

Introduzione.
**PROLEGOMENI PER RIPENSARE IL DIRITTO
NEL XXI SECOLO. DUE TOPOI ETICO-GIURIDICI
TRA TRADIZIONE E MODERNITÀ**

di *Markus Krienke*

Sommario

1. Il nichilismo giuridico come sfida oltre la dialettica tra giusnaturalismo e giuspositivismo. – 2. I nodi problematici del discorso attuale. – 3. Due *topoi* per un ripensamento del diritto in chiave etica. – 3.1. Il diritto naturale e la questione attuale dell'etica nel diritto. – 3.2. La dignità umana riletta come dimensione normativa imprescindibile del diritto. – 4. Prospettive concrete per un'etica del diritto nel XXI secolo.

*«Qui dovevo lasciare il positivo,
per tornare di nuovo nel positivo»¹.*

**1. Il nichilismo giuridico come sfida oltre la dialettica tra
giusnaturalismo e giuspositivismo**

L'antagonismo classico che ha caratterizzato per lunghi decenni la filosofia del diritto, e che si è svolto tra le posizioni in qualche modo "tipicizzate" del giusnaturalismo e del giuspositivismo², dimostra nell'epoca tardo-moderna i suoi evidenti limi-

¹ P.J.A. FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede*, Attenkofer, Landshut 1804, p. 77 (trad. M.K.).

² «I concetti diritto naturale e giuspositivismo sono estremamente larghi e indeterminati. Per entrambi si può dubitare se si sia mai riusciti a enucleare un significato anche solo approssimativamente definito che sarebbe riconosciuto da una maggioranza significativa della comunità degli

ti: orientandosi a una fuorviante contrapposizione tra norme morali e norme giuridiche³, ha ignorato l'emergere di una nuova mentalità giuridica, contrapposta sia al primo che al secondo, che è quella ultimamente descritta come nichilismo giuridico. Esso non costituisce un vero e proprio paradigma giuridico, ma indica piuttosto una *tecnica*, quindi una prassi o, ancor più appropriatamente, una mentalità che nelle dinamiche tardo-moderne livella entrambe le posizioni del "classico" antagonismo della modernità. Tale nichilismo giuridico interpreta infatti la validità formale e il contenuto di ogni norma come mero prodotto della volontà⁴, rispecchiando in questa de-politicizzazione del diritto in modo più consono la dinamica della globalizzazione e dell'«*a-topia dei mercati*»⁵. Per esso, infatti, il diritto è svuotato da ogni apriori normativo – che, in modo formale o materiale, caratterizza entrambe le posizioni sia del giusnaturalismo che del giuspositivismo –, da un vero e proprio *centro*, e si articola attraverso la continua produzione di norme senza *telos* e senza *norma fondamentale*, che regga tale processo sotto l'aspetto della legittimità: «[l]età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: "produrre"», per cui le norme giuridiche «vengono dal nulla e possono esser ricacciate nel nulla»⁶. Questa dinamica, che per Nietzsche è la possibilità più naturale, verrebbe impossibilitata dall'identificazione del diritto

scienziati» (D. VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, in J. NIDA-RÜMELIN [ed.], *Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung. Ein Handbuch*, Kröner, Stuttgart 2005², pp. 202-301, qui p. 221 [trad. M.K.]).

³ Ciò vale sia per il giusnaturalismo, quando si pensa ad esempio alla contrapposizione di "diritto" e "morale" in Kant, e inoltre è certamente l'emblema del giuspositivismo, quando per Kelsen le norme giuridiche si costituiscono proprio senza alcun riferimento e in opposizione alle norme morali.

⁴ «Il diritto nasce ormai dalle forze in campo, di rapporti di volontà, affidati a contingenza e casualità. Ogni norma è labile e provvisoria. Viene tratta dal nulla, e può essere ricacciata nel nulla. Il quotidiano e affannoso discorrere, che si fa dai giuristi, di "valori" posti oltre e sopra le volontà, non restituisce un centro, ma piuttosto ne rivela l'incolmabile perdita. Quei "valori" sono collocati in carte costituzionali o dichiarazioni universali, cioè in altri documenti della volontà umana, sempre revocabili modificabili violabili» (N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2005², p. 24).

⁵ *Ivi*, p. 28.

⁶ *Ivi*, p. 7.

con un «ideale», e in ciò consisterebbe appunto il programma dei grandi paradigmi giusfilosofici⁷; invece, il nichilismo giuridico si riferisce al mero volere della forza che eleva una norma dal nulla o la fa scomparire nel nulla, proprio perché il presupposto costitutivo di un'eventuale dimensione valoriale o utopica del diritto viene ritenuto un'indebita trasvalutazione dei valori giuridici: quale, appunto, sarebbe la *comunità* (politica), «capace di raccogliere il diritto in coerenza ed unità»⁸.

Recuperare questa dimensione politica della comunità, benché nelle condizioni tardo-moderne di un pluralismo etico e normativo irriducibile, è sia il presupposto che il compito per ogni teoria etica del diritto, che in queste condizioni effettive non può che ricollegarsi al fatto e all'esperienza dell'agire⁹. Pertanto è evidente che il nichilismo giuridico si differenzia fondamentalmente anche dal giuspositivismo: mentre quest'ultimo descrive il formalismo procedurale della produzione del diritto da parte di un'unità politica quale lo Stato, il primo pensa il diritto attraverso il meccanismo tecnico delle dinamiche del mercato globale, in quanto è proprio quest'ultimo a rendere l'uomo un individuo con la funzione di produrre e scambiare. Così il diritto si riduce alla mera dimensione dell'autoproduzione¹⁰, e

⁷ «[S]olo a partire dalla statuizione della legge esiste "diritto" e "torto" [...]. Parlare *in sé* di diritto e torto è cosa priva di ogni senso, [...] dal supremo punto di vista biologico, stati di diritto possono essere sempre soltanto *stati eccezionali*, essendo parziali restrizioni della peculiare volontà di vivere che ha di mira la potenza [...]. Un ordinamento giuridico pensato come sovrano e generale, non come strumento nella lotta di complessi di potenza, bensì come strumento *contro* ogni lotta in generale [...] sarebbe un principio *ostile alla vita*, un ordinamento distruttore e disgregatore dell'uomo, un attentato all'avvenire dell'uomo, un indice di stanchezza, una via traversa verso il nulla» (F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, in ID., *Al di là del bene e del male. Genealogia della morale [Opere di Friedrich Nietzsche, a cura di G. COLLI e M. MONTINARI, VI,II]*, a cura di F. MASINI, Adelphi, Milano 1972², pp. 211-367, qui p. 275).

⁸ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 16.

⁹ «[I]l diritto non abita nei concetti ma nella comunità, nei gruppi, nell'esercizio concreto del potere e dell'influenza, nella religione, nella vita economica, nell'opinione pubblica» (E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 30).

¹⁰ «Nessuno sentirà verso una legge altro obbligo che quello di inchinarsi per il momento al potere che avrà introdotto la legge: per poi subito rivolgersi a minarla con un nuovo potere, con una maggioranza di nuova forma-

tale dinamica va di pari passo alla crisi della democrazia rappresentativa nelle recenti dinamiche populiste che caratterizzano le democrazie occidentali.

Il nichilismo giuridico mette a repentaglio ciò che nel dibattito moderno si poteva considerare il minimo consenso etico tra il giusnaturalismo e il giuspositivismo ossia il fatto che «il diritto esprime [...] sempre un'esigenza di certezza»¹¹, e l'intima ricommissione di questa certezza con la legittimazione politica, perché «senza un fondamento di verità, e di verità in senso morale, la democrazia non può sopravvivere»¹². In questo senso, il nichilismo giuridico supera persino il momento della decisione legittima come ultima istanza normativa nella realtà giuridica¹³, riducendo il diritto a strumento per una politica d'emergenza¹⁴. Così esso maschera l'effettivo ritorno del prevalere del-

zione» (F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano, I*, in ID., *Umano, troppo umano, I e Frammenti postumi (1876-1878)* [Opere di Friedrich Nietzsche, a cura di G. COLLI e M. MONTINARI, IV,II], a cura di S. GIAMETTA e M. MONTINARI, Adelphi, Milano 1965, pp. 1-306, qui p. 259 [472]). Per motivi teoretici molto diversi ed incommensurabili, il nichilismo giuridico si incontra in questa riduzione della norma all'imperativo con la teoria americana dell'imperativismo giuridico.

¹¹ L. GALANTINI-M. PALMARO, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, Vita e Pensiero, Milano 2011, p. 121.

¹² *Ivi*, p. 44; cfr. J. NIDA-RÜMELIN, *Democrazia e verità*, trad. it. L. REGA, Franco Angeli, Milano 2015.

¹³ Significativamente, von der Pfordten associa al «nichilismo nell'etica del diritto» sia il giusrealismo scandinavo e americano (ad es. Olivecrona, Ross, da un lato, e Holmes, dall'altro), sia la teoria dei sistemi di Luhmann, concludendo che «[t]utti i tentativi nichilistici di ridurre le norme ai fatti oppure di dividere totalmente e assolutamente il sistema di norme giuridico dalle giustificazioni non-giuridiche, misconoscono l'esistenza di azioni normativamente rilevanti e la loro irriducibilità» (D. VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, cit., p. 227 [trad. M.K.]). Il giuspositivismo, come quello di Kelsen, si differenzia da questa posizione per il fatto di riconoscere al diritto una propria normatività che assegna ad esso un senso oggettivamente rilevante, espresso da un *Sollen* (cfr. *ivi*, p. 229). Von der Pfordten associa a questo «riduzionismo nell'etica del diritto» anche il decisionismo di Schmitt (cfr. *ivi*, p. 231), distinguendolo quindi dal «nichilismo nell'etica del diritto», perché infatti egli vede nel diritto realizzarsi ancora un elemento di decisione, sebbene tale decisione non sia più fondata su un criterio normativo.

¹⁴ Resta ne annovera come esempi la pronuncia della Corte Suprema sul *Patrio Act* e sul *Military Commission Act*, la decisione della Corte Costituzionale tedesca sul *Luftsicherheits-Gesetz* e della Corte Costituzionale

la sovranità assoluta, riconoscibile nella lotta tra morale e politica, principio di neutralità e codice dell'inimicizia, coscienza e autorità, quindi tale situazione che il *diritto*, secondo Platone e i filosofi antichi, doveva propriamente superare. In questo senso, si aggiunge un'evoluzione ulteriore al passaggio descritto dalla *Italian Theory* ossia dalla *teologia politica* alla *teologia economica* come riconfigurazione del potere in una situazione acefala di *governance*¹⁵, che svuota la costituzione della comunità da un suo riferimento valoriale. Secondo tale teoria il potere sovrano come *governance* diffonde nella comunità ed elimina ogni possibile centro di potere, che sarebbe moralmente imputabile o suscettibile di una legittimazione etica¹⁶. Si tratta quindi, soprattutto seguendo Agamben, di una critica del potere, che nelle strutture di *governance* non si è dissolto, ma si esercita al contrario in un modo più pervasivo nella comunità. Sebbene Agamben abbia applicato questa sua critica anche all'ambito delle norme sociali¹⁷, non ha considerato l'ambito giuridico vero e proprio dove si potrebbero identificare, quindi, i tratti accennati del *nichilismo giuridico* come una – potremmo chiamarla – *giusteologia*, che proprio per lo svuotare il diritto da ogni contenuto normativo e per il ridurlo alla sua semplice struttura imperativa esercita una nuova forma di potere, di fatto assoluto e con suprema sovranità sopra lo *stato d'eccezione*¹⁸:

italiana sul segreto apposto nel caso di Abu Omar (cfr. E. RESTA, *Diritto vivente*, cit., p. 36).

¹⁵ Cfr. U. BRÖCKLING-S. KRASMANN-T. LEMKE (edd.), *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2000.

¹⁶ «La vicarietà implica, cioè, un'ontologia – o meglio, la sostituzione all'ontologia classica di un paradigma “economico”, in cui nessuna figura dell'essere è, come tale, in posizione di *arché*, ma originaria è la stessa relazione trinitaria, dove ciascuna delle figure *gerit veces*, fa le veci dell'altra. Il mistero dell'essere e della divinità coincide senza residui col suo mistero “economico”. Non vi è una sostanza del potere, ma solo un'“economia”, soltanto “governo”» (G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo* [Homo sacer, II,2], Bollati Boringhieri, Torino 2009, pp. 155 e s.).

¹⁷ Cfr. G. AGAMBEN, *Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita* (Homo sacer, IV,1), Neri Pozza, Vicenza 2011.

¹⁸ Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita*, Bollati Boringhieri, Torino 1995, pp. 54, 67; ID., *Il regno e la gloria*, pp. 63 e s.; se, in effetti, Agamben tratta in vari luoghi della sua opera certamente an-

infatti questo nichilismo giuridico, interpretabile come *giusteologia*, condivide con le analisi di Agamben, rispetto alla *teologia politica* e alla *teologia economica*, il tratto decisivo che tali forme di potere comprendano la sovranità ormai nella sua immediata connessione con la vita¹⁹. Come si evince facilmente, l'argomento biopolitico che costituisce lo sfondo della *Italian Theory* raggiunge con questo passaggio alla *giusteologia* la sua vera e propria radicalizzazione.

In questa dinamica, il diritto delega sempre di più ciò che sarebbe il proprio compito, ossia quello di *decidere*, a dinamiche acefale di *governance* diffusa e non concretamente individuabili. Così esso dà sempre più spazio ad altri sistemi valoriali e «rappresentanti dell'etica»²⁰ nella società tardo-moderna, per cui il sistema giuridico diventa non solo più procedurale, ma soprattutto risulta sempre più determinato dall'articolazione della volontà nei diversi sistemi sociali. In quanto questi, sempre nella situazione di pluralità tardo moderna, possano essere coordinati e organizzati solo dal diritto – dinamica che esprime appunto il suo carattere governamentale (*teologia economica e giuridica*) – si realizza la spinta onnipervasiva dei vari ambiti vitali. Così, nello stesso momento in cui i diritti pretendono di garantire e stabilire la libertà, in realtà non fanno altro che sottrarla nel suo effettuarsi sociale. A ben vedere, nella denuncia che nelle direttive europee si realizzerebbe un meccanismo cieco che gli Stati membri devono meccanicisticamente adattare, si esprime – solo in parte giustificatamente – proprio tale ac-

che del problema come il classico *diritto*, pensato come morale o politica, invece di garantire libertà realizza un potere immediata sulla vita, una tale *giusteologia* si potrebbe evincere, senz'altro, anche da un'ermeneutica complessiva della sua opera, ma ciononostante essa costituirebbe un'evoluzione oltre lo stato attuale della sua riflessione.

¹⁹ La persona in questa prospettiva viene denunciata di essere una tecnica o un «dispositivo» per installare una «relazione giuridica con la vita» (C. PARSLEY, *The Mask and Agamben: the Transitional Juridical Tecnic of Legal Relation*, in «Law Text Culture», 14 [2010], pp. 12-39, qui p. 12).

²⁰ E. RESTA, *Diritto vivente*, cit., p. 90. A differenza di Resta, che sostiene che il diritto può acquisire il «senso del limite» nei confronti di questi sistemi sociali soltanto concentrandosi sul suo vero compito ossia «salvare il maggior numero di possibilità» e «non assumersi alcun compito etico» (*ivi*, p. 93), qui si persegue, con i *topoi* del «diritto naturale» e della «dignità umana», in un certo senso il programma alternativo.

cusa di *giusteologia*, che significa il trasferimento di uno spazio politico di libertà sotto una *governance* tecnica e burocratica²¹, la quale coinvolge sempre più ambiti capillari della vita. Inoltre, la più specifica dimensione *giusteologica* del diritto consiste nel disciogliere il diritto nel divenire, il che però, proprio in quanto tale, esprime il contenuto *nichilistico* del diritto stesso, mera istanza di regolamentazione autopoietica del sociale, che si distingue dal codice specifico di altri sistemi sociali auto-organizzativi. Certamente, è questo il rovescio della dinamica attuale della “nuova età dei diritti”, ossia la riduzione della stessa realtà del *diritto* a pretesa, interesse o preferenza individualistica²².

Come riguardo al fenomeno della *giusteologia*, anche su questo versante individualistico della questione *quid iuris*, cioè la riduzione del diritto a pretesa, interesse o preferenza, avviene non solo lo svuotamento del diritto da ogni riferimento alla domanda della sua legittimità, ma anche l’eliminazione del contenuto etico-normativo della persona: ridotta a problema sociale-gestionale nel primo caso, e a centro di desideri e pretese nel secondo. In questa situazione, ricorrere ai paradigmi classici di giusnaturalismo o giuspositivismo non appare più né una pista consigliata né una possibilità effettiva, perché mancano i punti di riferimento oggettivi per tali paradigmi, siano essi la natura o lo Stato. Per questo motivo, ritematizzare la dimensione etica del diritto è un compito urgente nell’età tardo-moderna. A tal fine bisogna trovare una nuova strada per ricomprendere la più originale normatività giuridica a partire da una teoria dell’azione, per trovare un nuovo accesso a ciò che è la vera e propria «argomentazione giuridica», costitutivamente orientata a «presupposti giuridici» che in quanto tali sono affermazioni di valori²³. Tra le

²¹ Cfr. G. AGAMBEN, *Mezzi senza fine. Note sulla politica*, Bollati Borin-ghieri, Torino 2013, p. 79.

²² Secondo l’analisi di Possenti, «da diritti invocati e stabiliti al fine di porre un limite al legislatore positivo, [i diritti umani] stanno divenendo crescenti facoltà del singolo di fare e pretendere» (V. POSSENTI, *Diritti umani. L’età delle pretese*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2017, p. 13).

²³ Cfr. T. OSTERKAMP, *Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht* (Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2), Mohr Siebeck, Tübingen 2004, p. 206.

proposte recenti si lasciano significativamente distinguere quelli che cercano di rinvenirla nella dimensione politica (democrazia) del diritto e quelli che la derivano dall'individuo. Si risponde quindi alle due emergenze tardo moderne sopra descritte. Ciò significa, che la riflessione da svolgere come un discorso autenticamente giuridico – e in questo senso si accoglie la realtà quotidiana che nel diritto si abbia a che fare con una dimensione autonoma di normatività sociale –, verte senz'altro su norme morali universali, sebbene non derivate da quelle entità normative (natura, Stato) presupposte dai due paradigmi classici del dibattito di filosofia del diritto. Si tratterà, in altre parole, di un'*etica* localmente circoscritta (quale è il carattere del diritto come sistema sociale), che proprio in quanto tale realizza un contenuto morale che da sempre è stato definito come *giustizia*. In questo modo si inquadra una nuova determinazione di rapporto tra diritto e morale, che non è quella di una classica sottordinazione – sia essa formale o materiale – del diritto a presupposti naturali o politico-istituzionali.

A ben vedere, in entrambi i problemi individuati «siamo di fronte a una regressione nella tutela dei diritti»²⁴, per cui urge ripensare che cos'è il diritto così da riproporre la classica domanda sul rapporto tra diritto e giustizia. Bisogna senz'altro riflettere sul fatto che dal «punto di vista contenutistico [...] i nuovi diritti nascano senza limiti»²⁵, aumentando la conflittualità, in quanto «i diritti fondamentali sono anche un grande “campo di battaglia” fra le diverse visioni (politiche, culturali, religiose) del mondo»²⁶, con la conseguenza che innanzitutto la *tutela* dei diritti si trova in una fase di evidente calo. Che il diritto diventi sempre più una pretesa, significa perciò soltanto da un lato che diventa sempre più espressione di interessi e desideri soggettivi, ma vuol dire anche dall'altro lato che diventa sempre più “soltanto” pretesa perché sempre meno protetto in modo efficace, e ciò non riguarda soltanto i “nuovi diritti”, ma anche in larga parte quelli delle prime due generazioni. Tutto ciò

²⁴ A. CELOTTO, *L'età dei (non) diritti*, Giubilei Regnani, Roma-Cesena 2017, p. 6.

²⁵ *Ivi*, p. 87.

²⁶ *Ivi*, p. 122.

mentre il diritto incide sempre di più, e fino alle dimensioni biologiche, nella vita ed è specialmente in società plurali l'unica istanza di una complessiva integrazione sociale. Entrambe le dinamiche pongono di nuovo e con nuova veemenza l'«esigenza di proteggere i diritti delle generazioni future» contro il rischio dell'avvento di un'«età dei “non” diritti o quanto meno dei diritti di pochi»²⁷.

2. I nodi problematici del discorso attuale

Sulla base della presa di consapevolezza della sfida attuale per il discorso filosofico-giuridico, la *Cattedra Antonio Rosmini* della *Facoltà di Teologia di Lugano* ha proposto due giornate di studio, riprendendo due volumi collettanei di pubblicazione recente che hanno evidenziato in modo emblematico due idee che la tradizione del pensiero filosofico-giuridico propone e che possono essere riconsiderate oggi come i due *topoi* per ripensare la dimensione etica nel diritto. Si tratta della tradizione del *diritto naturale*, da un lato, e di quella della *dignità umana*, dall'altro²⁸. Ma è altrettanto chiaro che né l'una né l'altra siano riuscite a formulare la propria idea nei termini di un vero e proprio *principio giuridico*, in quanto manca ad entrambe la mediazione tramite il diritto positivo: il loro confronto con il giuspositivismo, quindi, ha impedito di rendere il *diritto naturale* e la *dignità umana* due *topoi* per ripensare la dimensione etica insita nel diritto. D'altro canto, il ricorso al *diritto positivo* è il metodo obbligato proprio qualora la sfida derivi dal *nichilismo giuridico*, dalla riduzione del diritto a pretesa e dal fenomeno definito poc'anzi *giusteologia*. In tale situazione, infatti, soltanto attraverso il diritto positivo si possono ancora tematizzare dimensioni etiche del diritto, qualora si comprenda il diritto all'interno di una teoria etica dell'azione.

Con questo volume, si riassumono i contributi a quelle due giornate di studio, nelle quali la *Cattedra Rosmini* ha proposto

²⁷ *Ivi*, p. 125.

²⁸ Cfr. M. KRIENKE, *Nuove prospettive dell'etica del diritto. “Diritto naturale” e “dignità umana” riletti in due giornate di studio*, in «Per la filosofia», 34 (2017), pp. 123-129.

di approfondire e riflettere criticamente su questi due *topoi* in una prospettiva attuale, elaborandone quindi alcuni lineamenti fondamentali. A tale fine, si è fatto riferimento ai rispettivi volumi *Il tomismo giuridico nel XX secolo*, a cura di Gabriele De Anna ed Elvio Ancona²⁹, da un lato, e *Wege zur Menschenwürde [Percorsi verso la dignità umana]*, a cura di Vanda Fiorillo e Michael Kahlo³⁰, dall'altro. Oltre a chiedere ai vari autori dei due libri di presentare le loro riflessioni di approfondimento, le due giornate di studio sono state introdotte da alcune lezioni magisteriali in cui da prospettiva terza, cioè da relatori non coinvolti nei due volumi, è stata messa a fuoco la sfida che i due *topoi* menzionati devono affrontare e attraversare nel mondo contemporaneo. Al fine di presentare con questi atti riuniti uno svolgimento coerente degli argomenti, si precisa che non sempre si è mantenuto l'ordine delle relazioni effettivamente svolte, sebbene nella seconda e nella terza parte si mantenga la distinzione tra i due *topoi* oggetti delle due ripetitive giornate di studio.

Queste due parti vengono precedute da tre contributi introduttivi che problematizzano la riflessione etica sul diritto in chiave attuale. Innanzitutto, per Francesco Viola l'argomentazione etica del *diritto naturale* ricorre anche in approcci proceduralistici, neocostituzionalisti o neorepubblicani attuali. Così, la tradizione di diritto naturale che non sarebbe stata interrotta nemmeno dal neokantismo e dal neohegelianismo, rivive oggi in forme nuove in cui l'intenzione della giustizia, quale contenuto minimo per ogni etica del diritto, si articolerebbe in posizioni alternative, individuando aperture possibili dello stesso giuspositivismo attraverso il dialogo con il (neo-)costituzionalismo, fino a giungere, grazie alle tre «rinascite del diritto naturale» nel XX secolo, ad un ipotetico «giuspositivismo etico».

Per Vittorio Possenti, che presenta una prospettiva diversa, in parte alternativa e in parte integrativa al ragionamento di Viola, difficilmente al di fuori di approcci di realismo filosofico

²⁹ Cfr. E. ANCONA-G. DE ANNA (edd.), *Il tomismo giuridico del XX secolo. Antologia di autori e testi (Recta Ratio, VI,123)*, Giappichelli, Torino 2015.

³⁰ Cfr. M. KAHLO-V. FIORILLO (edd.), *Wege zur Menschenwürde. Ein deutsch-italienischer Dialog in memoriam Mario A. Cattaneo*, mentis, Münster 2015.

si può pensare a norme etiche universali e valide, inequivocabilmente conoscibili dalla ricerca dell'umana intelligenza della verità. Possenti si concentra infatti sul *giuspersonalismo* come nuova forma di *giusnaturalismo* sostenuto nella modernità da Rosmini, Maritain e Kaufmann, e che dovrebbe arginare l'attuale rischio di un «diritto senza la persona», che rispecchia pienamente la mentalità di un'epoca segnata dall'imperativo tecnico del "tutto è possibile".

Infine, Markus Krienke si focalizza trasversalmente su varie articolazioni del costituzionalismo attuale, considerando come per Habermas, Alexy e Dworkin una dimensione intrinseca nel diritto si esprima nella differenza tra costituzione e norme giuridiche. Sebbene l'approccio di Fuller non si inserisca in tale gruppo di autori, nella sua teoria del rapporto tra relazioni di reciprocità economica e diritto viene alla luce una dinamica simile alle implicazioni costituzionali della situazione discorsivo-democratica (Habermas), del riferire le leggi al diritto costituzionalizzato (Alexy) oppure alla dinamica giurisdizionale (Dworkin).

3. Due *topoi* per un ripensamento del diritto in chiave etica

Molti autori, che avevano contribuito ai due volumi sul diritto naturale e sulla dignità umana, hanno accolto l'invito a partecipare alle due giornate di studio con una riflessione intenzionata ad approfondire, nella direzione dei due *topoi* proposti, la loro riflessione sulla dimensione etica nel diritto.

3.1. Il diritto naturale e la questione attuale dell'etica nel diritto

Per la parte sul diritto naturale, l'attualità della proposta del "tomismo giuridico del XX secolo" consiste nella capacità di riunire la questione della dimensione morale del diritto con la teoria dell'azione. Sta senz'altro in questa prospettiva il passaggio definitivo oltre l'interpretazione neoscolastica e in generale di un qualsiasi modello "deduttivo" del diritto naturale, che caratterizza secondo Viola la *prima rinascita* dello stesso nel XX secolo. Ma tale lettura del testo di Tommaso d'Aquino lascia al-

le spalle, a ben vedere, anche il paradigma della *seconda nascita* che si orienta sempre ad una definizione sostanziale del giusto senza una sufficiente mediazione con la realtà giuridica, la quale si realizza innanzitutto attraverso l'agire degli individui. Quel dialogo tra diritto e morale, che diventa possibile nella *terza rinascita*, corrisponde pertanto di più al duplice volto del tomismo giuridico, quello di correlare una teoria morale del giusto (incentrata sull'idea del *bene*) con una teoria dell'azione. In questo modo, certamente il tomismo giuridico non propone un pensiero vicino ai costituzionalismi di vario tipo, bensì un modello alternativo di tale dialogo. Mentre il costituzionalismo è situato nella realtà giuridica positiva, il tomismo analitico si radica nella finalità (morale) di ogni agire umano verso il bene. Ma proprio per questo motivo, la proposta del tomismo analitico nell'epoca della *terza rinascita* del diritto naturale sembra di interesse cogente.

La prima dimensione di questo "tomismo giuridico del XX secolo", quella dell'ordinamento giuridico all'idea del bene che si realizza nella razionalità dell'ordine degli enti, viene articolata in una prospettiva attuale da Elvio Ancona e Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre, dando un'introspezione molto articolata nel tomismo giuridico del XX secolo. Queste due prospettive vengono integrate dalla riflessione di Andrea Favaro sul problema dell'autorità, come applicazione concreta di tale primo aspetto del tomismo giuridico.

Con queste considerazioni, cioè della concretizzazione del sostrato morale del diritto con il reciproco rimando tra autorità e autonomia nella prospettiva del tomismo giuridico, si è allo stesso momento costituito il passaggio al secondo aspetto di questo *topos*, che si incentra sulla teoria dell'azione di Tommaso e che presuppone la possibilità che il diritto, secondo Tommaso, possa fondare e garantire l'autonomia giuridica del soggetto. Questo secondo aspetto viene innanzitutto presentato da Gabriele De Anna e Giovanni Turco, e integrato poi da una considerazione pratica di Tommaso Scandroglio, che allo stesso momento cala le considerazioni teoretiche su Tommaso nel tema attuale della prospettiva bio-giuridica.

3.2. La dignità umana riletta come dimensione normativa imprescindibile del diritto

Il secondo *topos* qui proposto per affrontare la sfida del diritto nel XXI secolo, è quello della dignità umana. Nella terza parte di questo volume, esso viene introdotto innanzitutto da quattro studi di carattere storico, mai però senza accennare o considerare anche le dimensioni attuali di tale riflessione, alle quali poi si aggiungono cinque riflessioni sistematiche.

Cintia Faraco e Ilaria Pizza approfondiscono innanzitutto quei due nodi decisivi per la centralità di tale concetto nella riflessione giusfilosofica moderna, che vengono segnalati da Francisco Suárez ed Hugo Grotius. Gianluca Dioni e Tommaso Opocher si concentrano su quel pensatore che forse segna più di ogni altro il vero passaggio nella comprensione della dignità umana verso la modernità: Christian Wolff.

Dopo questi avvicinamenti storico-teoretici al concetto di *dignità umana*, seguono cinque avvicinamenti teorico-sistematici, anch'essi suddivisi in due gruppi: Benno Zabel, Emilio Baccharini e Christoph Enders, innanzitutto, delineano tre aspetti essenziali del concetto di *dignità umana* che non deve mai essere compreso come un concetto razionale e definito, in quanto finirebbe proprio in questo modo per rendere l'uomo disponibile ai calcoli – in ultima analisi anche tecnici – della razionalità umana e sociale. In modo particolare, Baccharini presenta lo stato attuale della considerazione di quello che nelle democrazie pluraliste post-belliche era stato ritenuto il valore post-giusnaturalista di riferimento, ossia la dignità umana, proponendo da una prospettiva filosofica un'integrazione necessaria della comprensione individualistica della stessa in un approccio di alterità, delineando con Levinas come la specifica dimensione etica del diritto vada recuperata attraverso l'istanza irriducibile dell'altro. Chiara Ariano e Michael Kahlo, infine, aggiungono due aspetti riguardo all'ambito della prassi biogiuridica, e all'abolizione della pena di morte³¹.

Infine, due saggi sul pensiero giusfilosofico di Mario A. Cataneo, raggruppati in appendice ma ricollegati a questo secon-

³¹ Ringrazio Gian Luca Sanna e Sonia Vazzano per il loro aiuto fondamentale e indispensabile nella traduzione dal tedesco dei contributi di Benno Zabel, Christoph Enders e Michael Kahlo.

do *topos*, in quanto a tale giurista erano dedicati gli studi del volume *Wege zur Menschenwürde*, chiudono questa terza parte: mentre Giuseppe Bardone riflette sull'ispirazione rosminiana dell'insistenza di Cattaneo sulla connaturalità dei diritti della persona, radicati nell'antropologia, Giulio Maria Chiodi integra queste considerazioni in un profilo complessivo del pensiero di Cattaneo, raccontato in prima persona.

4. Prospettive concrete per un'etica del diritto nel XXI secolo

Diritto naturale e dignità umana emergono nell'insieme di queste prospettive come argini di lunga tradizione contro ciò che è stato evidenziato come *giusteologia*, ossia la riduzione dell'insieme dei meccanismi di gestione dei processi sociali – in una parola del potere – alla mera creazione o eliminazione di norme giuridiche secondo il nichilismo giuridico. Alla fine, è questa dinamica a promuovere e fomentare la loro identificazione, da parte soggettiva, con l'insieme di pretese, desideri o interessi, che non possono che intendersi attraverso il riconoscimento sociale in questa situazione di irriducibile pluralismo. In altre parole, è la comprensione del diritto stesso nella situazione di società pluralizzate che trasforma ogni pretesa e interesse in una lotta per il diritto soggettivo. Proprio per questo, un'articolata e differenziata riflessione etica sul diritto è di massima urgenza, sia per poter individuare e comprendere al meglio la condizione presente della società, sia per poter innescare un processo sociale alternativo. I vari elementi che caratterizzano questo duplice compito si lasciano declinare, come dimostrano i contributi di questo volume, lungo i due concetti tradizionali di *diritto naturale* e di *dignità umana*, ma intesi in modo tutto nuovo ossia come *topoi*, elementi di teoria di una situazionalità dell'essere umano all'interno del suo contesto sociale. “Esperienza giuridica”, “dovere giuridico”, “intenzionalità giuridica” sono concetti dei vari tentativi di descrivere proprio questo compito. L'insieme, pertanto, dei *topoi* “diritto naturale” e “dignità umana”, reinterpretati in chiave giusetica, tematizza forse meglio questa situazionalità. A tale fine, i diversi contributi di questo volume cercano di presentare varie prospettive, che in futuro potranno forse confluire in una teoria vera e propria di *etica del diritto*, ancora tutta da elaborare.

PARTE I

GIUSNATURALISMO, GIUSPERSONALISMO,
NESSO TRA DIRITTO E MORALE:
DECLINAZIONI CONTEMPORANEE
DI CATEGORIE CLASSICHE

LE TRE RINASCITE DEL DIRITTO NATURALE NEL NOVECENTO *

di *Francesco Viola*

Sommario

1. Le tre rinascite. – 2. Il giusnaturalismo cattolico. – 3. La prima rinascita. – 3.1. Il neokantismo giuridico. – 3.2. L'antiformalismo e il diritto naturale. – 4. La seconda rinascita. – 4.1. Il processo di Norimberga e il diritto naturale. – 4.2. Gli antidoti al totalitarismo. – 5. La terza rinascita. – 5.1. Giusnaturalismo cattolico rivisitato. – 5.2. L'evoluzione del diritto contemporaneo. – 5.3. Ragion pratica e diritto naturale.

Com'è ben noto, l'Ottocento è un secolo in cui prevale il giuspositivismo. Nel Novecento, invece, c'è un evidente ritorno del giusnaturalismo. Ed è questo che vorrei qui mostrare. Ma prima di tutto bisogna indicare le caratteristiche che identificano una concezione giusnaturalista.

Il giusnaturalismo come teoria del diritto si caratterizza in generale per le seguenti istanze: (1) una descrizione del diritto alla luce del suo senso pratico, cioè come ragione per l'azione; (2) il rilievo della natura umana ai fini della determinazione dei contenuti del diritto; (3) il principio di valutatività della teoria giuridica e, insieme, il suo carattere cognitivo sul piano etico; (4) la connessione necessaria fra diritto e morale; (5) il carattere giuridico del diritto naturale.

Ovviamente è ben difficile che una dottrina del diritto natu-

* Questo scritto è una sintesi parziale di *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil World*. Tome 2: *Main Orientations and Topics*, eds Enrico Pattaro and Corrado Roversi, Springer, Dordrecht 2016, pp. 3-90. Questo suo carattere riassuntivo giustifica lo stile lapidario ed apodittico, nonché l'assenza di riferimenti bibliografici.

rale risponda a tutte queste istanze ed allora ci saranno concezioni più o meno forti del diritto naturale e concezioni più o meno deboli. Quale fra questi caratteri è quello strettamente indispensabile, affinché si possa ancora parlare di giusnaturalismo? È impossibile rispondere a questa domanda senza mettersi dal punto di vista interno di una dottrina del diritto naturale. Per questo in quest'indagine storica adotteremo il senso più ampio possibile di giusnaturalismo.

1. Le tre rinascite

Possiamo individuare tre rinascite del diritto naturale: quella dell'inizio del Novecento, quella provocata dalla seconda guerra mondiale e quella propria del costituzionalismo contemporaneo a partire dagli ultimi due decenni del Novecento. Tutt'e tre appartengono a questo "secolo breve", ma bisogna rendersi conto che sotto la stessa etichetta vi sono fenomeni culturali e istanze filosofiche ben diverse. Se vi sono tre rinascite, vuol dire – come ha notato Bobbio – che vi sono state almeno altrettante morti o crisi e conseguenti ritorni del giuspositivismo.

1. Il ritorno del diritto naturale agli inizi del Novecento è in realtà dettato dall'insoddisfazione nei confronti del giuspositivismo ottocentesco, che aveva in generale perseguito l'obiettivo di una rigorosa separazione della sfera giuridica, trascurando troppo le idealità morali e le basi sociali del diritto.

2. Il ritorno del diritto naturale dopo la seconda guerra mondiale è ovviamente dettato dal fatto che le evidenti e gravi violazioni della dignità umana erano state permesse o non impedito dal diritto positivo e che, quindi, bisognava evitare che ciò avvenisse di nuovo.

3. Il ritorno del diritto naturale alla fine del Novecento è stato provocato dall'espansione della problematica dei diritti umani all'interno dei regimi costituzionali con la conseguente trasformazione del modo di concepire il diritto positivo stesso. Qui la rinascita del diritto naturale si confonde in modo spesso indistinguibile con la crisi interna al positivismo giuridico.

2. Il giusnaturalismo cattolico

La dottrina del diritto naturale che avanza la pretesa di possedere tutte le caratteristiche sopra indicate è senza dubbio il giusnaturalismo cattolico fondato sul pensiero di Tommaso d'Aquino. Ancora oggi lo si può considerare come la dottrina del diritto naturale più consolidata e coesa. Pertanto, è opportuno gettare uno sguardo d'insieme sulla sua evoluzione nel Novecento.

Lungo tutto il Novecento il pensiero di Tommaso d'Aquino ha dimostrato la sua rilevante capacità di sopravvivere alle sue transeunti interpretazioni. Di conseguenza il giusnaturalismo cattolico nella sostanza racchiude un insieme variegato di approcci al pensiero di Tommaso d'Aquino sul diritto e la giustizia.

La rinascita del tomismo nel pensiero cattolico è stata supportata dall'enciclica di Leone XIII *Aeterni Patris* (1879) ed ha preso l'avvio nelle università pontificie, cioè in ambito ecclesiastico per la formazione culturale del clero. Per questo la sua prima espressione organica ebbe un carattere marcatamente scolastico, anche se ben diverso da quello medioevale. Tuttavia l'imporsi della questione sociale e le sollecitazioni dell'enciclica *Rerum Novarum* del 1891 spinsero ad una diffusione più ampia della parte sociale della dottrina cattolica.

Il movimento filosofico e teologico della neoscolastica fu promosso soprattutto dai gesuiti alla fine dell'Ottocento e si diffuse rapidamente, oltre che in Italia, in Belgio, Francia e Germania, aspirando ad assumere il ruolo di filosofia propria della Chiesa cattolica. Soprattutto per quanto riguarda il diritto naturale e la morale i paesi di lingua tedesca furono più fecondi per quest'orientamento di pensiero, sia per la forza di una tradizione razionalistica che accostava troppo Tommaso d'Aquino a Christian Wolff, sia per la necessità di dare sostanza culturale alla presenza politica dei cattolici nella Germania di Bismarck. L'imponenza di questo movimento fu tale che Hollerbach lo ha definito come una «*restauratio christiana juris naturalis*».

In generale l'atteggiamento della neoscolastica fu quello di una contrapposizione frontale alle correnti filosofiche di volta in volta dominanti: al positivismo, al neokantismo e al neoidealismo prima e poi al marxismo, alla fenomenologia, all'esistenzialismo e alla filosofia analitica, tutte filosofie immanentiste.

Anche per questo assunse una forma razionalistica ben lontana dall'antica tradizione morale cristiana. Non paga di tanti nemici esterni, al suo interno conobbe un dibattito vivace e, a volte, molto conflittuale e rissoso. La neoscolastica perdurò fino al secondo dopoguerra, anche se gradatamente abbandonò lo stile espositivo originario.

In realtà, la neoscolastica era un metodo di studio e di esposizione del pensiero di Tommaso d'Aquino che inevitabilmente diveniva un suo modo d'interpretarlo. Si trattava di un metodo rigorosamente e rigidamente sillogistico, asciutto, confutatorio e perentorio. La tendenza era quella di stabilire tesi filosofiche e teologiche caratterizzanti il pensiero cattolico. Tra di esse v'erano ovviamente quelle riguardanti il diritto naturale e i rapporti fra diritto e morale. Se si vuole trovare un esempio paradigmatico di questo stile di pensiero, basta rifarsi all'opera del gesuita Victor Cathrein (1845-1931). I suoi scritti, tra cui quelli che interessano il diritto naturale, ebbero una grande diffusione e furono ristampati in numerosissime edizioni fino ai giorni nostri.

Lo studio del pensiero di Tommaso d'Aquino non si lasciò imprigionare nei metodi scolastici e, dopo qualche decennio, si aprì la strada l'esigenza di un contatto diretto con gli scritti dell'Aquinate, cioè non più mediato dai tradizionali commentatori e non più ricondotto a formule stereotipe. Ciò permise di recuperare in qualche misura l'antica tradizione scolastica basata più sull'universalità delle capacità umane e delle virtù che su quella delle norme morali. Questa nuova tendenza, che si diffuse stavolta soprattutto nei paesi di lingua francese, privilegiò l'approccio storico su quello sistematico, cosa già anticipata da Martin Grabmann e dalla sua scuola. Una delle prime opere in questa direzione riguarda proprio il diritto naturale, cioè quella di Odon Lottin del 1931.

I vantaggi della ricerca storiografica furono, tra l'altro, quelli di mettere in luce la ricca articolazione della filosofia pratica dell'Aquinate e riaprirono la questione dei suoi rapporti con la metafisica. Infatti, il metodo rigorosamente deduttivo, con cui erano trattati i problemi morali dalla neoscolastica, mal si adattava alla ragion pratica. Gli svantaggi, invece, furono quelli stessi di ogni ricerca storiografica, cioè quella di non presentarsi come filoso-