

JAVIER HERVADA

IL DIRITTO NATURALE
NELL'ORDINAMENTO CANONICO (*)

Il miglior modo per spiegare la posizione che occupa il diritto naturale nell'ordinamento canonico è ricorrere a un parallelo: ricordare la posizione che il diritto naturale occupava nel diritto romano e nel diritto europeo posteriore alla Ricezione sino alla comparsa del positivismo giuridico agli albori del secolo XIX. In questo senso, la dottrina canonica comune rappresenta la continuazione della tradizione classica. Non si tratta di un evento insolito, dato che non cobbe né l'influsso — da molti punti di vista pernicioso per la teoria del diritto naturale — del cosiddetto giusnaturalismo moderno, né i profondi cambiamenti che introdusse la filosofia kantiana nella teoria suddetta, né la rapida espansione del positivismo giuridico.

Costituì un fatto naturale essere rimasti liberi da queste correnti di pensiero, perché ciascuna di esse rappresentava tesi contrarie alla dottrina cattolica; di fronte ad essa, erano pensiero eterodosso, che non riuscì a esercitare influenza alcuna sui canonisti e neppure sul legislatore canonico. Proprio per la loro eterodossia, all'epoca in cui tali correnti nacquero e si svilupparono, si ruppe l'unione tra canonisti e giuristi, con l'immediata rottura dell'unità della scienza giuridica. Sin dagli inizi della scienza giuridica, che doveva le sue origini alle personalità di Irnerio e Graziano, con la Ricezione, giuristi e canonisti formarono l'unica scienza giuridica, quella dell'*utrumque ius*; accanto all'unità dei presupposti ideologici, si riscontrava l'unità del metodo, che si sviluppò parallelamente nelle due branche dell'unica scienza giuridica: glossatori, commentatori e umanesimo giuridico incontrarono seguaci in entrambi i diritti. Questa scienza giuridi-

(*) Conferenza tenuta a Roma l'11 dicembre 1988 nel corso del 40° Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani. Sono omesse le parole di cortesia.

ca unitaria, che con i giuristi romani forma la tradizione classica, cominciò a rompersi quando la scienza giuridica secolare fu invasa da presupposti filosofici ed ideologici incompatibili con il pensiero cattolico. A partire da quel momento, che coincide, oltretutto, con la soppressione delle Facoltà dei Canonici e l'espulsione delle discipline canoniche dalle Facoltà di Giurisprudenza, ad opera degli sconvolgimenti culturali e politici sofferti dall'Europa al termine del Settecento e nella prima metà dell'Ottocento, a partire da quel momento, dicevo, la scienza canonica visse una storia propria, separata dalla scienza giuridica secolare. In molti casi si tratta, senza dubbio, di una storia di decadenza, ma al tempo stesso è la storia di una duplice fedeltà: la fedeltà al pensiero cattolico e la fedeltà alla tradizione classica, non esente, quest'ultima, da impurità, dovute a una scarsa ma inevitabile influenza della vigorosa e spesso ammirevole scienza giuridica secolare.

Separata la scienza canonica dalla scienza giuridica secolare, la canonistica conobbe un'epoca di declino, dal punto di vista metodologico, dalla quale riuscì a riprendersi in questo secolo grazie all'impulso di un gruppo di canonisti italiani, professori delle Facoltà di Giurisprudenza. Non è possibile fare a meno di ricordare Vincenzo del Giudice, Orio Giacchi, Pietro Agostino d'Avack, e Pietro Gismondi, tanto per nominare solo coloro che non sono più tra noi. Anche in Spagna, senza dubbio per influenza di questi stessi canonisti italiani, ha avuto luogo uno stimolante movimento rinnovatore dovuto soprattutto alla Scuola di Pedro Lombardía.

Non è possibile, però, riguardo al diritto naturale, parlare di decadenza della canonistica; è stata proprio la scienza canonica il veicolo della concezione classica, e sopra il diritto naturale i canonisti hanno scritto una delle più brillanti pagine della scienza giuridica: il diritto matrimoniale canonico, di cui è ben nota la superiorità di fondamento, dottrina e tecnica giuridica rispetto al diritto matrimoniale civile.

La scienza canonica non ha conosciuto l'esperienza positivista. L'utilizzazione del diritto naturale ha per di più costituito una costante, senza diminuzioni né discussioni. Vero è che nel momento più brillante del rinnovamento metodologico a cui facevo riferimento poc'anzi, non mancarono discussioni sulla forma con cui il diritto naturale ottiene piena giuridicità nell'ordinamento canonico, ma già da tempo questi attriti sono stati superati. In nessun momento l'esistenza del diritto naturale e la sua operatività nell'ordinamento cano-

nico furono oggetto di dubbio o negazione. Ciò è stato certamente frutto della fedeltà al pensiero cattolico, del quale forma parte l'esistenza della legge naturale. Sofferamoci brevemente su questo argomento.

L'esistenza della legge naturale non è, di per sé, una verità che formi parte dei misteri del cristianesimo. Costituisce però una verità naturale, conoscibile dalla ragione naturale. Dobbiamo ricordare che l'idea del giusto naturale sorge con il pensiero filosofico greco. I sofisti distinsero — anche se in modo poco accettabile — tra *physis* e *nomos*, tra il giusto naturale e il giusto positivo, e Aristotele fece loro eco, in termini tali che fu chiamato, e a ragione, il padre del diritto naturale. La legge naturale fu caposaldo anche della teoria morale degli stoici — che coprono cinquecento anni di storia della filosofia —, e degli autori su cui esercitarono influsso, come Cicerone. Ed è ben noto che il diritto naturale svolse un ruolo di primaria importanza nel diritto romano, che deve al giusnaturalismo buona parte della sua perfezione e armonia.

È però vero che la legge naturale forma parte dell'insieme di idee del cattolicesimo, o, con parole più esatte, è inclusa nel deposito della Rivelazione. In un famoso testo del Nuovo Testamento, *Rom.* 2, 14-16, appare la legge naturale intesa come legge divina, incisa da Dio nel cuore dell'uomo, della quale dà testimonianza la coscienza. Grazie al testo paolino, la teoria della legge naturale passò alla Patristica e quindi al Magistero ecclesiastico, costituendo una componente fondamentale del pensiero sociale cattolico.

Stando così le cose, è logico che la legislazione canonica accetti pienamente il diritto naturale e che la canonistica, sin dalla sua nascita con Graziano, abbia fatto sua una teoria del diritto fondata sulle tesi giusnaturaliste. Non è possibile, però, dimenticare che il diritto naturale non occupa nella Chiesa e nella società civile la stessa posizione. Mentre nella seconda il diritto naturale è la base fondamentale dell'ordinamento giuridico, sulla quale si fonda l'esistenza stessa della società, del diritto positivo e del potere, nella Chiesa, invece, il diritto naturale ha solo una rilevanza direi secondaria. Questa affermazione merita di essere approfondita.

La teoria classica del diritto naturale non si limita ad affermare l'esistenza di diritti naturali e di alcune norme o principi di legge naturale; si spinge molto più a fondo. Tutto l'ordinamento giuridico si costruisce su un fondamento di diritto naturale, così che il diritto naturale è base, clausola-limite e principio informatore dell'ordina-

mento giuridico. In altre parole, la struttura giuridica della società civile si basa su una struttura naturale. La socialità umana è un fenomeno che obbedisce alla legge naturale. Gli uomini non sono per natura soltanto socievoli, cioè capaci di organizzarsi in società, ma sono anche soci, formano società. Pertanto, la società è un fenomeno naturale d'accordo con una legge naturale. In questo senso, il magistero ecclesiastico ha rifiutato la tesi dell'origine umana della società; in particolare ha rifiutato le affermazioni del giusnaturalismo razionalista e del liberalismo del secolo scorso, che ponevano nel patto o accordo sociale l'origine della società.

In modo analogo, il potere politico e la sovranità sono situazioni giuridiche di diritto naturale. Non nascono dal *pactum subiectionis* o patto di soggezione, come pretende la tesi del contratto sociale; sorgono invece dalla legge naturale. La sovranità e il potere hanno un'origine naturale, benché siano la risultante storica di una serie di fattori che credo non sia necessario analizzare adesso. Di conseguenza, il diritto positivo non affonda le sue radici nel potere umano, bensì è concrezione e derivazione del diritto naturale, secondo la ben nota formula tomista.

Si può facilmente comprendere il ruolo fondamentale del diritto naturale nei riguardi della società civile. Ma d'altronde, un siffatto compito centrale non lo possiede nella Chiesa e quindi neppure nell'ordinamento canonico. Ciò che la legge naturale è per la società civile, lo è la legge della grazia, la *lex gratiae*, per la Chiesa.

La Chiesa infatti incontra la sua origine non nella natura, ma nella volontà fondazionale di Cristo. Anche se la società naturale conferisce una certa attitudine per la società soprannaturale, la società soprannaturale deve la sua origine alla grazia della filiazione divina, che unisce i fedeli in una *communio* di beni e di fini. Pertanto, la socialità ecclesiastica non trae origine dalla legge naturale. Allo stesso modo, neppure la sacra potestà di cui sono investiti i Pastori ecclesiastici deve la sua origine alla legge naturale. La deve invece al diritto divino-positivo, cioè alla volontà fondazionale di Cristo. Perciò la base dell'ordinamento canonico non è il diritto naturale, bensì la dimensione giuridica inerente alla *lex gratiae*, il diritto divino-positivo. Quale ruolo affidare, dunque, al diritto naturale? Senz'altro è anche base, clausola-limite e principio informatore del diritto positivo canonico, ma solo in aspetti parziali.

Per poter esporre più precisamente il modo in cui il diritto naturale possieda rilevanza nell'ordinamento canonico è opportuno distinguere tra i diritti naturali e la legge naturale.

Per natura, l'uomo è titolare di alcuni diritti, che ricevono generalmente il nome di diritti fondamentali. Tra questi possiamo individuare quelli che corrispondono alla persona considerata in se stessa e quelli posseduti in relazione alla propria posizione e attività nella società. Tra i primi si annoverano per esempio il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla buona fama, ecc. Come esempi del secondo gruppo, invece, possiamo segnalare il diritto a partecipare alla vita politica o il diritto al lavoro, e via dicendo. Risulta ovvio che questo secondo elenco di diritti non ha trascendenza nella Chiesa, perché nessuno di essi appartiene alla sfera spirituale; sono invece diritti relativi a realtà temporali proprie della società civile e alieni alla Chiesa. Ma i diritti fondamentali della prima specie, quelli che corrispondono alla persona considerata in se stessa, sono ambivalenti e quindi si riflettono nell'ordinamento canonico. Per esempio, il canone 220 del Codice di Diritto Canonico riconosce ai fedeli il diritto alla buona fama e all'intimità. Dal canto suo, il canone 221 riconosce il diritto del fedele alla tutela giudiziale dei suoi diritti. E il canone 748 prescrive che a nessuno è permesso obbligare altri ad abbracciare la fede cattolica contro coscienza. Il fatto che il Codice non menzioni gli altri diritti non significa che non li riconosca. La Chiesa, per propria costituzione e per la sua adesione alla verità rivelata, riconosce per principio tutto il diritto naturale, così che l'assenza dell'esplicito riconoscimento di alcuni diritti naturali da parte della legislazione positiva non presuppone mancanza di riconoscimento e, pertanto, questo diritto possiede operatività immediata.

La posizione della legge naturale nella Chiesa deve essere studiata alla luce dei rapporti tra natura e grazia. La grazia agisce sulla natura, arricchendola ma non alterandola. Per cui la *lex gratiae* perfeziona la *lex naturae*, senza però sostituirsi ad essa. Ciò implica l'assunzione, diciamo così, rispettosa, della legge naturale da parte della legge della grazia. È l'insegnamento che dà la Lettera ai Romani: nella Nuova Legge o *Legge evangelica* è interamente vigente la legge naturale. Dal punto di vista morale, la legge naturale, riassunta nei Dieci Comandamenti del Decalogo, rimane integralmente vigente per il cristiano che, per compierla, conta sull'aiuto della grazia. Ma per la proiezione giuridica e sociale dobbiamo fare una distinzione simile a quella cui abbiamo fatto ricorso con i diritti. Principi e precetti fondamentali sono gli stessi: dare a ciascuno ciò che è suo, dovere di obbedienza alle leggi e a coloro che sono costituiti in autorità, ecc.

Questi principi e precetti fondamentali, oltre ad essere vigenti nell'ordinamento canonico, ne costituiscono soprattutto la base.

Invece, i precetti derivati in relazione alle diverse realtà sociali hanno validità nella Chiesa nella misura in cui la dimensione naturale dell'uomo rimane in Essa e non si tratta della nuova dimensione introdotta dalla grazia.

Il ruolo che dunque occupa il diritto naturale nella società civile è rappresentato nella Chiesa dal diritto divino, in parte positivo e in parte naturale. Perciò i canonisti, più che il diritto naturale, parlano genericamente di diritto divino.

A questo punto, mi sembra sia giunto il momento di esporre la concezione canonistica di diritto naturale. Si potrà facilmente notare che non si tratta di una teoria originale, bensì della concezione classica della tradizione giuridica, che cominciò a Roma, fu accolta dalla scienza giuridica medievale e giunse fino agli inizi del positivismo verso la fine del secolo XVIII e gli inizi del XIX. Perciò esporre la concezione canonistica di diritto naturale non significherà porre qualcosa di originale e singolare; parleremo invece della comune tradizione della scienza giuridica fino al positivismo giuridico. Non è, quindi, un'esperienza giuridica diversa a quella della scienza giuridica secolare, bensì la sopravvivenza, dopo quasi due secoli di positivismo, della migliore tradizione giuridica europea.

Per comprenderla, è necessario ricordare che la teoria del diritto naturale fu trasmessa attraverso due diversi canali: la tradizione filosofica e la tradizione giuridica. Fino alla Codificazione del secolo XIX, la tradizione giuridica usò come veicolo di trasmissione il commento ai primi passi del Digesto, facente parte del *Corpus Iuris Civilis*, e i commenti alla prima distinzione del Decreto di Graziano, componente del *Corpus Iuris Canonici*. Ma la tradizione giuridica si distinse per la scarsa sensibilità alle disquisizioni filosofiche che poco influirono su questa tradizione. Soltanto l'elaborazione aristotelico-tomista, riflesso della tradizione giuridica, esercitò influenza sui canonisti, isolatamente nel secolo XVII e, più percettibilmente, a partire dal secolo XIX, con non trascurabile influenza anche di Suárez. Dunque non analizzeremo, qui di seguito, i filosofi, ma ci occuperemo di una costruzione di giuristi.

La prima e fondamentale affermazione della concezione classica può essere così stabilita: il diritto naturale è vero diritto. Con questa formula si afferma l'esistenza del diritto naturale, ma soprattutto si sostiene la sua natura specificamente giuridica. Questa affer-

mazione necessita di essere spiegata, per porre in chiaro il suo significato.

Il diritto naturale, a partire dal positivismo, ha dovuto affrontare due tipi di negazioni. Da un lato, la negazione dell'esistenza stessa di un ordine morale o giuridico naturale o di qualsiasi altro elemento naturale che, in un modo o nell'altro, limiti o condizioni il diritto positivo: è il positivismo spinto agli estremi. Dall'altro, la negazione del diritto naturale come specie o tipo di diritto vigente, assieme all'affermazione dell'esistenza di fattori morali, ontologici, assiologici o gnoseologici, a cui è stato dato il nome, in un certo senso, di diritto naturale: è il positivismo moderato, detto anche oggettivismo giuridico. Ben si conosce la molteplicità delle teorie che l'oggettivismo giuridico riunisce in sé. Vi si possono includere correnti kantiane e neokantiane (che indicano il diritto naturale come forma *a priori* del diritto, come idea o ideale formali del diritto); la dottrina della natura delle cose; la giurisprudenza dei principî; la linea della estimativa e dell'assiologia giuridiche; e le posizioni di molti altri autori che in qualche modo postulano l'esistenza di fattori che condizionano l'interpretazione del diritto positivo e quindi condizionano il diritto positivo stesso. Tra questi motivi, alcuni fanno riferimento al diritto naturale, altri no. Ma l'uso dell'espressione diritto naturale da parte degli oggettivisti non deve trarre in inganno: siffatti condizionamenti non costituiscono il diritto naturale in senso classico, e da parte mia ritengo che in simili casi non si debba parlare di diritto naturale.

Per la scienza giuridica classica, il diritto naturale è una specie o tipo di diritto vigente. Cioè è diritto e perciò è diritto vigente. Menzionando diritti naturali, si riferisce a veri diritti dell'uomo, che sono difendibili nel tribunale; se parla di legge naturale, si riferisce a precetti divieti e permessi di origine naturale che formano parte del diritto vigente nella società. Veri diritti e vere leggi, date dalla natura, la cui origine però è Dio Supremo Legislatore.

Diritto vigente, parte del diritto vigente: questa è l'idea fondamentale della concezione che incontriamo in Aristotele, in un famoso passo dell'« Etica a Nicomaco », lib. V, c. 7, 1134 b: « Nel diritto politico — cioè nel diritto vigente in una società perfetta o *polis* — una parte è naturale e l'altra legale. È naturale ciò che, dovunque, possiede la stessa forza e non dipende dalle diverse opinioni degli uomini; è legale tutto ciò che, in teoria, può essere indifferentemente in un modo o nel suo contrario, ma che smette di essere indiffe-

rente nel momento in cui la legge lo risolve ». Il testo è particolarmente chiaro: il diritto naturale è una parte del diritto vigente nella *polis*.

Per quanto riguarda il diritto romano, altrettanto chiaro è il seguente passo delle « Institutiones » di Gaio (I,1): « Tutti i popoli che si governano con leggi e consuetudini, fanno ricorso in parte al loro diritto particolare, in parte al diritto comune di tutti gli uomini; il diritto che ogni popolo stabilì per se stesso è proprio della città e si chiama diritto civile, cioè diritto proprio della città; invece, quello che la ragione naturale stabilisce tra tutti gli uomini, è osservato da tutti i popoli e si denomina diritto delle genti, come diritto a uso di tutti i popoli. Così, dunque, il popolo romano fa uso in parte del suo diritto e in parte di quello comune a tutti gli uomini ». Gaio non lascia adito a dubbi: il diritto naturale — stabilito dalla ragione naturale per tutti gli uomini —, da lui chiamato diritto delle genti, è un diritto che *si usa*, un diritto vivo, che si applica nella vita e nel tribunale. Si osservi anche che si parla di « in parte » — *partim* — del diritto totale vigente. Il diritto naturale è parte del diritto vigente.

Né Aristotele né Gaio teorizzano nelle loro spiegazioni. Il filosofo greco espone ciò che osservò nella realtà. Gaio, da parte sua, descrisse la pratica giuridica romana. Si conosce bene il ruolo che svolse il diritto naturale a Roma. Era il diritto che regolava i rapporti tra cittadini romani e stranieri, ai quali non era applicabile lo *ius civile*. Ed ebbe anche una importante funzione: umanizzare e adattare il primitivo *ius civile*, rigido e formalista. In ogni caso, era un diritto vivo, parte del diritto vigente.

Il diritto naturale fu considerato ed è considerato tuttora nella concezione classica una specie o tipo di diritto vigente. In alcune occasioni fu stabilita una bipartizione tra diritto divino o naturale e diritto umano; altre volte fu usata la tripartizione diritto naturale, diritto delle genti e diritto civile. È ciò che si riscontra in S. Isidoro di Siviglia, che trasmise al Medioevo la cultura classica antica. Analogamente succede con Graziano, proprio all'inizio del suo Decreto: « Il genere umano poggia su due diritti, quello naturale e quello consuetudinario » o diritto positivo.

Questa concezione classica, che fu accolta dai giuristi sino alla generalizzazione del kantismo — che cambiò il diritto naturale con forme *a priori* — e del positivismo, è la concezione che è rimasta e vive tra i canonisti di oggi. Il diritto naturale è vero diritto vigente.

Per essere esatti a dare una visione completa della canonistica, non si può fare a meno di segnalare che l'unanimità, con cui la canoni-

stica ha accolto la concezione classica, soffrì nel nostro secolo una certa rottura a causa di alcuni studiosi, precisamente vari tra coloro cui abbiamo fatto riferimento come gli autori della parziale rinascita metodologica della canonistica degli ultimi decenni. Seguendo Del Giudice, i canonisti a cui alludo — ai quali si ispirò un autore belga — non negarono né l'esistenza né la vigenza del diritto naturale, ma sostennero che non possiede di per sé carattere propriamente giuridico — cioè di vero diritto —, ma che lo possiede in virtù della *canonizatio*, cioè in virtù della sua ricezione formale da parte del diritto positivo, dell'autorità ecclesiastica. Questa tesi, peraltro molto limitata e circoscritta e che ha ricevuto il nome di « positivismo canonico », non ebbe risonanza. O meglio, alcuni autori — soprattutto della Scuola di Pedro Lombardía — si opposero ad essa, e oggi può considerarsi scomparsa, senza continuatori. L'unanimità della concezione classica è stata pienamente ristabilita.

Potremmo domandarci adesso se la convinzione della concezione classica del diritto naturale relativamente alla natura giuridica del diritto naturale — vero diritto — abbia qualche fondamento razionale. Si tratta di una tradizione assunta acriticamente o esistono argomenti razionali per accettare l'esistenza del diritto naturale?

La discussione sul diritto naturale si riconduce al problema dell'esistenza di un nucleo naturale di giuridicità. O parimenti domandarsi se il diritto naturale è anche una realtà naturale. Senza dubbio il diritto positivo, che — non lo si dimentichi — costituisce in ogni caso la maggior parte del fenomeno giuridico, è una realtà culturale, opera dell'uomo. È un fatto indiscusso. Ma il fenomeno giuridico è totalmente un'invenzione umana, un fatto culturale, o esiste un nocciolo naturale di giuridicità, sul quale poggia il diritto positivo in quanto fenomeno culturale? Siamo di fronte ad una domanda a cui il positivismo ha dato una risposta indiretta, perché in realtà non è stata affrontata direttamente né ha ricevuto risposta diretta. La Scuola moderna del Diritto Naturale, attraverso la teoria del patto sociale, intese la società e il potere come fenomeni culturali, a partire da uno stato naturale asociale; ma il diritto non era concepito allo stesso modo, perché si partiva dall'idea che nello stato naturale esistesse uno *ius naturae*. Dunque il primigenio stato dell'umanità non era agiuridico. Sembra che gli unici che, in un certo senso, parlarono di uno stato naturale agiuridico furono alcuni classici latini — come Ovidio e Tacito — che ipotizzarono un primo stadio dell'umanità nel quale l'uomo agiva virtuosamente *sua sponte*, senza necessità di legge né coazione. Tuttavia,

in questa prima ed aurea tappa, non venne meno la *lex naturae* che gli uomini seguivano per virtù e con spontaneità.

Una agiuridicità naturale, tale che il diritto sia, sin dalla sua radice, un fatto culturale, è a mala pena ragionevolmente sostenibile, perché è assiomatico che qualsiasi evento culturale possiede una base naturale. Affinché l'uomo produca, è assolutamente necessario che disponga della corrispondente capacità naturale e che nella natura si trovino i necessari presupposti. Se l'uomo non possedesse la capacità di vedere, non esisterebbe tutto quell'insieme di eventi culturali in rapporto con, e in dipendenza dalla, potenza visiva: la pittura, la scultura, la televisione, il cinema, e tutto ciò che si poggia sulla capacità umana della vista.

Per questo mi sembra di elementare buon senso affermare che, se esiste il fenomeno giuridico, deve esistere un nucleo naturale di giuridicità. Si noti che non è sufficiente qualsiasi potenza o capacità per far sì che esista il fatto culturale. La potenza deve essere dello stesso ordine del fatto e deve stare in rapporto con esso. Per poter nuotare è necessaria la capacità natatoria. Per la scultura occorre la vista e la manualità. O nella natura esiste la dimensione giuridica, o questa risulta impossibile e inesistente. È ciò che si verifica con gli animali. Noi uomini possiamo parlare di diritti degli animali e redigere dichiarazioni, ma rispetto agli animali e alla loro condotta, queste dichiarazioni sono vane, dato che i pretesi diritti non hanno influenza alcuna sul comportamento animale, alieno a questa categoria. Senza giuridicità naturale nell'uomo, non esisterebbe il diritto positivo. Perciò, secondo me, la migliore dimostrazione dell'esistenza del diritto naturale è l'esistenza del diritto positivo.

Qual è il nucleo naturale di giuridicità? Penso che, da un lato, tale nucleo naturale di giuridicità risieda nell'esistenza di una dimensione giuridica della persona, in virtù della quale possiede la potenza naturale per essere titolare di diritti. Ma ciò è possibile solo se l'uomo è costitutivamente strutturato come dominatore del proprio essere e del proprio ambito. Per cui, se è possessore del proprio essere, è titolare di un diritto: il diritto al proprio essere. E ciò significa che è naturalmente capace e per di più titolare di diritti.

D'altronde, il nucleo naturale di giuridicità presuppone la struttura naturale della persona come essere regolato da leggi sociali, e ciò implica l'esistenza di alcune leggi naturali.

In definitiva, credo che, come conseguenza di quanto abbiamo detto, si possa stabilire ciò che possiamo chiamare la insanabile apo-

ria del positivismo: se non esiste diritto naturale non può esistere diritto positivo; e se esiste diritto positivo, necessariamente esiste diritto naturale.

Passiamo adesso a una seconda convinzione della concezione classica, vale a dire della canonistica comune. Essendo vero diritto vigente, il diritto naturale non forma un ordinamento giuridico separato dal diritto positivo. L'idea che esistano due sistemi giuridici, uno naturale e l'altro positivo, due ordini giuridici in sé completi, entrambi protesi alla regolazione della realtà sociale, non è una idea propria della concezione classica; è invece conseguenza della prospettiva distorta introdotta dalla Scuola moderna del Diritto Naturale, soprattutto nel suo indirizzo razionalista.

Ricordiamo che il giusnaturalismo razionalista considerava il diritto naturale come l'insieme di leggi razionali che a suo dire reggeva la società umana, in virtù della Natura. Così come l'Universo possiede leggi fisiche perpetue, universali e immutabili, indipendenti dal divenire storico, la società possiederebbe allo stesso modo alcune leggi di natura, fisse e immutabili fuori dal tempo e dalla storia. Queste leggi naturali — leggi razionali — formerebbero un sistema completo di norme regolatrici della realtà sociale, contrarie al diritto vigente a quei tempi, quello dell'Ancien Régime, che sarebbe un diritto oscurantista. Il diritto naturale che il razionalismo offriva rappresentava, per gli autori di quel periodo, il nuovo diritto — quello dell'Illuminismo —, che avrebbe dovuto sostituire il vecchio diritto di origine medievale. Perciò l'ideale razionalista del secolo XVIII si concretò nel plasmare questo diritto razionale in alcuni corpi legali, dando così impulso al movimento codificatore. Diritto naturale e diritto positivo erano presentati come due ordini o sistemi giuridici. L'idea dei due ordini, naturale e positivo, ha lasciato una traccia così forte che addirittura alcuni neoscolastici — contro ogni ragionevolezza — l'hanno fatta propria. Ma nessuno misconosce che il giusnaturalismo dei due ordini o sistemi doveva condurre — come si verificò — alla negazione del diritto naturale in quanto diritto vigente. Se il diritto positivo è un sistema giuridico distinto dal diritto naturale, e gli è proprio il sistema di garanzie giudiziali e di esecuzione coattiva, il diritto naturale è un ordine normativo sprovvisto di queste due ultime caratteristiche. Se ne rese conto Hobbes e lo pose in risalto Thomasio. La conseguenza — a cui giunsero in effetti i due autori citati — consiste nel fatto che il diritto naturale possiede caratteristiche peculiari diverse da quelle del diritto positivo, sino al punto che il

primo non sarebbe effettivamente diritto. Il diritto naturale sarebbe etica o morale, conclusione razionalista che hanno accettato non pochi neoscolastici e neotomisti, malgrado l'incoerenza con la Scolastica in generale e con S. Tommaso in particolare. Considerare il diritto naturale come morale o etica sociale è una derivazione della Scuola razionalista del Diritto Naturale e non della concezione classica. Senza dubbio, però, esiste un'etica sociale naturale, ma che non è il diritto naturale.

Secondo la concezione classica, il diritto vigente consiste in una molteplicità di fattori, suddivisi in due grandi gruppi: una parte naturale e una parte positiva. La parola chiave è parte. Lo vedevamo in Aristotele e Gaio, ed è nitidamente riscontrabile sia nella tradizione giuridica, sia nella tradizione filosofico-teologica fino al secolo XVIII. Allo stesso modo si riscontra nei canonisti fino ai nostri giorni.

Non c'è, dunque, altro che un solo sistema giuridico vigente, dotato di garanzie giudiziali ed esecuzione coattiva. Quest'unico sistema è in parte naturale e in parte positivo. Ci possiamo domandare se il diritto naturale goda di una garanzia giudiziale. La risposta è sì: si tratta del sistema giudiziale imperante nella società. Analogamente ci poniamo la domanda della coazione: il sistema coattivo della società, così come il sistema giudiziale, è al servizio del diritto vigente, sia naturale, sia positivo. Una difficile esperienza da fare, questa, nell'ambito della società civile, perché il positivismo dominante ha esiliato la nozione di diritto naturale dalle sentenze dei giudici e dagli interventi degli avvocati; ma il diritto naturale continua ad agire, poiché non può essere espulso dalla vita giuridica, in cui interviene attualmente nascosto dietro alcuni pseudonimi: principi informativi dell'ordinamento, principi di giustizia, principi generali del diritto, diritti umani, natura delle cose, ecc.

Invece è esperienza vissuta nell'ordinamento canonico; è l'esperienza di qualsiasi canonista e giurista familiarizzatosi con la giurisprudenza matrimoniale. Mi riferisco alla giurisprudenza sul matrimonio, perché il sistema matrimoniale canonico è esemplare al riguardo. La costruzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale del matrimonio canonico è una meravigliosa articolazione di diritto naturale e diritto positivo in un unico sistema giuridico. Costituisce la migliore esperienza contemporanea della concezione classica.

Vorrei mostrare adesso due conseguenze, tra le tante, del fatto che il diritto naturale e il diritto positivo formino un solo sistema

normativo. In primo luogo, risulta ozioso parlare di una soluzione di diritto naturale e di una soluzione di diritto positivo rispetto ad un unico problema. Si potrebbe dire, come di fatto succede, che, in un determinato caso concreto, la soluzione di diritto naturale è una e quella di diritto positivo è un'altra. Ciò, o è una conseguenza — o meglio una infelice conseguenza — dell'aver seguito un metodo positivista per interpretare il diritto positivo, o è una cattiva interpretazione. Se diritto naturale e diritto positivo sono parti — elementi o fattori — del diritto vigente, in ogni caso concreto ci può essere una sola soluzione, che è la soluzione di diritto, in cui si devono coniugare armonicamente i fattori naturali e i fattori positivi.

Allo stesso modo, risulta equivoco distinguere tra diritto naturale e diritto positivo, dicendo che il primo è il diritto che deve essere, mentre il secondo è il diritto che è. Non so se sarà stato intuito che siffatta affermazione è tipica della Scuola razionalista del Diritto Naturale. Due ordini normativi distinti, dei quali uno, quello naturale o quello razionale, sarebbe chiamato a sostituire l'altro. Uno è, l'altro *deve essere*. Allo stesso tempo, è una forma sottile per negare la giuridicità del diritto naturale: è ovvio che ciò che deve essere, proprio per dover essere, per il momento non è; quindi se il diritto naturale dovesse essere diritto vigente, significa che adesso non lo è. Non è questa la concezione classica, e perciò affermazioni di tal genere sono estranee alla canonistica comune.

Non meno estraneo all'udito della canonistica comune suona sostenere che il diritto naturale è il diritto ideale e che il diritto positivo è il diritto reale. Tale affermazione è sconosciuta alla tradizione classica, secondo la quale il diritto naturale è diritto vigente e pertanto reale. A nessun sfugge il fatto che un ente ideale è un ente di ragione, senza esistenza fuori dal pensiero. E ciò implica che qualificare il diritto naturale come diritto ideale equivale a negare che esso sia vero diritto. Una legge ideale non è una legge, un diritto ideale non è un diritto, sono idee, come una casa ideale è una idea e non una vera casa.

Per tutto ciò che abbiamo detto, non deve causare stupore che una serie di affermazioni, che hanno occupato più o meno, un ruolo preponderante nella scienza giuridica o nella filosofia giuridica, non trovi riscontro tra i canonisti. Il diritto naturale come ordine etico sociale, come idea di diritto o ideale di giustizia, come diritto che dovrebbe essere o come insieme di principi fondamentali astratti o generalissimi, non corrisponde all'esperienza dei canonisti e neppure

alla concezione classica. Non bisogna dimenticare che quest'ultima risponde perfettamente all'esperienza della canonistica, abituata a vedere il diritto naturale come vera legge e vero diritto, pienamente e perfettamente articolato con il diritto positivo.

Anche se devo fare una digressione, mi si permetta di esporre alcuni esempi tratti dal vigente Codice di Diritto Canonico.

Il canone 98, § 2 stabilisce che il minorenni è sottomesso alla potestà dei genitori o tutori nell'esercizio dei suoi diritti, eccetto in ciò che per legge divina — cioè per diritto naturale o divino positivo — è esente da questa potestà. Una conseguenza, tra le altre, è che il minorenni che è capace a contrarre matrimonio, può esercitare il suo diritto naturale a sposarsi (cfr. c. 1071, § 1, 6°) a dispetto della ignoranza od opposizione, benché ragionevole, dei suoi genitori o tutori. Siamo di fronte a un vero diritto e ad una vera legge, che limita una potestà giuridica.

Da parte sua, il canone 199 ricorda che non sono soggetti a prescrizione i diritti e le obbligazioni che sono di diritto naturale. Questi *iura et obligationes* sono imprescrittibili proprio per essere di diritto naturale, e così li riconosce il citato canone. Non si parla di vaghi principi astratti e generali, né di ideali, né di norme morali, ma di veri diritti e doveri giuridici.

Alle cause di nullità matrimoniali di diritto naturale o divino positivo — impedimenti dirimenti e vizi di consenso — si riferisce il canone 1075, § 1, a cui si rifanno i canoni 1163, § 2 e 1165, § 2. E da parte sua il canone 1084 dichiara che l'impotenza è impedimento di diritto naturale con la formula *ipsa eius natura*.

Sono solo alcuni esempi e penso che non sia necessario insistere proponendone altri. Risulta evidente la connessione tra diritto naturale e diritto positivo in un unico sistema giuridico garantito dai giudici e, se è il caso, dai meccanismi dell'esecuzione forzosa.

Ma abbandoniamo la digressione per riprendere il filo del nostro discorso. Abbiamo visto due aspetti fondamentali della concezione classica e pertanto della canonistica. Vediamo ora il terzo aspetto cui desidero riferirmi: i rapporti tra diritto naturale e diritto positivo rispetto all'interpretazione del diritto.

Senza ombra di dubbio, la funzione principale del giurista consiste nell'interpretazione del diritto. Suo compito o missione è *dire il diritto*, stabilire qual è, in ogni caso concreto, la soluzione di diritto. Proprio in rapporto con questa operazione essenziale del giurista, la concezione classica dà una serie di regole — più implicite che esplici-

te — che i canonisti seguono, come si può facilmente osservare. In breve sintesi, le regole sono queste:

Prima: il diritto naturale mantiene sempre la sua indole naturale, anche nel caso di trovarsi assunto dal diritto positivo. Norme e diritti naturali positivizzati, devono essere interpretati come diritto naturale e non come diritto positivo e quindi secondo la loro indole. Applicando queste regole al diritto secolare, ci si rende conto che tale sarebbe il caso dei diritti fondamentali dichiarati dalle costituzioni.

Seconda: il diritto positivo deve essere interpretato in modo conforme al diritto naturale, in ragione della funzione propria di quest'ultimo di essere base, clausola-limite e principio informatore dell'ordinamento giuridico. Ma ciò non costituisce una particolare difficoltà per il giurista, perlomeno nella maggior parte del diritto positivo.

Terza: il diritto positivo non può prevalere sul diritto naturale. In caso di conflitto, il diritto positivo deve essere ricondotto ai termini del diritto naturale. È questo il principio di prevalenza del diritto naturale, una pietra di scandalo per i positivisti. Di fronte ad esso, i positivisti di qualsiasi stampo normalmente si stracciano le vesti, augurando ogni male alla scienza del diritto e all'ordinamento giuridico. Secondo loro, i principi di certezza e di sicurezza risulterebbero gravemente lesi, si introdurrebbe la più assoluta arbitrarietà e verrebbero scosse le fondamenta stesse dello Stato e del Diritto. Una reazione talmente esasperata e manchevole di prospettiva storica, è causata soprattutto da un misconoscimento del principio, ed è più una scusa che una ragione. Immaginazioni e pregiudizi. Il principio fu applicato dai giuristi romani — ne possediamo esempi — e non sembra che lo si possa includere tra le cause della caduta dell'impero romano. Fu applicato durante il Medioevo e durante l'Età Moderna, e i suoi effetti negativi si distinsero per la loro assenza. È stato applicato nel diritto canonico lungo tutta la sua storia e neppure lì esiste il minor sintomo di cataclisma: l'ordinamento canonico ha goduto e gode di eccellente salute, in gran parte grazie a questo principio.

Non si pensi che il principio di prevalenza conduca necessariamente verso atteggiamenti estremistici come la disobbedienza civile, la resistenza passiva o attiva, o cose simili. È vero che tali atteggiamenti possono essere l'unica soluzione giusta di fronte a determinate prescrizioni della legge positiva, però si tratta di casi scarsamente

frequenti. Sarà invece normale che il principio di prevalenza spinga ad un compito interpretativo che riconduca il diritto positivo alla coerenza con il diritto naturale. Penso che con due esempi tratti dal Digesto si potrà porre sufficientemente in risalto questa affermazione. Uno di essi si riferisce a un usufrutto di quantità che i giuristi intesero contrario alla ragione naturale. Quale fu la soluzione? Semplicemente considerarlo come un *quasiusufrutto* e in questo senso interpretarono il corrispondente senatoconsulto. Si legge infatti in D. 7, 5, 2: « Questo senatoconsulto non diede vita a un vero usufrutto di quantità, dato che l'autorità del senato non può cambiare la ragione naturale, ma, introdotto il rimedio, cominciò ad essere ammesso un *quasiusufrutto* ». Un altro caso si riferisce alla *capitis deminutio*. Benché lo *ius civile* dichiarasse del tutto incapace il soggetto, i giuristi dichiararono efficaci le prestazioni naturali: « È evidente — leggiamo in D. 4, 5, 8 — che gli obblighi che contengono una prestazione naturale non si estinguono per la *capitis deminutio*, perché il diritto civile non può alterare diritti naturali; così l'azione della dote sussiste anche dopo la *capitis deminutio*, perché si riferisce a ciò che è buono e giusto ».

Ci si può rendere conto facilmente che la prevalenza non causa nessun terremoto nell'ordinamento giuridico, né attacca i principi di sicurezza e di certezza. È invece un principio di umanizzazione del diritto, di realizzazione della giustizia e del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona. Non si dimentichi che ciò che è contrario al diritto naturale è ingiusto, rappresenta una ingiustizia, e missione propria del giurista non è tanto affermare ciò che è legale ma affermare ciò che è giusto. Per questo, lo scandalo dei positivisti di fronte a questo principio mi sembra uno scandalo farisaico.

Dicevo all'inizio che per esporre la funzione del diritto naturale nell'ordinamento canonico e la teoria dei canonisti su di esso, non c'è niente di meglio che ricorrere alla concezione classica, di cui la legislazione e la scienza canonica sono espressione e continuazione. Mi sembra di aver compiuto il proposito, sottolineando particolarmente gli aspetti più facilmente applicabili alla scienza giuridica secolare. Penso che ricordare la concezione classica, mantenuta viva dalla canonistica, può essere utile per i giuristi impegnati a superare il positivismo giuridico e alla ricerca di nuove vie per giungere a una scienza del diritto più umana e più giusta.