

TERCERA SECCIÓN

ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO NATURAL

LA LEGGE NATURALE SECONDO MARITAIN OGGI

Francesco VIOLA*

Se gettiamo uno sguardo sulla letteratura contemporanea sulla legge naturale la presenza del pensiero o dell'influenza di Maritain è davvero scarsa. Di fatto essa sopravvive negli Stati Uniti, dove il giusnaturalismo è più vivo che in Europa¹ e dove Maritain ha lasciato un'impronta significativa. In Europa ingiustamente Maritain viene considerato alla fin dei conti come appartenente al neotomismo, cioè ad una filosofia preistorica. V'è tuttavia qualche segno di un rinnovato interesse,² ma è ancora troppo debole.

Il maggiore giusnaturalista contemporaneo, John Finnis, e la *new classical natural law theory* prendono le distanze dal pensiero di Maritain sotto alcuni aspetti di centrale importanza: ritengono, tra l'altro, che la difesa dell'autonomia della ragion pratica richieda di non derivare la legge naturale dall'antropologia e dall'ontologia metafisica e, conseguentemente, rigettano la tesi della conoscenza per connaturalità e la teoria delle inclinazioni naturali, che per la verità sono ben presenti nel pensiero di Tommaso d'Aquino.

Se è vero che la dottrina maritainiana della legge naturale è caduta nell'oblio, tuttavia dobbiamo chiederci se l'approccio al diritto positivo che essa implicava non sia ancor oggi utile alla comprensione dell'evoluzione del diritto contemporaneo. Infatti, uno dei modi per accreditare una dottrina è quello di mostrare la sua capacità esplicativa dei fenomeni a cui si riferisce. A cosa si riferisce o, meglio, a cosa si dovrebbe riferire una dottrina della legge naturale? In passato s'è creduto che l'oggetto di questa dottrina fosse quello d'individuare principi o regole di condotta valevoli per ogni tempo e paese, se non addirittura di disegnare un ordine giuridico puramente ideale

* Universidad de Palermo.

¹ Cfr. Viola, F., "Il dibattito contemporaneo sulla legge naturale", *Aggiornamenti sociali*, 48, 1997, 12, pp. 883-894.

² Ad esempio, Zaralahy Benjamin Rabehivitra, *La loi naturelle chez Jacques Maritain. Actualité d'une pensée. Étude historique, critique et doctrinale*, Paris, T'équi, 2011.

ed oggettivo a cui gli ordinamenti giuridici storici e contingenti dovrebbero in qualche modo commisurarsi.³ Ma in tal modo una dottrina della legge naturale fallisce il suo vero e proprio oggetto o la sua vera e propria finalità, che è quella di spiegare il diritto positivo, cioè il diritto prodotto dall'opera umana. La legge naturale non è un fenomeno da spiegare, ma la chiave di lettura del fenomeno da spiegare che è la presenza storica di un diritto prodotto dall'uomo e tuttavia fonte di veri e propri obblighi per altri esseri umani. Per questo il banco di prova di una dottrina della legge naturale risiede nella sua capacità di generare una teoria del diritto positivo dotata di una soddisfacente potenzialità esplicativa. Una dottrina della legge naturale deve essere in grado di rivaleggiare con le teorie giuspositivistiche, mostrando la superiorità della sua visione del diritto positivo stesso. Se così non fosse, la dottrina della legge naturale non sarebbe altro che una concezione della morale tra le altre, ben poco interessante per il giurista e per il giudice.

In quest'ottica mi propongo di mostrare che le riflessioni maritainiane sulla legge naturale sono, oggi più di prima, illuminanti per la comprensione dell'evoluzione del diritto contemporaneo. Direi allora che il tema specifico che intendo affrontare non è tanto quello di investigare la presenza di Maritain nelle dottrine giusnaturalistiche attuali, perché ritengo questa un'indagine sterile e poco conducente. Vorrei piuttosto mostrare che la situazione culturale attuale è ben lungi dal rendere obsoleta la concezione maritainiana della legge naturale.

La mia lunga esperienza di studioso di filosofia del diritto mi ha insegnato che non dobbiamo fidarci delle etichette e che la problematica della legge naturale può essere presente anche sotto mentite spoglie, cioè persino in dottrine dichiaratamente e tenacemente positiviste.⁴ Per scoprirlo bisogna osservare se nell'opera di produzione del diritto positivo si ritenga o meno che vi sia qualcosa non completamente disponibile da parte della volontà umana. Se si ritiene che vi sia, allora una breccia è aperta per la legge naturale o per qualcosa che le assomiglia.

Rispetto al passato oggi queste feritoie si moltiplicano fino al punto di prefigurare una situazione altamente favorevole per la problematica della legge naturale almeno se la intendiamo come legge della ragione. Quando, ad esempio, si rivendica il diritto di abortire, non si vuole semplicemente

³ L'erroneità di quest'approccio è messa ben in luce nella critica di George alla critica kelseniana del diritto naturale. Cfr. George, R. P., *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, a cura di A. Simoncini, Torino, Lindau, 2011.

⁴ Per questo rinvio al mio "Natural Law Theories in the Twentieth Century", in Pattaro, E. e Roversi, C., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed. vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Civil Law World*, di prossima pubblicazione presso Springer.

dire che c'è una legge dello Stato che riconosce questo diritto, ma che una tale legge è giusta e che, se non vi fosse, dovrebbe essere emanata per ragioni di giustizia che vincolano la volontà del legislatore. Con ciò stesso non c'è alcun dubbio che siamo nel campo della legge naturale come legge della ragione. Pertanto, non credo di esagerare se affermo che oggi il problema cruciale non è più se esiste o meno una legge naturale come legge della ragione, ma quale essa sia.

Le concezioni della legge naturale si sono moltiplicate. Si può dire che oggi ve ne sono troppe. Il pluralismo etico contemporaneo non è altro che il conflitto tra modi differenti d'intendere la legge della ragione. Esso non deve essere governato da perentori diktat dell'autorità che sarebbero atti volontaristici di repressione del dissenso, ma da un dibattito guidato dalla deliberazione democratica concernente la ragione pubblica. Bisogna appellarsi al metodo della ragionevolezza che ripudia per definizione il volontarismo.

Certamente il problema di governare la moltiplicazione delle concezioni della legge della ragione non è meno spinoso e difficile di quello di contrastare le concezioni che negano la sua stessa esistenza e tuttavia resta il fatto che si tratta di un'istanza più viva che mai.

Mi limiterò, pertanto, ad indicare quali aspetti della concezione maritainiana conservano a mio avviso una potenzialità esplicativa del diritto positivo del nostro tempo.

Quando nel 1983 ho ricevuto il dattiloscritto delle lezioni sulla legge naturale, tenute da Maritain all'Eau-Vive presso Soisy nell'agosto del 1950, affinché dessi un parere sulla sua rilevanza teorica, mi resi subito conto dell'importanza del testo.⁵ Non si trattava tanto di nuove posizioni teoriche, perché esse erano quasi tutte presenti in *L'uomo e lo Stato* del 1951, ma si trattava di una visione complessiva della problematica della legge naturale da cui risultava più chiaro l'approccio preferito da Maritain e la sua presa di distanza nei confronti del giusnaturalismo moderno. Si deve ritenere che esso sia stato influenzato anche dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani*, che Maritain stesso aveva sostenuto sul piano culturale e filosofico. A quell'epoca ero alla ricerca di una chiave di lettura critica della teoria giuridica contemporanea e la trovai tutta implicita in questo testo.⁶

⁵ Il testo inedito di queste lezioni è stato pubblicato in lingua italiana (*Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di Viola, F., Jaca Book, Milano, 1985) prima ancora dell'originale francese (*La loi naturelle ou loi non écrite*, a cura di Brazzola, G., Fribourg, Éditions Universitaires, 1986), che sulla scorta di un'ulteriore documentazione contiene, oltre a diverse modifiche, anche una decima lezione sul Decalogo e, conseguentemente, porta un diverso titolo.

⁶ Cfr. Il mio *Autorità e ordine del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli, 1987.

Bisogna riconoscere che la metafisica non è in grado di difendersi da sé, ma trova nell'etica una difesa indiretta, poiché gli effetti della riflessione pratica sulla vita personale e sociale sono più facilmente constatabili.

Nonostante tutti i processi di secolarizzazione, nonostante il rigetto dell'idea di natura umana e del suo ruolo nell'etica, sopravvive ancora oggi la ricerca di criteri razionali o ragionevoli per distinguere il bene dal male, il giusto dall'ingiusto. Se si ammette che questi criteri vi siano (come è necessario se vogliamo tra l'altro difendere i diritti umani), cioè se si rifiuta l'emotivismo e il mero preferenzialismo, allora la problematica della legge naturale torna ad essere plausibile, almeno se essa è intesa come legge di una ragione libera da vincoli precostituiti (e quindi non artificiale) e rispettosa dell'essere umano e della sua dignità. Secondo Maritain una conoscenza è "naturale" anche per il modo in cui si sviluppa, cioè in modo irriflesso e spontaneo, che è già indicativo sul piano razionale, anche se ulteriormente bisognoso di un controllo critico ad opera di una ragione concettuale e razionante. Egli è convinto che la conoscenza spontanea permette una comunanza ben maggiore di quella propria della ragione critica e che, quindi, sia una base necessaria per il dialogo interculturale. D'altronde proprio la convergenza sulla pratica dei diritti umani da parte di concezioni ben diverse tra loro sembra confermare questa linea di pensiero.⁷

Nel passato la legge naturale era supportata da un'etica comune o comunque altamente condivisa. Oggi non è più così ed allora la legge naturale si presenta nella sua vera configurazione, cioè come un programma di ricerca e non già come un codice di leggi morali fissate una volta per tutte. Una ricerca deve essere sempre aperta a revisioni e non deve sottrarsi al confronto critico. Maritain l'ha concepita esattamente in questi termini.

In quest'ottica si presentano due filoni principali di ricerca: quello sui principi della legge naturale e quello sul loro uso o sulla loro applicazione.

Quando nel 1950 Maritain teneva le lezioni sulla legge naturale, era dominante in Europa la teoria giuridica kelseniana. Il diritto era visto come un insieme di leggi o norme il cui contenuto era fissato con discrezionalità da un'autorità sovrana. Kelsen ha affermato ripetutamente che la legge positiva può avere qualsiasi contenuto. L'idea era quella di una rigida separazione fra diritto e morale. Il diritto naturale era considerato da Kelsen come una dottrina metafisico-religiosa, cioè del tutto illusoria.

L'approccio di Maritain è ben diverso da quello del giusnaturalismo tradizionale, che concepiva il diritto naturale alla stregua di un ordine di

⁷ Cfr., da ultimo, Trujillo, I. e Viola, F., *What Human Rights are not (or not only). A Negative Path to Human Rights Practice*, New York, Nova Publisher, 2014.

norme già in compiuto:⁸ consiste infatti nel rimettere in questione la validità della descrizione positivista del diritto in generale. La realtà della vita del diritto è ben diversa.

Per Maritain è chiaro che legge e diritto non sono la stessa cosa: la legge è una potenzialità, il diritto una realizzazione particolare di essa; entrambi sono concetti analogici, cioè forniti di un nucleo concettuale che però si applica con modalità diverse. È significativo constatare che la stessa prospettiva si trova confermata nel pensiero di un noto giurista tedesco:

legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi non sono però solo occasionalmente differenti l'uno dall'altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità di casi *possibili*, il diritto invece decide su una situazione *reale* qui e ora.⁹

Questa semplice distinzione ha una forza esplicativa dell'esperienza giuridica e morale ben superiore a quella della teoria giuspositivistica.

Il nucleo portante del concetto di legge è individuato nell'essere principio-guida dell'azione secondo la concezione di "ordinatio rationis" propria di Tommaso d'Aquino. Si tratta di dirigere l'azione umana in modo tale che essa resti libera come si conviene all'essere umano, cioè fornendo ragioni per l'azione. Si rifiuta, pertanto, un concetto di legge legato ad una causalità meccanica o psicologica, come quello fondato sul meccanismo della minaccia o della sanzione.

Guidare un'azione umana è cosa ben diversa dal causarla o dal produrla. Per il concetto di diritto il modo dell'obbedienza ad esso è importante almeno quanto il fatto dell'obbedienza. Con ciò stesso risultano inadeguate tutte quelle concezioni del diritto che guardano esclusivamente alla sua capacità di mettere ordine nella società o all'efficacia dei suoi risultati ai fini della coordinazione sociale. Definire, ad esempio, il diritto come quell'insieme dei comandi del sovrano che ricevono un'obbedienza abituale (Austin) vuol dire eliminare dal suo concetto la pretesa di fornire ragioni per l'azione. Anche gli schiavi obbediscono ai comandi dei padroni e di solito lo fanno

⁸ Cfr., ad esempio, Cathrein, V., *Recht, Naturrecht und Positives Recht. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung*, Freiburg im Breisgau, Herder, 1901.

⁹ Kaufmann, A., *Gesetz und Recht*, in *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt a.M., Athenäum-Verlag, 1977, p. 157.

in modo abituale.¹⁰ Anche riferirsi all'accettazione pratica delle regole da parte dei funzionari o dei cittadini (Hart) non è ancora sufficiente se viene messa da parte del tutto la rilevanza delle ragioni di quest'accettazione.

Per Maritain la legge non è una tecnica sociale per ottenere il comportamento voluto dall'autorità. Questo non sarebbe il governo della legge nel rispetto dei principi dell'*agency*, ma il governo degli uomini sugli uomini.

Oggi ritorna l'attenzione per il principio del *rule of law*, risalente ad Aristotele su cui aveva molto insistito senza grande fortuna il giurista americano Lon Fuller, intorno agli anni '60 del secolo scorso.¹¹ Egli notava che il diritto non è un meccanismo di coordinazione delle azioni umane per ricondurre all'obbedienza gli uomini cattivi (Holmes), ma al contrario un sistema di principi che proteggono gli uomini, buoni o cattivi che siano, dall'essere trattati con arbitrio dai governanti.¹²

A sua volta l'analogato principale della legge, cioè quello in cui il concetto si applica in tutta la sua pienezza, è la legge eterna, perché solo Dio può obbligare un essere libero. La legge naturale è la promulgazione della legge eterna nella creatura razionale per il fatto stesso che essa è fornita di ragione. La legge positiva, prodotta dalla volontà umana, è il senso più debole di legge, perché essa è soggetta a scrutinio critico, non è giusta per definizione e, tuttavia, in quanto legge è presuntivamente obbligatoria. C'è quindi una forza variabile dell'obbligo a seconda della fonte da cui promana.

Queste sono cose conosciute per gli studiosi di Tommaso, ma giustificano l'evoluzione verso lo Stato costituzionale di diritto che introduce un controllo giuridico all'arbitrio dei governanti basato su norme superiori a garanzia dei diritti fondamentali e sulle corti costituzionali a presidio del rispetto di esse. Queste norme superiori di rango costituzionale possono essere considerate come la positivizzazione della legge della ragione. In tal modo il limite all'arbitrio dei governanti è insieme interno ed esterno: interno perché si tratta di una legge positiva ed esterno perché tale legge non può avere qualsiasi contenuto si voglia. Ciò significa che la produzione del diritto positivo non è del tutto a disposizione della volontà dei governanti e degli stessi governati.

Se ora ci rivolgiamo più direttamente alla legge naturale, dobbiamo ancora una volta ribadire che Maritain la concepisce non già come un codice

¹⁰ Secondo Tommaso d'Aquino il carattere proprio della legge è quello di dirigere l'azione ("lex omnis directiva est actuum humanorum"). La sua *vis coactiva* è secondaria rispetto alla sua *vis directiva*. Cfr., ad es., *Summa theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

¹¹ Per lo sviluppo del principio aristotelico del governo della legge nel pensiero di Tommaso d'Aquino, cfr. Viola, F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 15-75.

¹² Fuller, L.L., *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven, Yale University Press, 1969.

di norme o come un complesso di comandi o divieti morali, ma come un piccolo gruppo di principi o di orientamenti verso l'azione o verso un bene da perseguire o nei confronti di un male da evitare. Questi orientamenti sono pochi, molto imprecisi e devono essere concretizzati ulteriormente nel diritto positivo alla luce della ragionevolezza. Il diritto positivo è visto come un proseguimento del discorso sulla legge naturale nel tentativo di regolare alla luce della ragionevolezza le questioni di giustizia. D'altronde, anche Tommaso d'Aquino, che nella *Summa theologiae* ha dedicato solo una questione alla legge naturale e ben tre alla legge positiva o "umana", suggerisce questo orientamento di pensiero.

Com'è ben noto, un colpo mortale al sistema kelseniano delle norme e in generale al normativismo positivista è stato inferto nel 1977 dal teorico del diritto americano, Ronald Dworkin, quando ha semplicemente notato che per le decisioni giudiziali le norme positive non erano sufficienti, ma spesso bisognava ricorrere ai principi che non sono voluti da nessuna autorità, ma s'impongono per la loro intrinseca ragionevolezza.¹³ Egli giustamente affermava che alle norme si obbedisce, mentre ai principi si aderisce. Si tratta di valori o di esigenze di giustizia a cui farsi attenti nella pratica del diritto, di istanze che non sono scritte nei cieli, ma si trovano già nella nostra esperienza storica e sociale, perché essa è segnata dalla tendenza verso l'umanizzazione e la civilizzazione. I diritti si presentano nella forma di principi che si sforzano di urbanizzare i valori, cioè di farli dialogare fra loro, e che poi debbono dar vita a regole più determinate e circostanziate. Ebbene, Maritain pensava che i principi della legge naturale dovessero essere considerati in modo simile. Non come prescrizioni precise o direttive inequivocabili, ma come potenzialità pratiche da sviluppare nella storia con il raziocinio e le scelte comuni mediante cui la legge naturale penetra nelle culture e si particolarizza. Certamente Dworkin ignorava del tutto il pensiero di Maritain, tuttavia conosceva il diritto positivo e la sua prassi e, in più, veniva proprio dalle file del giuspositivismo, il che lo rendeva più credibile agli occhi dei giuristi.

D'altronde la lunga storia del diritto positivo ha mostrato che esso non è fatto solo di norme, ma anche di altre formazioni normative come le clausole generali, le massime d'esperienza, i concetti giuridici, le istituzioni, le dottrine dei giuristi e le dottrine politiche. È stato vano il tentativo ricorrente di eliminare questa complessità a vantaggio di una semplificazione che permettesse da una parte una maggiore certezza del diritto e, dall'altra, un maggiore controllo dell'autorità costituita. L'epoca della codificazione

¹³ Cfr. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

e del monopolio giuridico da parte dello Stato e della politica ha spazzato via insieme alle consuetudini questa varietà di forme normative a vantaggio del primato della norma generale e astratta e in nome del valore supremo dell'eguaglianza formale. Se è vero che oggi il diritto contemporaneo accoglie una sempre più ricca varietà di tipi normativi —com'è palese se si getta appena uno sguardo al diritto europeo e a quello internazionale—, allora le porte sono aperte anche per i principi di una legge naturale così intesa. Ciò vuol dire che, se vogliamo rintracciare la presenza della legge naturale, bisogna cercarla all'interno del processo di formazione del diritto contemporaneo a cui concorrono non solo i legislatori, ma anche i giudici, la società civile e i mercati. Ciò rende plausibile l'aspirazione ad elaborare una teoria giusnaturalistica del diritto positivo, impresa che è esplicitamente perseguita oggi da John Finnis.¹⁴

Un altro aspetto rilevante del pensiero di Maritain sulla legge naturale si può individuare nell'idea che essa debba essere considerata come “uno schema dinamico d'azione”, espressione questa di dichiarata derivazione bergsoniana. Con ciò si vuol dire che azioni o processi d'azione apparentemente molto diversi tra loro, in quanto appartenenti a differenti contesti culturali, possono in realtà essere considerati come modi diversi di realizzare o di catturare lo stesso valore o la stessa istanza valorativa. L'identità del valore o del fine perseguito permette di ricondurli allo stesso orientamento pratico. È chiaro che in tal modo Maritain cerca di render conto della varietà delle culture e della possibilità di un dialogo interculturale senza cadere nel relativismo. Se la legge naturale è uno schema dinamico d'azione, non deve essere considerata come una norma, ma come una matrice originaria d'azione che deve esplicitare la sua virtualità o potenzialità negli ordinamenti giuridici positivi. Ciò non significa che le concretizzazioni storiche siano per ciò stesso un'attuazione accettabile della legge naturale, perché vi sono modi più adeguati e modi meno adeguati di perseguire lo stesso valore, nonché ovviamente modi che falliscono del tutto il loro bersaglio.

Sono rimasto stupito nel constatare che nel 1960 anche Gadamer, ispirandosi insieme ad Aristotele e a Vico, aveva definito la legge naturale come uno “schema ideale d'azione”.¹⁵ Anche Gadamer credo che ignorasse le riflessioni di Maritain sulla legge naturale e, tuttavia, proprio quest'inconsapevole convergenza rafforza la validità dell'intuizione maritainiana.

¹⁴ Cfr. Finnis, J., “What is the Philosophy of Law?”, *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2012, 1, pp. 67-78.

¹⁵ Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, pp. 302 e ss.

Quest'approccio alla legge naturale è molto utile come chiave di lettura delle diversità culturali e del confronto tra culture diverse. Com'è ben noto, le società multiculturali del nostro tempo hanno reso questa problematica di bruciante attualità. Noi sappiamo che una delle principali obiezioni alla legge naturale è da sempre la tesi del relativismo e del particolarismo delle culture. L'invito di Maritain è quello di guardare più a fondo e al di là delle pratiche culturali per cercare di cogliere il valore che s'intende realizzare, non rare volte in modo molto imperfetto e infelice. Espressioni culturali rozze o primitive portano spesso dentro di sé una percezione confusa dell'attrazione di un valore. Ciò apre la strada ad un collegamento fruttuoso fra la legge naturale e l'antropologia culturale che ancora deve essere adeguatamente esplorata. Tuttavia di recente acquisizioni interessanti provengono dagli studi di antropologia giuridica e anche dalle riflessioni dei filosofi e dei teorici del diritto quando evidenziano la presenza di "archetipi giuridici"¹⁶ o di "formanti" nel senso di *criptotipi* dell'esperienza giuridica.¹⁷

In ogni caso questo è senza dubbio il modo in cui dovrebbe essere affrontato anche il problema della mutabilità della legge naturale, che per Tommaso stesso vale "per lo più" o nella maggior parte dei casi. Ognuno anche può rendersi conto di quanto importante sia quest'approccio alla dimensione culturale della legge naturale per affrontare i problemi attuali dell'universalismo e del particolarismo dei diritti umani, per recuperare il vero e proprio concetto di tradizione che non è un lascito o un retaggio del passato, ma una pratica sociale che si va "aggiustando", mentre oggi si tende ad ossificare le identità culturali per paura di aggressioni esterne.

Mentre il concetto di legge ha un carattere morale e in questo senso anima l'esperienza giuridica, per il concetto di diritto il percorso è esattamente opposto. Se esso s'intende come un ordine giuridico concreto, come un'opera da farsi per coordinare le azioni sociali e permettere il raggiungimento della pace e del bene comune, allora — come nota Maritain — per il diritto l'analogato principale è il diritto positivo, mentre il diritto naturale è solo l'analogato secondario e deve essere inteso come un ordine virtuale che può ripresentarsi e mettersi all'opera in momenti di grave crisi del diritto positivo (come, ad esempio, sembra avvenuto nel processo di Norimberga).

Per Maritain il diritto in quanto opera appartiene al mondo del fare e non a quello dell'agire.¹⁸ L'arte in quanto virtù che rettifica il fare è rivol-

¹⁶ Cfr. Così, G., *Il sacro e il giusto. Itinerari di archetipologia giuridica*, Milano, Franco Angeli, 1990 e dello stesso, *Il Logos del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

¹⁷ Cfr. Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992.

¹⁸ Cfr., ad esempio, Viola, F., "Il contributo di Jacques Maritain alla definizione della filosofia del diritto", *Divus Thomas*, 97, 1994, 1, pp. 39-70.

ta alla perfezione della cosa da produrre e non già in primo luogo al bene umano. L'arte è una virtù intellettuale che implica la conoscenza di ciò che viene prodotto e delle regole o dei procedimenti per produrlo. Ma nel caso del diritto la cosa da “produrre” è l'umanizzazione del mondo delle relazioni sociali.

Affermare, pertanto, che il diritto positivo richiede la virtù dell'arte significa considerarlo come un'opera da produrre, cioè come un ordinamento esteriore delle azioni umane promosso e garantito da un'autorità. In tal modo si privilegia la sua *dimensione istituzionale*. Il diritto si manifesta attraverso strutture esteriori che sono atte a mettere ordine nei rapporti sociali, a distribuire in modo equo i beni sociali e a riparare i torti, ripristinando il giusto nelle relazioni tra le persone e tra le persone e le cose.

L'identificazione del diritto con la norma generale ed astratta, cosa tipica del giuspositivismo, è vista da Maritain come una forma di moralismo giuridico, che erige il diritto in una morale per separarlo dalla morale e al contempo ne fa una tecnica coercitiva per garantirne l'efficacia.

Certo non siamo nel campo delle belle arti, ma in quello delle arti dell'utile, e tuttavia oggi si parla di un'estetica giuridica,¹⁹ dell'importanza del testo come tessuto sociale, del ruolo della narrazione nel diritto, di diritto e letteratura, per finire con l'applicazione suggestiva al concetto di diritto del giudizio riflettente kantiano operata da Vittorio Mathieu.²⁰ Tutti orientamenti che trovano la loro piena giustificazione nel fatto che il fine del diritto non è esterno ad esso come nelle attività puramente strumentali, ma si realizza nell'azione giuridica stessa. Infatti, se il valore a cui il diritto è diretto sta nella giustizia del caso concreto, cioè nella *res iusta* —come dice Tommaso d'Aquino—, allora il diritto non appartiene al campo delle produzioni ma a quello delle prestazioni, come dipingere o danzare, cioè delle azioni che realizzano il proprio fine nell'atto stesso di compierle, com'è proprio di tutte le pratiche sociali.

Questo è un modo di guardare alla positività del diritto certamente diverso da quello giuspositivistico attento solo all'aspetto fattualistico, ma incapace di cogliere il senso dell'operare umano. Finnis, in tempi recenti, ha giustamente notato che solo una teoria adeguata della legge naturale può salvare la positività, cioè, se vogliamo rifarci ad Aristotele, può salvare i fenomeni dall'insensatezza.

¹⁹ Cfr., ad esempio, Heritier, P., *Estetica giuridica*, 2 voll., Torino, Giappichelli, 2012, e Cananzi, D., *Formatività e norma. Elementi di teoria estetica dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013.

²⁰ Mathieu, V., *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Torino, Giappichelli, 1989.

Certamente ci sono tanti problemi ancora aperti e tanti altri che sono posti dal nostro tempo più recente. Il positivismo kelseniano è tramontato, le forme di giuspositivismo che l'hanno sostituito sono meno aggressive nei confronti del diritto naturale, ma restano nella sostanza chiuse ad esso. Il maggiore e più influente teorico del diritto, dopo Kelsen, cioè Herbert Hart, resta positivista, anche se ammette la necessità che il diritto positivo abbia un contenuto minimo di diritto naturale, inteso però più nel senso dello stato di natura, cioè delle condizioni fattuali della natura umana, che in quello della legge naturale. Più di recente, la teoria del diritto, travolta dall'impatto potente dei diritti umani, è alla ricerca di una terza via tra giuspositivismo e giusnaturalismo.²¹ Il fatto è che resta e si rafforza l'ostacolo maggiore alla recezione del diritto naturale, cioè quello rappresentato dal concetto di natura umana. Di questo non si vuole sentire parlare del tutto. Ma possiamo ancora parlare di legge naturale se rinunciamo al concetto di natura?

Alcuni pensano che ciò sia possibile se si sottolinea l'oggettività di alcuni valori fondamentali e la possibilità della loro apprensione mediante la ragion pratica. La legge morale kantiana sostituisce la legge naturale. In tal modo la "natura", a cui si riferisce la legge naturale sarebbe il fatto che i suoi principi non sono creati dalla volontà umana, non sono artificiali. Questo è un senso molto debole di "natura umana" che tra l'altro non risparmia dalle critiche quando poi si afferma che i valori fondamentali della vita umana sono quelli e non altri. In ogni caso, al posto della legge naturale subentra la morale, che oggi i giuristi si affannano a cacciare dalla porta senza successo. Ma Maritain non avrebbe gradito questo modo di affrontare il problema, perché ciò non salva la positività e rende la legge morale un intruso. Invece, la presenza della legge naturale come principio interno alla formazione del diritto positivo le conferisce una dimensione giuridica.²²

La natura umana resta — è vero — un problema serio.²³ Oggi la natura umana è scomparsa a tutto vantaggio della persona, una persona senza natura. Secondo Maritain il riferimento alla natura si articola in due aspetti: l'elemento ontologico, per cui la legge naturale è la formula ideale di sviluppo dell'essere umano, e l'elemento gnoseologico, per cui la legge è naturale in quanto conosciuta in modo non raziocinante. Maritain dà più peso a

²¹ Cfr., ad esempio, Barberis, M., "Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto", *Rivista di Filosofia del diritto*, I, 2012, 1, pp. 153-164.

²² Questa linea di pensiero è stata difesa anche da un seguace di Maritain, Simon, Y., in Kuic, Vukan (ed.), *The Tradition of Natural Law. A Philosopher's Reflections*, New York, Fordham University Press, 1992.

²³ Cfr. Viola, F., "Come la natura diventa norma", *Diritto pubblico*, 17, 2011, 1, pp. 147-167.

questo secondo aspetto o, meglio, invita a pensare il primo, quello ontologico, alla luce dell'altro. Questa auto-conoscenza della propria natura è quella propria di una persona. Le persone si comportano rispetto alla specie a cui appartengono in modo diverso dagli esemplari delle altre specie. Non solo esse sono individui in modo incomparabile ed insostituibile, ma anche sporgono al di là di se stessi alla ricerca del bene in sè, del bene degli altri e dell'universo.

Basti qui ricordare questa incisiva frase di Tommaso d'Aquino: «Naturae autem intellectuales majorem habent affinitatem ad totum quam aliae naturae; nam unaquaeque intellectualis substantia est quodammodo omnia».²⁴ Ed ancora Tommaso sottolinea che, mentre le realtà materiali sono per il bene della specie, non così quelle intellettuali.²⁵

Con ciò è ben superato il fissismo dell'ontologia tradizionale, che ha certamente danneggiato la dottrina della legge naturale, e si apre la strada per la legge naturale come ricerca. Maritain non ha potuto affrontare il pluralismo etico dei nostri giorni, che è una sfida estrema nei confronti della dottrina della legge naturale. Ma sono convinto che può ancora essere di aiuto per rispondere ad un interrogativo cruciale: perché per noi è importante non solo essere persone, ma esserlo anche in modo "umano"? Poiché in fondo il senso della legge naturale è quello di saper distinguere ciò che è umano da ciò che non lo è.²⁶

²⁴ *Summa Contra Gentiles*, III, q. 112.

²⁵ *Summa theologiae*, I, q. 9, a. 8, 1.

²⁶ *Cfr.*, ad esempio, Viola, F., "Umano e post-umano: la questione dell'identità", in Russo, F. (a cura di), *Natura, cultura libertà*, Roma, Armando, 2010, pp. 89-98.