

VICENDE DEL GIUSNATURALISMO NELLO STATO COSTITUZIONALE MODERNO

1. Posizione del problema

È indubbio¹ che non sappiamo in realtà che cosa sia la giustizia: in compenso, nel nostro mondo sperimentiamo molte ingiustizie, ed in tal modo la nostra ricerca sul fondamento della giustizia tiene insieme, per così dire, due estremi: quello negativo, per cui il giusto *non può essere* quel che sperimentiamo, e quello positivo, un contenuto materiale che volta per volta cerchiamo di porre, nel *dire il diritto* (l'antica *iuris dictio*) nel nostro mondo. Questo "contenuto materiale" costituirebbe – almeno secondo molte teorie della giustizia – l'anima di quel corpo che è costituito dalle leggi, e, in ultima analisi, dall'intera attività dello Stato in quanto organo supremo della convivenza umana², comprendente la le-

¹ Seguo l'intuizione formulata da F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, all'inizio di questa sua opera.

² È verissimo, naturalmente, che lo Stato non ha (più) ai nostri giorni, almeno nell'Europa occidentale, quella valenza "assoluta" che rivestiva ancora fino agli anni Sessanta: in una società globalizzata e in uno scenario ormai dominato, anche nelle fonti di produzione del diritto, dalla EU e da un'immane molteplicità di fonti normative sottostatali, la figura dello Stato appare sempre più una scatola senza contenuto, un simulacro di potere centrale, quasi come l'Impero Romano Germanico durante il feudalesimo. Altri sembrano essere i veri potentati nei nuovi tempi

gislazione, l'amministrazione e l'applicazione, appunto, della "giustizia" nei suoi tribunali. Storicamente, chiamiamo "teorie giusnaturaliste", o *tout court* "giusnaturalismo"³, le concezioni della giustizia che postulano un diritto sostanziale valido per tutti *in quanto uomini*: esso sarebbe il medesimo ovunque, come il fuoco scalda ovunque nello stesso modo, secondo l'insegnamento di Aristotele, laddove le leggi dei diversi popoli ne costituirebbero applicazione o derivazione⁴. Con

della *cyberlaw* e della tecnocrazia planetaria, e il diritto ha perduto il suo primigenio rapporto con lo Stato ed il territorio del suo dominio, apparendo come puro sostegno di un selvaggio capitalismo internazionale, cioè un puro *funzionario del mercato*. Cf. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma – Bari 2004. Giunge invece a diverse conclusioni, pur analizzando il progressivo disfacimento del concetto di "Stato" nella modernità, P. Grossi, in tutta la sua riflessione storico-giuridica: qui mi limito a segnalare *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006; *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007. Segnalo inoltre S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari 2003 sul nuovo modello di diritto nella contemporaneità.

³ Ma naturalmente distinguiamo bene il "vero" giusnaturalismo, quello che va da Aristotele a San Tommaso, dalle scuole del giusnaturalismo "moderno", quello di Wolff e Leibniz, di Thomasius e Pufendorf, che se ne distaccano radicalmente per la diversa concezione della *natura*: sul punto, fondamentale è M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno* [trad. it.], Milano 1985.

⁴ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 7, 1 (1134 b): «Del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge. Naturale [*physisikòn*] è quel giusto che mantiene ovunque lo stesso effetto e non dipende dal fatto che a uno sembra buono oppure no; fondato sulle leggi [*nomikòn* o legale] è quello invece, di cui non importa nulla se le sue origini sian tali o tal altre, bensì importa come esso sia, una volta che sia sancito». Possiamo rinviare ad un'opera classica per la storia del problema da noi esaminato: H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale* [trad. it.], Milano 1965.

l'irruzione del cristianesimo nell'Occidente, tali idee si sono successivamente ingravidate di significati ulteriori: essendo l'uomo creatura di Dio, siffatto "ordine naturale" esprimerebbe la stessa volontà di Dio creatore, e combacerebbe o confinerebbe in qualche modo col diritto divino stesso, essendo il "libro della natura" uno dei due libri, insieme alle Scritture, nel quale Dio si è rivolto agli uomini; d'altra parte, l'uomo, in quanto razionale, esprimerebbe una normatività propria della ragione che, se costituisce l'ambito puramente naturale postulato dalla Grazia, tuttavia ha vita autonoma e propria, che come tale riguarda gli uomini in quanto razionali, e non in quanto cristiani.

Non possiamo assolutamente qui svolgere le complesse vicende della storia delle idee e delle credenze, anche giuridiche, dell'Occidente: ci limitiamo a trarne una sola conclusione, quella cioè per la quale, in base a tali concezioni, qualora la legge umana non traducesse l'ordine naturale della creazione, «non sarebbe legge, ma corruzione di legge»⁵ e come tale non dovrebbe essere osservata. Quel che è qui rilevante è osservare che vi sarebbe, in base a dette teorie, un *fondamento ontologico veritativo* dell'esperienza giuridica umana: le leggi non sarebbero così dei semplici «nomodotti»⁶ atti a fare scorrere qualsivoglia contenuto nelle vene del corpo sociale, né ogni posizione di diritto si risolverebbe in una imposizione⁷. Quest'ultima tesi, al contrario, postula semplicemente che lo Stato, avendo il monopolio del legittimo uso della

⁵ SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I II, q. 95, a. 2.

⁶ N. IRTI, *Nichilismo giuridico* (cf. nt. 2), 34.

⁷ Cf. N. IRTI, *Nichilismo giuridico* (cf. nt. 2), 35.

violenza⁸, possa far valere la propria forza di contro all'anarchia o alla violenza dei singoli, pacificata in radice dal contratto sociale originario⁹: questo costituisce l'assunto positivista per eccellenza, il minimo comune denominatore delle teorie statualiste o positiviste del diritto, antitetico a quelle giusnaturaliste. Per queste è "diritto" ciò che ha *forma* di legge, ossia le proposizioni normative che sono state elaborate in base ad un determinato procedimento; per il giusnaturalismo, al contrario, è "diritto" ciò che possiede *sostanza* di giustizia.

L'idea di un fondamento ontologico veritativo, di una "giustizia", intesa qui come "diritto", che precede e fonda le "leggi" – i termini impiegati non sono affatto sinonimi – può essere ritrovata nelle tre grandi esperienze giuridiche del mondo occidentale, che si sono a lungo intrecciate e reciprocamente fecondate. Innanzi tutto nel diritto romano, dove lo *ius civile* veniva affiancato dallo *ius praetorium*, l'opera dei magistrati volta a aiutare, supplire o correggere il diritto civile¹⁰ in vista di una giustizia più "vera", al di là del

⁸ Cf. M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali* [trad. it.], Torino 1958, 370: «Ad esso soltanto, tra tutte le comunità sociali, viene oggi attribuita una forza legittima sulla vita, la morte, la libertà».

⁹ È facile leggere dietro queste righe la concezione giuspolitica di T. Hobbes, la più chiara teorizzazione dello Stato moderno.

¹⁰ Cf. PAPINIANO, in *Digesto*, 1, 1, 7: «Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam». È vero d'altra parte che solo alla fine dell'esperienza giuridica romana, con Ulpiano, troviamo accenni a concetti filosofici quali appunto la giustizia. Cf. ULPIANO, *Digesto*, 1, 1, 1: «Iuri autem daturum prius nosse

rigor dello *ius civile* e degli inconvenienti ai quali il feticcio della forma avrebbe potuto condurre. Nel mondo anglosassone, il concetto espresso dalla nota formula del *Rule of Law* traduce esattamente questa concezione “giusnaturalista”, per la quale il diritto¹¹ nella sua sostanza preesiste alla legge (*Statuted Law*), intesa come forma. Quest’ultima ne è solo un’applicazione o traduzione: il monarca inglese, secondo la concezione tipicamente germanica della monarchia, non è altro che il custode del diritto dei suoi uomini liberi, non la sua fonte o creatore, poiché la libertà in detta concezione viene prima del diritto, e non dopo, come conseguenza delle leggi. E così il giudice del mondo anglosassone interviene, proprio come il pretore romano, eventualmente disapplicando la legge per motivi di “giustizia”¹². Infine, l’ordinamento giuridico

oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam autem colimus et boni et aequi notitia profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exortatione cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes».

¹¹ Il termine *Law* qui impiegato non significa affatto “legge”, ma, appunto, “diritto”, come realtà preesistente al potere e dunque alla politica. Ne accenniamo solamente per mostrare come la famiglia di *Common Law*, pur costituendo una tradizione giuridica autonoma rispetto a quella occidentale di *Civil Law*, imperniata sull’esperienza francese del *Code* napoleonico [1804] e della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino [1794], e sviluppatasi in modo molto più empirico e procedurale (*stare decisis*) della “nostra” esperienza giuridica continentale, conosca un fondamento *non legale*, ossia *non positivistico*, del diritto.

¹² Esemplare è l’attività del giudice Brennan nel caso *Furman vs. Georgia* [1972] che non applicò la legge che prevedeva la comminazione della pena di morte ad un reo perché, argo-

canonico, che è stato storicamente matrice dell'esperienza giuridica medievale dell'unica *respublica iuris-consultorum* fino alla Riforma luterana¹³, traduce a sua volta i principi teologici professati dalla Chiesa cattolica in disposizioni normative, le quali, essendo diritto positivo di origine puramente umana, si trovano in una condizione di inferiorità rispetto al diritto divino che fonda ad esempio la disciplina della struttura gerarchica della Chiesa o dei sacramenti, oppure rispetto al diritto naturale, che trova applicazione nell'ambito della struttura del matrimonio ovvero in ampi spazi dei diritti dei fedeli. Ne deriva che nel diritto della Chiesa cattolica esiste un nucleo di norme di origine superiore e ontologicamente fondante le disposizioni puramente di derivazione umana, o ecclesiastica.

Quel che vogliamo ritenere, da questa velocissima panoramica, è il fatto che, in tutte e tre queste forme del diritto, troviamo, ovviamente in ognuna con proprie peculiarità, l'idea comune di fondo che esista un *oltre* rispetto allo spazio normativo già dato, un nucleo diversamente concepito ma comunque esistente,

mentava, la pena di morte toglie il "diritto ad avere diritti", che è il diritto *fondamentale e non negoziabile* sul quale si fonda ogni ordinamento giuridico: anche qui, un esempio di un *oltre* che fonda l'*entro* del mondo giuridico. Sul punto, cf. F. STELLA, *La giustizia* (cf. nt. 1), 126-127: detto agire è stato peraltro criticato con fondamento da M.A. GLENDON, *Tradizioni in subbuglio* [trad. it.], Soveria Mannelli (CZ) 2007, 175-190.

¹³ Rinvio all'imprescindibile P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000. Determinanti sono anche le osservazioni di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* [trad. it.], Bologna 1998 sul ruolo fondante del diritto canonico della "rivoluzione gregoriana" per il formarsi dell'idea moderna di Stato.

che svolge un ruolo di fondamentale istanza critica del diritto vigente e al tempo stesso di apertura e crescita dell'ordinamento vigente, della legge già data. Di nuovo, se l'esperienza appare (o può apparire) come di fondamentale *ingiustizia*, essa, a partire dal proprio ambito positivo, apre al contempo l'esigenza di una *giustizia* alla quale rinvia comunque il "dire il diritto" tra gli uomini, sia essa il *bonum et aequum* romano, il *Rule of Law* anglosassone, ovvero il diritto divino e naturale dell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica.

2. La "fallacia giusnaturalistica" e i suoi limiti

Se abbiamo ritenuto opportuno tracciare velocemente dei cenni sulle teorie giusnaturalistiche, dobbiamo anche dire, altrettanto brevemente, che esse generalmente non sono più accolte nella filosofia del diritto moderna e contemporanea, e che la stessa espressione "diritto naturale" appare a molti ambigua e contraddittoria. La tesi di Hume, per la quale da proposizioni descrittive non è possibile giungere a proposizioni prescrittive¹⁴, sembra colpire al cuore l'idea stessa di un diritto naturale, denunciandone l'inganno logico nascosto: e infatti detta tesi è comunemente nota come la "fallacia giusnaturalistica". Per essa non c'è dubbio che tra l'essere e il dover essere, tra *is* e *ought*, tra il *Sein* ed il *Sollen*, vi sia uno stacco o un abisso invalicabile. In effetti, parrebbe che, di conseguenza, l'intera esistenza umana sarebbe divisa in due

¹⁴ Cf. D. HUME, *Trattato sulla natura umana* [trad. it.], III. I, 1, in Id., *Opere*, I, Bari 1971, 496s.

ambiti destinati a non avere la minima reciproca comunicazione: la verità senza prassi e una prassi senza verità¹⁵. Pare dunque necessario, per lo meno alla maggioranza dei giuristi contemporanei, attenersi strettamente a quanto affermato da H. Kelsen, il teorico più rigoroso del ventesimo secolo, per il quale i giuristi debbono occuparsi «del diritto come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto; [...] del diritto reale e possibile e non già del diritto giusto»¹⁶: la dottrina “pura” del diritto, alla quale siamo stati tutti educati nelle nostre scuole di diritto statali, è pura in quanto non frammista a considerazioni di ordine etico o filosofico. Tuttavia, in tal modo la filosofia del diritto diviene inevitabilmente una “teoria generale del diritto”¹⁷, e di fatto viene ormai insegnata in questa veste presso molte Università.

¹⁵ Cf. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, 65. Questo è del resto il presupposto del così detto “non cognitivismo etico” proprio della filosofia analitica anglosassone, e di lì estremamente diffuso in Occidente.

¹⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [trad. it.], Torino 1977, 59. Va peraltro osservato che non era affatto desiderio del giurista praghese respingere l’idea di un diritto “buono”, ma soltanto di delimitarne, e perciò separarne, l’ambito proprio da quello della morale. «Importa qui anzitutto liberare il diritto da quel legame per cui è sempre stato unito alla morale, cioè debba essere buono. Con ciò naturalmente non si vuole certo mettere in dubbio l’esigenza che il diritto debba essere morale, cioè debba essere buono. [...] Si respinge solamente la concezione per cui il diritto come tale faccia parte integrante della morale». H. KELSEN, *Lineamenti*, 56. In altri termini, qui “giusto” significa solamente “legale”.

¹⁷ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano 2008, 70. In effetti, H. KELSEN, *Lineamenti* (cf. nt. 16), 47, afferma che «la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. [...] È teoria generale del diritto».

In realtà, il progressivo affievolirsi delle dottrine giusnaturalistiche, per lo meno nelle forme consegnateci dall'antichità e dal medioevo, è determinato da un epocale mutamento legato al formarsi tumultuoso, a partire dal sedicesimo secolo, di un nuovo modello di sapere, progressivamente assunto come unico: mi riferisco cioè al nascere della scienza moderna, e al conseguente mutamento del concetto di "natura". Senza pretendere di svolgere qui compiutamente tutte le problematiche¹⁸, affermiamo solamente che nel mondo antico e medievale, "natura" designa il fine di ogni cosa, riferendosi così a quel processo nel quale ogni realtà cresce, divenendo ciò che in qualche modo essa richiede di divenire, e si inserisce in una considerazione globale e dinamica dell'esperienza umana: in tal modo è ben possibile giungere a considerazioni qualitative, poiché il bene ed il male si danno in relazione allo sviluppo della cosa considerata, e alla sua valutazione all'interno di un insieme di altri fattori. Nel mondo moderno, invece, lo stesso termine designa la rappresentazione di una parte della realtà, rinchiusa nella sua descrizione numericamente rappresentabile, e quindi puramente quantitativa, e non qualitativa: ogni considerazione etica necessariamente è espunta, poiché essa può darsi solo in relazione a una considerazione relazionale della parte con il tutto. Con un esempio, se per Aristotele la "natura" di un seme era la pianta che da esso cresceva, e dunque il processo "naturale" del suo divenire, per la scienza moderna essa è invece il suo

¹⁸ Mi permetto di rinviare al mio *Il diritto in San Tommaso d'Aquino. Un'analisi filosofica*, Torino 2000, particolarmente 59-65, ove svolgo più compiutamente le considerazioni qui accennate.

peso, la sua durezza, le sue proprietà chimico-fisiche, tutte rappresentabili numericamente, e perciò staticamente. Allo stesso modo, l'uomo è visto costitutivamente parte del rapporto con altri, "naturalmente socievole", e perciò "persona", mentre, trasponendo nel ragionamento giuridico il modello delle conoscenze scientifiche, esso è concepito solo come "individuo", un semplice primo mattone dell'edificio sociale, un elemento solamente giustapposto agli altri, con proprie caratteristiche, i suoi "diritti soggettivi". In altri termini, la natura, nel mondo antico, è il fine di ogni cosa, la "causa finale", il suo compiuto sviluppo, e così è innaturale o contro natura, e perciò male, ciò che lo impedisce; nel mondo moderno, essa è invece l'elemento costitutivo materiale, la "causa efficiente" della cosa, il che esclude ogni considerazione etica.

Va osservato che la "fallacia giusnaturalistica" denunciata da Hume è certamente vera da un punto di vista logico: è semplicemente vero che non è logicamente possibile dedurre da proposizioni descrittive proposizioni prescrittive, cioè che non è possibile dedurre dai fatti dei valori. Ma le dottrine giusnaturaliste intendono il termine "natura" in un altro significato da quello dell'empirista inglese. Inoltre questa affermazione non è applicabile nel discorso giuridico, perché postula, senza dimostrarla, la riduzione o equiparazione del fenomeno giuridico alle scienze esatte ed alla loro metodologia: se vogliamo, equipara il diritto, scienza umana, alla scienza fisica ed al suo linguaggio¹⁹, dando

¹⁹ *Per incidens*, ricordiamo che proprio H. Kelsen ritiene che il diritto debba essere concepito come una «geometria totale del fenomeno giuridico», o a «forme senza contenuto». Cf. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche* (cf. nt. 17), 70.

per presupposta la legittimità di tale equiparazione, che in realtà non solo non è dimostrata, ma sulla quale si possono avere le più grandi riserve: infatti, a tacer d'altro, le scienze naturali postulano *oggetti*, mentre il diritto postula e istituisce *soggetti*. In altri termini: quando gli antichi o i medievali parlano di "natura", usano questo termine in un altro senso da quello usato dagli scienziati del mondo moderno, e dai giuristi-scienziati, che studiano la realtà sociale ritenendola pienamente assimilabile alla realtà fisica. Essi ritengono così che il diritto sia una tecnica, disconoscendone la specificità²⁰. Del resto, non possiamo dimenticare che nel mondo antico²¹ il diritto, lo *iur*, apparteneva all'ambito del sapere pratico, prudenziale, ed era quindi eminentemente creazione dottrinale e giurisprudenziale, proprio come fu per eccellenza il diritto romano, *prudentia iuris* per definizione: sola-

²⁰ Sul punto rinvio all'eccellente A. SUPIOT, *Homo iuridicus. Saggio di antropologia giuridica* [trad. it.], Milano 2006, 61, per il quale il diritto è una «tecnica di umanizzazione della tecnica».

²¹ Così per Aristotele e San Tommaso esistono due modelli di conoscenza, con proprie precipue caratteristiche e leggi strutturali, per così dire paralleli ma di verso contrario: un sapere speculativo, il cui modello è costituito dalla geometria, che procede da assiomi, e che si svolge deduttivamente, e un sapere pratico, come quello giuridico, per il quale la causa, il principio primo, è costituito dal fine verso cui ci si muove. Cf. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I II, q. 90, a. 2, ad 3: «Niente è stabilito con fermezza secondo la ragione speculativa se non mediante la sua risoluzione nei primi principi indimostrabili; allo stesso modo niente è stabilito con fermezza secondo la ragion pratica se non viene ordinato al fine ultimo, che è il bene comune». Così nel *Comm. Eth.*, VII, lect. 8: «Nell'agire il principio motore è il fine in vista di cui si agisce; questo, nelle azioni, ha dunque la stessa funzione delle supposizioni, cioè dei principi, nelle dimostrazioni della matematica».

mente nel mondo moderno esso è stato esemplato sul sapere teoretico, quello proprio delle scienze speculative, il cui modello è la geometria, e coincide con la legge, schema generale ed astratto, proiezione della volontà del legislatore, premessa maggiore del sillogismo giuridico. Questo capovolgimento epocale della concezione del diritto è gravido di conseguenze, per la maggior parte non colte nella loro reale portata, per lo meno nelle scuole dominate dal puro positivismo: se infatti il diritto è solo una tecnica, perché non potrebbe rendere legalmente possibile quel che è tecnicamente fattibile²²? Qui si annida la radice teorica dei problemi giuridici posti dalla bioetica, cioè dalla possibilità di ricreazione tecnica della nascita, della sessualità e della morte umana, che affligge la coscienza di molti contemporanei. E in effetti la grande difficoltà – visibile nell'Europa occidentale – a rispondere da un punto di vista giuridico, e non solamente morale o religioso, a siffatte questioni denota l'incapacità di uscire da una comprensione del diritto puramente come tecnica.

3. Secolarizzazione del diritto e apporto del cristianesimo

Da un punto di vista storico, certamente la tesi kelseniana prima richiamata rappresenta il culmine di quel processo di secolarizzazione che contraddistingue la storia occidentale: se Grozio in pieno sedice-

²² Per una trattazione più ampia del problema, rinvio al mio «Limiti e forme del sapere: una riflessione filosofico-giuridica sulla laicità della scienza e del diritto», *Iustitia* 60 (2007) 333-350.

simo secolo ricercava un diritto valido anche se Dio non ci fosse²³, e Compté riteneva che le fasi religiose e metafisiche della storia umana, con il loro bagaglio di dèi falsi e bugiardi, sarebbero state definitivamente soppiantate dal maturo pensiero positivista, non dobbiamo tuttavia ritenere la secolarizzazione come la rimozione o la progressiva insignificanza del religioso, ma «un'assimilazione del religioso all'interno del nuovo ordine sacrale-giuridico dell'universo»²⁴, fisico e giuridico, che veniva rielaborato, ossia «un'inserzione all'interno del diritto civile positivo di idee teologiche»²⁵. Così l'etica viene inclusa nel diritto pienamente da Pufendorf e Spinoza, ma già con Hobbes e Leibniz, fino a quando, con Rousseau, la virtù diviene «espressione non più di una teologia o di una filosofia morale, ma della coscienza collettiva eretta a religione civica»²⁶. Il diritto naturale *si è trasformato* in un insieme di principi morali, che a loro volta sono stati assimilati *all'interno* del diritto positivo: «elaborazioni dei diritti dell'uomo, costituzionalismo, primato della legislazione sono i grandi frutti di questa stagione ma all'interno del rafforzamento dello Stato»²⁷. E così le tesi giusnaturaliste, pur se sconfessate, rivivono come

²³ Cf. GROZIO, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, § 11: «Etiam si daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana». Certamente egli credeva in Dio, e affermava che la legge naturale presupponeva di fatto l'esistenza di Dio; tuttavia sosteneva che, anche se Dio non esistesse, la legge naturale continuerebbe ad esercitare tutto il suo potere, perché l'ordine dei valori, ancorato ad un mondo oggettivo ed esterno, rimarrebbe immutato.

²⁴ P. PRODI, *Una storia della giustizia* (cf. nt. 13), 404.

²⁵ P. PRODI, *Una storia della giustizia* (cf. nt. 13), 401.

²⁶ P. PRODI, *Una storia della giustizia* (cf. nt. 13), 410.

²⁷ P. PRODI, *Una storia della giustizia* (cf. nt. 13), 419.

correttivo dell'inevitabile strapotere dello Stato che è logico corollario del positivismo: prima, nel corso dell'Ottocento, si esprimono nello sviluppo della dottrina tedesca dello Stato di diritto, e, nel secolo successivo, nelle Costituzioni del dopoguerra²⁸, in seguito agli orrori dei totalitarismi.

La secolarizzazione del diritto appare – forse contrariamente all'apparenza – un portato della civiltà cristiana, basata sulle pagine dell'Antico e del Nuovo Testamento: è ben noto infatti che la radicale desacralizzazione della natura, e dunque il dominio umano su di essa, è una conseguenza della dottrina della creazione. L'Occidente cristiano, nutrito delle pagine della Genesi, non conosce l'intoccabilità del creato, che è invece affidato alla custodia dell'uomo, ed al suo giusto dominio. Ancora, dai Vangeli conosce una separazione attribuita a Gesù Cristo stesso tra le cose di Dio e le cose di Cesare: scompare la religione della *pòlis*, il sacerdozio non è più una magistratura (come nel mondo antico), né il supremo sacerdote è di per sé anche Cesare, come pure non ne è nominato o istituito. Anzi, proprio la Chiesa, nello sforzo secolare di definizione

²⁸ Va peraltro osservato che «i principi stabiliti dalle Costituzioni non sono certo diritto naturale. Essi, al contrario, rappresentano il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di "positivizzare" quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani. La Costituzione infatti, per quanto trascenda il diritto legislativo, non si colloca in una dimensione indipendente dalla volontà creatrice degli uomini e non precede quindi l'esperienza giuridica positiva». G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 155. In tal modo, dallo Stato di diritto *liberale*, caratteristico degli Stati ottocenteschi e delle loro Costituzioni flessibili, si giunge allo Stato di diritto *costituzionale*.

del suo diritto, lo distingue dalla morale e dalla teologia, mediante l'opera di Graziano, che inventa il diritto canonico²⁹: di conseguenza, de-magifica il potere, sottraendolo all'ambito sacrale, e anche qui ribaltando lo schema antico, cioè pre-cristiano. La "cattolicità" o universalità della Chiesa rompe definitivamente con l'idea di religione del *clan* o della *gens* o della *natio*: se le controversie tra comunità civile e comunità religiosa sono assolutamente coestensive allo svolgersi dei secoli, questo testimonia appunto la irriducibilità dell'una esperienza all'altra. Ancora, sempre la Chiesa, mediante l'elaborazione, a partire da Boezio fino a San Tommaso, del concetto di persona, che slitta dalle Persone della Trinità e dai dibattiti cristologici dei primi secoli fino a significare invece l'uomo, del resto creduto immagine e somiglianza di Dio, fornisce le basi per la formulazione del diritto secolare in termini personalistici; così le dottrine dei canonisti, basate appunto sul diritto naturale, elaborano una concezione del matrimonio basata sul libero reciproco consenso, e dunque sulla mutua indissolubile fedeltà. In particolare la donna viene così sottratta al potere del *pater familias* o al *mundio* germanico, superando così il concubinato ed il ripudio (unilaterale maschile, tipico, va notato, anche dell'Antico Testamento, che lo ammetteva per una quantità di motivi)³⁰, tipici del mondo antico.

Nell'ambito del rapporto tra singolo e Stato, va osservato che la libertà, e la conseguente uguaglianza,

²⁹ Com'è noto, questa è la tesi fondamentale di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione* (cf. nt. 13).

³⁰ Mi permetto di rinviare al mio «Il cristianesimo e la civiltà giuridica europea», *Civiltà Cattolica* 157/2 (2006) 145-156.

apportate dal concetto cristiano di persona, sono condizioni del darsi della democrazia, che appare così resa possibile non all'interno dell'esperienza greca delle città-stato, con la loro fondamentale struttura di disuguaglianza, e che pure ne elaborarono la primitiva nozione, ma del cristianesimo. Già Hegel³¹ insegna che del mondo persiano è propria la libertà di uno solo, il satrapo; del mondo greco-romano, la libertà di alcuni, i migliori per virtù, bellica o economica; ma soltanto nel mondo moderno (cioè: cristiano) la libertà è di tutti. Lo Spirito è dato a tutti, e in ognuno c'è la radicale figliolanza divina. Vengono in mente le parole di G. Bernanos: «Dio ha salvato ognuno di noi, e ognuno di noi vale il sangue di Dio. Puoi tradurla come ti pare [...] ma ti costringe a mettere vicine delle parole che esplodono al minimo contatto»³². In questo senso, la democrazia è stata resa storicamente possibile dal cristianesimo, poiché ne ha posto le premesse teoriche, alle quali le civiltà precedenti da sole non potevano giungere: la dignità della persona, fondata *teologicamente*, e, dunque, la libertà e l'uguaglianza. Ed è noto l'apporto allo sviluppo della democrazia moderna dato dalle esperienze parallele, storicamente e filosoficamente, dei Comuni medievali e degli Ordini mendicanti, con la loro struttura capitolare, ossia con le deliberazioni prese a maggioranza, e non più dalla sola

³¹ Cf. G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Werke, Frankfurt a. M. 1970, 134: «Der Orient wußte und weiß nur, daß *Einer* frei ist, die griechische und römischer Welt, daß *Einige* frei seien, die germanische Welt weiß, daß *Alle* frei sind». Va notato che il mondo germanico «beginnt mit der im Christentum geschehenen Versöhnung».

³² G. BERNANOS, *Diario di un curato di campagna* [trad. it.], Milano 1998⁸, 43.

sanior pars dei monaci, secondo le più antiche tradizioni³³.

Anche in queste esperienze storiche possiamo constatare *un'esperienza fondamentale di ingiustizia* corretta in base ad un'aspirazione o *concezione positiva di giustizia* che come tale non apparteneva all'ambito puramente legale o positivo, o, più semplicemente, all'esperienza empirica. Il giusnaturalismo, in senso ampio, veicolato da queste concezioni, si propone come istanza critica del presente percepito come ingiusto, ed elemento di progresso e rottura al tempo stesso. Alcuni *valori condivisi*, in altri termini, sprigionano una forza propulsiva che dilatano, trasformando, l'esperienza giuridica stessa che dunque non rimane conclusa nella sua semplice datità positiva. Potremmo dire che lo Stato vive di presupposti non riconducibili allo Stato stesso, ma alla comunità, ed il diritto è prodotto di quest'ultima, non del primo. In realtà, «non sono scientifici i fondamenti della scienza, e non sono politici i fondamenti della politica»³⁴: essi rinviando sempre ad un *oltre* il loro specifico orizzonte. E questo è il significato proprio del giusnaturalismo.

³³ Cf. G. DALLA TORRE, «L'apport de l'Église à la démocratie», in *L'héritage religieux du droit en Europe*, ed. J.B. D'ONORIO, Paris 2004, 155-170.

³⁴ M. PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani. Il cristianesimo, l'Europa, l'etica*, Milano 2008, 47. Abbiamo precedentemente notato (nota 21), descrivendo l'equiparazione metodologica tra diritto e geometria, e la riduzione o assorbimento del primo nell'ambito del sapere teoretico, che ogni geometria si basa su dogmi o postulati anipoteticamente assunti: la scienza si basa quindi su presupposti non dimostrati, e di lì costruisce un sapere razionale, ipoteticamente certo.

4. La *Grundnorm* ed il problema del fondamento

Sembrerebbe tuttavia che nei nostri ordinamenti giuridici contemporanei, tutti concepiti in un'ottica fondamentalmente positivista, non rimanga ormai spazio alcuno per l'apporto del giusnaturalismo, il quale sembrerebbe avere terminato la propria funzione propulsiva – paradossalmente – con la propria positivizzazione, nelle attuali Costituzioni. Le istanze superiori di giustizia, come ad esempio i grandi principi di promozione della dignità della persona umana e di tutela dei più deboli (i così detti diritti sociali), si trovano infatti *già* precipitate in precise disposizioni normative, che dispongono che lo Stato li *debba già* perseguire: tutto questo permette di mantenere un sistema giuridico basato sulla legge, e non dottrinale o giurisprudenziale, (“Stato di diritto”) e perciò statuale e formale, al tempo stesso aperto a una continua revisione in senso sostanziale (“Stato di diritto *costituzionale*”).

In effetti, l'invenzione della Costituzione in quanto tale, ossia di una legge sovraordinata, più “forte” rispetto alle altre, e tale da invalidarle qualora fossero difformi ad essa, è probabilmente l'invenzione più originale del ventesimo secolo, e non è senza significato che essa fu elaborata per la prima volta nella storia giuridica³⁵ proprio ad opera di H. Kelsen, prima ricordato. Per il giurista praghese, l'intero ordinamento giuridico viene così a costituire una piramide a gradini, o *Stufen-*

³⁵ Anche se va riconosciuto che dobbiamo precisamente a A. ROSMINI, *La Costituzione secondo la giustizia sociale*, cit. in P. COSTA – D. ZOLO (ed.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, 107, la prima enucleazione di detto organo, formalmente giudiziario ma sostanzialmente legislativo.

bau, basato sulla norma fondamentale, o *Grundnorm*, che, come norma sulla produzione, conferisce validità a tutte le altre, ossia alle leggi ordinarie: validità, o legittimità, non è altro che l'essere stata prodotta conformemente alla procedura prevista dalla Costituzione³⁶. La forma della produzione garantisce l'applicazione del metodo democratico, della rappresentanza e della divisione dei poteri, ed in tal modo i principi liberali "classici" si arricchiscono di ulteriori significati, le istanze appunto rappresentate dalle Costituzioni. È interessante tuttavia osservare che, proprio secondo Kelsen, detta norma «non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa *non è posta, ma presupposta* come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo»³⁷. Ragionando cioè sui fondamenti, o, se preferiamo, sul limite, in questo caso tra ciò che è diritto e ciò che non lo è (ancora), verifichiamo che *i presupposti* del diritto non sono giuridici, anche se con-

³⁶ Cf. H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 16), 104: «Dato che per il carattere dinamico del diritto una norma vale perché e in quanto è stata prodotta in una forma determinata, determinata cioè da un'altra norma, quest'ultima [la *Grundnorm*] rappresenta il fondamento di validità della prima». D'altra parte, la "legittimità" risolve in se stessa il problema della "giustizia": «"Giusto" è qui soltanto una parola diversa per dire "legale"». H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 16), 57.

³⁷ H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 16), 99. In questo senso, è vero che essa è ambigua, perché costituisce un'interfaccia, o una terra di mezzo, tra il legale e il pre-legale; essendo presupposta, non è legale, ossia legittima, in quanto non è posta secondo le regole sulla produzione, e, in quanto invece fonte di ogni possibile legalità, rappresenta il massimo livello ed il punto di più alto valore che può assumere la legge stessa. Sul punto, cf. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1984², 147-159.

feriscono giuridicità al diritto stesso: un'estensione, *eadem ratione*, di quanto prima abbiamo sostenuto, ossia del fatto che i fondamenti della politica non sono politici e i fondamenti della scienza non sono scientifici³⁸. E questo rimanendo all'interno del più rigoroso sistema positivista elaborato finora, anzi, rimanendo all'interno della matrice di ogni positivismo.

Ma c'è di più. Kelsen stesso capì che la sua "dottrina pura" del diritto si risolveva in un insieme di testi non contraddittori rispetto alla *Grundnorm*, e si vide costretto a fare riferimento all'efficacia, ossia all'effettiva osservanza del diritto, al suo vissuto consenso, come *condicio per quam* della stessa validità, ossia della tenuta logica delle sue proposizioni³⁹. Il che si-

³⁸ Infatti nessuna scienza che si muove all'interno del suo presignato orizzonte può essere verificata o falsificata, e le categorie di "vero" o "falso" sono semplicemente equivalenti a "coerente" o meno con gli assiomi di partenza, che sono peraltro *anipotentemente* assunti, rappresentando delle credenze accettate. Così la geometria euclidea si costruisce dai suoi cinque assiomi fondamentali, ma niente vieta di costruire altri spazi geometrici partendo da altri assiomi o postulati, come appunto avviene nelle geometrie non-euclidee: infatti una geometria, come insieme di proposizioni non contraddittorie, non è né vera né falsa, ma solo coerente coi presupposti. Così accade anche per gli ordinamenti giuridici costruiti su questo particolare modello di conoscenza.

³⁹ Cf. H. Kelsen, *Lineamenti* (cf. nt. 16), 101: «Un ordinamento normativo deve perdere la sua validità di fronte alla realtà che cessa di corrispondergli fino a un certo grado. La validità di un ordinamento giuridico [...] si trova pertanto in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche, come si suol dire, alla sua efficacia». Ancora H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* [trad. it.], Torino 1975³, 241: «L'efficacia è condizione nel senso che un ordinamento giuridico, considerato come totalità, ed una singola norma giuridica non possono più considerarsi validi, quando cessano di essere efficaci».

gnifica che il diritto, anche considerato in una prospettiva positivistica ed escludendo ogni rinvio a concezioni metafisiche o religiose, necessariamente si riferisce a qualche cosa che va *fuori di sé*, un *oltre* che è un *altro*, proprio come una ragnatela, che qui è metafora del procedere deduttivo e intersecantesi delle proposizioni normative, ha bisogno di poggiare su punti-forza esterni per reggersi; e questi punti-forza non appartengono alla ragnatela come tale, ma ad altre dimensioni, che sono il consenso della comunità su valori comunemente condivisi, o valori diffusi, su di un “bene” e un “giusto” previ alle leggi come tali. E in questo senso, le stesse parole di Kelsen precisano la sua stessa affermazione già ricordata, per la quale la scienza giuridica deve limitarsi a descrivere il diritto così come è, senza interessarsi di come dovrebbe essere, ovvero la delimitano nel loro esatto significato, che è quello di una prospettiva metodologica, non della negazione dell’esistenza o della conoscibilità dei valori stessi. Del resto, è ovvio che, se la volontà del legislatore fosse semplicemente legge a se stessa – com’è implicito nella radicalizzazione di ogni positivismo – lo Stato di diritto verrebbe a coincidere semplicemente con il diritto dello Stato⁴⁰. Ne deriva dunque da quanto abbiamo affermato che l’efficacia delle leggi, ossia la loro osservanza in quanto percepite

⁴⁰ Come sentì chiaramente C. SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart 1984³, 41: «Jede Ordnung ist eine Rechtsordnung und jeder Staat ein Rechtsstaat», cit. in M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996, 30. In tal modo il problema del diritto viene trasportato all’ambito della politica, intesa come conservazione e gestione del potere: il diritto diviene sovrastruttura o funzione della politica, perdendo così la propria identità.

come doverose, buone o giuste, comunque colte in una dimensione meta legislativa, o, se vogliamo *lato sensu* morale, rientra pienamente nella stretta concezione positivistica del diritto. Nonostante tutto, se è vero che la Costituzione non precede l'esperienza giuridica positiva⁴¹, dobbiamo, e proprio a partire da Kelsen, ammettere che quest'ultima non nasce dal nulla e non si appoggia sul nulla: l'efficacia, *condicio per quam* della stessa validità del sistema, ce lo rivela.

5. Prospettive metodologiche

Appare dunque pienamente giustificata l'affermazione per la quale «lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire»⁴². E questo legame precedente non è dato, come alcuni temono⁴³, dalle Chiese o dal cristianesimo, in modo tale che tra le Chiese, e segnatamente la Chiesa cattolica, e lo Stato verrebbe a delinearci una sorta di asimmetria, per la quale l'equilibrio sarebbe sbilanciato⁴⁴ a sfavore dello Stato come bisognoso di fondamento, di contro alla maestà autoreferente del Pa-

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* (cf. nt. 28), 155: «La Costituzione infatti, per quanto trascenda il diritto legislativo, non si colloca in una dimensione indipendente dalla volontà creatrice degli uomini e non precede quindi l'esperienza giuridica positiva».

⁴² E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita* [trad. it.], Roma – Bari 2007, 53.

⁴³ Per tutti, cf. G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma – Bari 2008, 35-44.

⁴⁴ Cf. G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità* (cf. nt. 43), 21: «un'asimmetria a tutto danno dello Stato».

pato o delle pretese veritative delle religioni: non è vero, semplicemente, che cercare un legame unificante precedente le libertà costituzionali «corrisponde ad un'idea di democrazia protetta, a sovranità limitata»⁴⁵. Piuttosto, ne deriva che il diritto si rivela come «una mediazione tra politica ed etica, dove l'etica è intesa come l'ambito complessivo di ciò che nella società è l'*ethos* effettivo, che a sua volta può venire fornito da fonti diverse (il mito, la religione, la Rivelazione cristiana, l'autonoma etica della libertà)»⁴⁶. Esso si dà in una sua relativamente continua ridefinizione, rimanendo quindi realtà tutta umana e secolare: mediazione continua tra *entrambi* i fronti, e quindi irriducibile alla pura politicità o alla semplice eticità, come del resto la storia della civiltà giuridica europea dimostra.

Vi è dunque un circolo virtuoso tra diritto, etica e politica, che continuamente si rinviano, e mai si escludono. La “norma ad una dimensione”⁴⁷, cioè la giuridicità ridotta a pura espressione positiva e privata di ogni aggancio morale, diviene inevitabilmente totalitaria⁴⁸: questo è il fenomeno speculare, tipicamente oc-

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità* (cf. nt. 43), 42.

⁴⁶ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione* (cf. nt. 42), 27.

⁴⁷ P. PRODI, *Una storia della giustizia* (cf. nt. 13), 480.

⁴⁸ La forma moderna del paternalismo o dello Stato eudaimonista, «un'autentica degenerazione. Lo Stato non decide solo della uguaglianza sociale, decide anche del *bene morale*. Ad esempio, decide di nascite, unioni matrimoniali, qualità della vita, dignità della persona, morte, sesso. Lo slogan tipico dello Stato paternalistico “dalla culla alla bara” non vale più soltanto sul terreno sociale, vale alla lettera, in senso stretto e su ogni terreno, compreso quello etico: lo Stato decide chi e come può entrare in una culla e quando e in che modo è il momento di scendere in una

cidentale, contrapposto al fondamentalismo islamico, dove è invece la legge morale e religiosa a sostituire quella civile. Due manifestazioni di uno stesso problema, che nella sua radice si rivela come l'aver concepito il rapporto tra diritto, etica e politica come di esclusione reciproca, e non di osmosi, o rinvio. Così i nuovi possibili totalitarismi sono, da un lato, l'onnipotenza e la pervasività del diritto, e la ricostruzione della stessa antropologia umana, nella vita, sessualità e morte, e, dall'altro, i vari fondamentalismi religiosi, che fanno di Dio un *instrumentum regni*. Infatti «se non esiste nessuna verità ultima la quale guida e orienta l'azione politica, allora le idee e le convinzioni possono essere facilmente strumentalizzate per fini di potere. Una democrazia senza valori si converte facilmente in un totalitarismo aperto oppure subdolo»⁴⁹.

Accanto ad una possibile interpretazione dell'ordinamento giuridico secondo l'immagine della piramide a gradini, noi proponiamo invece quella della rete, o dell'alveare: il sapere giuridico, e l'interpretazione dei fatti data dalle leggi, si snoda come sapere deduttivo e sillogistico, secondo le forme proprie di una scienza, e così intendiamo salvare le acquisizioni "moderne" del diritto come scienza teoretica, e non solo pratica. Tuttavia, questa casella dell'alveare si appoggia e si inserisce tra altre caselle, che sono le

bara. [...] Con ciò lo Stato paternalistico compie una *espropriazione della morale*, diventa un *monopolista etico*. [...] Dovendo entrare in *tutti* gli aspetti della vita, lo Stato paternalistico diventa uno *Stato etico totalitario*». M. PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani* (cf. nt. 34), 138. Corsivo nel testo. Questo è precisamente il rischio che l'Occidente sta correndo.

⁴⁹ GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Centesimus annus*, n. 46.

scienze proprie degli altri ambiti umani, e segnatamente, oltre all'economia e alla sociologia, il sapere morale e quello teologico, giacché non vi è dubbio che le concezioni morali e religiose condivise costituiscono un punto di riferimento per il diritto storicamente espresso, sebbene con esso non coincidano né possano coincidere. L'interdipendenza o il dialogo continuo, la reciproca osmosi tra questi ambiti – e in particolare le istituzioni che li esprimono, segnatamente le Chiese costituite e le formazioni sociali civili – costituisce una fonte inesauribile di intelligenza del fatto giuridico, e particolarmente della legge positiva come valore emergente all'interno di altri, pur storicamente dati. Questo impedisce l'assunzione totalitaria del fenomeno giuridico come dato positivamente insuperabile, e dunque l'arroganza del potere politico, riconsegnando alla comunità dei giuristi, e particolarmente alla giurisprudenza costituzionale, un ruolo guida nell'elaborazione del diritto, sottraendolo alla mera sudditanza del legislatore, senza al tempo stesso emarginarlo o svilirlo, salvaguardando così la primazia della legge propria dell'esperienza dello Stato moderno e liberale. In questo modo, viene recuperata l'istanza tipica del sapere antico, che vede nel diritto una scienza pratica e non teoretica: al tempo stesso, l'esperienza giuridica viene a costituire una realtà caratterizzata da una pluralità di centri, una rete con centri diffusi, o policentrica⁵⁰, nella quale l'interscambio

⁵⁰ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale* (cf. nt. 2), 21-25, dedica pagine molto interessanti a questa nuova morfologia del diritto basato su di un'organizzazione senza un centro, e quindi non più sulla sovranità ma sulla cooperazione, anche comparandola a figure simili, medievali e moderne.

reciproco e continuo è tanto essenziale, per il *continuo farsi* del diritto, specialmente a livello giurisprudenziale, quanto la posizione a livello *legislativo*, o del diritto *già fatto*.

In tale schema il farsi dell'ordinamento giuridico, o del diritto come ordinamento, non avviene più secondo il semplice – e riduttivo – schema del sillogismo giuridico, ma avviene in una rete di rimandi, che non coinvolgono più il solo legislatore ed il giudice come interprete-esecutore (o “bocca della legge”, secondo la nota definizione di Montesquieu). Questi rimandi invece si svolgono tra la società o comunità, con il suo sentire diffuso di valori meritevoli di tutela (ossia tra l'ordinamento giuridico concepito come ordine delle cose già esistente), il legislatore o le fonti positive del diritto (ordinamento inteso come insieme di comandi) con le scelte politiche concrete che pongono determinati valori assumendoli come giuridicamente rilevanti, e i giudici, interpreti e custodi di un ordinamento non solamente dato, ma *che continuamente si dà e si crea*, in vista della tutela della persona, i cui diritti ogni Costituzione occidentale, moderna e liberale, presuppone e garantisce.

Oltre e prima, non storicamente ma logicamente, di ogni ordinamento giuridico, e suo vero fondamento costituzionale anche da un punto di vista strettamente positivista⁵¹, troviamo la persona umana, gli uomini e le donne esistenti, materialisticamente intesi come in-

⁵¹ Cf. ad esempio l'art. 2 della Costituzione italiana, che *ri-conosce e garantisce* i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Ma disposizioni simili sono rinvenibili in tutte le Costituzioni occidentali.

dividui appartenenti alla specie umana, dotati di un “diritto ad avere diritti”, ossia di personalità giuridica, non conculcabile e non negoziabile, ma fonte di ogni successiva negoziazione e sviluppo. Essi costituiscono l’ordinamento giuridico vivente⁵², cioè il senso e come l’orizzonte insuperabile di quel fenomeno tutto storico e tutto umano che è il diritto: *hominum causa omne ius constitutum est*⁵³.

OTTAVIO DE BERTOLIS, S.I.

⁵² A. ROSMINI, *Filosofia del diritto* (edizione nazionale delle opere editate ed inedite di A. Rosmini-Serbati, diretta da E. Castelli), Padova 1967/69, I, 191: «La persona dell’uomo è il diritto umano sussistente: quindi anco l’essenza del diritto».

⁵³ ERMOGENIANO, in *Digesto*, 1, 5, 2.

Imprimi potest: Roma, 3 marzo 2010
R.P. GIANFRANCO GHIRLANDA, S.J., *Rector Universitatis*

Imprimatur: Dal Vicario di Roma, 9 marzo 2010
S.E. Mons. Luigi MORETTI
Vescovo tit. di Mopta - Segretario Generale

Direttore responsabile: SERGIO BASTIANEL, S.J.
Redactio: JAMES J. CONN, S.J., *Direct.* - ROBERT GEISINGER, S.J.,
DAMIÁN G. ASTIGUETA, S.J.

Autorizzazione Tribunale di Roma N. 841 del 12 Aprile 1949



Associato all'Unione Stampa Periodica Italiana

Finito di stampare nel mese di maggio 2010
da Mediagraf S.p.A.