà di fatto del legislatore. Il positivista, contrariamente per esempio al giurista romano, ricerca non la giustizia, servendosi della norma positiva ove la giustizia è contenuta materialmente, ma la norma stessa, che è emanata dalla volontà del legislatore. Questa constatazione gli basta per il problema se esista o no nel caso una norma giuridica; la giustizia egli la presume, oppure afferma che questo problema è di ordine etico, non giuridico. Certo che il positivista tipico, negli Stati costituzionali, viene a trovarsi tuttavia in difficoltà. In effetti nell'applicazione della legge egli deve domandare, non solamente se l'«iter legislativo» previsto dalla costituzione è stato osservato, ma anche se la legge [ed anche la consuetudine] non entri in collisione con le norme superiori del diritto costituzionale. E qui il positivista incontra facilmente il «diritto naturale». Giacché certi articoli costituzionali non sono, per il positivista, vere norme giuridiche, ma manifestazioni programmati che del potere pubblico che ha emanato la Costituzione. Così per esempio l'articolo della Costituzione che dice che «la proprietà impone degli obblighi e il suo uso deve nel contempo servire a un più grande generale benessere» non è, per essi, che una «direttiva», non una norma che obblighi in coscienza, né per il legislatore né per il cittadino, sebbene questo articolo sia volto contro la concezione individualistica della proprietà e benché le nozioni di «proprietà» ed «obbligazione» siano manifestamente dei concetti giuridici. Secondo il nostro punto di vista vi è qui la tipica cortezza di veduta positivista; perché il positivista, che d'altra parte non sa che farsene dei pur così essenziali preamboli delle costituzioni, sospetta qui delle breccie da cui potrebbe irrompere il diritto naturale che il giudice potrebbe poi applicare. Effettivamente il giudice degli Stati Uniti, richiamandosi al fondamento di diritto naturale dei diritti alla libertà, si è posto non solo al di sopra del legislatore, ma teoricamente anche al di sopra dell'autore stesso della Costituzione. Perché il legislatore non è

colui che promulga le leggi, ma colui che le interpreta da sovrano. Ora l'interprete si richiama al *natural law and justice*. Questo procedimento formale rende ancora possibile il positivismo anche per pensatori cattolici, se essi considerano l'etica e la legge morale come norme emananti dalla volontà divina, norme che non hanno, è vero, validità giuridica, ma tuttavia valore di obbligazione morale.

Che il positivismo in ciò che concerne la teoria del diritto e la filosofia del diritto sia insufficiente, è oggi generalmente riconosciuto, perché uno dei suoi fondamenti, cioè la teoria della mancanza di lacune della legge, è stato abbandonato; si è abbandonata del pari la teoria del monismo giuridico: la buona fede, i principii della moralità, la coscienza professionale del commerciante ordinato, tutto ciò viene di sovente applicato dal giudice come norma valida non solo *praeter legem*, ma spesso anche *contra legem*, cioè a dire contro la volontà di fatto del legislatore, anche se per lo più con la supposizione, in sé ingiustificata, che il legislatore non possa aver voluto l'ingiustizia.

Se si considera la cosa più da vicino, si possono indicare più elementi come fonti del positivismo giuridico. Nei periodi di incertezza e di sterilità della filosofia morale, il giurista, posto davanti al compito di una pratica soluzione di questioni giuridiche, si attiene con tutta ragione al diritto formulato per iscritto ed applicato, più sicuro perché accompagnato da coazione. E ciò tanto più in quanto speculazioni razionalistiche astratte si sono scisse in sempre più soggettivi punti di vista di differenti scuole. In periodi in cui nessun ordine naturale è riconosciuto, ma in cui, come nella Russia bolscevica, persino la comunità del popolo è considerata come un meccanismo sociale da organizzarsi ad opera di ingegneri, il positivismo può anche essere congeniale.

Il predominio del positivismo o, al contrario, del diritto naturale, è in relazione stretta anche con la forma del regime politico esistente. L'assolutismo dei principii dà al positivismo in sé un ambiente più favorevole che non gli Stati liberali democratici sotto il regno del giudice; anche i regimi politici sono essi pure determinati dall'antitesi ragione-volontà, perché le forme di governo si distinguono fra l'altro anche per la forma della loro legislazione.

Ma che il diritto naturale stia esso pure in irriducibile opposizione con la legge positiva, ciò non è né assolutamente necessario, né nella storia un tale contrasto è sempre esistito. Certo il diritto naturale e il positivismo sono contrapposti. Ma il diritto naturale e la legge positiva sono, come si verifica nel diritto naturale cristiano, coordinati precisamente l'uno all'altro: il diritto naturale ha in sé l'imperiosa esigenza

di divenire positivo, anche se esso è nel contempo insieme misura e linea direttrice della legge positiva; esso esige la legge positiva, o, come diceva in una intelligente distinzione la tradizione cristiana; esige di divenire legge umana, cioè norma formulata di autorità terrena. Su questo problema del rapporto tra diritto naturale e diritto positivo, le scuole del diritto naturale si distinguono né più né meno come sul problema dei principii. Per i Sofisti come per la scuola del diritto naturale individualistico di Rousseau, la legge positiva era opposta anche contenutisticamente al diritto naturale, perché rappresentava la messa al sicuro degli interessi della classe dominante: la Rivoluzione democratica fece del suo diritto naturale l'esclusivo diritto. Il diritto naturale razionalista credeva di poter dedurre da principii di volta in volta diversi un sistema giuridico a contenuto perfettamente compiuto, al quale non mancava, per divenire legge positiva, se non la deliberazione formale.

Il diritto naturale della *philosophia perennis*, invece, non contiene che un piccolo numero di norme generali e rinuncia ad un estremo deduzionismo. Esso afferma espressamente che la certezza e la necessità nelle scienze normative diminuiscono via via che le conclusioni si allontanano dai primi principii evidenti. Ha un sentimento così profondo dell'alto valore rappresentato dalla certezza e dalla solidità di un ordinamento giuridico, il quale è per esso la principale delle parti integranti del bene comune, che solo il diritto positivo divenuto non-diritto in forza delle prescrizioni negative del diritto naturale, è considerato come non vincolante in coscienza; e ciò anche se esso naturalmente fa il debito posto al «diritto naturale permissivo» e all'equità. Esso è «rivoluzionario» solo di fronte alla legge divenuta intrinsecamente immorale; di fronte al diritto positivo imperfetto il suo atteggiamento è semplicemente impostato «riformisticamente». Si potrebbe dire *cum grano salis* che esso non è che un diritto-cornice; determina quali riduzioni a positivo, conformi a volontà e possibili, siano, in quelle date circostanze storiche, ancora giuste. Così ad esempio non dice che la proprietà privata del capitale sia ingiusta; o che, là ove manchi la protezione statale del lavoro, lo sciopero [rottura di un contratto] per imporre migliori condizioni di salario, sia ingiusto; esso non dice che la dittatura sia già di per sé ingiusta - infatti diviene tale soltanto per l'abuso del potere dittatoriale, divenuto storicamente e temporaneamente necessario -; del pari non afferma che la democrazia parlamentare sia cattiva in sé; non dice neppure che ogni guerra sia ingiusta. Ma dice bensì che un esproprio fatto senza alcun indennizzo e senza che vi sia colpa del proprietario, è ingiusto; e dice che lo sciopero generale al fine di stabilire illegittimamente la «dittatura del proletariato» è ingiusto; e dice che il disprezzo dei diritti naturali alla vita e delle libertà necessarie alla

persona, è ingiusto, da chiunque e in qualunque circostanza essi vengono violati.

Il diritto naturale invoca il diritto positivo e il legislatore. In effetti solo i primi principii e le conclusioni a quelli prossime [Decalogo] sono immediatamente evidenti e necessari dal punto di vista della conoscenza. La ragione speculativa va dal particolare, dato nella conoscenza sensibile, al generale. Ecco perché le sue conoscenze portano molto di più il sigillo della certezza e della necessità, che quelle della ragion pratica. Si è che la ragion pratica va dal principio generale al singolare, al contingente, alla molteplicità dei mezzi e dei fini intermedi possibili, in un mondo che, attraverso l'azione degli altri o il suo proprio sviluppo, si muta continuamente, per quanto il fine superiore, per esempio il bene comune, resti sempre lo stesso. Dunque quanto più la ragion pratica discende dai principii alle ulteriori deduzioni e alla loro applicazione a casi sempre più concreti, tanto più la sua conoscenza diviene incerta, variabile, e dubbia nell'applicazione. Tommaso dice con ragione, che è molto più difficile e più penoso realizzare la giustizia nella vita economica e nei molteplici rapporti degli uomini, che per il medico fare una diagnosi giusta o prescrivere un giusto trattamento [*Ethic.* V, 15]. Già per questa incertezza c'è dunque bisogno della norma positiva, la quale deduce e determina, partendo dal principio generale, le deduzioni particolari, tenendo conto del carattere nazionale e della situazione storica concreta; se ciò non fosse, dato il numero e la varietà delle deduzioni possibili, nessuna sicurezza e nessun ordine potrebbero costituirsi. Tanto più che chiunque non sia imbevuto di razionalismo e non ritenga gli uomini unicamente degli esseri pensanti e delle macchine da sillogismi, sa quale pericolo la ragione corra, nell'applicazione di norme agli interessi e alle contraddizioni degli uomini, di lasciarsi fuorviare dalle passioni e quanto facilmente la voce della coscienza possa essere soffocata dagli appetiti violenti dell'egoismo. Donde la necessità di una determinazione autoritaria di queste applicazioni, affinché esse siano in grado, come norma emanante dall'autorità ed esigente obbedienza, di venire in aiuto alla coscienza e alla ragione. Per gli stessi motivi, il diritto naturale, e ciò che se ne deduce, ha bisogno ugualmente di quella sanzione positiva che esso da per sé non possiede immediatamente. Mediamente senza dubbio il diritto naturale porta con sé una sanzione. Ogni popolo che non rispetti le leggi morali della vita è votato alla decadenza; la giustizia resta il fondamento degli Stati e la storia del mondo resta sempre il tribunale del mondo. Tuttavia c'è bisogno, malgrado ciò, della sanzione immediata, della coazione che immediatamente minacci. Il pericolo che incombe nell'ordine, data la imperfezione inerente a tutto ciò che è umano, data la spinta vitale indisciplinata, l'impulso che spinge ad azioni scomposte tanto l'uomo individuale che i suoi gruppi e le sue comunità, l'inclinazione al caos che,

accanto al desiderio conforme a ragione dell'*ordo*, è altrettanto forte, anzi più forte nell'uomo e nelle sue formazioni sociali, tutto questo esige una legislazione positiva e la protezione di un potere concreto. La *philosophia perennis* non condivide l'ottimismo senza fondamento del diritto naturale per es. di un Rousseau. Essa conosce ciò che vi è di demonico nella natura umana, le forze tenebrose che agiscono in forma disordinata e distruttiva. Per quanto energicamente il diritto naturale proibisca ad esempio il furto, c'è tuttavia bisogno della *iustitia vindicativa* della legge penale positiva, che associa al fatto del furto una pena considerata come sua conseguenza giuridica. Quale debba essere questa pena, lo determina la giustizia secondo il principio di proporzionalità, e la prudenza secondo il principio dell'opportunità e dell'educazione. La pena non è certo un fine a sé stante, ma bensì da una parte una punizione meritata, quanto dall'altra parte anche intimidazione ed azione educativa.

Non soltanto in questo consiste la particolare forma della virtù della prudenza propria al legislatore, ma anche nella deduzione della norma positiva dai principii sempre tenuto conto delle circostanze concrete [le *circumstantiae* sono sempre ricordate da Tommaso d'Aquino nella loro funzione di determinare la razionalità della legge]. «La realizzazione della giustizia, che è ordinata al bene comune e che incombe al legislatore, abbisogna della guida della prudenza. Giustizia e prudenza sono più che ogni altra virtù proprie del legislatore». Giacché la prudenza unisce alla conoscenza dei principii generali quella delle particolarità che riguardano l'agire umano, la retta scelta dei mezzi per raggiungere il fine ultimo. La prudenza propria del legislatore [*prudencia regnativa*] rassomiglia all'arte architettonica.

Resta dunque a sufficienza confermato, che tutte le leggi positive devono essere in qualche modo derivazione [*derivatio*] o determinazione [*determinatio*] ricavata dal diritto naturale. Ma ciò non significa ora che ogni legge positiva, che non sia giusta derivazione o determinazione dal diritto naturale, sia per ciò stesso non obbligatoria e non vincolante in coscienza. Sono assolutamente non obbligatorie solo quelle leggi positive che prescrivono di fare qualche cosa di immorale e di ingiusto in sé, cioè le leggi che contrastano ai precetti negativi del diritto naturale. Ciò non è nulla di «rivoluzionario», ma un fatto di evidenza immediata. Difficilmente qualcuno chiamerà giusta una legge che permetta l'assassinio, l'adulterio, lo spergiuro. Nessuno chiamerà spregiatori della legge i cristiani, perché si rifiutavano di obbedire alle leggi pagane, che ordinavano loro di sacrificare agli idoli. Per converso, una legge ingiusta [per esempio una legge fiscale che sia contraria al principio della giustizia e della proporzionalità] non è ancora per ciò solo non vincolante. Una legge ingiusta non è ancora senz'altro una legge immorale in senso stretto,

tale cioè che prescriva un peccato. Qui il mantenimento dell'*ordo*, anche se imperfetto, prevale sulla opposizione a una singola legge ingiusta. Per quanto dunque il diritto naturale sia norma per il legislatore - cosa insegnata da quasi tutti i filosofi del diritto, anche dai fondatori della teoria moderna della sovranità, da Bodin e anche, per un certo tempo, da Hobbes -, tuttavia una legge positiva pur ingiusta, ma tale da non contraddire al diritto naturale nei suoi precetti negativi, non dà né al giudice o al funzionario, legati alla legge in virtù della costituzione, né ai sudditi il diritto di dichiarare quella data legge non obbligatoria e non valida. Neppure una legge fiscale, che non corrisponda né alla giustizia distributiva né al principio dell'intervento dello Stato nell'interesse del bene comune, autorizza a sottrarsi alla obbligazione della imposta, perché il principio dell'obbedienza e della dichiarazione che impegni alla verità, che è di diritto naturale, ha qui la prevalenza. Non la disobbedienza, ma i mezzi leciti previsti dalla costituzione sono qui la giusta risposta. Che d'altra parte una legge positiva che prescriva una cosa in sé ingiusta od immorale venga considerata come non-legge, è giustificato da questo fatto, che i precetti negativi del diritto naturale debbono proteggere l'ordinamento sociale nei suoi fondamenti più profondi. Quando in genere non vi sia più alcun rispetto di qualsiasi autorità, quando il matrimonio cessi di distinguersi dal concubinato e dalla promiscuità, quando l'onore dei membri della comunità giuridica non viene più osservato e i giuramenti non hanno alcun valore, allora scompare la possibilità stessa di una vita sociale, di un *ordo rerum humanarum*.

Ma per ciò che concerne le altre norme del diritto naturale [*ius naturale permissivum vel praecipiens*], la legge positiva è libera nella realizzazione di queste prescrizioni, giacché qui a decidere sono i problemi del carattere nazionale, dell'opportunità, delle circostanze, delle forme di governo; in altri termini: qui decide la saggezza del legislatore. Questa saggia riserva dello *ius naturale perenne*, fa sì anche che le contraddizioni tra il diritto naturale e la scuola storica del diritto non siano inconciliabili, ma che anzi le due scuole possano integrarsi l'una l'altra.

Ciò può essere illustrato con l'ausilio di alcuni esempi. L'istituzione della proprietà privata è certo elemento del diritto naturale, come è indubitabile dopo la brillante dimostrazione di Leone XIII. Ma ciò significa soltanto che per es. una legge che volesse stabilire il comunismo, cioè la piena soppressione di ogni proprietà privata, sarebbe contraria al diritto naturale. Non significa tuttavia che importanti restrizioni nell'uso della proprietà, o addirittura espropriazioni per causa di pubblica utilità, siano puramente e semplicemente contrarie al diritto naturale. Né significa che la concezione giuridica romana della proprietà, o ad es. il regime della proprietà capitalistica o di quella feudale, siano di diritto naturale. Ciò

suona soltanto come una indicazione al legislatore, di conformare il concreto ordinamento della proprietà in modo tale, che questa sia capace di assolvere alla sua funzione sociale secondo il diritto naturale *hic et nunc* in rapporto al carattere della nazione e al grado di sviluppo economico, a favore dell'individuo, della famiglia e della maggioranza dei cittadini in generale. Ora che il regime capitalistico della proprietà privata non sia più in grado da lungo tempo di realizzare tali istanze, a causa della illimitata libertà di possesso, della mobilitazione di tutta la proprietà fondiaria, della spaccatura della nazione in pochi possidenti e molti nulla tenenti, è stato in parte denunciato - in profetica solitudine - proprio dai riformatori sociali cattolici che si trovavano sul terreno del diritto naturale, fin da Emmanuel von Ketteler, anzi fin dal romanticismo, nella loro lotta contro il liberalismo economico. Essi questo sempre proclamarono, che la libertà dei non possidenti è una pura finzione; essi hanno affermato proprio per la salvezza della famiglia, il diritto di essa alla proprietà come substrato materiale della sua esistenza biologica e morale. Inoltre: all'individualismo del popolo romano corrispondeva un ordinamento positivo della proprietà conforme alla sua natura. Si addiceva allo spirito comunitario del popolo tedesco di dar vita nel suo diritto ad un ordinamento della proprietà essenzialmente diverso, con più forti limiti della proprietà, con particolari forme di comproprietà, per esempio nella ripartizione dei frutti della proprietà fra più aventi diritto e specialmente di trattare beni mobili e proprietà fondiaria secondo forme distinte. E, per restare al medesimo esempio, il sostenitore del diritto naturale, Vescovo von Ketteler, reclamò nei suoi progetti di riforma sociale «la restaurazione del diritto germanico». Adunque il regime positivo della proprietà non è per caso qualche cosa di «sacro». Al contrario il bene comune esige dal legislatore che egli modifichi con prudenza questo regime, che egli lo conformi alle nuove condizioni economiche. L'economia degli scambi commerciali esige ormai un altro ordinamento della proprietà, diverso dall'economia del baratto.

Il diritto naturale razionalistico aveva dedotto dal diritto naturale, come unicamente giustificata dal punto di vista del diritto naturale stesso, qui la monarchia assoluta, là la pura democrazia. Il diritto naturale classico non ha mai sostenuto dei così rigidi «ideali di Stato». La forma di governo ideale fu per esso il *regimen mixtum*, in ogni caso la partecipazione del popolo al potere. Tommaso d'Aquino ritiene a questo proposito che la costituzione deve essere appropriata al carattere del popolo e alla sua forza morale. Un popolo serio e equilibrato, che «senta» la pubblica utilità [*communis utilitas*] può con pieno diritto vivere in regime repubblicano e governarsi per mezzo di magistrati liberamente eletti [S. th. I-II, q. 97, a. I] Qui ben vale il principio di diritto naturale: *salus populi* [concretamente: del singolo popolo con suoi determinati

caratteri e secondo la sua situazione storica] *suprema lex* e non il principio positivistico: *voluntas principis suprema lex*. Così il diritto naturale cristiano non ha mai aderito ad un fanatismo deduttivo razionalistico, ma, al contrario, esso ha potuto tener conto del carattere particolare di ciascun popolo, del suo genio giuridico, della sua evoluzione storica e del suo sviluppo economico. Giacché solo le leggi eterne della costruzione della vita sociale dell'uomo sono di diritto naturale, non la concreta formazione architettonica. L'evoluzione degli stili nell'arte di ogni popolo non implica la negazione delle leggi eterne della bellezza nell'arte.

Su questo richiamo del diritto naturale alla legge positiva, si basa il fatto che il diritto naturale, benché fondamento permanente e norma del diritto positivo, nelle fasi di sempre più grande perfezionamento di questo, si nasconde, per così dire, dietro il sipario del diritto positivo, mentre esso ricompare sulla scena quando il diritto positivo, in seguito alla evoluzione delle forze vitali e ai mutamenti di funzione nelle comunità, diventa una ingiustizia obiettiva.

Da ciò proviene ugualmente il fatto che il giurista pratico si accontenta nella maggior parte dei casi della teoria e della validità del diritto positivo. «Il nostro disaccordo verte non sulla sostanza della questione, ma su di una parola, cioè sul significato in cui usiamo la parola "diritto". Noi chiamiamo appunto diritto solo la norma positiva che emana dalla volontà dello Stato. Ciò che voi chiamate diritto naturale, noi lo collochiamo nell'etica, tra quelle che sono riconosciute anche da noi come le basi morali del diritto» [Ermann]. Il diritto naturale sarebbe appunto «un diritto non applicabile»; esso non avrebbe valore in senso giuridico. Ma una tale affermazione apodittica non è del tutto esatta. E in effetti essa presupporrebbe la mancanza di lacune del diritto positivo. E tanto meno essa vale per tutti gli ordinamenti giuridici, ma è piuttosto un'opinione d'interesse politico-giuridico, nel senso che, essendo il giudice legato alla legge positiva, esso non deve interferire nella funzione del legislatore, cioè di colui che è chiamato a realizzare la giustizia. Negli Stati, ove il giudice è onnipotente, nell'antica Roma, nel diritto germanico medievale, nei paesi della *Common Law*, una sentenza del giudice può addirittura divenire creatrice di diritto; questi giudici si richiamavano in ogni caso e si richiamano ancora al diritto naturale [*natural justice*]. Ma del resto la legge positiva rimanda frequentemente essa stessa al diritto naturale, all'equità, come si è già dimostrato.

Pare che in ciò che concerne il problema della validità del diritto si debbano distinguere due elementi: validità del diritto come appartenente all'ordine esistenziale, e validità del diritto come appartenente all'ordine essenziale. Il diritto positivo vale, in quanto e perché viene promulgato,



come frutto della sua volontà concreta, da un legislatore che agisce secondo la costituzione.

Il diritto naturale vale indipendentemente dal fatto che esso sia o no il contenuto di una volontà di fatto. Ma con ciò esso vale almeno per il legislatore. Se e in quale misura il diritto naturale valga per il giudice, è - non certo esclusivamente considerando i precetti negativi del diritto naturale - una questione che riguarda la costituzione dello Stato e che dipende piuttosto dal principio di diritto costituzionale della separazione dei poteri.

A causa della sua realizzazione nel diritto positivo e nella pace giuridica di fatto che ne segue, pace che consiste in ciò, che sia possibile e lecito accontentarsi del diritto positivo, il diritto naturale ha una efficacia che resta, per così dire latente, ma che diviene manifesta, quando il diritto positivo, sia in se stesso, sia in rapporto a più larghi strati della nazione, entri in conflitto col diritto naturale. Allora i diritti fondamentali e originari della persona, della famiglia, della nazione, insorgono con forza elementare contro il potere dello Stato, il quale diventa tirannico ogni volta che rinnega i fondamenti della vita sociale e politica, le sue stesse radici morali. Ma ciò è giuridicamente possibile e può ottenere una approvazione morale solo se il diritto naturale è diritto effettivamente valido; nel caso contrario, questa insurrezione contro il diritto positivo non potrebbe giustificarsi. Se la antica distinzione della ingiusta «seditio» e della legittima *resistentia* al potere politico, che era così viva anche nel pensiero giuridico tedesco del Medio Evo nella forma di una comune obbligazione di popolo e sovrano alla legge, è sempre più scomparsa nell'epoca moderna, ciò è dovuto da una parte alla partecipazione sempre più grande del popolo nell'opera di elaborazione del diritto positivo, tanto nella parte legislativa, quanto nella giurisdizione e in genere nell'applicazione del diritto e alla maggiore fusione che ne è risultata fra «spirito nazionale» e diritto; è dovuto d'altra parte alla interpretazione del diritto scritto secondo giustizia ed equità, ottenuta attraverso l'ethos del vero giudice; è dovuto infine e soprattutto alla progressiva compenetrazione del mondo del diritto positivo con i principii e i giudizi di valore dell'etica cristiana

## EPILOGO

«Tutti gli uomini hanno un senso innato del diritto naturale».

Questa constatazione, che Bergbohm fa all'inizio del suo grande attacco contro il diritto naturale, avrebbe certamente rivelato ad un uomo non prevenuto, il fatto che in essa è implicito un richiamo dell'uomo come

essere morale e sociale, alla natura del diritto: tutti gli uomini sono appunto per questo «giuristi nati» del diritto naturale, perché nella loro anima sta indistruttibile l'esigenza, secondo cui il diritto deve vivere nella moralità. Ogni diritto deve essere giusto, perché solo a questa condizione il diritto può raggiungere il fine che ogni comunità, in particolare ogni comunità politica, persegue e sempre di nuovo giustifica, cioè di obbligare in coscienza. Ma questa è la funzione specifica del diritto naturale: rappresentare l'unità di morale e diritto. Perciò appunto il diritto naturale, in virtù dell'essenza dell'uomo e delle concrete comunità umane ordinate nel diritto, deve sempre ritornare e di fatto ritorna sempre, quando il genio del diritto è alla ricerca della giustificazione di se stesso.

Il fondamento del diritto è la giustizia. «La verità dà o, per contro, rifiuta alle opere della legislazione positiva la più alta corona e dalla verità esse derivano la loro vera forza morale» [Franz Brentano]. Ma verità è conformità alla realtà. E come la realtà e la verità, così, in ultima analisi, la realtà e la giustizia sono una cosa sola. *Veritas facit legem*. E in questo senso profondo della unità di verità e giustizia, si può applicare alla comunità degli uomini viventi nel diritto la parola: *Et veritas liberabit vos*. Essere legati nella giustizia è la vera libertà.

---

### Note

- 1) Max Scheler als Soziologe. Unveroffentliche Dr. Dissertation, Munster i. W., 1925, p. 186. Dobbiamo allo stesso A. l'indicazione degli estremi bibliografici specie della sua produzione anteriore al 1939, che non si è potuta tutta riscontrare, perché apparsa su periodici difficilmente reperibili in Germania dopo la Catastrofe.
- 2) Die Zukunft des Kapitalismus, "Soziale Kultur", XLV, 1925.
- 3) Pazifismus und Staatsidee, "Soziale Kultur", XLV, 1925.
- 4) Rationalisierung und Berufsgedanke, " Soziale Kultur", XLVI, 1926, cui farà poi seguito: Berufsstandische Ordnung und Staatsordnung, "Führerkorrespondenz", a cura di A. Pieper, XLV, 1932.
- 5) P. TISCHLEDER, Ursprung und Trager der Staatsgewalt nach der Lehre des hl. Thomas und seiner Schule, M. Gladbach, 1923.
- 6) *Die Staatslehre des Franz Suarez*, M. Gladbach, Volksverein Verlag, 1926, p. 383. Lo studio fu tradotto in lingua spagnola, con un lungo Prologo del compianto Enrique Gomez Arboleya: H. ROMMEN, *La teoria del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suarez*. Estudio Preliminar por Enrique Gomez Arboleya, traduccion del aleman por Valentin Garda Yebra, Buenos Aires-Madrid, 1951, pp. LXIII-523.

- 7) J. CANDELA MARTINEZ, *Heinrich Rommen y el pensamiento politico catolico*, "Anales de la Universidad de Murcia", XV, 1956-1957.
- 8) R. de SCORRAILLE, François Suarez, 2 voll., Paris, 1913.
- 9) Francis Suarez, "The Review of Politics", X, 1948; The "De Legibus" of Francisco Suarez, "Notre Dame Lawyer", XXIV, 1948; Variaciones sobre la filosofia" juridica y politica de Francisco Suarez, "Pensamiento", IV, 1948; Gesetz und Freiheit in der Rechtsund Staatslehre des Franz Suarez, Actas del IV Centenario del Nacimiento de F. Suarez, II, 1950; A Rommen si devono pure le voci Suarez nella V edizione dello Staatslexicon della Gorres-Gesellschaft e nella Encyclopaedia Britannica.
- 10) *Der Staat in der katholischen Gedankenwelt*, Paderborn, Bonifacius Druckerei, 1934, pp. 360. Traduzione italiana a nostra cura, Milano, Giuffrè, 1959. Per tale edizione l'A. scrisse un nuovo capitolo, intitolato: *Ordinamento pacifico attraverso l'organizzazione della comunità internazionale*. A questa prima edizione della nostra traduzione Felice Battaglia premise un ampio studio, che problematizza le idee di Rommen. La seconda edizione, Milano Giuffrè, 1964, reca una Prefazione originale dell'A.
- 11) *Neue Wege in der katholischen Staatsphilosophie*, "Schweizerische Rundschau", XXVIII, 1928-1929. Vom reinen Rechtsstaat zum totalen Wirtschaftsstaat, "Führerkorrespondenz", a cura di A. Pieper, XLV, 1932.
- 12) *The State in Catholic Thought. A Treatise in Political Philosophy*, B. Herder Book Co., St. Louis-London, 1955, pp. VIII-748. Da questo volume procede la traduzione spagnola di F. Tierno Galvan, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1956. Lo stesso ha dedicato al Rommen e alla sua opera uno studio: F. TIERNO GALVAN, *H. Rommen y el Estado en el pensamiento catolico*, "Boletin del Seminario de Derecho Politico. Universidad de Salamanca, 1956.
- 13) *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Munchen, 1936, Kosel Verlag, II ed., ivi, 1947 (traduzione francese di E. Marmy, Egloff, Paris, 1945; traduzione inglese di Thomas R. Hanley, B. Herder, St. Louis, 1947; traduzione spagnola di Hector Gonzales Urribe, Mexico City, 1950; traduzione giapponese del Prof. Anan, Kyoto University, Law Series, 1956, alle quali traduzioni si deve ora aggiungere la presente).
- 14) J. SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts-und Staatslehre*, Wien, 1932.
- 15) A. VERDROSS, *Abendlandische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Form*, II ed., Springer Verlag, Wien, 1963.
- 16) A. AUER, *Der Mensch hat Recht. Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute*, Verlag Styria, Graz-Wien-Koln, 1954.
- 17) Insiste su di ciò E. SERRANO VILLAFANE, *La Filosofia del Derecho y el Derecho Natural de Heinrich Rommen*, ampio studio

apparso nella "Rivista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", V, 1961, pp. 7-80 e 245-278 (v. per questo punto p. 24).

**18)** Vedi la p. 163 di questa traduzione.

**19)** Ibidem, p. 194.

**20)** Deutsches und Romisches Recht, "Deutsches Volk", III, 1935.

**21)** *Wiederkehr des Naturrechts?* "Der katholische Gedanke", IV (1931); *The Natural Law in Renaissance Period*, "Natural Law Institute", Notre Dame University, II, 1949; *Natural Law and War-Crimes Guilt*, "Annals American Catholic Association", Washington, 1950; *Natural Law, Man and Society*, "Forclham Law-Review", XXIV, 1955; *The Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany*, «Natural Law Forum», IV, 1959; *The Revival of Natural Law in the U.S.A.* "Estudios de Derecho Natural y Filosofia del Derecho en Homenaje a M. Sancho Izquierdo, Zaragoza, 1960; *Naturrecht* (Geschichte), Staatslexicon, VI ed., B. V., Freiburg i. Br., 1962.

**22)** Vedi su di ciò il nostro *Diritto Naturale Cristiano*, Roma, 1964. 23 *Familie und Eigentum*, "Das Heilige Feuer", XVII, 1930; *Eigentumsbegriff und Eigentumsrechtsordnung*, "Die Schildgenossen» a cura di R. Guardini, XI, 1931.

**24)** *Die Kirche, ihr Recht und die neue Volksordnung*, M. Gladbach, 1930, p. 68; *Liebeskirche und Rechtskirche*, "Das Heilige Feuer", XVIII, 1932; *Church and State*, "The Review of Politics" XII, 1950; *Die Trennung von Staat und Kirche und die Schulfrage in den U.S.A.*, Festschrift Godehard Joseph Ebers, 1950, pp. 143-158.

**25)** *Die Erklarung der internationalen Menschenrechte*, "Hochland", XXVIII, 1931; *Grundrechte, Gesetz und Richter in den U.S.A. und anderen Uindern des Common Law*, Munster i.W., 1931; *Abrüstung und Sicherheit*, "Hochland, XXXI, 1933; *Demokratie oder was sonst*, Fiihrerkorrespondenz a cura di A. Pieper, XLV, 1932; *Lebensraum und Sittlichkeit*, "Magazin fur Padagogik", XCVII, 1934; *Realism and Utopianism in the World-Affairs*, "The Review of Politics", VI, 1944; *The Genealogy of Natural Rights*, "Thought", XXIX, 1954; *Vers l'internationalisation des Droits de l'Homme*, "Justice dans le Monde", I (1959-1960); *The Church and Human Rights*, in *The Church in World-Affairs* a cura di W. Gurian e M. A. Fitzimons, Notre Dame, 1954, ripubblicato in *Modern Catholic Thinkers* a cura di A. R. Caponigri, Notre Dame, 1959.

**26)** *Die gesellschaftliche und politische situation und der gesellschaftliche Wille der deutschen Katholiken*, "Die berufsstandische Ordnung, I, Koln, 1932; *Catholicism and American Democracy*, "Catholicism and American Culture", College of New Rochelle, New York, 1954, pp. 61-70. *Wandlung der sozialpadagogischen Aufgabe*, "Magazin fur Piidagogik", XCVIII, 1935; *Traduion in Education*, McAuliffe Lectures, 1959.

**27)** *The State in Catholic Thought*, cit., p. v.

28) *The Natural Law*, cit., p. VI e 55.