

## ETICA, SCIENZA E GIUSTIZIA: TRE SORELLE , FIGLIE DELLA STESSA COSCIENZA RAZIONALE

di **TITO LIVIO RIZZO**

*Senior Fellow, Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton*

Compito di un giurista non è solo di conoscere le leggi come sono, ma di interrogarsi anche su come debbano essere. Chi ignora come una cosa debba essere non può neanche sapere come essa sia.

Non vi è nessun concetto giuridico riguardante un ordinamento storicamente considerato, che possa prescindere da concetti non giuridici che ne costituiscono il presupposto necessario, sia in campo etico, che religioso, economico, sociale e (oggi) scientifico.”.

Il diritto è innanzi tutto un’espressione dell’uomo che appartiene, al pari della filosofia, dell’arte, della musica, della poesia, alle cose *quae sunt spiritus*; ma poiché i suoi dettami naturali non sono sempre ascoltati dalla coscienza, entrano in campo le norme stabilite dai singoli ordinamenti positivi, che ne dovrebbero recepire lo spirito, indirizzando le relazioni tra i singoli, come quelle tra gli Stati, all’osservanza di regole comuni impresse da sempre ed ovunque nella mente e nel cuore di tutti.

Esso si sostanzia nel diritto naturale, che fa parte della coscienza: questa impostazione, detta del giusnaturalismo, cui si contrappone quella denominata giuspositivismo, presuppone una condizione di esistenza in natura che precede la costituzione dello Stato che è, viceversa, una costruzione convenzionale.

Sicchè mentre nello Stato non esisterebbero *mala in se*, ma soltanto *mala quia prohibita*, riducendosi il giusto e l’ingiusto ad una scelta effettuata di volta in volta dal legislatore, per i giusnaturalisti esistono delle leggi naturali sovraordinate a quelle dei vari ordinamenti ed alle quali anzi questi ultimi dovrebbero ispirarsi.

Già a partire dal V secolo a.C. era stata elaborata dal mondo greco la distinzione fra leggi umane espressamente emanate e leggi non scritte, che avrebbero dovuto essere universalmente valide in quanto conformi all’ordine divino nel mondo.

Dalle intuizioni dei classici sull’uguaglianza naturale e sulla libertà degli uomini, furono poste le prime basi per la moderna elaborazione concettuale dei “diritti umani”.

*Platone* (427-347 a.C.), dopo l'ingiusta morte di Socrate, si pose il problema della ricerca di valori morali oggettivi, superiori a quelle leggi umane in ottemperanza alle quali aveva cessato di vivere il grande filosofo. ed espose la prima grandiosa teorizzazione del concetto di giustizia nel pensiero occidentale, asserendo che compito del legislatore doveva essere quello di tradurla in dei precetti concreti nella realtà storica, caratterizzati più dalla persuasività che dalla minaccia della sanzione.

La cultura avrebbe costituito il miglior viatico per comprendere che cosa fosse la giustizia e, di conseguenza, per poter reggere degnamente la *polis.*, nel cui ambito il fine ultimo delle leggi doveva essere quello di garantire la pace e di evitare le guerre civili.

*Aristotele* (384 – 322 a.C.).sostenne che la virtù era il risultato della costante ripetizione di comportamenti volti al bene e che virtù per eccellenza era la giustizia in senso ampio, che comportava equilibrio ed ordine nel proprio "io", come nel relazionarsi con gli altri. A tal fine occorreva "rispettare le leggi", nel cui ambito si produceva e si conservava la felicità.

Dal diritto "legittimo", che era quello vigente nei vari Stati, Aristotele distinse quello naturale, concepito come un insieme di precetti ovunque validi, ispirati agli uomini da esigenze comuni alla loro natura o ragione.

*Cicerone* espresse concetti non dissimili: , dicendo che era vera legge la retta ragione che concordava con la natura, capace di diffondersi tra tutti, immutabile, eterna.. I giureconsulti romani in genere evidenziarono una serie di precetti razionali in cui era dato identificare quell'ideale del Giusto in assoluto, cui avrebbero dovuto ispirarsi le legislazioni particolari

Il *jus civile* riguardava peraltro i soli *cives romani*; per cui in seguito all'espansione di Roma, si rese necessario il ricorso ad una terza fonte normativa, che fu il *Jus gentium*, scaturito dalla constatazione dell'esistenza di istituti comuni ad altri popoli, che indusse la dottrina ad identificarlo senz'altro con il richiamato diritto naturale.

Nell'età imperiale il titolare del potere legislativo si presentò come *lex animata in terris* e con l'avvento di *Giustiniano* fu sancito inequivocabilmente l'accentrarsi del potere normativo nelle mani del solo imperatore.

A livello di elaborazione dottrinale per definire il concetto di giustizia, nella storia del pensiero filosofico assume un particolare rilievo, innanzi tutto, quello di *S. Agostino* (354-430 d.C.), il quale sostenne la perfetta compatibilità e complementarietà tra la fede e la ragione, in quanto entrambe derivanti da Dio. La felicità risiedeva prioritariamente nella sapienza, nel vivere in conformità a ciò che di più alto possedeva l'uomo: la ragione.

Quella ragione- spiegò- che spingeva l'uomo alla ricerca della legge naturale, che egli poteva solo in parte trovare, senza tuttavia essere in grado di giungere alla totale comprensione di tale legge.

Dopo l'età longobarda, che segnò realmente e definitivamente la frattura tra il mondo romano classico e la cultura barbarica, fu *Carlo Magno* con i suoi Capitolari ad assicurare certezza ed uniformità al diritto pubblico.

In seguito alla frantumazione del suo Impero, tale diritto tornò tuttavia ad essere sopraffatto da una pluralità di fonti di produzione normativa, proprio come era avvenuto dopo la fine dell'Impero romano d'Occidente.

Con la Rinascenza giuridica del XII secolo ad opera dei glossatori bolognesi seguaci di Irnerio, i sacri testi della compilazione giustiniana, già oggetto di interpolazioni, fraintendimenti e riassunti approssimativi nell'Alto Medioevo, furono riscoperti nella loro integrità con un sentimento di devota ammirazione da parte dei “*doctores*”.

Il diritto romano giustiniano, così riesumato, prese l'attributo di comune e si diffuse in tutta Europa, anche in quei Paesi come l'Inghilterra che non avevano avuto un retroterra culturale latino, poiché fu considerato la scienza giuridica per eccellenza.

In Inghilterra già a far data dalla *Magna Charta* (1215), si affermò il principio della “anteriorità logica” dei diritti fondamentali, rispetto al potere sovrano. Pertanto le codificazioni che ne seguirono non furono costitutive di nuovi diritti, ma “ricognitive” di antiche libertà già consolidate nel popolo inglese.

Nell'Europa continentale, dopo la diffusione del diritto comune, venne per converso a radicarsi la tesi che il *Princeps* non era libero di fare o disfare le leggi a suo piacimento, ma che era legittimato a riformarle solo in presenza di una giusta causa riferibile ad un'oggettiva necessità utile a carattere generale.”.

Il richiamato diritto comune non ebbe vigenza se non in via integrativa e sussidiaria, ma la sua importanza – come si è evidenziato – fu notevolissima per l'affermazione di una cultura omogenea presso i giuristi europei, facilitando così i rapporti fra le nazioni e gli scambi fra i popoli.

Esso servì inoltre a conferire ordine logico e sistematico alle varie legislazioni nazionali, miranti ad acquisire dignità anche nella forma.

Per tale via si affermò l'unità giuridica dell'Europa, con una cultura del diritto aggregante per gli uomini del Medioevo e del Rinascimento, protesi a scoprire nelle fonti romanistiche le perenni norme ideali del Buono e dell'Equo.

Nel mondo della legalità nasceva così il primo pilastro dell'unità spirituale dell'Europa ; il secondo fu dato dal cristianesimo, in seno al quale mentre gli allievi di S. Tommaso avrebbero sostenuto *“imperatum quia bonum, prohibitum quia malum”*, presupponendo l'intrinseca liceità o illiceità di un dato comportamento precedente al precetto che lo avrebbe definito nell'uno o nell'altro senso, i seguaci del pensiero volontaristico francescano, invertirono i termini dialettici, sostenendo *“bonum quia imperatum, malum quia prohibitum”*.

Fra il XVI ed il XVIII secolo si diffusero le teorie della Scuola del diritto naturale, facenti appello alla ragione ed alla natura in antitesi al peso della tradizione e di principi consolidatisi nel tempo, per cui furono poste inconsapevolmente anche le basi per la giustificazione etica dei futuri moti rivoluzionari.

Il diritto in questione fu tuttavia disancorato da ogni pregresso riferimento al volere divino, con l'affermazione di regole pre-statali autogiustificantesi, come i diritti di libertà (di pensiero, di parola ,etc...).

Vennero conseguentemente abbandonate le istanze unificanti ed universalizzanti del giusnaturalismo cristiano, innanzi all'affermazione di valori come la coscienza e la libertà individuale, al cui cospetto lo Stato doveva autolimitarsi e garantirne la salvaguardia. Era l'affermazione laica dei diritti innati, cui avrebbe fatto riferimento la Costituzione degli Stati Uniti d'America.

Due furono i filoni del razionalismo che si vennero ad affermare: quello di ispirazione cartesiana, per cui l'intelletto umano intuiva prioritariamente determinate verità incontrovertibili, da cui deduceva successivamente alcune conseguenze (metodo analitico-deduttivo); quello di derivazione baconiana, che basava la possibilità e la validità della conoscenza della natura esclusivamente sull'esperienza, dalla quale venivano enucleati in seguito i principi generali (metodo induttivo, o *“a posteriori”*).

Si consolidarono fra il 600' ed il 700' gli Stati nazionali, contestualmente al venir meno dell'organizzazione feudale ed all'affermarsi sempre più vigoroso della classe emergente borghese.

I sovrani delle grandi dinastie europee mirarono a realizzare una legislazione unitaria, , per superare definitivamente il frammentarismo giuridico che aveva caratterizzato il periodo del Medioevo, assicurando il progresso morale e civile dei rispettivi popoli, con delle riforme legislative ispirate a necessità o utilità d'ordine generale oggettivamente dimostrabili, per rispondere al più volte invocato principio di *razionalità*.

Il giusnaturalismo laico cui si è fatto cenno, prese le mosse dal *Grozio* (1583-1645), il quale postulò l'esistenza di principi "autoevidenti" ricavabili a priori deduttivamente, o a posteriori, tramite l'analisi storico-comparatistica di norme comuni ai vari popoli, significanti il "*consensus omnium gentium*" su di esse.

In tale ottica, le azioni ispirate dalla ragione erano "*ex se*" obbligatorie e dunque buone, anche se Iddio non fosse mai esistito; ma in realtà esse erano vietate o permesse proprio dal Creatore di tutte le cose naturali.

Il diritto positivo non doveva scaturire solo dalla forza o dalla necessità di perseguire finalità contingenti, bensì doveva ispirarsi a quella razionalità che sola poteva consentire di discernere il bene dal male

Di tenore ben diverso furono le tesi sostenute dal contemporaneo *Hobbes* (1588-1679), il quale partendo dalla pessimistica affermazione di un' innata bellicosità del singolo nei riguardi dei suoi simili (*homo homini lupus*), ritenne indispensabile che tutti si accordassero, per creare lo Stato (Leviatano), in seno al quale, rinunciando ai loro diritti – salvo quelli alla vita ed all'integrità fisica -, ne avrebbero ricevuto in cambio la pace, la tranquillità e l'ordinata convivenza civile.

Il potere così delineato non derivava più da Dio, bensì dagli uomini, che con il loro contratto sociale vi avevano rinunciato in favore dello Stato, unica fonte di diritto e di etica. Con il *Locke* (1632-1704) l'ordine morale naturale si manifestava alla ragione tramite l'esperienza, , per cui la razionalità dell'agire di un soggetto era comprovata dal consenso o dal dissenso sociale, peraltro cangianti nel tempo.

Al di sopra di siffatta mutevolezza, la coscienza morale (o ragionevolezza) aveva il suo parametro di validazione nell'ordine posto da Iddio stesso, la cui voce – spiegava il *Locke* – era peraltro ascoltata ed interpretata variamente tra le diverse genti, onde si aveva una pluralità di religioni storiche, che andavano tutte rispettate (principio di "tolleranza")..

Anch'egli, come l'*Hobbes*, postulò la necessità di un'organizzazione statale, che però non era assoluta, ma di tipo liberale, essendo articolata in tre distinti poteri: il legislativo, l'esecutivo ed il federativo (che era quello di gestire la politica estera).

Il contratto sociale che vi aveva dato origine, era un libero patto in virtù del quale gli individui non venivano a spogliarsi di ogni potere innanzi ad uno Stato onnipotente, ma solo di quello di difesa e di farsi giustizia da soli. In conseguenza di ciò, *lo Stato trovava ragione e limite nel fine stesso per il quale era stato istituito: provvedere a difendere i diritti naturali alla vita, alla libertà ed alla proprietà, ad esso preesistenti*.

Nel caso di violazione del patto sociale tra governati e governante, scattava il c.d. diritto di resistenza, che poteva condurre anche al tirannicidio.

Tale diritto era fruibile in tre ipotesi: 1) l'aggressione da parte di uno Stato straniero; 2) l'usurpazione del potere con un colpo di mano (tirannide in quanto *sine titulo*); 3) l'abuso di potere del Sovrano già legittimamente eletto (c.d. tirannide *quoad exercitium*

Nello Stato da lui configurato era la maggioranza a dover stabilire quali fossero le regole entro le quali poteva agire il *Princeps*.

Fu convintamente assertore della certezza della legge, che doveva esprimersi in regole chiare e concise, nell'ambito di un ordinamento che doveva presupporre intrinsecamente completo.

Teorizzatore di una terza via fra la ricordata astratta razionalità universale ed il giusnaturalismo empirico, fu il *Montesquieu* (1689-1755), il quale sostenne che la giustizia intrinseca delle leggi andava ancorata al comune sentire di un popolo, dinamicamente osservato nel suo divenire storico. Quindi ciò giustificava l'esistenza di ordinamenti diversi, validi se ed in quanto espressivi delle rispettive culture di riferimento.

Egli scrisse che il governo più conforme a Natura era quello il cui carattere particolare meglio si accordava al carattere del popolo per il quale era stabilitosi sul quale influivano il clima, la religione, le leggi, le massime di governo, gli esempi dell'antichità, i costumi, le usanze.

Il governo moderato da lui teorizzato, poteva realizzarsi attraverso un sistema di contrappesi giunto fino ai giorni nostri nella configurazione di uno Stato democratico liberale, tramite l'autonomia ed il controllo reciproco dei tre poteri fondamentali: il legislativo, l'esecutivo ed il giudiziario..

Nel cogliere tra le aspirazioni comuni a tutti i popoli della terra quella alla stabilità sociale, con una corretta amministrazione della giustizia e con il rispetto delle leggi, il *Montesquieu* intuì peraltro che un desiderio smodato di sicurezza poteva preludere anche alla rinuncia della libertà e, quindi, all'avvento della dittatura

Il *Rousseau* (1712-1778) scrisse il Contratto sociale (1762) con cui venne a teorizzare ampiamente, seppure con argomentazioni non sempre lineari e coerenti, l'assolutismo di Stato, in ragione del quale innanzi alla potenza di un'asserita "volontà generale", avrebbe dovuto piegarsi ogni volontà particolare ed individuale.

Il singolo in relazione all'esigenza di vivere in società aveva l'obbligo di stipulare tale Contratto, manifestando una volontà che, una volta espressa, era perennemente vincolante ed irrevocabile.

La persona doveva dunque cedere tutti i diritti naturali alla comunità cui aveva aderito (compreso quello alla vita); in ossequio ad una fumosa una "volontà generale", che non era né un volere unanimistico, né maggioritario, ma una chimerica volontà che rappresentava gli interessi di una comunità, perché volta alla ricerca del bene comune, decidendo essa stessa che cosa fosse male o bene..

Un altro filone che avrebbe contribuito allo sviluppo di sistemi liberticidi di destra e di sinistra, fu quello che prese le mosse dal pensiero di *G. Hegel* (1770-1831), il quale configurò a sua volta uno Stato "etico", ravvisandovi la più alta espressione di libertà nel mondo. Lo Stato qui non era la risultante della somma di volontà individuali, ma veniva a porsi esso stesso come uno "spirito vivente" o "ragione incarnata", frutto millenario di una razionalità che era venuta a concretizzarsi visibilmente in uno stabile assetto istituzionale, sottratto alla mutevolezza del pensiero e della forza dei singoli individui..

Nella riflessione giuridica del secolo dei Lumi, una particolare risonanza ebbe il nostro *Gaetano Filangieri* (1752-1788), che nell'arco della sua pur breve vita, ebbe modo di elaborare una poderosa Scienza della legislazione, che mantiene ancor oggi degli spunti di viva attualità.

Tutta l'opera sua fu ispirata al principio che un buon legislatore dovesse seguire i dettami della ragione perché le norme potessero valere ovunque e per sempre., con una premessa d'ordine generale.

Le leggi naturali, espressive del Giusto e dell'Equo, comuni a tutte le genti e non proprie di qualche religione in particolare, non erano né le massime dei moralisti, né le meditazioni dei

filosofi, bensì i dettami di quel principio di ragione universale, di quel senso morale del cuore, che l'Autore della natura aveva impresso in tutti gli individui, come la misura vivente della giustizia e dell'onestà che parlava a tutti gli uomini il medesimo linguaggio e prescriveva in tutti i tempi le medesime leggi.

Di poi, per realizzare il diritto positivo, occorre che le norme fossero indirizzate ad accordarsi con il "genio" e l'indole dei popoli, il clima, la natura del terreno, la situazione locale, l'estensione del Paese, la religione, il livello di maturità del popolo cui le leggi stesse erano indirizzate.

Pertanto i reggitori dello Stato erano tenuti ad operare nel rispetto dei diritti naturali, con il compito altresì di tradurli in precetti positivi, da adattare alle cangianti necessità dei singoli popoli.

Il *Beccaria* aveva criticato la pena capitale, richiamando a sua volta il diritto naturale, alla stregua del quale era vietato all'uomo di uccidersi, come di uccidere un suo simile. La vera giustizia consisteva nell'impedire i delitti e non nel comminare la pena di morte, nel recuperare socialmente il reo e non solo nel punirlo.

La modernità del suo pensiero traspare anche dai nessi che egli seppe ben coglier fra l'ignoranza ed il dilagare della criminalità, che poteva essere debellata con la diffusione della cultura.

L'interrelazione fra il diritto e la cultura fu ben evidenziata da *I. Kant* (1724-1804), intendendo egli quest'ultima come manifestazione della ragione umana, che di concerto con il primo doveva procedere nello svolgimento della storia.

L'uomo nel vivere associato doveva innanzi tutto fare ricorso alle sue facoltà razionali, poiché dalla natura stessa egli aveva ricevuto delle disposizioni dirette all'uso della ragione, che doveva rendere manifeste.

Vi erano pertanto delle norme, razionalmente riconoscibili, costituenti la condizione apriori della giuridicità, da cui doveva prendere le mosse l'ordinamento positivo

La forma ottimale dello Stato secondo il Kant era quella repubblicana, a carattere rappresentativo, con la divisione dei tre poteri classici e con l'assoggettamento del governo alla legge. Anch'egli teorizzò pertanto un sistema liberale, di derivazione contrattualistica, che era tuttavia obbligato a garantire i richiamati diritti pre-statali e la cui legittimazione permaneva finché le sue norme erano conformi alla logica.

A fronte del diritto, che riguardava le azioni esteriori, e cioè comportamenti volti a perseguire delle finalità contingenti, proprie delle relazioni intersoggettive, si poneva con carattere di priorità l'etica, che riguardava le azioni interiori.

Quest'ultima rivolgeva all'uomo l'imperativo categorico di fare il bene per il bene, di compiere il dovere per il dovere, sintetizzabile nel celeberrimo motto: "Il cielo stellato sopra di me, e la legge morale dentro di me"

In ordine al rapportarsi con il prossimo, il Kant formulò un altro imperativo categorico: "Agisci in modo che tu possa volere che la massima delle tue azioni diventi legge universale".

Fautore della pace mondiale fra le genti, il Kant sostenne la necessità di una solidarietà generale con i propri simili e del rispetto ovunque dell'uomo come fine e non come mezzo. L'evocazione della razionalità ricorrente nel pensiero del filosofo, si manifestò anche nella sua concezione dell' Illuminismo , consistente nell' "l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli doveva imputare a se stesso per l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro, "*Sapere aude!*"! Abbi il coraggio di servirti della tua intelligenza era dunque per Kant il motivo dell'Illuminismo

Come si è visto, vari erano i filoni e le correnti di pensiero confluenti nel movimento ideale di cui si discorre, che ebbe una forte influenza sulla cultura in genere e, per quanto più da vicino ci interessa, sul diritto in particolare.

*Tratto comune alle varie proposte di riforma fu l'esigenza di realizzare poche e chiare leggi, in una cornice di certezza del diritto che circoscrivesse al massimo l'interpretazione del magistrato.*

L'invocata univocità doveva realizzarsi mediante un sistema di leggi scritte, redatte in lingua nazionale, raccolte in un codice, di agevole applicazione, uguali per tutti e senza alcuna distinzione cetuale.

La corrente impetuosa delle idee dilagò verso il Nuovo Mondo , dove la Costituzione federale del 1787 annunciò dei principi destinati a durare nello spazio e nel tempo ben oltre l'occasione contingente da cui erano scaturiti.

Nella Carta americana e nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino francese (1789) ricorrono comuni matrici filosofiche e giusnaturalistiche, la stessa aspirazione alla libertà individuale ed all'eguaglianza innanzi alla legge, comuni affermazioni circa la sovranità popolare e la separazione dei poteri

Fattore ricorrente nella cultura occidentale fu la recezione dei principi illuministici, che costituì l'*humus* favorevole per la diffusione nei vari Paesi delle idee propugnate dalla Rivoluzione francese, che da tali principi derivavano.

Contestualmente al diffondersi nell'Europa continentale del sistema delle codificazioni, in Inghilterra e negli Stati Uniti si consolidò quello del Common law, fondato sulle decisioni dei giudici, vincolati prevalentemente al principio dello *stare decisis*, cioè della conformità alle decisioni precedentemente adattate in casi analoghi.

Dopo la Rivoluzione francese ed il Codice napoleonico, si verificò a distanza di quasi sette secoli quanto era già avvenuto con il Diritto comune, con la diffusione di un diritto che, al pari di quest'ultimo, aveva una forte impronta di coerenza logica.

Mentre nell'Illuminismo era stata la Ragione la guida interpretativa del mondo reale, con la conseguente affermazione del giusnaturalismo laico, nel nuovo movimento ottocentesco fu il Sentimento a prevalere.

Nel campo del diritto in particolare, abbandonato ogni riferimento aprioristico – razionale al di fuori della realtà, era quest'ultima a dover essere direttamente indagata con le sue strutture aggregative quali la famiglia, la società civile ed infine lo Stato, che divenne esso stesso fonte di eticità.

Il più importante rappresentante della Scuola storica del diritto fu il Savigny (1779-1861), il quale pur prendendo le mosse da un presupposto giusnaturalistico, come la coscienza comune del popolo, sostenne la necessità di rivalutare l'elemento storico interno al diritto stesso, quale espressione della volontà popolare ricavabile attraverso le consuetudini, che ne costituivano le prime fondamenta. Partendo da esse, il sistema ordinamentale si sviluppava grazie all'opera della giurisprudenza, essa sì vera interprete dello spirito della nazione.

Nella società dell'800 prevalse il positivismo giuridico, sul presupposto che l'unica realtà conoscibile fosse quella fenomenica e che conseguentemente andasse rifiutata ogni ipotesi di giuridicità esterna ad un ordinamento vigente.

Un'ulteriore, rilevante novità, fu data dalla "specializzazione" delle varie branche del diritto positivo, per cui sia quello pubblico che quello penale si resero oggetto di autonomi approfondimenti dottrinali.

Nel secolo XIX in particolare, allo Stato di diritto inteso come quello rispettoso dei diritti naturali ad esso preesistenti (teoria del Locke), subentrò quello dato dall'osservanza delle

regole che esso stesso si era posto, ed in particolare di quelle del proprio diritto costituzionale (giuspositivismo).

Ovunque in Europa si era diffusa, a fronte di concezioni dinastico-statalistiche, una più pregnante idea, basata non più sui governanti, bensì sui governati : la Nazione, risultante dall' aggregazione pre-statale del succedersi delle generazioni accomunate dalla lingua, dalla fede, dai costumi e dai tratti somatici.

In Italia in particolare furono il Mazzini ed il Gioberti ad evidenziare la necessità che i singoli individui fossero educati al sentimento di una coscienza nazionale, in virtù della quale – tra l'altro – occorreva subordinare i propri interessi individuali a quelli della collettività, ispirando la propria vita al senso del dovere

Del pari, il *Romagnosi* (1761-1835) aveva esaltato il ruolo dell'istruzione, che mai avrebbe dovuto rendere l'allievo "addottrinato", bensì avrebbe dovuto educarlo a ragionare, in una sorta di palestra mentale dove veniva promosso l'esercizio dei poteri mentali dell'alunno: era la c.d. "istruzione educante".

Fra i giuspositivisti del sec. XX andrebbe collocato il Croce, il quale non accettò l'idea di un diritto naturale innato, in quanto si sarebbe trattato di un'astrazione che veniva a porsi fuori dalla storia, continuamente mutevole . Ciò nondimeno, pur avendo il Croce manifestato una concezione giuspositivistica, egli più o meno inconsapevolmente fu in realtà un giusnaturalista, nel suo costante ed accorato richiamo al concetto di libertà che, come è noto, costituisce un prius, insito nel sentire di ogni uomo, rispetto a qualunque sistema codificato.

La libertà come indirizzo dell'umano agire, fu concepita dal Croce come scelta di coloro che, lungi dal ricercare solo l'appagamento delle loro occorrenze, agi o piaceri privati, si indirizzavano alla costante ricerca del bene comune, e perciò erano animati da un ideale morale.

*Santi Romano* (1875-1947), elaborò la teoria della pluralità ordinamentale, che risolveva il diritto nelle istituzioni. Qui il giuspositivismo usciva dagli schemi tradizionali dello Stato quale unica fonte di produzione giuridica, per cui le norme potevano essere poste da altre società organizzate che storicamente fossero riuscite ad affermarsi (*ubi societas, ibi jus*), quali associazioni, enti, Comuni, Province, Regioni...

Fuori dall'Italia, la più nota costruzione giuspositivistica è quella che venne ideata dal *Kelsen* (1881-1973), che con la sua dottrina pura del diritto, mirò a "depurare" appunto il diritto

sia dell'etica, che della natura, che della politica. Compito del giurista non era quello di giudicare se una data norma fosse giusta o meno, il che rientrava nella sfera della morale, né se fosse opportuna o meno, la qual valutazione spettava alla politica, bensì di verificare se essa fosse valida.

Il Kelsen per trovare la giustificazione di un qualsivoglia sistema di precetti positivi, teorizzò una sorta di piramide normativa, dove ciascuna regola doveva trovare la sua validità nella conformità ad una ad essa superiore (p. es. il regolamento doveva uniformarsi alla legge, e quest'ultima alla Costituzione): dunque la validità di ogni singolo precetto era ancorata ad un criterio meramente estrinseco e formale.

Al vertice di questa ideale piramide, egli collocò una Grundnorm (norma fondamentale), per la quale si doveva comunque giungere all'interrogativo finale sul criterio ultimo della sua validità. Avrebbe potuto trovarsi al di fuori dell'ordinamento costituito, ad esempio nel "diritto naturale"; ma il Kelsen non volle mai riconoscerlo, ritenendo che non esistessero mala in se, bensì quia prohibita

Al termine del suo ragionamento il Kelsen, che si era prefissato di costruire la richiamata "Teoria pura" rendendola scevra anche dalla coercizione, fu costretto in ultima analisi a ripiegare su quest'ultima, concludendo che una norma poteva ritenersi fondamentale quando il sistema da essa derivato era effettivo, cioè capace di imporsi coattivamente.

Il Kelsen non fornì dunque alcuna risposta, nel suo positivismo giuridico che voleva essere scientificamente "avalutativo", all'eterno interrogativo su che cosa fosse intrinsecamente giusto o ingiusto. Perduto ogni aggancio con la morale, laica o religiosa che dir si volesse, il diritto divenne per lui un sistema di regole autoreferenziali, che si giustificava in base ad un tecnicistico sistema di coerenza interna, scaturenti da un'indimostrata norma fondamentale, la cui validità ultima restava legata al mero rispetto delle procedure formali che da essa prendevano origine. Quanto al discorso ben più impegnativo di una validità contenutistica, ancorabile ad un ragionamento convincente sotto il profilo logico, la "piramide" kelseniana è rimasta una costruzione sospesa nel vuoto.

Una tesi mediana fra il giuspositivismo ed il giusnaturalismo, fu quella sostenuta dal *Carnelutti* (1879-1965), il quale osservò che il diritto doveva comunque nascere dall'etica e che, nelle successive fasi di sviluppo, poteva discostarsene operando in base a parametri esclusivamente economici. Tuttavia – ammoniva il grande giurista – un diritto che fosse

stato vissuto senza giustizia (cioè senza etica) era destinato ad esaurire nel tempo la sua forza vitale

Decisamente di impronta giusnaturalistica fu il pensiero di *G. Del Vecchio*, il quale sostenne che accanto alla variegata tipologia dei diritti storicamente vigenti l'esame oggettivo di tutti i sistemi giuridici noti, rivelava effettivamente una serie meravigliosa di coincidenze e di identità, anche nel contenuto di essi sistemi. La protezione della persona e la limitazione del suo arbitrio, per riguardo alla sua coesistenza con altre, erano matrici fondamentali che ricorrevano nelle istituzioni di tutti i popoli. Gran parte dei principi e degli istituti giuridici era dunque patrimonio comune di tutta l'umanità in ogni tempo, con una razionalità implicita riscontrabile nei vari sistemi.

La seconda metà del secolo appena trascorso si caratterizzò per il superamento dello Stato di diritto, attraverso la configurazione dello Stato sociale, che oltre al ruolo tradizionale di custode della libertà e di garante dell'ordinato vivere civile, ne assunse uno assolutamente nuovo, nel rendersi esso stesso fautore della crescita del benessere collettivo, sia attraverso un'equa ripartizione delle risorse sociali, che tramite la promozione dell'assistenza sanitaria, della cultura, della solidarietà, della tutela dell'ambiente...: si trattò insomma di un'inedita funzione propulsiva e non meramente protettiva del minimo indispensabile alla pacifica convivenza.

A questo punto appare utile una riflessione, necessariamente "essenziale", sulle più recenti posizioni assunte dalla dottrina sull'eterno problema del rapporto fra il diritto positivo e quello naturale.

Tra i fautori del giuspositivismo contemporaneo, un ruolo di primo piano spetta a *Norberto Bobbio*, che sostenne che il potere creava le regole e che queste ultime trasformavano il potere di fatto in un "potere di diritto".

Sostenne poi che la validità di una norma non andava ricercata in sistemi etici ad essa estranei, ma solo nella coerenza formale di un sistema giuridico posto storicamente dallo Stato, la cui legittimità giuridica era in ultimo fondata sul consenso dei cittadini.

Un altro giuspositivista insigne è *Natalino Irti* il quale, respinta l'ipotesi di valori assoluti riferibili a Dio, alla Natura o alla Ragione, evidenzia l'esistenza di valori contingenti, molteplici e relativi, instabili ed effimeri, proprio come lo è la volontà dell'uomo che li assume come propri in un dato momento della propria storia.

La produzione di norme è-per l'A.- affidata all'arbitrio dell'umano volere.

Un ulteriore, autorevole apporto alla corrente giuspositivistica è fornito dal *Cassese* che, dopo aver affermato il suo scetticismo sulla possibilità di arrivare ad un sistema giuridico a carattere universale, ha ritenuto più realistico il ricercare le fondamentali capacità di comunicazione di tutte le culture.

Nel campo viceversa dei contributi al pensiero definibile neo-giusnaturalistico, l'ex presidente della Repubblica *Ciampi* sottolineò che la Chiesa e lo Stato condividevano valori fondamentali, come il rispetto della dignità e dei diritti di ogni essere umano, la famiglia, la solidarietà, la pace.

Una prospettiva giusnaturalistica che, pur partendo da un imprescindibile ancoraggio al concetto di Dio, offre spunti di riflessione anche ai non credenti, è quella offerta da papa *Benedetto XVI*. Già da Cardinale preposto alla Congregazione per la Dottrina della Fede, mise in risalto che il cattolico non voleva e non poteva imporre, tramite la legislazione statale, delle gerarchie di valore che solo nella fede potevano realizzarsi; aggiungendo che il credente poteva reclamare soltanto ciò che apparteneva alle basi dell'umanità accessibili alla ragione e che perciò era essenziale per la costruzione di un buon ordinamento giuridico.

Il fedele doveva rispettare la libertà degli altri e la sua unica arma alla fine, era proprio la razionalità degli argomenti che avrebbe dovuto cancellare il fossato tra etica laica ed etica religiosa e fondare un'etica della ragione, che andasse oltre tale distinzione”.

L'ex presidente del Senato, *Marcello Pera*, nello scambio di riflessioni con l'allora Cardinale, consentì appieno sulla necessità di cercare una comune razionalità ed evidenziò, a fronte di un ricorrente luogo comune, che l'Occidente non voleva contrabbandare come oggettivi quelli che in realtà erano i valori suoi propri, con questo ragionamento di elementare evidenza: “Se i membri della cultura B mostrano di preferire la cultura A e non viceversa – se, ad esempio, i flussi migratori vanno dall'Islam all'Occidente e non viceversa – allora c'è ragione di credere che A sia migliore di B”

Asceso al Soglio di Pietro, *Joseph Ratzinger* è tornato a parlare di un ordine mondiale basato sulla razionalità, criticando peraltro il fatto che il criterio di razionalità venga assunto esclusivamente dalle esperienze della produzione tecnica su basi scientifiche. Questa accezione restrittiva della razionalità – ha proseguito sconsolatamente il S. Padre – “è nella direzione della funzionalità, dell'efficacia, dell'accrescimento della qualità della vita [...]. In

un mondo pensato in modo evoluzionistico, è anche di per sé evidente che non possano esistere valori assoluti, ciò che è sempre cattivo e ciò che è sempre buono; ma la ponderazione dei beni rappresenta l'unica via per il discernimento di norme morali”.

Da tutto quanto si è venuto ad esporre, possono trarsi delle linee di sintesi, circa le principali teorie generali del diritto, che è dato per sommi capi così riassumere:

La teoria normativa, o giuspositivistica, che riduce il diritto alla sola norma proveniente da un'autorità superiore, come lo Stato, per cui un evento è giuridico solo se la norma lo definisce tale, a prescindere dai suoi contenuti etici o razionali. In tale ottica, è fondamentale il requisito della sanzione, che serve a distinguere il precetto giuridico da quello morale [p. es. *Kelsen*];

la teoria c.d. istituzionale [p. es. *Santi Romano*], in virtù della quale il diritto, prima ancora di operare come norma, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui esso si svolge. Non avremmo dunque norme italiane, se prima non esistesse lo Stato italiano. Essendo pertanto l'organizzazione a costituire il diritto, ogni ente con una stabile struttura organizzativa, sarà intrinsecamente giuridico. Questa teoria esce dalla visione statolatrica e privilegia il primato delle società che si manifesta attraverso i c.d. "enti intermedi", soggetti privilegiati del principio di sussidiarietà nato in ambito cattolico, che parte dalla famiglia, continua nel Comune e prosegue di lì a salire nella scala organizzativa istituzionale;

la teoria relazionale (p. es. *Natalino Irti*) che, partendo anch'essa dall'accantonamento del primato dello Stato legislatore, configura viceversa il diritto come il frutto delle relazioni sociali fra gli uomini, anche al di fuori degli assetti ordinamentali presenti in Santi Romano;

la teoria neo-giusnaturalistica, di cui fu autorevolissimo interprete, a livello di dottrina *Sergio Cotta*, così come prima di lui lo fu il ricordato *Giorgio Del Vecchio*.

Tutte le tesi passate in rassegna hanno un fondo di verità: quella relazionale, che pone in giusta evidenza il fatto che il momento fondante del diritto positivo è costituito da un accordo fra i consociati; quella istituzionale, in virtù della quale dall'originario accordo scaturiscono una o più strutture organizzative; quella normativa, che a sua volta identifica il diritto nella norma posta da quell'organizzazione in particolare che è lo Stato.

Queste tre teorie sono pertanto tutte esatte nel cogliere dei momenti diversi del processo creativo del diritto; ma ancora, seppur esaminate in un'ottica di complementarietà e non di alternatività, non sono adeguate a fornire una risposta esaustiva circa le ragioni ultime del diritto. Le tre teorie (relazionale, istituzionale, normativa) ci dicono strutturalmente,

proceduralmente, come si formano le norme, ma non perché esse siano da ritenersi intrinsecamente giuste.

Cerchiamo di dare una risposta a quest'ultimo interrogativo, con l'ausilio della quarta teoria, che abbiamo definito neo-giusnaturalistica. Un ordinamento non può considerarsi intrinsecamente accettabile per la sua consonanza ad un'ideologia, ad una fede o ad un'asserita armonia interna, né ad un'indimostrabile norma fondamentale.

Una giustificazione oggettiva delle norme deve potersi rilevare presso tutti i membri di una società organizzata, consenzienti sui medesimi valori universali nello spazio e nel tempo, dal microcosmo di un piccolo paese al macrocosmo del mondo intero: tali valori costituiscono l'etica o il diritto naturale, cui dovrebbero orientarsi i singoli diritti positivi, per la loro essenza contingenti

Ma in una moderna democrazia anche questo comune sentire può rivelarsi inadeguato, poiché sostanziandosi negli orientamenti della maggioranza di un dato popolo, si correrebbe il rischio della deriva autoritaria definita da *Alexis de Tocqueville* "dittatura della maggioranza" E' ben vero che esistono da tempo dei correttivi a tutela delle minoranze: innanzi tutto i poteri di controllo assegnati al Capo dello Stato ed alla Corte costituzionale; quindi la procedura "rafforzata", che prevede una maggioranza qualificata per cambiare una Costituzione come la nostra (perciò detta "rigida"), ed infine i paletti insormontabili dei diritti fondamentali ivi riconosciuti, che dunque sono ad essa preesistenti, e che nessuna sua eventuale riforma potrebbe eliminare.

La formale separazione dei tre poteri fondamentali da sola non basta perciò a garantirne il reciproco controllo e bilanciamento, nel caso della loro sostanziale riferibilità ad una stessa forza politicamente prevalente, per la salvaguardia dei diritti delle minoranze E' dunque un dato "scolpito" nella nostra Costituzione, come in quella europea, nonché nella Carta dell'O.N.U., quello del riconoscimento di un parametro di riferimento quale i diritti fondamentali per tutte le norme positive in essa contenute.

Come si arriva a conoscere dunque la giustificazione ultima di tutti i sistemi Acquisendo consapevolezza dei richiamati diritti, attraverso la ragionevolezza delle loro prescrizioni.,nella cui mancanza scatta il diritto di resistenza.

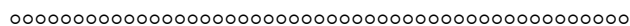
Il problema della resistenza è dunque strettamente legato a quello dell'esistenza di diritti fondamentali, riconosciuti come tali da una collettività più o meno estesa.

Attraverso il sapere, attraverso quella “conoscenza” che *Kant* giustamente riteneva mezzo essenziale per far emergere la razionalità- altrimenti recondita ed inespressa- che è in ciascuno di noi, tutti saranno posti in condizione di scegliere consapevolmente di aderire a dei regimi liberticidi o a dei sistemi liberali, cioè conformi alla naturale aspirazione dell’uomo alla propria autodeterminazione.

Alla prevedibile obiezione che in tal modo l’Occidente “fa un lavaggio del cervello” ai portatori di tradizioni diverse dalle proprie, rispondiamo che l’Uomo, dotato di libero arbitrio, deve essere posto in condizione di confrontare e di optare come meglio crede.

Né cortine di ferro, né oscuramenti di radiotelevisioni o di Internet, debbono impedirgli il suo diritto di scelta.

Si può spegnere la televisione o cambiare canale, per evitare ad un bambino di assistere a spettacoli che potrebbero turbarlo o pregiudicarne l’equilibrio psichico; ma l’umanità non è un bambino e nessun regime può arrogarsi il potere di spegnere per essa lo schermo della conoscenza.



La razionalità che invochiamo quale criterio ultimo di giustificazione di qualsivoglia norma fondamentale, è oggi ancorata all’interrelazione di problemi etici, scientifici e giuridici.

Da siffatta interrelazione è nata la bioetica , disciplina mirante ad armonizzare il progresso delle tecno- scienze per il corpo umano , con il rispetto dei valori codificati dalla legge e della sensibilità insita in ogni retta coscienza

Va infatti premesso, prioritariamente, che *non tutto ciò che è scientificamente possibile* (la Germania hitleriana aveva avviato delle sperimentazioni disumane), è *eticamente accettabile* , venendo a collidere con i dettami della razionalità , attenta al rispetto della dignità della persona.

Ma, per converso, il progresso scientifico non deve neanche , più o meno inconsapevolmente , essere addotto *a parametro di più restrittivi confini di moralità* , scaturenti dall’avanzare di opportunità terapeutiche un tempo fantascientifiche.

La scienza nel proseguire il suo cammino, non può essere vincolata dai divieti posti da singole religioni positive (per evitare il ripetersi di casi come quello di Galileo Galilei), né proporsi essa stessa come fonte di una nuova etica.

Il card. Martini ha osservato che il progresso scientifico non può essere fermato , ma può essere aiutato ad essere sempre più responsabile , non tanto appellandosi alla fede o alla religione , quanto al senso etico che ognuno porta dentro di sé , nel limite invalicabile del rispetto della dignità umana.

Il vincolo della scienza, come del diritto, il quale ultimo è doverosamente tenuto ad aggiornarsi alla luce delle nuove problematiche legate al progresso della ricerca, è dunque – a nostro avviso -*quello già richiamato del rispetto della coscienza razionale insita in ogni individuo, alla luce della quale egli può discernere tra il bene ed il male.*

Il Legislatore è pertanto chiamato ad intervenire per porre degli argini a quello che altrimenti potrebbe divenire il caos intollerabile di una sperimentazione che, avviata per migliorare la vita dell'uomo, potrebbe ritorcersi contro di lui, sovvertendo l'ordine della Natura che, per chi è credente, è stato posto da Iddio stesso.

La scienza cammina assai spedita , ma il Legislatore arranca nel seguirla ,innanzi a dei problemi che investono l'etica , il diritto , l'economia , la vita relazionale ed affettiva , la biologia ....

Uno in particolare è di drammatica attualità :quello del labile confine tra l'*eutanasia passiva* , consistente nel lasciar morire una persona *non lucida* tralasciando le cure ordinarie ( moralmente riprovata e giuridicamente illecita in Italia ), e la fine dell' *accanimento terapeutico* (moralmente e giuridicamente consentita ).

L'accanimento in questione , è dato da quelle cure che , seppure appropriate dal punto di vista clinico in altri contesti , non dovrebbero essere somministrate ad un malato terminale., in quanto *inutili* a guarirlo o ad alleviarne le sofferenze , *rischiose* , o *eccezionali* (sotto il profilo tecnologico , sperimentale , o economico ).

*Il dramma delle coscienze dei medici , dei pazienti o dei loro cari , nasce proprio dall'interpretazione del requisito della menzionata eccezionalità : infatti ciò che ieri rientrava in tale contesto ,oggi grazie ai progressi della medicina, può essere ascrivibile alla normalità (basti pensare , per esempio , alla dialisi ).*

Ne consegue che se ieri era da considerarsi lecita l'interruzione di una poco diffusa terapia , nel momento in cui la stessa è divenuta di uso comune , inesorabilmente viene ad essere rubricata come eutanasia passiva

*Ma se il bene ed il male non possono essere relativizzati, e devono conseguentemente porsi come valori assoluti ed uniformi nello spazio e nel tempo, come è moralmente concepibile che il rigore della sanzione*

*morale (prima che giuridica) sia di fatto paradossalmente legato al progresso della scienza?*

L'interruzione di tutto ciò che è scientificamente possibile nel tenere in vita artificialmente un malato, altrimenti giunto alla fine del percorso terreno assegnatogli dal Creatore o dalla Natura che dir si voglia, può considerarsi un oltraggio alla vita?

Laddove per il progresso della scienza e della tecnica si creano zone di frontiera o zone grigie - ha detto il card. Martini nel corso di un dialogo con il prof. Marino, apparso sull'Espresso del 21 aprile 2006 - dove non è subito evidente quale sia il vero bene dell'uomo e della donna, è buona regola astenersi anzitutto dal giudicare frettolosamente e poi discutere con serenità, così da non creare inutili divisioni

Un caso eclatante della cronaca recente, è stato il dramma umano e spirituale di Piergiorgio Welby, affetto da sclerosi laterale multipla, il quale aveva chiesto di interrompere la ventilazione automatica che lo teneva in vita al medico Mario Riccio, che di tale desiderio si sarebbe poi reso esecutore.

La Magistratura, alla luce dell'art. 32 della Costituzione, 2° c. (*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge.*), ha correttamente escluso ogni perseguibilità del dottor Riccio, dato che aveva agito su precisa disposizione di un soggetto pienamente capace di intendere e di volere, determinato a porre fine alle proprie sofferenze.

Malgrado la chiarezza del dettato costituzionale non sembrasse poter dare adito a dubbi interpretativi, non sono mancate polemiche e strumentalizzazioni politiche da parte di entrambi gli schieramenti, oscillanti tra l'esaltazione di una vita a qualunque costo, e la speculare estremizzazione del diritto di disporre sino alle più tragiche conseguenze.

Una riforma legislativa *ad hoc*, interpretativa dell'art. 32 cost., potrebbe esplicitare la possibilità del rifiuto informato delle cure da parte del paziente, proteggendo il medico da eventuali incriminazioni per omicidio del consenziente o per aiuto al suicidio.

Nel frattempo, sia il supremo tribunale della coscienza a farci da guida e nel fare nostra l'esortazione del Cardinale, ci sia consentito di appellarci al corretto sentire di cittadini bene informati sui profili tecnico-scientifici delle nuove acquisizioni della scienza, per poter decidere non alla luce di superficiali emozioni o di aprioristici dogmatismi, ma di un convinto e documentato ragionamento, che deve sempre privilegiare il primato della persona umana e della sua dignità.

Il compito che ci attende è quello di portare alla luce la razionalità naturale che è più o meno recondita in ogni essere umano, e che conduce necessariamente alla ricerca del Bello, del Vero e del Buono, in cui si appalesa il volto stesso del Creatore di ogni armonia.



## CHI SIAMO

Il Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton nasce dalla collaborazione tra la **Fondazione Novae Terrae** ed il **Centro Cattolico Liberale** al fine di favorire l'incontro tra studiosi dell'intellettuale francese Alexis de Tocqueville e dello storico inglese Lord Acton, nonché di cultori ed accademici interessati alle tematiche filosofiche, storiografiche, epistemologiche, politiche, economiche, giuridiche e culturali, avendo come riferimento la prospettiva antropologica ed i principi della Dottrina Sociale della Chiesa.

## PERCHÈ TOCQUEVILLE E LORD ACTON

Il riferimento a Tocqueville e Lord Acton non è casuale. Entrambi intellettuali cattolici, hanno perseguito per tutta la vita la possibilità di avviare un fecondo confronto con quella componente del liberalismo che, rinunciando agli eccessi di razionalismo, utilitarismo e materialismo, ha evidenziato la contiguità delle proprie posizioni con quelle tipiche del pensiero occidentale ed in particolar modo con la tradizione ebraico-cristiana.

## MISSION

Il Centro, oltre ad offrire uno spazio dove poter raccogliere e divulgare documentazione sulla vita, il pensiero e le opere di Tocqueville e Lord Acton, vuole favorire e promuovere una discussione pubblica più consapevole ed informata sui temi della concorrenza, dello sviluppo economico, dell'ambiente e dell'energia, delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, della fiscalità e dei conti pubblici, dell'informazione e dei media, dell'innovazione tecnologica, del welfare e delle riforme politico-istituzionali. A tal fine, il Centro invita chiunque fosse interessato a fornire materiale di riflessione che sarà inserito nelle rispettive aree tematiche del Centro.

Oltre all'attività di ricerca ed approfondimento, al fine di promuovere l'aggiornamento della cultura italiana e l'elaborazione di public policies, il Centro organizza seminari, conferenze e corsi di formazione politica, favorendo l'incontro tra il mondo accademico, quello professionale-imprenditoriale e quello politico-istituzionale.