

LE NORME PRESE SUL SERIO
NEL GIUSNATURALISMO NEOCLASSICO:
LA NECESSITÀ DELLA LEGGE POSITIVA
SECONDO JOHN FINNIS
E IL GIUSREALISMO TOMISTA

TAKING NORMS SERIOUSLY
IN NEW CLASSICAL JUSNATURALISM:
THE NEED FOR POSITIVE LAW ACCORDING
TO JOHN FINNIS AND THOMISTIC JURIDICAL REALISM

PETAR POPOVIĆ

RIASSUNTO · In questo articolo intendo mostrare come una possibile trascuratezza circa la dovuta comprensione della natura della legge positiva nella tradizione del giusnaturalismo tomista può essere superata all'interno di questa stessa tradizione. Presenterò innanzitutto la disamina dell'importanza del diritto positivo elaborata da John Finnis. L'argomentazione di Finnis ha un certo successo nell'evidenziare il bisogno umano di prendere sul serio le norme positive, però, dal punto di vista di questa tradizione, sembra essere anche parzialmente esagerata quando giunge alla conclusione che tutto il diritto deve essere contenuto nella legge positiva. Successivamente, analizzerò i testi rilevanti dell'Aquinate in cui egli sviluppa l'idea circa i bisogni umani che stanno alla ba-

ABSTRACT · In this article, I intend to show how the possible neglect of the due understanding of the nature of positive law in the tradition of Thomistic natural-law theory of law can be overcome within this same tradition. I will first present John Finnis's examination of the importance of positive law. Finnis's argument has some success in highlighting the human need to take positive law seriously, but it also seems to be partially exaggerated from the standpoint of the aforementioned tradition when he comes to the conclusion that all law must be contained in positive law. Next, I will analyze the relevant texts of Aquinas in which he develops the idea about the human needs underlying the very being of positive law from the perspective of justice. Finally, I will

p.popovic@pusc.it, Professore associato, Facoltà di Diritto Canonico, Pontificia Università della Santa Croce, Roma, Italia.

Contributo sottoposto a doppia revisione anonima (*Double-Blind Peer-Review*).

[HTTPS://DOI.ORG/10.19272/202308601004](https://doi.org/10.19272/202308601004) · « IUS ECCLESIAE » · XXXV, 1, 2023 · PP. 83-108

[HTTP://IUSECCLESIAE.LIBRAWEB.NET](http://iusecclesiae.libraweb.net)

SUBMITTED: 20.5.2022 · REVIEWED: 7.6.2022 · ACCEPTED: 15.6.2022

se dell'essere della legge positiva dalla prospettiva della giustizia. Infine, analizzerò gli elementi di base per una disamina della ragion d'essere della legge positiva dal punto di vista dello studio contemporaneo del realismo giuridico classico.

PAROLE CHIAVE · legge positiva, giustizia, John Finnis, Tommaso d'Aquino, realismo giuridico.

analyze the basic elements for an examination of the *raison d'être* of positive law from the perspective of the contemporary study of classical juridical realism.

KEYWORDS · Positive Law, Justice, John Finnis, Thomas Aquinas, Juridical Realism.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ragion d'essere della positività del diritto secondo John Finnis. – 2.1. Prendere le norme troppo sul serio: alcuni limiti dell'approccio di Finnis alla natura del diritto. – 2.2. I vantaggi dell'enfasi finnisiana sul bisogno umano della legge positiva. – 3. L'Aquinate e il significato della legge positiva e del diritto positivo per la comprensione integrale del fenomeno giuridico. – 4. La ragion d'essere della legge positiva nel realismo giuridico contemporaneo.

1. INTRODUZIONE

Non è difficile comprendere il motivo perché la riflessione giusnaturalista di Tommaso d'Aquino sulla legge positiva umana rischia di essere un po' trascurata sia nei commenti alla sua filosofia giuridica sia nelle analisi del fenomeno giuridico di autori appartenenti alla tradizione tomista. Questa trascuratezza proviene dal fatto che il diritto posto dall'uomo, secondo l'Aquinate, fa parte di un quadro giuridico più ampio, che comprende fonti normative gerarchicamente superiori, come la legge naturale e la legge eterna. Gli studiosi di diritto che sono affascinati dalla giusteoria dell'Aquinate tendono ad essere più interessati all'interconnessione tra la legge positiva e gli ordini legali superiori o, più precisamente, ai vincoli che gli ordini legali superiori impongono al contenuto delle norme giuridiche positive. Anche il suo stesso approccio al fenomeno giuridico è spesso chiamato "la teoria della legge naturale" o "del diritto naturale". Nel contesto attuale, in cui la mentalità dei filosofi del diritto e dei giuristi in generale è prevalentemente modellata secondo i principi centrali del positivismo giuridico, diventa ancora più facile classificare il quadro giusfilosofico dell'Aquinate in base a quello che può sembrare il suo tratto distintivo più evidente, cioè concentrarsi solo su quegli elementi che sono meta-positivi, relegando così la sua dottrina sul diritto positivo alla periferia del suo studio del fenomeno giuridico.

Anche in quel filone della tradizione filosofico-giuridica tomistica che si interessa alle caratteristiche oggettive insite nella semantica del concetto di *ius* piuttosto che solo ai vincoli giusnaturalistici della legge positiva, il fenomeno della *lex humanitus posita* può finire per essere studiato solo co-

me appendice accidentale all'analisi del significato primario di *ius*, cioè della stessa cosa giusta (*ipsa res iusta*). L'attenzione prevalente all'identificazione del fenomeno giuridico principalmente in quelle cose o realtà (*res*), nel senso più ampio di questi termini, che costituiscono l'oggetto delle relazioni esternamente manifestabili e intersoggettive della virtù della giustizia, può contribuire alla formazione di una mentalità erronea secondo la quale è possibile rinunciare del tutto alle norme giuridiche positive nella spiegazione della natura del diritto. Tutto ciò che conta, secondo questa mentalità, sono le cose stesse coinvolte nelle corrispettive relazioni di giustizia, esse sono i portatori ontologici esclusivi del fenomeno giuridico (*ius*), e se non è possibile identificare con certezza lo status di giustizia riguardo a una certa cosa o realtà, possiamo sempre consultare i principi di giustizia al livello del diritto naturale ed elaborare da lì tutti gli aspetti pertinenti della *iustitia*. Nella stessa ottica, le determinazioni dei principi di giustizia naturale attraverso le norme della legge positiva possono essere viste anche come manifestazioni utili, ma in definitiva non essenziali, del fenomeno giuridico. Di conseguenza, anche se risulta pratico poter consultare il dettagliato contenuto "scritto" delle norme della legge positiva, visti i molteplici limiti di queste norme nel cogliere tutti i casi particolari in contesti sempre mutevoli, esse si rivelano troppo spesso fallibili e bisognose di continue interpretazioni, leggi aggiuntive o ulteriori sviluppi e cambiamenti alla luce del diritto naturale.

Non è difficile capire come questa peculiare mentalità possa provocare una reazione critica anche da parte di quei filosofi del diritto o giuristi che sono generalmente favorevoli alla teoria del diritto naturale e al realismo giuridico tomista. Essi potrebbero percepire questa presunta necessità di rivalutare costantemente il fenomeno della legge positiva alla luce di tutti i rilevanti rapporti di giustizia e principi del diritto naturale come una sorta di esagerazione – chiamiamola "*res-giustismo*" – che in pratica scredisca quasi del tutto l'importanza delle norme positive.

In questo articolo mostrerò che le suddette difficoltà o approcci errati relativi alla comprensione della natura della legge positiva possono essere superati all'interno della stessa tradizione del giusnaturalismo neoclassico. Per dimostrarlo, presenterò innanzitutto la disamina dell'importanza del diritto positivo elaborata da uno dei più importanti sostenitori della teoria «neoclassica» del diritto naturale nell'ora presente, John Finnis.¹ Mostrerò come

¹ Per l'insistenza di Finnis sul fatto che la sua teoria è meglio etichettata come una «teoria neoclassica del diritto naturale» (la specificazione «del diritto» è importante, dal momento che esiste anche una teoria giusnaturalista dell'etica, della politica, ecc.), cfr. J. FINNIS, *Reflections and Responses*, in J. KEOWN, R. P. GEORGE (a cura di), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 468-469; J. FINNIS, *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, in G. DUKE, R. P. GEORGE (a cura di), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 18.

la sua argomentazione abbia un certo successo nell'evidenziare il bisogno umano di prendere sul serio le norme positive (per usare le parole del titolo di questo articolo) e quindi anche nell'intravedere la bontà intrinseca all'essere della legge positiva. Allo stesso tempo, però, intendo rilevare che lo sforzo di Finnis di assegnare un posto di rilievo alla legge positiva nella spiegazione del fenomeno giuridico è parzialmente esagerato, poiché egli giunge alla conclusione che tutto il diritto (cioè, tutto ciò che il diritto è) deve essere in ultima analisi impostato in termini della legge positiva, e che quindi non esistono elementi di vera e propria giuridicità – ad esempio, nei precetti della legge naturale – al di fuori dell'ambito della legge positiva. Per quanto riguarda quest'ultima enfasi sulla positività del diritto, si può dire che Finnis prenda le norme troppo sul serio.

Successivamente, analizzerò i testi rilevanti dell'Aquinate in cui egli sviluppa la sua argomentazione circa il bisogno umano che sta alla base dell'essere della legge positiva da una prospettiva specificamente giuridica, cioè dal punto di vista della giustizia. Nella mia analisi della posizione dell'Aquinate su questo tema, risulterà evidente che egli pone già le premesse per l'enfasi finnisiana circa il bisogno umano della legge positiva, ma anche che non è possibile trovare nei testi dell'Aquinate una linea di ragionamento che assomigli all'argomentazione di Finnis secondo cui tutto il diritto umanamente rilevante deve essere in ultima analisi posto.

Infine, analizzerò quelli che considero gli elementi di base per una disamina della ragion d'essere della legge positiva dal punto di vista dello studio contemporaneo del realismo giuridico classico. Il termine “classico” qui indica che tale studio contemporaneo vuole inserirsi nella tradizione sviluppata da Aristotele, dai giuristi romani e soprattutto dall'Aquinate. Presenterò dapprima questi elementi di base, così come sono solo sommariamente delineati nei testi pertinenti di Javier Hervada e Carlos José Errázuriz, e poi procederò a sviluppare ulteriormente gli argomenti a favore dell'importanza della legge positiva nella prospettiva giusrealista. In questa fase della mia analisi risulterà chiaro che la tradizione del realismo giuridico tomista è altamente compatibile (anche se non del tutto identica) con l'approccio di Finnis circa la fondazione del significato della legge positiva nei bisogni umani e nei beni umani. Allo stesso tempo, risulterà evidente che l'importanza che il realismo giuridico tomista attribuisce alla creazione della legge positiva non equivale a sostenere, seguendo le orme di Finnis, che tutto il diritto è in ultima analisi contenuto nella legge positiva.

**2. LA RAGION D'ESSERE DELLA POSITIVITÀ DEL DIRITTO
SECONDO JOHN FINNIS**

*2. 1. Prendere le norme troppo sul serio: alcuni limiti dell'approccio di Finnis
alla natura del diritto*

Per comprendere l'enfasi posta da Finnis sull'importanza della positività del diritto, è necessario cogliere la sua visione complessiva della natura del diritto. Secondo Finnis, l'ontologia del diritto può essere colta appieno solo se si tiene conto del fatto che il diritto ha necessariamente una doppia natura o una doppia vita, in altre parole, che l'identità ontologica del diritto – ciò che il diritto è o l'essere stesso del diritto – consiste simultaneamente non solo in uno ma in due elementi costitutivi. Un aspetto o elemento essenziale della natura del diritto è la sua esistenza descrittiva, socio-fattuale, il suo essere una fonte identificabile e necessariamente positivizzata di obblighi giuridici – in poche parole, la vita del diritto come norma giuridica valida o come sistema complesso di tali norme. L'altro aspetto o elemento essenziale della natura del diritto è costituito da un insieme di criteri valutativi che forniscano ragioni per agire in conformità con il contenuto stabilito o postulato nelle norme giuridiche valide.

Secondo Finnis, gli standard valutativi che fanno necessariamente parte della vita del diritto, vale a dire i beni umani fondamentali e i principi di ragionevolezza pratica, sono in ultima analisi collegati ai valori morali sostanziali. In altre parole, Finnis sostiene che esiste una connessione necessaria tra diritto e morale perché alcuni standard valutativi – compresi quelli che riguardano la morale sostanziale e la giustizia – si trovano “nel” diritto, come un elemento essenziale della sua stessa natura.²

Poiché la dottrina di Finnis sulla natura del diritto denota una versione della teoria del diritto naturale, la sua proposta viene spesso valutata concentrando sulla differenza tra il suo approccio e quello dei suoi principali interlocutori, ossia i vari sostenitori del positivismo giuridico. Di conseguenza, l'argomentazione di Finnis sulla duplice natura del diritto viene letta prevalentemente alla luce della sua critica ai principi fondamentali del positivismo giuridico. In questa lettura, la sua tesi a favore della necessaria presenza di norme di moralità sostanziale nel diritto, ovvero la tesi della “necessaria

² Secondo quella che è probabilmente la più breve presentazione di Finnis della sua argomentazione circa la doppia vita del diritto, il diritto è, da una parte, «un fenomeno sociale [...] che esiste come fatto riferibile alle idee e alle pratiche di una comunità» e, dall'altra parte, «un insieme di ragioni per l'azione che valgono come deliberazioni di qualcuno che [...] sta deliberando con piena ragionevolezza su cosa fare». J. FINNIS, *A Grand Tour of Legal Theory*, in *Collected Essays: Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 107. La traduzione dall'inglese di questo testo e di altri testi lungo l'articolo è mia.

connessione tra diritto e morale”, viene intesa come il suo contributo filosofico-giuridico cruciale.

Data la sua fama di giusnaturalista nel senso pieno del termine, è facile trascurare l’enfasi programmatica di Finnis sulla positività come caratteristica essenziale del fenomeno giuridico, insita nella sua esposizione della duplice natura del diritto. Quando Finnis afferma che il diritto ha una duplice natura, non si limita a sostenere che i positivisti giuridici dovrebbero essere più attenti a tutti i modi in cui i contenuti del diritto positivo sono necessariamente condizionati dagli standard valutativi e persino, più specificamente, dai principi e valori morali sostanziali. La sua teoria della duplice natura del diritto suggerisce che il fenomeno giuridico esiste sempre non solo come qualcosa che viene valutato in base agli standard valutativi o morali pertinenti, ma anche e necessariamente come qualcosa di positivizzato, qualcosa che esiste come un fatto sociale perché è identificabile come una valida fonte di diritto posto.³

L’enfasi di Finnis sulla positività come caratteristica essenziale del diritto non è una conclusione implicita dalle premesse della sua teoria del diritto naturale. Al contrario, egli è molto esplicito nell’affermare che la positività del diritto costituisce una parte essenziale della teoria giusnaturalistica del diritto.⁴ Infatti, come sostiene in uno dei suoi testi cruciali, la necessità che il diritto sia positivizzato per la sua stessa costituzione come diritto – per l’esistenza del fenomeno giuridico – può essere considerata una parte della «verità» presente «nel positivismo giuridico», una tesi che i positivisti hanno capito correttamente.⁵ Il problema principale che Finnis pone nei confronti dei positivisti giuridici non è la loro enfasi sulla positività del diritto come prerequisito essenziale per la sua costituzione proprio come diritto, ma invece i vari modi in cui essi sono riluttanti ad assegnare un posto strutturale più importante agli argomenti valutativi, e persino ai principi e ai beni mo-

³ Consideriamo le seguenti osservazioni di Finnis: «Cosa rende il diritto ciò che è? I fatti sociali. (Essi sono le sue “cause materiali” ed “efficienti”). Se non c’è un’accettazione fattuale degli atti legislativi e giudiziari attualizzati, il diritto non può raggiungere il suo scopo normativo o creare obblighi legali o morali». J. FINNIS, *Reflections and Responses*, cit., p. 552.

⁴ Secondo Finnis, «la teoria del diritto naturale sostiene che il fatto che il diritto sia necessariamente basato sulle fonti – la dipendenza del diritto da fatti sociali, come la legislazione, la consuetudine o i precedenti giudiziari – è un elemento fondamentale e primario» nella sua capacità di promuovere le norme e i valori morali rilevanti. Cfr. J. FINNIS, *Natural Law Theories*, in E. N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition), <https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>, 1. Si veda anche la sua argomentazione seguente: «Non ho mai sostenuto che le proprietà che costituiscono la fatticità sociale del diritto [...] siano di importanza significativamente minore per la natura del diritto rispetto al suo punto o valore normativo». J. FINNIS, *Reflections and Responses*, cit. p. 552.

⁵ Vedi J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, in *Collected Essays: Philosophy of Law*, vol. 4, cit., pp. 174-188.

rali sostanziali, nei loro tentativi di comprendere e presentare la natura del diritto posto.⁶

L'importanza della positività del diritto, tuttavia, secondo Finnis, non è una scoperta dei positivisti, ma un risultato dell'insieme di argomentazioni già ben elaborate all'interno della tradizione giusnaturalista, in particolare nella teoria giuridica dell'Aquinate e nella sua esposizione della natura della legge positiva umana, come anche nel pensiero dei canonisti del XII secolo che (sempre secondo Finnis) hanno articolato per primi il concetto della legge positiva.⁷ Finnis sostiene che «l'attenzione al fatto», cioè alla fatticità sociale del diritto implicata nel suo essere-posto, «che i positivisti ritengono una virtù del loro metodo», è in realtà «pienamente presente e operativa» nella «teoria del diritto naturale».⁸ Questo lo porta alla conclusione che il positivismo giuridico è davvero l'ultimo arrivato (oppure, in inglese, un «johnny-come-lately») alla discussione sull'importanza del fenomeno del diritto umanamente posto.⁹

Vorrei sottolineare che c'è qualcosa di potenzialmente allarmante nell'argomentazione di Finnis secondo cui la positività e la fatticità sociale del diritto costituiscono un aspetto necessario dell'ontologia del diritto. Questo argomento sembra suggerire che il diritto si manifesti essenzialmente o esclusivamente attraverso il suo essere-posto. Da una teoria del diritto naturale normalmente ci si aspetterebbe un'elaborata giustificazione delle ragioni d'essere meta-positive del fenomeno giuridico, cioè una giustificazione degli elementi di giuridicità esistenti al di là del dominio del diritto posto. Anche gli autori che non sono sostenitori della teoria del diritto naturale si aspettano tali argomenti dagli studiosi giusnaturalisti. Così, ad esempio, Jeremy Waldron, certamente non un esponente della teoria del diritto naturale, sostiene:

⁶ In quello che può essere letto come un dialogo diretto con i giuspositivisti, Finnis sostiene che, «sebbene il diritto umano sia un artefatto e un artificio [...], sia il suo “essere posto” che il riconoscimento della sua positività (da parte dei giudici, dei cittadini e quindi degli studiosi descrittivi e critici) non possono essere compresi senza fare riferimento ai principi morali che fondano e confermano la sua autorità o sfidano la sua pretesa». *Ibidem*, p. 186.

⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 174-175. Nella sua linea di argomentazione sull'origine del concetto della legge positiva nel XII secolo, Finnis si basa principalmente su due studi storici sulle origini della nozione di diritto positivo umano: O. LOTTIN, *Le Droit Naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédecesseurs*, Bruges, Charles Béaert Éditeurs Pontificaux, 1931; S. KUTTNER, *Sur les origines du terme «droit positif»*, «Revue historique de droit français et étranger» 15 (1936), pp. 728-740. Per un altro lavoro importante riguardante l'analisi storica dell'emergere della nozione di positività rispetto al fenomeno giuridico, vedi D. VAN DEN EYNDE, *The Terms «Ius Positivum» and «Signum Positivum» in Twelfth-Century Scholasticism*, «Franciscan Studies» 9 (1949), pp. 41-49.

⁸ J. FINNIS, *What is the Philosophy of Law?*, «The American Journal of Jurisprudence» 59 (2014), p. 139.

⁹ Cfr. J. FINNIS, *Law as Fact and as Reason for Action*, «The American Journal of Jurisprudence» 59 (2014), p. 97.

Dovremmo aspettarci che la legge naturale sia, in un certo senso, giuridica. Dovrebbe essere *come diritto*. [...] La legge naturale dovrebbe manifestarsi come qualcosa in grado di ordinare le nostre azioni e interazioni in modo simile a come il diritto positivo ordina le nostre azioni e interazioni. [...] L'esperienza di essere governati e ordinati dalla legge naturale dovrebbe aggiungersi al nostro repertorio di essere governati e ordinati dal diritto.¹⁰

Nella sua valutazione critica del progetto teorico di Finnis, Waldron afferma di non essere nemmeno «sicuro che [Finnis] creda nella legge naturale *qua* diritto, cioè come qualcosa che è in grado di svolgere le funzioni di governo del diritto» al di là dell'ambito della legge positiva, ad esempio «in assenza di istituzioni positive».¹¹ L'obiettivo principale della critica di Waldron è la riluttanza di Finnis a definire la legge naturale in termini diversi da quelli morali. Tuttavia, credo che la critica di Waldron indichi implicitamente un altro possibile limite nella dottrina finnisiana del diritto, che mi sembra importante mettere in luce in questa sede: Finnis non può giustificare lo statuto giuridico della legge naturale in quanto fenomeno legale meta-positivo proprio perché sostiene la necessità che la legge umanamente rilevante venga positivizzata.

Infatti, nel luogo testuale in cui Finnis intende definire il diritto umanamente rilevante – nel capitolo del suo *Natural Law and Natural Rights* intitolato «Law» («Diritto») – egli sostiene che il diritto naturale «è solo analogicamente diritto» in relazione al «attuale uso principale del termine».¹² Nello stesso capitolo di quel libro, definirà il diritto nel suo, come dice lui, «significato principale» che si riferisce «essenzialmente alle norme prodotte [...] da un'autorità determinata ed effettiva [...], e sostenute da sanzioni [...]».¹³ Quest'ultimo testo è solo una parte della sua lunga definizione del significato focale del diritto, che contiene numerosi riferimenti anche all'altra “vita” del diritto (ad esempio, i riferimenti alla «coordinazione», al «bene comune» o alla «ragionevolezza»).¹⁴ Comunque, la parte della definizione sopra evidenziata è sufficiente per capire che egli concepisce gli elementi morali meta-positivi come norme immediatamente rilevanti dal punto di vista giuridico solo nella misura in cui sono positivizzate. Al di là del dominio del diritto positivo, questi standard rimangono moralmente rilevanti, ma essenzialmente metagiuridici, e quindi non qualcosa che è, come sostiene Waldron, simile al diritto. Finnis confermerà questa interpretazione della sua definizione di diritto in un suo testo più recente: «La mia concezione del

¹⁰ J. WALDRON, *What is Natural Law Like?*, in *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, cit., p. 73.

¹¹ *Ibidem*, p. 74.

¹² J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 304.

¹³ *Ibidem*, p. 300.

¹⁴ *Ibidem*.

diritto positivo e degli elementi essenziali del suo rapporto con la legge naturale, cioè con la legge morale, è esposta in sintesi nella nota definizione di diciassette righe alle pp. 276-277 [di *Natural Law and Natural Rights*].¹⁵

La tesi di Finnis circa la necessità che il fenomeno giuridico sia positivizzato per la sua costituzione essenziale si dimostra ancora più sorprendente alla luce del fatto che la tesi centrale del positivismo giuridico si esprime proprio nei termini della necessità che tutto il diritto sia posto e che non esistano degli elementi di giuridicità al di là dell'ambito della legge positiva. In un contributo nel *Cambridge Companion to Legal Positivism* di recente pubblicazione, il positivista Leslie Green osserva che i positivisti stanno diventando sempre più consapevoli dell'esistenza di almeno alcune connessioni – minimaliste, procedurali, meramente sistemiche, o contingenti (cioè, non essenziali) – tra diritto e morale.¹⁶ Tuttavia, Green sostiene di aver trovato una caratteristica essenziale del positivismo giuridico sulla quale non sembra esserci disaccordo nella tradizione positivista: «Qualsiasi teoria del diritto che un positivista sia disposto a chiamare “positivista” sostiene una versione della seguente affermazione: *tutto il diritto è contenuto nella legge positiva*».¹⁷ In altre parole, non esistono elementi di giuridicità al di fuori del diritto positivo e nessuna caratteristica valutativa necessariamente inherente alla natura del diritto potrebbe alterare il tessuto ontologico del fenomeno giuridico, ossia la positività del diritto.

Proprio questa affermazione – che tutto il diritto è contenuto nella legge positiva – viene esplicitamente adottata da Finnis come idea fondante della sua disamina della natura del diritto. Ad esempio, nel suo articolo sugli elementi di verità nel positivismo giuridico, Finnis sostiene che «l'intero diritto esistente di una comunità, per quanto integralmente giusto e dignitoso, è positivo, in qualche modo umanamente posto».¹⁸ Altrove attribuirà questa affermazione allo stesso Aquinate: «Nel chiarimento e nell'adattamento da parte dell'Aquinate delle categorie e della nomenclatura giuridica aristotelia e romana, tutto il diritto umano è contenuto nella legge positiva».¹⁹

¹⁵ J. FINNIS, *Response*, «Villanova Law Review» 57 (2012), p. 948. I numeri di pagina di questa citazione di Finnis si riferiscono all'edizione originale inglese del suo libro; nella traduzione italiana, *Legge naturale e diritti naturali*, la definizione del concetto di diritto si trova a pagina 300, ed è lunga sedici righe.

¹⁶ L. GREEN, *Positivism, Realism and Sources of Law*, in T. SPAAK, P. MINDUS (a cura di), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 39.

¹⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹⁸ J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 185.

¹⁹ J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 266. Si veda anche la seguente osservazione tratta dallo stesso libro: «L'Aquinate, nella sua opera tardiva, descrive l'intero diritto amministrato dai tribunali di uno Stato come “diritto umanamente posto” o “diritto positivo”, anche se una parte di esso [...] è interamente o sostanzialmente parte, o una conclusione dedotta, dai principi e precetti permanenti del diritto naturale». *Ibidem*, p. 268. Poiché questa linea argomentativa di Finnis è significativa

Finnis sembra fondare la sua idea che tutto il diritto è impostato in termini della legge positiva sulla premessa secondo cui i principi e i valori legali meta-positivi relativi alla legge naturale devono entrare a far parte della legge positiva per essere pienamente giuridici. In altre parole, la distinzione tra la legge positiva e la parte giuridicamente rilevante della legge naturale è, come egli dice, «una distinzione *all'interno della legge positiva*». ²⁰

Visto la sua proposta circa la presenza e operatività della legge naturale nel diritto posto dall'uomo, nonché, allo stesso tempo, la sua mancanza di interesse per l'identificazione del diritto al di là dell'ambito della legge positiva, Finnis descrive il suo approccio come una «teoria giusnaturalista del diritto positivo». ²¹ La vicinanza di questo approccio alla tesi centrale del

per la mia presente analisi, e poiché allo stesso tempo non è forse sufficientemente conosciuta nemmeno tra i discepoli intellettuali di Finnis, credo che possa essere utile notare qui alcune altre affermazioni in cui egli segue questa linea, che è ovviamente centrale per la sua visione della natura del diritto. «In effetti, il termine stesso “legge positiva” è stato importato in filosofia dall’Aquine, che è stato anche il primo a proporre che l’intero diritto di una comunità politica possa essere filosoficamente equiparato alla legge positiva». J. FINNIS, *A Grand Tour of Legal Theory*, cit., p. 100. «Ogni esempio corretto (o caso centrale) di sistema giuridico sarà incentrato sull’ordine delle leggi positive nella sua interezza e in tutte le sue parti». J. FINNIS, *Natural Law Theory: Its Past and Its Present*, «The American Journal of Jurisprudence» 57 (2012), p. 94. «Il diritto, come ne parla l’Aquine, nel suo caso centrale [è] la legge positiva umana». J. FINNIS, *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, cit., p. 45. «Il diritto è tutto prodotto – posto, anche quelle parti di esso che sono fatte adottando principi morali la cui verità e applicabilità non è prodotta, ma discernibile». J. FINNIS, *Reflections and Responses*, cit., p. 551. «L’Aquine considera tutto il diritto umano come “posto” e (sinonimicamente) “positivo”, anche quelle norme che sono pure riaffermazioni di principi morali generali oppure autorevolmente promulgate come deduzioni (*conclusiones*) da tali principi». J. FINNIS, *Aquinas’s Moral, Political, and Legal Philosophy*, in E. N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>, 7.3.

²⁰ J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 182. Si veda anche la sua seguente affermazione: «In breve, un sistema giuridico adeguato alle esigenze umane sarà di natura complessa, tutto positivo, ma in parte una questione della legge naturale e in parte (anzi, in gran parte) una questione di regole “puramente positive”». J. FINNIS, *The Nature of Law*, in J. TASIOULAS (a cura di), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 50.

²¹ J. FINNIS, *Natural Law Theory: Its Past and Its Present*, cit., p. 101. «La visione dominante dal c. 1850 al c. 1950 è comunemente chiamata “positivismo” o “positivismo giuridico”. La visione classica, ripresa negli ultimi decenni, è comunemente chiamata “teoria del diritto naturale”. Si tratta di etichette confuse, perché ognuna di esse è una teoria proprio della legge positiva». J. FINNIS, *Legal Philosophy: Roots and Recent Themes*, in *Collected Essays: Philosophy of Law*, vol. 4, cit., p. 158. Presumibilmente per la stessa linea di ragionamento, Finnis descriverà l’argomento di H. L. A. Hart sull’occorrenza, sempre contingente, di un contenuto minimo della legge naturale nel diritto (Hart è un positivista inclusivo o moderato) come la tesi circa «il contenuto minimo della legge positiva». Vedi J. FINNIS, *Hart as a Political Philosopher*, in *Collected Essays: Philosophy of Law*, vol. 4, cit., p. 262. Enfasi mia.

positivismo giuridico suggerisce, tuttavia, che Finnis sta probabilmente, per così dire, prendendo troppo sul serio le norme di diritto positivo. Questo espone la sua visione sulla natura del diritto ad un duplice limite. Da un lato, contrariamente a quanto ci si aspetterebbe da una teoria del diritto naturale, Finnis afferma che tutto il diritto è in ultima analisi integralmente riducibile alla legge positiva. Forse questa affermazione è ritenuta vera dai giuspositivisti, ma non è affatto chiaro perché debba essere condivisa senza riserve dai sostenitori della teoria del diritto naturale. D'altra parte, non è chiaro perché egli non tenti mai di indagare le condizioni per poter verificare uno status giuridico della legge naturale anche quando tale legge trascende l'ambito della legge positiva. Affermare che la legge naturale possiede lo status di giuridicità – cioè che diventa diritto – solo nella misura in cui viene in qualche modo positivizzata non sembra così lontano da ciò che anche i positivisti più esclusivi sarebbero disposti a sostenere.

2. 2. I vantaggi dell'enfasi finnisiana sul bisogno umano della legge positiva

Nelle sue opere, Finnis evidenzia la ragione sottostante all'importanza della positività del diritto e questa sua riflessione può essere disgiunta dalla sua affermazione che tutto il diritto è in ultima analisi contenuto nella legge positiva. In questo aspetto della sua enfasi sul significato della legge positiva, Finnis intende mostrare come la positività del diritto denoti una risposta a determinati bisogni umani, ovvero come la positivizzazione del diritto contribuisca al raggiungimento di determinate caratteristiche del bene umano: «La teoria della legge naturale [...] produce, come uno dei suoi elementi intrinseci, la tesi che le società umane hanno bisogno della legge positiva». ²² A mio avviso, questo contributo è più promettente per una migliore comprensione del motivo per cui dovremmo prendere sul serio le norme positive, rispetto alla sua intrigante, ma allo stesso tempo significativamente limitata, linea di ragionamento secondo cui tutto il diritto è necessariamente positivizzato.

La disamina di Finnis circa i bisogni e i beni umani che costituiscono la base della necessità della positività del diritto può essere studiata su almeno tre livelli di analisi, distinti ma interconnessi.

In primo luogo, è possibile individuare alcuni bisogni umani a cui corrisponde l'esistenza della legge positiva intesa nella sua totalità come una peculiare istituzione umana. Secondo Finnis, la legge positiva corrisponde al soddisfacimento del «complesso bisogno di pace, giustizia [...] e della prevenzione dell'anarchia e della tirannia». ²³ Come egli sostiene, «è necessario

²² J. FINNIS, *What is the Philosophy of Law?*, cit., p. 138.

²³ J. FINNIS, *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, cit., p. 41.

che a quasi tutti i membri della società venga insegnato quali sono, attualmente, le esigenze del diritto – il comune sentiero su cui perseguire il bene comune».²⁴ Già a partire di un’analisi istituzionale e sistemica, appare evidente che la positivizzazione del diritto contribuisce al raggiungimento di determinate forme di bene individuale e comune, perché fornisce ai cittadini ragioni per agire caratterizzate da «definizione, precisione, chiarezza e, di conseguenza, prevedibilità nei rapporti umani».²⁵ Queste caratteristiche della legge positiva denotano una risposta alle esigenze per un modo adeguato in cui il bene comune di una comunità dovrebbe essere realizzato, cioè alla necessità di coordinamento²⁶ nell’azione comune pianificata. Secondo Finnis, le leggi esistono primariamente come principi di ragione pratica nella mente dei legislatori o dei governanti che ordinano la comunità verso il suo bene comune. Tuttavia, questi principi di ragione pratica devono essere adottati e, per così dire, “interiorizzati” nella mente di coloro che sono governati dalle leggi (funzionari del diritto, cittadini, ecc.) come ragioni per la loro azione individuale e comune. Questa partecipazione condivisa al ragionamento pratico tra i legislatori e coloro che sono governati dalla legge è raggiunta in modo particolare nel momento della positivizzazione del diritto.²⁷ Proprio perché le leggi positive sono generalmente destinate a fornire delle «buone ragioni per agire», dato che (1) rispecchiano ragioni morali precedenti, (2) specificano queste ragioni morali, o (3) stabiliscono nuove ragioni per agire puramente positive, Finnis sostiene che in tutti questi casi «le leggi positive aggiungono qualcosa, anzi molto, alle direttive intrinseche della morale».²⁸ Pertanto, a suo avviso, la necessità di disporre di norme giuridiche positive, già a questo livello molto generale di analisi, fa parte di alcune ragioni morali «che gli uomini hanno per stabilire sistemi delle leggi positive [...] e per mantenerli».²⁹

In secondo luogo, Finnis sostiene che alla base della necessità di positivizzare il diritto è possibile individuare alcune ragioni morali più particolari, che si ricollegano all’esigenza umana di giungere ad articolazioni fisse e poste riguardo a quelle parti del diritto che denotano conclusioni immediate dalle norme e dai valori della legge naturale. Egli sostiene che sebbene «alcune parti di un sistema giuridico constano normalmente (e certamente devono constare) di regole e principi strettamente corrispondenti alle esigenze

²⁴ J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 285.

²⁵ *Ibidem*, p. 291.

²⁶ «Il caso centrale del diritto è il coordinamento dei soggetti [...] mediante le leggi che, per il loro carattere pienamente pubblico (promulgazione), la loro chiarezza, generalità, stabilità e praticabilità, li trattano come alleati nella ragione pubblica». J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, cit., p. 257.

²⁷ *Ibidem*, pp. 255-258. Vedi anche J. FINNIS, *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, cit., p. 45.

²⁸ J. FINNIS, *A Grand Tour of Legal Theory*, cit., p. 103.

²⁹ J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 185.

della ragion pratica»,³⁰ occorre notare che questa parte della legge positiva «non sia una mera emanazione o copia della legge naturale».³¹ C'è qualcosa che «merita una maggiore attenzione» nel «processo con cui anche questi semplici precetti morali [per es., "non uccidere"] vengono accolti nel sistema giuridico», il processo che la tradizione tomistica chiama *conclusiones ex principiis*.³²

In coerenza con l'affermazione di Finnis secondo cui tutto il diritto è in ultima analisi positivo, la necessità della positivizzazione di questi precetti semplici della legge naturale si sovrappone almeno in parte alla necessità che questi precetti diventino pienamente giuridici, cioè che siano «adottati, o ripresi, o quasi trascritti» dall'ambito morale e introdotti nel diritto.³³ D'altra parte, Finnis sembra individuare qui anche un'idea parallela, secondo la quale la positivizzazione di questi precetti morali è necessaria anche perché «è compito di chi redige le leggi» e, in ultima analisi, del legislatore della legge positiva «di specificare, con precisione» dove e come queste conclusioni dei precetti fondamentali di diritto naturale debbano essere esattamente collocate e formulate per inserirsi nell'insieme di un sistema giuridico positivo.³⁴ Ad esempio, «la legge positiva sull'omicidio» non aggiunge solo la sanzione punitiva al precetto della legge naturale (questa aggiunta non rientrerebbe nel livello di ragionamento delle *conclusiones ex principiis*), ma anche «un nuovo e distinto motivo perché il cittadino rispettoso della legge, che agisce in base al principio di evitare offese al diritto in quanto tali, si astenga dalla classe di azione stabilita».³⁵ In altre parole, la legge positiva in questo caso rende possibile «un nuovo corso del ragionamento pratico» che rinforza i contenuti della legge naturale perché inserisce la protezione del bene della vita nel contesto del più generale del divieto secondo il quale «gli illeciti penali non devono essere commessi».³⁶

In terzo luogo, Finnis sottolinea la necessità di determinare ulteriormente gli aspetti più specifici che non sono fissati dai precetti fondamentali della legge naturale né dalle conclusioni della legge positiva a partire da questi principi. Nella tradizione tomistica, questo processo di ragionamento al li-

³⁰ J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 306.

³¹ *Ibidem*, p. 30.

³² *Ibidem*, p. 306. Per la riflessione dell'Aquinate sulle conclusioni della legge positiva a partire dai principi della legge naturale, vedi *S. Th. I-II*, q. 95, a. 1. Per la traduzione italiana dei testi della *Summa Theologica* dell'Aquinate, utilizzerò (con alcune modifiche, per meglio trasmettere il senso dell'originale latino) T. d'AQUINO, *La Somma Teologica*, a cura dei Domenicani Italiani, Sancassiano, Salani, 1963 (vol. 10), 1965 (vol. 12), 1966 (vol. 17).

³³ Cfr. J. FINNIS, *Coexisting Normative Orders? Yes, but No*, «The American Journal of Jurisprudence» 57 (2012), p. 116. Cfr. anche J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, cit., pp. 266, 268; J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 183.

³⁴ J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., pp. 306-307.

³⁵ *Ibidem*, p. 307.

³⁶ *Ibidem*.

vello della legge positiva è chiamato *determinatio*, che Finnis traduce come «concretizzazione»³⁷ o come «rendere-più-specifico [in inglese: making-more-specific]».³⁸ Questa esigenza sociale sorge a causa della «sottodeterminazione della maggior parte, se non di tutte le esigenze della ragione pratica»,³⁹ cioè perché «la legge naturale [...] non fornisce di per sé tutte le soluzioni, o anche solo la maggior parte, ai problemi di coordinamento della vita comune».⁴⁰ Poiché, per Finnis, il sistema di diritto positivo – e quindi anche il fenomeno del diritto al più alto livello di analisi – è un complesso «artefatto e artificio»⁴¹ creato allo scopo di rispondere a determinati bisogni umani, questo «artefatto» è, come egli sostiene, «incompleto» finché «non è pienamente» o almeno sufficientemente «determinato».⁴² Pertanto, il diritto positivo è radicalmente incompleto e il bisogno sociale di una protezione sociale adeguatamente sviluppata anche dei beni umani più elementari nonché di altri aspetti del coordinamento dell'azione comune non trova una risposta adeguata fino a quando il vasto spazio strutturale che è lasciato indeterminato dai precetti fondamentali della legge naturale non sarà adeguatamente determinato attraverso norme giuridiche positive. Nella sintesi finnisiana della tradizione aristotelico-tomista di questa particolare questione, le leggi positive che sono state specificate attraverso la *determinatio* «come una scelta tra alternative ragionevoli», devono la loro importanza morale «al fatto che sono state poste» in modo autorevole ai fini del coordinamento sociale.⁴³ Inoltre, tale leggi positive hanno una rilevanza morale anche perché il contenuto posto tramite esse risulta razionalmente connesso «con i principi e i precetti permanenti della morale in quanto hanno a che fare con l'oggetto di quella legge [positiva]».⁴⁴ Finnis fa riferimento a quella parte della *lex positiva* stabilita come risultato del processo di *determinatio* dai precetti della legge naturale utilizzando l'espressione «leggi puramente positive».⁴⁵

In sintesi, Finnis sostiene che il bisogno umano della positivizzazione artefattuale del fenomeno giuridico e la conseguente sistematizzazione tecnica dei contenuti posti ha origine nella sottodeterminazione di standard morali meta-positivi in vista della necessaria risoluzione di tutte le complesse questioni di coordinamento sociale e del raggiungimento del bene comune.

³⁷ J. FINNIS, “Natural Law”, in *Collected Essays: Reason in Action*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 208.

³⁸ J. FINNIS, *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, cit., p. 38.

³⁹ J. FINNIS, *A Grand Tour of Legal Theory*, cit., p. 114.

⁴⁰ J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 31.

⁴¹ Cfr. J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 186.

⁴² J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 308.

⁴³ Cfr. J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 183.

⁴⁴ J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, cit., pp. 267-268.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, p. 268. Vedi anche J. FINNIS, *Natural Law Theory: Its Past and Its Present*, cit., p. 94.

Con questa argomentazione, che può essere svincolata dalla sua affermazione secondo cui tutto il diritto umanamente rilevante deve essere in ultima istanza positivizzato, Finnis indica una prospettiva piuttosto promettente per fondare la ragion d'essere della legge positiva in alcuni bisogni e beni che sono intrinseci alla persona umana e alle comunità interpersonali. Nella fase successiva di questa analisi analizzerò se e in che misura gli argomenti di Finnis sono già presenti (o assenti) nelle intuizioni dell'Aquinate.

3. L'AQUINATE E IL SIGNIFICATO DELLA LEGGE POSITIVA E DEL DIRITTO POSITIVO PER LA COMPRENSIONE INTEGRALE DEL FENOMENO GIURIDICO

Per comprendere appieno la dottrina dell'Aquinate sulla ragion d'essere della legge positiva è necessario evidenziare che l'Aquinate non sostiene mai che tutto il diritto umanamente rilevante sia riducibile alla legge positiva, soprattutto non nei luoghi testuali a cui Finnis fa riferimento quando attribuisce questa affermazione all'Aquinate.⁴⁶ Il fenomeno giuridico non è identificato dall'Aquinate esclusivamente o necessariamente sulla base della sua positività o della sua fattualità sociale basata sulle fonti del diritto, ma soprattutto sulla base della sua connessione costitutiva con la virtù della giustizia e la bontà che è inherente a questa virtù. Infatti, se si vuole comprendere l'essenza del fenomeno giuridico nell'Aquinate, occorre constatare che egli identifica il concetto di diritto al più alto livello di analisi – *ius*, nella terminologia tomistica – con le stesse “cose” o realtà (*res*) che sono colte nei rapporti di giustizia, cioè che sono dovute in giustizia a qualche titolare da determinati debitori in ragione di un preciso titolo di attribuzione.⁴⁷ Alcuni di questi titoli di attribuzione sono identificabili con i precetti della legge naturale (*lex naturalis*) mentre altri hanno una struttura tipica della legge positiva (*lex positiva*) o comunque una struttura determinata dalla volontà dell'autorità politica o dalla volontà privata.⁴⁸ Ribadisco ancora una volta che è importante tenere

⁴⁶ A sostegno della sua affermazione che l'Aquinate stesso riteneva che tutto il diritto umanamente rilevante è contenuto nella legge positiva, Finnis fa riferimento ai seguenti testi tratti dalla *Summa Theologiae*: I-II, q. 95, a. 2; I-II, q. 95, a. 4; II-II, q. 60, a. 5. Per questi riferimenti, si veda J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, cit., p. 268. In questi testi l'Aquinate sostiene infatti che la legge positiva deve essere armonizzata con i precetti meta-positivi della legge naturale e che quindi la *lex positiva* si sovrappone in qualche misura ad una parte del contenuto della *lex naturalis*. Ma l'argomento che tutto il diritto è contenuto nella legge positiva o che i precetti della legge naturale devono essere positivizzati per essere pienamente giuridici è completamente assente da questi (e da altri) testi dell'Aquinate.

⁴⁷ Cfr. S. Th. II-II, q. 57, a. 1. Per una presentazione dettagliata delle proprietà necessarie dello *ius* secondo l'Aquinate, come l'esteriorità, l'alterità e l'obbligatorietà, si veda P. POPOVIĆ, *Natural Law and Thomistic Juridical Realism: Prospects for a Dialogue with Contemporary Legal Theory*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 2022, pp. 137-146, 218-225.

⁴⁸ Cfr. S. Th. II-II, q. 57, a. 2.

presente che sia (1) le cose o le realtà stesse che diventano *ius* sia (2) i relativi titoli di attribuzione, naturali o positivi, sono identificati come appartenenti al fenomeno giuridico non in ragione della loro positività, ma in base alla loro pertinenza alla sfera della giustizia. Così, per l'Aquinate, il fenomeno giuridico è più ampio del solo dominio del diritto positivo e comprende anche tutte quelle cose e quegli stati di cose che sono attribuiti a determinati titolari come dovuti in giustizia da titoli giuridici meta-positivi (ad esempio, dai precetti della legge naturale). In sintesi, in un quadro tomistico del fenomeno giuridico incentrato sulle cose (o *rei*-centrico) e basato sulla giustizia, tutto ciò che il diritto è (o tutte le realtà “in” cui si trova il diritto) non può essere coperto esclusivamente dal diritto positivo, perché molte cose o realtà costituiscono *ius* anche prima di essere positivizzate in una norma giuridica valida.

Se ci concentriamo solo sul piano della legge positiva, che è lo scopo principale di questo articolo, l'Aquinate è molto chiaro nel sostenere che la virtù della giustizia e la sua specifica bontà – il bene di dare a ciascuno quella *res* che costituisce il suo *ius*⁴⁹ – denota più di una sola tra le vite molteplici o tra gli aspetti coesistenti nella natura del diritto positivo. La giustizia è la ragione fondante dell'esistenza della legge positiva, il criterio o il punto di valutazione del suo essere diritto o *ius*: «la *lex* non è propriamente parlando lo *ius* medesimo, ma una *ratio* dello *ius*».⁵⁰

Ci sono due livelli fondamentali di requisiti di giustizia che qualsiasi norma di diritto positivo deve soddisfare per essere costituita come idea fondante dello *ius*, una *ratio iuris*. Come sostiene l'Aquinate, «le leggi sono scritte per dichiarare» entrambe le forme di *ius*, ossia lo *ius naturale* e lo *ius positivum*.⁵¹

Il primo livello, gerarchicamente superiore, dei requisiti di giustizia che una legge positiva deve soddisfare e con cui deve armonizzarsi è quello del diritto naturale, cioè il livello delle cose o delle realtà che sono state stabilite come *ius naturale*, sulla base della *ratio* dei precetti della legge naturale: «lo *iustum legale* o *positivum* trae sempre le sue origini dal giusto naturale».⁵² Se-

⁴⁹ Per quanto riguarda il bene inherente alla virtù della giustizia, si veda, ad esempio, *S. Th. II-II*, q. 58, a. 12; *II-II*, q. 79, a. 1.

⁵⁰ Vedi *S. Th. II-II*, q. 57, a. 1, ad 2. Per altri esempi dell'argomentazione dell'Aquinate secondo cui la giustizia e lo *ius* denotano il punto valutativo e il fine ideale della legge positiva umana, si veda *S. Th. I-II*, q. 95, a. 2 («una norma ha vigore di legge nella misura in cui è giusta [*unde in quantum habet de iustitia, instantum habet de virtute legis*]»); *I-II*, q. 97, a. 1, arg. 3 («è nella natura della legge [*de ratione legis est*] esser giusta [*quod sit iusta*]»); *I-II*, q. 99, a. 5, ad 1 («le norme morali in tanto sono determinabili dalla legge [*sunt lege determinabilia*] in quanto appartengono alla giustizia [*in quantum pertinent ad iustitiam*]»); *I-II*, q. 100, a. 2 («i precetti della legge umana [*lex humana*] si limitano agli atti di giustizia; e se comandano atti di altre virtù, lo fanno solo in quanto codesti atti prendono aspetti di giustizia»).

⁵¹ *S. Th. II-II*, q. 60, a. 5.

⁵² *Sent. Eth. v*, lec. 12. Per la traduzione in italiano dei testi di quest'opera dell'Aquinate userò T. d'AQUINO, *Commento all'Etica Nicomachea di Aristotele*, vol. 1, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1998.

condo l'Aquinate, si potrebbe sostenere che, in tutti quei casi in cui le cose (*res*) che sono considerate *ius* secondo il titolo della legge positiva si trovano in diretto contrasto con le cose (*res*) esternamente manifestabili ed intersoggettive che sono costituite come *ius* dovuto nella giustizia sulla base di precetti giuridici meta-positivi, c'è una base genuinamente giuridica per considerare quelle prime *res*, legate alla legge positiva, come un "non-diritto" (o "non-*ius*"), nonostante la loro positività.⁵³ La cosa (*res*) che si costituisce come *ius naturale* è già pienamente giuridica (o pienamente *ius*) nel quadro dell'Aquinate, anche prima della sua positivizzazione a livello di *lex humanitas posita*.⁵⁴ Come dice l'Aquinate, «la legge scritta contiene lo *ius naturale*, ma non lo istituisce»,⁵⁵ ed egli precisa inoltre che «la legge scritta, come non dà il suo vigore allo *ius naturale*, così non può sminuirlo o eliminarlo».⁵⁶ A suo avviso, quella parte della legge positiva che contiene lo *ius naturale* manifestandolo o dichiarandolo, così come quella parte della legge positiva che denota ulteriori conclusioni che derivano necessariamente dallo *ius naturale*, si riferisce alle *res* che sono già giuste secondo natura, cioè che sono già pienamente *ius* o genuinamente giuridiche, anche a prescindere dalla loro successiva positivizzazione.⁵⁷

⁵³ «La volontà umana per un accordo collettivo può determinare il giusto in cose [*aliquid facere iustum*] che non sono in contrasto con la giustizia naturale. [...] Se invece una cosa di suo è in contrasto con lo *ius naturale*, non può diventare giusta per volontà umana». *S. Th.* II-II, q. 57, a. 2, ad 2. «Se quindi la legge scritta contenesse qualche cosa di contrario allo *ius naturale*, sarebbe ingiusta [*iniusta est*] e non avrebbe la forza di obbligare». *S. Th.* II-II, q. 60, a. 5, ad 1.

⁵⁴ Contrariamente a quanto sostengono autori come H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy, nelle loro critiche a quelle che chiamano teorie del diritto naturale «forti» o «estreme», nella tradizione tomistica non c'è confusione tra i domini della giuridicità e della morale. Per queste critiche, si veda, ad esempio, H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 183; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 415, 419; R. ALEXY, *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in L. J. WINTGENS (a cura di), *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Dordrecht, Springer, 1999, p. 23. Nel giusrealismo tomista, i domini della giuridicità e della moralità sono interconnessi secondo un quadro che possiede la struttura "parte-tutto". La giuridicità è una parte ben determinata e distinta all'interno della morale, delimitata dal resto della sfera morale dalla presenza simultanea delle proprietà dell'esteriorità, dell'alterità e di uno specifico tipo di obbligatorietà. Secondo l'Aquinate, ciò che è giuridicamente dovuto o obbligatorio è proprio il "dare" della cosa o della realtà che costituisce un *suum* di un determinato titolare, nei suoi aspetti esteriori (o esternamente manifestabili) e intersoggettivi, rispettando la differenza tra "ciò che è mio" e "ciò che non è mio" (*suum* e *non suum*). Cfr. *S. Th.* I-II, q. 66, a. 4, ad 1; II-II, q. 57, a. 1; II-II, q. 58, a. 1; II-II, q. 58, a. 2; II-II, q. 58, a. 11.

⁵⁵ *S. Th.* II-II, q. 60, a. 5.

⁵⁶ *S. Th.* II-II, q. 60, a. 5, ad 1.

⁵⁷ Vedi *Sent. Eth.* v, lec. 12. Questa argomentazione riecheggia ciò che l'Aquinate aveva già menzionato nella *Prima secundae* della sua *Summa*, quando parlava del modo di derivare la legge positiva dalla legge naturale per mezzo di conclusioni da premesse precedenti. In quella parte della *Summa*, egli sosteneva che le norme che sono derivate dalla legge naturale

Il secondo livello dei requisiti di giustizia che dovrebbero essere attuati nella legge positiva riguarda quelle cose e realtà (*res*) che una *lex positiva* stabilisce come dovute in giustizia: «la legge scritta contiene e istituisce lo *ius positivum*, dandogli vigore di norma».⁵⁸ La legge positiva denota una *ratio* dello *ius positivum*, cioè colloca nell'ambito del rapporto di giustizia quelle cose circa le quali «la volontà umana per un accordo collettivo può determinare il giusto [*facere iustum*]»,⁵⁹ cioè quelle cose rispetto alle quali «per lo *ius naturale* è indifferente che una cosa sia in una maniera o in un'altra».⁶⁰ In altre parole, ci sono alcune cose o realtà che non sono fissate dallo *ius naturale* e neppure costituiscono delle conclusioni dirette dalla giustizia naturale e, pertanto, in questo ambito strutturale è possibile selezionare tra più opzioni ragionevoli attraverso il processo di *determinatio*. Quando l'Aquinate sostiene che una *determinatio* o concretizzazione attraverso la legge positiva circa una cosa (*res*) «deve il suo vigore soltanto alla legge umana», egli sta sostanzialmente specificando la sua affermazione che «una norma ha vigore di legge nella misura in cui è giusta»:⁶¹ questa cosa o realtà diventa una *res iusta* per il fatto di essere posta in un preciso momento («*quando autem ponitur*»).⁶² In quasi tutti i testi chiave in cui elabora il processo di *determinatio* attraverso la legge positiva,⁶³ l'Aquinate indica Aristotele come fonte diretta

come conclusioni «sono contenute nella legge umana non solo come norme positive, ma conservano un certo vigore della legge naturale». Vedi *S. Th.* I-II, q. 95, a. 2. Questa parte della *Summa*, tuttavia, deve essere letta alla luce delle argomentazioni successive della *Secunda secundae*, dove l'Aquinate concettualizza la legge positiva (o la *lex* in generale) come una *ratio iuris*, cioè dove elabora i modi in cui il fenomeno della *lex* può essere considerato giuridico nella misura in cui denota il quadro precettivo fondante dello *ius*. Concentrandosi prevalentemente sulla legge positiva così come viene presentata nella *Prima secundae*, Finnis (come abbiamo già visto) considera la legge naturale come un fenomeno principalmente morale e solo analogicamente giuridico, fino a quando non viene positivizzata e quindi resa pienamente giuridica come parte integrante della *lex positiva*. Tuttavia, secondo l'Aquinate, il fenomeno giuridico (*ius* o diritto) è pienamente costituito già a livello di quelle cose (*res*) che sono dovute in giustizia secondo i precetti della legge naturale, anche prima di qualsiasi fenomeno della legge umanamente posta in riferimento a queste *res*. Anche nelle fonti che Finnis utilizza per fondare la sua affermazione che il fenomeno della positività del diritto, come «conceitto che organizza la riflessione sul diritto, sui diritti legali e sulla giustizia giuridica», è stato «articolato per la prima volta» a metà del XII secolo, si possono verificare le ricorrenze all'uso predominante dei termini *ius positivum* o *iustitia positiva*. Quindi sembra che il riferimento dottrinale della metà del XII secolo alla positività del fenomeno giuridico era più ricco del solo richiamo al concetto di *lex* (che pure è occasionalmente utilizzato in queste fonti). Cfr. O. LOTTIN, *Le Droit Naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédecesseurs*, cit., pp. 13-57; S. KUTTNER, *Sur les origines du terme «droit positif»*, cit., pp. 728-740. Per le parole di Finnis citate spora, si veda J. FINNIS, *The Truth in Legal Positivism*, cit., p. 174.

⁵⁸ *S. Th.* II-II, q. 60, a. 5.

⁵⁹ *S. Th.* II-II, q. 57, a. 2, ad 2.

⁶⁰ *S. Th.* II-II, q. 60, a. 5, ad 1. Vedi anche *S. Th.* II-II, q. 57, a. 2, ad 2.

⁶² *S. Th.* II-II, q. 57, a. 2, ad 2.

⁶¹ *S. Th.* I-II, q. 95, a. 2.

⁶³ Cfr. *S. Th.* I-II, q. 95, a. 2, ad 1; II-II, q. 57, a. 2, ad 2; II-II, q. 60, a. 5, ad 1.

delle sue argomentazioni: «[Aristotele] osserva che si chiama “giusto legale” quello che inizialmente, ossia, prima che venga determinato dalla legge, non fa differenza che venga concepito in un modo o in un altro; dopo che è stato formulato però [*quando iam ponitur*], cioè quando è stato fissato dalla legge [*statuitur lege*], crea una differenza perché osservare questo è giusto, mentre violarlo è ingiusto».⁶⁴

Le argomentazioni precedenti stabiliscono le varie connessioni necessarie tra la legge positiva e la giustizia, connessioni che spiegano le condizioni in cui la legge positiva può essere considerata autenticamente giuridica, in quanto si pone come un quadro praticabile per il giusto naturale o legale. Tuttavia, queste argomentazioni non affrontano ancora la questione del perché la legge positiva sia considerata importante nella dottrina dell’Aquinate sul fenomeno giuridico. Se il fenomeno giuridico è già stabilito a livello di *ius naturale*, perché abbiamo davvero bisogno della legge positiva? L’Aquinate pone la stessa domanda nella sua esposizione della *lex positiva*, sotto forma di obiezione: «Basta la legge naturale per mettere in ordine tutte le cose umane. Quindi non è necessario [*non est ergo necessarium*] che vi sia una legge umana».⁶⁵

Di seguito, ricostruirò quella che ritengo essere la risposta completa dell’Aquinate a questa obiezione a partire dagli elementi sparsi nei suoi testi rilevanti. Innanzitutto, l’Aquinate ritiene che l’esigenza umana di avere una legge positiva sia essenzialmente connessa con la necessità di una chiara conoscenza degli oggetti concreti della giustizia, di ciò che è giusto (*iustum*), delle cose giuste stesse, dello *ius*. Per questo motivo, la sua argomentazione sulla necessità di avere la legge positiva partirebbe dal seguente ragionamento: «Le leggi sono scritte per dichiarare [*ad declarationem*] l’uno e l’altro *ius* [naturale e positivo]».⁶⁶ La finalità principale della legge positiva, dal punto di vista dei bisogni umani relativi alla giustizia, è che lo *ius* o la stessa cosa giusta sia chiaramente manifestata o dichiarata. Come dice l’Aquinate, «i cittadini si servono di ciò che è giusto [*utuntur iusto*]»⁶⁷ e quindi danno a ciascuno il proprio *ius*, nella misura in cui la stessa cosa giusta o lo *ius* è conoscibile alla mente umana. In altre parole, per conoscere lo *ius* in questione, dobbiamo conoscere la sua *ratio*, cioè la regola fondamentale attraverso la quale lo *ius* e il corrispondente atto di giustizia sono costituiti: «per l’azione giusta che vien determinata dalla ragione preesiste nella mete una *ratio* [e] se questa è scritta, vien chiamata *lex* [oppure] una istituzione scritta [*constitutio scripta*]».⁶⁸ Lo *ius* deve essere impartito alla mente umana, deve essere

⁶⁴ *Sent. Eth.* v, lec. 12. Per l’argomento originale di Aristotele, si veda *Nic. Eth.* v, 1134b20. Per la traduzione italiana dell’*Etica Nicomachea*, utilizzerò ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di C. Natali, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁶⁵ *S. Th.* I-II, q. 91, a. 3, arg. 1.

⁶⁶ *S. Th.* II-II, q. 60, a. 5.

⁶⁷ *Sent. Eth.* v, lec. 12.

⁶⁸ *S. Th.* II-II, q. 57, a. 2, ad 2.

conosciuto con sufficiente chiarezza in tutti i dettagli rilevanti del suo contenuto concreto.

La legge positiva che «contiene [continet]»⁶⁹ sia lo *ius naturale* che lo *ius positivum* esiste, come qualsiasi altra forma di *lex*⁷⁰ sia (1) nella *mente del legislatore* della legge positiva, che rispetta una precedente *ratio* della legge naturale, approfondisce questa *ratio* attraverso conclusioni dirette, o introduce una nuova *ratio* nel campo della legge puramente positiva attraverso la *determinatio*, sia (2) nella *mente dei cittadini* che partecipano alla mente del legislatore e alla precedente *ratio* della legge naturale dichiarata in seguito dalla legge positiva. Le menti dei legislatori e dei cittadini (in quanto destinatari delle leggi positive), devono essere sincronizzate nella conoscenza chiara e dettagliata dello *ius* che è contenuto nelle leggi positive. L'Aquinate ritiene infatti che sia «necessario [*necessarium*] stabilire le leggi [*leges ponerentur*], ovvero positivizzarle, affinché le persone possano raggiungere le virtù corrispondenti,⁷¹ la più importante delle quali – dato che stiamo parlando del fenomeno giuridico – è la giustizia, che ha come oggetto lo *ius*. Egli sostiene inoltre che, poiché la ragione umana di per sé può partecipare solo in modo imperfetto e incompleto alle «direzioni particolari» riguardanti i casi individuali che appaiono nell'ambito più specifico rispetto al livello dei precetti fondamentali della legge naturale, «è necessario [*necesse est*] che la legge umana passi a stabilire particolari decreti di legge».⁷²

Pertanto, si può dire che l'Aquinate sostenga l'esistenza di una necessità o un'esigenza umana individuale e sociale – derivante dalle condizioni di conoscenza di ciò che la giustizia comporta – che lo *ius* sia contenuto nella *lex humanitus posita*, certamente secondo le caratteristiche fondamentali di ciascun tipo di *ius*. Così, è certamente vantaggioso per la comunità ordinata da un sistema legale che gli aspetti dei beni umani fondamentali suscettibili di diventare oggetto delle relazioni di giustizia (*ius naturale*), così come le conclusioni dirette della *ratio* di questi beni, siano contenuti nelle norme positive e dichiarati con chiarezza, sebbene questi beni fossero già pienamente giuridici anche senza questa dichiarazione. Inoltre, esiste un autentico bisogno umano di determinare quegli aspetti della vita sociale che non sono risolti in tutti i loro dettagli dallo *ius naturale* né dalle conclusioni dirette dello *ius naturale*. Una selezione ragionevole in questo campo tra le possibili opzioni di cose che devono essere rese giuste (*facere iustum*) deve essere attualizzata, stabilita, cioè posta, in modo che i cittadini possano sapere qual è lo *ius* concreto in questo campo – *ius positivum* – e come è conforme allo *ius naturale*. In sintesi, si può dire che nei testi dell'Aquinate si ritrova la stessa

⁶⁹ S. Th. II-II, q. 60, a. 5.

⁷⁰ Cfr. S. Th. I-II, q. 90, a. 1, ad 1; I-II, q. 90, a. 3, ad 1.

⁷¹ Cfr. S. Th. I-II, q. 95, a. 1; I-II, q. 96, a. 2, ad 2.

⁷² Cfr. S. Th. I-II, q. 91, a. 3, ad 1.

posizione sostenuta da Finnis, ossia che la positività del diritto corrisponde in ultima analisi a determinate esigenze umane individuali e sociali.

4. LA RAGION D'ESSERE DELLA LEGGE POSITIVA NEL REALISMO GIURIDICO CONTEMPORANEO

Gli autori che possono essere considerati i sostenitori contemporanei del realismo giuridico – in questa sezione analizzerò solo Hervada ed Errázuriz – adottano nelle proprie argomentazioni le intuizioni dell'Aquinate sulla ragion d'essere della legge positiva nella prospettiva della giustizia. Così, sia in Hervada che in Errázuriz troviamo delle tesi sulla legge positiva come il titolo del fenomeno giuridico,⁷³ come la *ratio*,⁷⁴ la *causa*⁷⁵ e la *misura*⁷⁶ dello *ius*, sullo *ius positivum* come essenzialmente la cosa giusta stessa al livello della giustizia legale,⁷⁷ sulla necessità di armonizzare lo *ius positivum* con lo *ius naturale*,⁷⁸ sulla dichiarazione o ulteriore determinazione dello *ius naturale* da parte della legge positiva,⁷⁹ e sulla giustizia come punto di valutazione necessario e fondante del diritto positivo.⁸⁰

È possibile che in qualche interpretazione di queste argomentazioni la tesi sul bisogno della legge positiva sia fino ad un certo punto offuscata dall'enfasi posta sulla giustizia e sui fenomeni giuridici meta-positivi. In effetti, queste argomentazioni possono essere intese secondo una chiave di lettura a tenore della quale l'esistenza stessa della legge positiva è semplicemente subordinata (o interamente dipendente) dall'ontologia del diritto meta-positivo, mentre l'unico scopo o ragion d'essere della legge positiva sarebbe quello

⁷³ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 37, 71, 102-103; J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 2008, pp. 204-205; J. HERVADA, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 52; C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, EDUSC, 2021, p. 184.

⁷⁴ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 128; J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., pp. 315, 362; C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., pp. 122-123.

⁷⁵ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 128; J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., pp. 316-317; J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., pp. 74-75.

⁷⁶ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 129; J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. 317; J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., pp. 74-75.

⁷⁷ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 101; C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., p. 159.

⁷⁸ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 108-109, 175-176.

⁷⁹ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 103-108, 167-168; J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 54; J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 81; C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., p. 161.

⁸⁰ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 54, 130-134; J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., pp. 313, 320-321, 329-330; J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 72; C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., pp. 122-126, 159.

di rappresentare il veicolo di valori già presenti nello *ius naturale* o nella sua *ratio*, la legge naturale. Mentre la teoria giusnaturalista contemporanea, paradigmaticamente rappresentata da Finnis, corre il rischio di negare di fatto l'esistenza di elementi di giuridicità al di là della legge positiva, la tradizione tomistica del realismo giuridico dovrebbe essere consapevole del rischio del collasso nell'altro estremo: il rischio di trascurare le ragioni che stanno alla base dell'esigenza e della necessità oggettiva di disporre anche di norme giuridiche positive, concentrandosi esclusivamente sull'approccio *rei*-centrico dello *ius* basato esclusivamente sulla sua *ratio* meta-positiva. Come abbiamo visto nella sezione precedente, è abbastanza evidente che l'Aquinate riteneva fondamentali per il suo progetto giusfilosofico entrambe le linee di analisi: (1) l'enfasi sulla natura dello *ius*, comprendente sia lo *ius* meta-positivo sia lo *ius* positivo, inteso come essenzialmente una cosa o realtà dovuta in giustizia, e (2) la necessità di disporre di norme giuridiche positive, che si fonda sull'esigenza di dichiarare e determinare ulteriormente lo *ius naturale*.

Naturalmente, né Hervada né Errázuriz intendono sostenere che il fenomeno della legge positiva sia semplicemente accidentale o contingente all'interno di una concezione puramente meta-positiva dello *ius* e della sua *ratio*. Sebbene l'argomento sui bisogni umani e sulla necessità oggettiva della legge positiva non sia affatto centrale nella loro analisi, entrambi fanno riferimento a certe funzioni teleologiche inerenti alla positività del diritto.

Così, ad esempio, Hervada dedica una parte della sua analisi al fenomeno della «positivizzazione» del fenomeno giuridico, che, a suo avviso, ha come scopo principale la cognizione di ciò che è dovuto in giustizia a livello di *ius* naturale e positivo. È in questo contesto che Hervada sostiene la seguente tesi: il diritto naturale «deve venir specificato» e «deve essere completato» dalla legge positiva.⁸¹ Egli sostiene che da questo punto di vista la «positivizzazione» è addirittura «necessaria» perché tramite la concretizzazione effettuata dalle norme positive si «perfeziona» ed «integra» il nucleo del diritto naturale.⁸² Da ciò conclude che qualsiasi sistema di norme giuridiche valide contiene contemporaneamente elementi naturali e positivi, cioè contiene norme che hanno un nucleo di diritto naturale e una specificazione al livello della legge positiva.⁸³

Errázuriz sviluppa ulteriormente questa linea di analisi leggendo le tesi di Hervada con un rigore ancora più realistico. Secondo Errázuriz, la funzione dichiarativa o determinativa della legge positiva può essere meglio compresa se si sposta la prospettiva dalle norme e dagli ordinamenti giuridici verso il punto focale realistico del fenomeno giuridico – la stessa cosa giusta. In quest'ultima prospettiva, la ragion d'essere della legge positiva diventa intel-

⁸¹ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 181.

⁸² *Ibidem*, p. 182.

⁸³ *Ibidem*, pp. 73, 179.

ligibile alla luce del fatto che certe forme di *ius* (le cose giuste stesse o i beni giuridici) sono costituite secondo un'unità «inestricabile» tra aspetti naturali e positivi.⁸⁴ Errázuriz studia questa unità degli elementi naturali e positivi delle diverse forme di *ius* sottolineando il primato degli elementi naturali su quelli strettamente positivi: la positività che dichiara o determina ulteriormente un bene giuridico trova «il suo fondamento, il suo senso e il suo limite negli aspetti naturali della giuridicità».⁸⁵ In sintesi, può sembrare che Errázuriz sostenga un carattere prevalentemente strumentale della legge positiva nella comprensione dell'essenza e della totalità del fenomeno giuridico. Tuttavia, in un punto della sua riflessione sulla legge positiva (più precisamente, quando analizza il tema dell'interpretazione del diritto), egli dirà:

Il realismo giuridico classico, contrariamente a ciò che potrebbe sembrare, non relativizza le norme positive. Succede esattamente il contrario: l'ottica relativista prende sul serio queste norme come espressione di giustizia.⁸⁶

Ho voluto fare riferimento all'espressione usata nella citazione sopra riportata – «prendere le norme positive sul serio» – nel titolo di questo articolo,⁸⁷ perché sono convinto che il realismo giuridico contemporaneo, basandosi sui contributi giusfilosofici dell'Aquinate, debba assegnare un posto di maggior rilievo nella comprensione del fenomeno giuridico all'argomento sul bisogno di disporre della legge positiva. Con le parole “posto di maggior rilievo” intendo dire che si dovrebbe sostenere con maggior forza e profondità di analisi l'importanza della legge positiva già colta da Hervada ed Errázuriz in modo sommario, ma certamente senza raggiungere il livello di eccessiva importanza assegnata alla positività del diritto da Finnis, secondo cui tutto il diritto in ultima analisi deve essere contenuto nella legge positiva. Individuare gli elementi di giuridicità al di là dell'ambito della legge positiva costituisce un compito di grande importanza, soprattutto nel contesto odierno in cui l'orizzonte della filosofia del diritto sembra dividersi tra le versioni del positivismo giuridico e l'approccio finnisiano. Tuttavia, questo compito non dovrebbe prescindere dall'analisi della necessità di riconoscere il posto strutturale vitale che la legge positiva occupa nella totalità del fenomeno giuridico.

Il punto di partenza per tale analisi è la seguente tesi: abbiamo bisogno della legge positiva perché i beni stabiliti a livello di *ius naturale* (o di altri fenomeni giuridici meta-positivi, come lo *ius divinum*) – che sono già pienamente giuridici – ci forniscono solo una parte della totalità di tutti i beni

⁸⁴ C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., pp. 124-125, 160-164.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 161.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 193.

⁸⁷ In realtà, il titolo di questo articolo prende le mosse anche dal titolo del già citato famoso libro, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit.

giuridici rilevanti, cioè solo quei beni che sono pienamente formati a livello di giustizia giuridica naturale (o anche soprannaturale). Per quanto importante e, anzi, architettonica possa essere questa parte, è solo una parte di un tutto più ampio. Inoltre, i beni costituiti come *ius* sul livello di giustizia naturale denotano solo degli elementi di un tutto più ampio nella composizione dei beni più specifici che hanno un'ontologia ibrida naturale-positiva. Gli aspetti appartenenti al livello dello *ius naturale* di questi beni “ibridi” devono essere ulteriormente determinati dalle norme positive affinché questi beni possano essere costituiti come dovuti in giustizia. Un gran numero di cose, realtà o stati di cose – quantitativamente parlando, probabilmente la stragrande maggioranza dei beni giuridicamente rilevanti in una società – necessita di una determinazione ulteriore per la loro costituzione come *ius*, perché, come abbiamo visto prima, la giustizia giuridica si costituisce solo quando l’aspetto di questi beni che dipende dalla determinazione in virtù della legge positiva è effettivamente positivizzato. Il classico esempio da manuale di un tale bene composito è la determinazione della corsia su cui è obbligatorio guidare mediante la scelta legislativa tra la corsia di destra e quella di sinistra.⁸⁸ Questa concretizzazione tra scelte ragionevoli a livello della legge positiva, che crea obblighi di giustizia una volta posta, è richiesta (ma non imposta in modo sufficientemente dettagliato) dagli aspetti del bene giuridico meta-positivo, come il bene fondamentale della vita e dell’integrità corporea, rilevanti per il bene altamente complesso della sicurezza stradale.

Il fatto che la nostra vita quotidiana sia piena di tali beni giuridici composti, in parte naturali e in parte positivi, e che esista una corrispondente necessità di dichiarare e determinare sia la parte naturale che quella positiva di questi beni a livello della legge positiva, non può essere ignorato nello studio del fenomeno giuridico. In questo senso, la positività del diritto è un prerequisito per stabilire la giustizia, perché il campo coperto dal solo *ius naturale* – per quanto chiaro a livello dei beni giuridici umani fondamentali e delle conclusioni dirette che ne derivano – è insufficientemente determinato nel contesto della costituzione dei beni giuridici “ibridi” come diritti e di tutte le esigenze concrete della praticabilità della giustizia in una società. Alla luce di queste circostanze, la necessità di una *ratio* che stabilisca lo *ius positivum*, completando così quanto necessario per la costituzione della giustizia e dello *ius circa i beni “ibridi”*, ci porta alla conclusione che la legge positiva non è

⁸⁸ Cfr. J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 309; C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., p. 161. L’esempio dell’Aquinata è la determinazione della pena concreta per il criminale, che si radica nel gruppo di precetti a livello di *lex naturae* secondo i quali si richiede che la giustizia correttiva sia applicata al criminale in qualche modo. Cfr. S. Th. I-II, q. 95, a. 2.

meramente strumentale, ma addirittura essenziale ai fini della più completa comprensione della giuridicità di tali beni. Le leggi positive certamente «servono per rispettare e tutelare meglio» quelli che sono «i beni giuridici naturali»⁸⁹ e sicuramente è corretto affermare che tali leggi sono «al servizio dei beni giuridici complessivamente intesi nella loro configurazione naturale e positiva».⁹⁰ Sembra, tuttavia, che le norme positive abbiano qui una funzione più essenziale (piuttosto che meramente strumentale) in quanto denotano una *ratio* per la fondazione della giustizia giuridica o del diritto positivo, perché rappresentano una *conditio sine qua non* per la costituzione dello *ius positivum* relativo a tutte quelle cose che non sono adatte ad essere costituite come *ius* già ad un livello meta-positivo di giuridicità. Sebbene lo *ius* sia sempre, come sostiene l'Aquinate, identificabile nelle cose stesse nel quadro relazionale segnato dalla virtù della giustizia, sono le norme umane positive che denotano il passaggio autorevole verso il completamento della *determinatio* di quel quadro nel caso dello *ius positivum*. Può darsi che sia possibile riferirsi a queste norme positive in termini delle leggi “puramente” positive, poiché esse devono il loro «vigore soltanto alla legge umana», come dice l'Aquinate.⁹¹ Sarei però più prudente nel pensare ad un bene giuridico non puramente naturale o un bene “ibrido” come ad uno *ius* “puramente” positivo, poiché la “pura” positività o artefattualità non riflette adeguatamente il tessuto ontologico di questi beni, dati quegli aspetti dello *ius naturale* che sono rilevanti per la determinazione di tali beni.

In un suo celebre argomento, Hervada ha sostenuto che il concetto di diritti naturali (o diritti umani), proprio in quanto diritti pre-positivi, deve essere preso in considerazione al livello della comprensione della natura stessa del fenomeno giuridico, cioè dell'essenza dello *ius*. La sua argomentazione si basa sulla seguente premessa: «Il concetto di *ius* non è un concetto *a priori*, ma il risultato dell'analisi di tutte le realtà giuridiche rilevanti».⁹² Egli procede quindi a indagare sulla seguente questione: «Quali realtà devono essere prese in considerazione per l'elaborazione del concetto di diritto»?⁹³ Secondo una delle conclusioni della sua analisi, se non consideriamo i diritti naturali come diritti pre-positivi pienamente giuridici, allora stiamo chiaramente operando con una nozione di *ius* elaborata in un quadro in cui il tessuto ontologico dello *ius* è essenzialmente modellato sulla base della legge positiva, e questa nozione di *ius* è chiaramente riduttiva se i diritti naturali sono diritti reali, pienamente giuridici.⁹⁴

⁸⁹ C. J. ERRÁZURIZ, *Il diritto come bene giuridico*, cit., p. 161.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 164.

⁹¹ S. Th. I-II, q. 95, a. 2.

⁹² J. HERVADA, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*, in *Escritos de derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 2013, p. 155.

⁹³ *Ibidem*, p. 157.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 156.

Sono certamente d'accordo con questa linea di argomentazione. Tuttavia, esiste un altro rischio che la presente argomentazione di Hervada mette in luce, ossia il rischio dell'eccesso opposto di pensare solo in termini di una nozione aprioristica di *ius* che è puramente pre-positiva e che non abbraccia mai veramente il fenomeno dello *ius positivum* come una delle manifestazioni essenziali della nozione di *ius* che dovrebbero essere considerate per l'elaborazione di tale nozione. In questo articolo ho voluto evidenziare che questo rischio può essere superato soltanto quando abbiamo colto l'insufficiente determinazione di molti beni giuridici – rilevanti per la vita sociale e per il coordinamento in vista del raggiungimento del bene comune – che necessitano una concretizzazione, realizzabile soltanto attraverso le norme positive, per la costituzione di oggetti di giustizia, diritti o beni giuridici. In altre parole, per superare questo rischio occorre prendere le norme positive sul serio nell'esposizione filosofica del fenomeno giuridico.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- D'AQUINO, T., *La Somma Teologica*, Sancasciano, Salani, 1963 (vol. 10), 1965 (vol. 12), 1966 (vol. 17).
- IDEIM, *Commento all'Etica Nicomachea di Aristotele*, vol. 1, Bologna, Studio Domenicano, 1998.
- ERRÁZURIZ, C. J., *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, EDUSC, 2021.
- FINNIS, J., *The Truth in Legal Positivism*, in *Collected Essays: Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 174-188.
- IDEIM, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996.
- HERVADA, J., *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1990.
- IDEIM, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 2008.
- IDEIM, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2013.