

Principi, ragioni e diritti

Il diritto come differenza pratica

Pilar Zambrano

Principles, Reasons and Rights. Law as a Practical Difference. This work intends to participate in the debate over the relevance of law in its participants' practical reasoning. The analysis is focused on fundamental rights principles, from the perspective of some of the tenets or pre-concepts used by the so called "New Natural Law School". On this conceptual basis, we argue that fundamental rights principles are not mere transcriptions, receptions or "conclusions" from moral principles of justice, but always include what Aquinas called "determination". This thesis is based upon the distinction between the moral and the legal perspectives of analysis of human action. This distinction leads to the conclusion that fundamental rights principles possess a double margin of reference to moral principles of justice on the one hand, and positive principles and rules, on the other.

Keywords: Authority, Practical Reason, Interpretation, Fundamental Rights, Moral Absolutes.

1. Introduzione

Un luogo comune ricorrente della filosofia del diritto posteriore alla svolta ermeneutica iniziata da Hart è la capacità del diritto di offrire ragioni per l'azione¹. Per molto tempo il positivismo si era impegnato a distinguere il diritto dagli altri ordinamenti normativi, e in particolare dalla morale,

Ringrazio Juan Cianciardo e Carlos Ignacio Massini per aver letto una versione precedente di questo lavoro e per i loro precisi suggerimenti che sono stati introdotti nella versione qui pubblicata. Ringrazio anche il prof. Alejandro Vigo e i partecipanti ai seminari quindicinali di filosofia pratica che si svolgono nell'ambito dell'Università di Navarra, dove ho potuto dibattere, chiarire e arricchire molte delle idee che qui sono sviluppate.

¹ L'espressione "svolta ermeneutica" è presa da Bohman, Hiley e Shusterman (1991, 1). John Finnis (2011b, 119) ritiene che con la svolta verso la prospettiva interna di studio del diritto Hart ha riportato la filosofia giuridica sul sentiero verso una convergenza con la tradizione classica (del diritto naturale).

attraverso elementi “esterni” o formali, come la coazione, l’origine sociale delle norme giuridiche, o la sua forma (comandi). Specialmente in Hart (1994, 56ss.) e nel suo discepolo Raz (1979; 1990; 2001; 2004; 2006), la distinzione tra il diritto e la morale si concentrava, invece, in modo primario sulla prospettiva interna, cercando di rispondere alla seguente domanda: il diritto produce motivi per agire diversi da quelli che produce l’ordinamento morale?

Questa svolta implicava un’attenzione sulle “ragioni per obbedire al diritto”, fino ad allora non prese in considerazione nell’ambito del “positivismo analitico”. Non si tratta semplicemente di capire come sia possibile che il diritto motivi ad agire, ma anche di cogliere come il diritto dovrebbe motivare ad agire, per essere diritto vero e proprio e, ancor di più, per essere buon diritto. In quali casi e perché è moralmente ragionevole – e non meramente utile o conveniente – lasciarsi guidare dal diritto quando si deve agire?

Secondo un approccio di stile analitico, la domanda verte sulla possibilità logica di riconciliare ragione ed autorità: com’è possibile, se lo è, lasciarsi guidare dalle decisioni di terzi e anche così continuare ad agire ragionevolmente? Le questioni in cui si suddivide questo problema sono tante. Il concetto di “ragione per agire” include le ragioni che sono state oggetto di scelta in virtù non del loro contenuto ma della loro origine? Quali sono le condizioni di ragionevolezza dell’azione, quando l’agente si lascia guidare da ragioni che sono state decise da altri, per il fatto stesso di essere state decise da altri e il cui senso, per di più, il soggetto non riesce a cogliere in maniera completa?²

Joseph Raz è, senza dubbio, un autore di rilevanza indiscussa nello studio di questi argomenti, per la discussione di concetti complementari come quelli di ragione secondaria, escludente, categorica, perentoria e protetta. Tra le domande che ha affrontato e che in qualche modo ha rimesso in discussione, si trova la questione circa la rilevanza pratica del diritto e, più specificatamente, circa la rilevanza pratica del diritto che fa proprie esigenze morali di giustizia. La domanda centrale su questo aspetto potrebbe formularsi nei seguenti termini: che ruolo svolge il diritto nel ragionamento pratico morale? Il fatto che il diritto abbia incorporato ragioni morali per agire, aggiunge una nuova ragione morale per agire, oltre a quelle ragioni già incorporate?³

² Oltre a Herbert Hart e Joseph Raz (v. nota seguente) hanno preso in considerazione queste domande all’interno della tradizione analitica, tra gli altri Sartorius (1981, 3-17); Mackie (1981, 143-158); Coleman e Leiter (1996, 241-260). Una buona sintesi dei dibattiti sull’autorità all’interno della tradizione ereditata da Hart può incontrarsi in Bix (1996, 241).

³ Su questi concetti e distinzioni cfr. Raz (1986, 37; 1990; 1979, cap. I; 2009, 212). Sulle ambiguità del concetto raziano di “ragione escludente per l’azione” si possono consultare Moore (2005, 854ss.) e Perry (2005, 941ss.).

Tale questione, che è stata affrontata da diversi autori come “il paradosso dell’irrelevanza” del diritto giusto, è specialmente pertinente quando riguarda le norme di diritto fondamentale⁴. Il riferimento immediato, e in apparenza esclusivo, delle norme di diritto fondamentale a esigenze o principi morali di giustizia ha portato Raz a concludere che, in questo ambito, il diritto è in effetti irrilevante. In altre parole, non svolge la sua funzione più specifica, che è quella di sostituire le ragioni morali per agire, offrendo ragioni nuove, distinte o almeno complementari rispetto a quelle che offre la morale. Il diritto non costituisce in questi casi nessuna differenza nel ragionamento morale di chi partecipa al diritto (Raz 2004, 10).

La concezione di Raz sulla rilevanza pratica del diritto è stata e continua ad essere oggetto di molteplici dibattiti sia dentro sia fuori la tradizione analitica⁵. Questo lavoro si propone di entrare in questo dibattito dalla prospettiva della tradizione del diritto naturale, in linea con il contributo offerto dalla “Nuova scuola del diritto naturale”⁶. Si tratta, più precisamente, di valutare quale sia la rilevanza pratica delle norme di diritto fondamentale, interpretate dal punto di vista di una teoria cognitivista della giustizia in senso forte⁷. In questa prospettiva si proporrà la tesi secondo la quale le norme di diritto fondamentale non sono semplici trascrizioni o formalizzazioni dei principi morali di giustizia, ma includono sempre ciò che Tommaso d’Aquino ha chiamato “determinazione”⁸. Sulla base di questa tesi della determinazione si analizzerà quale sia la principale funzione e rilevanza pratica delle norme di diritto fondamentale.

Assumendo che John Finnis sia il principale rappresentante della “Nuova scuola di diritto naturale” nell’ambito della filosofia del diritto e che, inoltre, abbia svolto il difficile e originale tentativo di conciliare, per quanto possibi-

⁴ Con “norma di diritto fondamentale” ci riferiamo a qualunque norma che incorpora diritti umani in una pratica costituzionale concreta, normalmente (anche se non in questa unica forma) attraverso enunciati normativi costituzionali. Seguiamo su questo punto Alexy (1986, 54ss.). Su tale paradosso nel pensiero analitico cfr. per esempio Raz (1984, 140-144) e Coleman e Leiter (1996, 241-260). Più recentemente Cianciardo (2010, 47-70) e Etcheverry (2010, 205-241).

⁵ All’interno di questa tradizione possono consultarsi i lavori pubblicati in *Southern California Law Review* 62 (1989), numero monografico dedicato al concetto di autorità in Joseph Raz e alla replica di Raz ai suoi critici. Cfr. Raz (1989, 1156ss.; 2006, 1003).

⁶ Si è soliti collegare la nascita della scuola al lavoro di Grisez (1965, 168-201). Tra i membri più illustri della stessa scuola, bisogna nominare Joseph Boyle, John Finnis, Russel Shaw, Robert P. George, tra gli altri. Il dibattito interno, che ha prodotto l’attuale assetto della tradizione di questa scuola, si trova in parte riprodotto in Finnis (1991, capp. XII-XVI). In lingua spagnola si può consultare Massini Correas (1999, 27).

⁷ Con l’espressione “cognitivismo forte” ci riferiamo alle teorie che basano la ragionevolezza di qualunque proposizione morale nel suo riferimento ultimo a “principi pre-morali” che indicano o mostrano “beni umani fondamentali”. Cfr. Finnis (1991, cap. XI). Sulla distinzione tra cognitivismo forte e cognitivismo debole cfr. Massini Correas (2004, 44).

⁸ Cfr. Tommaso d’Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

le, questa tradizione con la tradizione analitica, affronteremo il nostro tema utilizzando alcune delle sue distinzioni concettuali⁹. A questo fine e con questa opzione metodologica, nella prima sezione si descriverà la classificazione tripartita dei principi di diritto fondamentale proposta da questo autore, costituita da (a) principi concludenti di diritto fondamentale; (b) principi di diritto fondamentale con forza concludente limitata; e (c) principi-direttive di diritto fondamentale.

Nella teoria della giustizia del diritto naturale elaborata da Finnis si argomenta che le due prime classi di principi di diritto fondamentale si riferiscono ai principi morali assoluti. Nelle sezioni seguenti, e in forma autonoma dalle idee del professore australiano, si cercherà di dimostrare che questo riferimento non esaurisce il senso delle classi (a) e (b) dei principi di diritto fondamentale, che hanno una relazione di determinazione (e non di conclusione) con i principi morali di giustizia (principi morali assoluti). Si argomenterà, inoltre, che questa natura determinativa costituisce la principale differenza che questi principi di diritto fondamentale introducono nel ragionamento pratico dei partecipanti ad ogni pratica giuridica.

2. Le dichiarazioni dei diritti: una tipologia dei principi giuridici

A partire da un'analisi del linguaggio utilizzato nelle dichiarazioni dei diritti fondamentali, Finnis elabora una tipologia dei principi che riconoscono diritti fondamentali, analoga, e in un certo senso parallela, alla tipologia che propone riguardo ai principi della legge naturale. Da questa analisi si evince che la rilevanza delle norme di diritto fondamentale nel ragionamento pratico varia secondo il tipo di principio di cui si tratta.

La prima e più fondamentale classificazione tra principi di diritto fondamentale proposta da Finnis (2011a, 212) è quella che riguarda la loro funzione nel ragionamento pratico distinguendo tra (a) principi con forza concludente e (b) principi con forza direttiva.

I principi (a) con forza concludente sono quelli che usano un linguaggio o una forma canonica negativa, del tipo “Nessuno potrà essere privato della sua libertà, salvo che nei seguenti casi [...]”. I principi (b) con forza direttiva sono quelli che usano formule assertive del tipo “Ogni individuo ha diritto alla vita”¹⁰.

⁹ Il magistero di John Finnis nel filone giusfilosofico della “nuova scuola” è riconosciuto sia dentro la sua tradizione, per esempio, da George (2003, cap. XVII), sia fuori, tra gli altri, da Greenawalt (2000, 1648). Sul ruolo di mediazione del pensiero di Finnis cfr. Bix (2000, 1624); Di Blasi (2008, 4); Orrego Sánchez (2005, 183); Pereira Sáez (2008, 19ss.); Scandroglio (2008, 15).

¹⁰ Il primo esempio è preso da Finnis dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei

Che un principio sia concludente significa, come il suo termine indica, che *conclude* – nel senso che *pone fine* – al ragionamento pratico: l'applicabilità del principio al caso è ragione necessaria e sufficiente per agire nel modo in cui prescrive il principio.

Finnis evidenzia che nessun principio giuridico possiede forza concludente fino a che non si traduce in una relazione di tre termini: tra la persona titolare, il diritto/oggetto/libertà dovuta, e la persona obbligata. Questa conversione esige di specificare l'identità del titolare del dovere, l'identità del titolare del diritto, il contenuto esatto del dovere, i poteri del titolare del diritto per far valere il suo diritto, ecc. ed essa varia o può variare da sistema a sistema e dentro ciascun sistema può svolgersi in molti modi possibili (219).

D'altra parte Finnis indica che i principi concludenti riconoscono sempre diritti di natura assoluta. In altre parole, diritti refrattari a qualunque calcolo utilitarista e che, pertanto, non possono essere limitati in vista del bene comune (213).

Su questa base, Finnis distingue due qualità che possono predicarsi di un diritto riconosciuto da una norma di diritto fondamentale: assolutezza e inalienabilità. Tutti i diritti stabiliti o riconosciuti da principi di diritto fondamentale sono inalienabili, nel senso che il diritto non offre ragioni giuridiche che giustifichino la loro negazione. Non tutti i diritti (fondamentali), tuttavia, riconosciuti da questi principi sono assoluti. Un diritto fondamentale è assoluto quando, oltre a non esistere ragioni giuridiche per negarlo, non ci sono neppure ragioni giuridiche per restringerlo o limitarlo in vista delle esigenze del bene comune (*ibidem*).

In sintesi, tutte le esigenze o i diritti riconosciuti dalle norme concludenti del diritto fondamentale saranno assolute e inalienabili, e il carattere assoluto dei diritti esplicita che i principi sono concludenti: data la situazione di fatto alla quale si riferisce il principio, non c'è altro da "pensare", per dirla così, poiché non c'è nessuna ragione che autorizza a fare ciò che il principio proibisce. Dal carattere concludente di un principio deriva, per definizione, il carattere assoluto del diritto che riconosce.

Finnis deduce sia il carattere concludente delle norme di diritto fondamentale sia il carattere assoluto dei diritti che tali norme riconoscono dal fatto che i principi si astengono dall'indicare in modo espresso qual è la libertà o il diritto protetto e, invece, si limitano a enunciare quali sono le condotte proibite riguardo al diritto o alla libertà protetta. Quest'uso obliquo del linguaggio non sarebbe casuale, ma piuttosto intenzionale: avrebbe come finalità quella di escludere tali diritti dalle, o di renderli delle eccezioni alle,

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 5, comma 1, e il secondo dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 3. Cfr. Finnis (2011a, 211, nota 17).

limitazioni generali al riconoscimento dei diritti e libertà, come quelle enunciate dall'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (212).

L'interpretazione di Finnis si basa, quindi, su una sorta di argomento *a contrario*: se la norma di diritto positivo identifica una classe specifica di condotte proibite è perché non si volle garantire nulla di più o di meno di ciò che esplicitamente la norma garantisce. In altre parole, determinati corsi di azione sono proibiti una volta e per sempre, indipendentemente da quali possano essere le necessità del bene comune. Così come altre condotte distinte da quelle tipicizzate non si trovano proibite da questi principi in forma concludente, allo stesso modo il titolare del diritto non tiene nessun altro diritto che a queste omissioni specificamente tipicizzate.

A differenza dei principi concludenti, i principi-direttive offrono una ragione per agire che è necessaria ma non sufficiente. Con parole di Finnis (*ibidem*), un principio direttiva costituisce un elemento "in a process of rational decision-making which cannot reasonably be concluded [a differenza di ciò che avviene con i diritti riconosciuti nei principi con forza concludente] simply by appealing to any one of these rights".

Finnis avverte che il linguaggio dei principi-direttive che enunciano in modo assertivo diritti e libertà si focalizza in relazioni a due termini, tra un soggetto titolare di diritti – la persona – e l'oggetto della titolarità – il diritto umano o libertà. Questa focalizzazione, spiega Finnis (220-221), ha un vantaggio pedagogico e uno svantaggio pratico. Il vantaggio pedagogico consiste nel mostrare in modo chiaro quale è l'oggetto o il bene che si pretende garantire e/o promettere in ciascun caso. Lo svantaggio è che si trasmette l'idea sbagliata che si tratti di principi concludenti che, come tali, sono auto-sufficienti per giustificare decisioni giuridiche o politiche.

Tra i principi-direttive che riconoscono o determinano diritti meramente inalienabili, ma non assoluti, e i principi concludenti che riconoscono o determinano diritti inalienabili e assoluti, Finnis enuncia – in modo un po' confuso – una terza categoria di principi, che sembra occupare un luogo intermedio tra le due categorie suddette e che chiameremo "principi di diritto fondamentale con forza concludente limitata".

Come esempio di questa categoria intermedia Finnis propone il principio enunciato nell'art. 9 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale "Nessuno potrà essere *arbitrariamente* arrestato". Così come i diritti fondamentali riconosciuti nei principi concludenti, questi diritti non saranno soggetti alle limitazioni generali riguardo al bene comune, che invece si applicano ai diritti riconosciuti dai principi-direttive. Questi diritti, tuttavia, non sarebbero assoluti, ma meramente inalienabili, quindi potrebbero essere ristretti per le ragioni – anche se solo dalle ragioni – enunciate espressamente nella stessa norma che prescrive l'esigenza negativa di "non essere arrestato" (212). In questo senso, si potrebbe dire

che, una volta definito un arresto come arbitrario, il diritto a non essere arrestato diventa assoluto: nessuno può essere arrestato arbitrariamente, anche quando l'arresto in apparenza porti a soddisfare le necessità e richieste del bene comune.

Parallelamente, commentando e seguendo l'Aquinate, Finnis distingue tra principi morali formulati in modo assertivo e principi o precetti morali formulati in modo negativo o proibitivo. I primi indicano ciò che *deve* farsi, mentre i secondi ciò che *non deve* farsi.

I principi morali formulati negativamente obbligano sempre e in qualunque occasione. Secondo Finnis (1998, 164-165), questi principi si applicano senza eccezioni e senza necessità di deliberazione morale ulteriore, in quanto si riferiscono a diritti inalienabili e assoluti. L'applicazione senza eccezioni non è invece predicabile – secondo Finnis (164) – ai principi morali positivi o assertivi, che si applicherebbero “sempre ma non in qualunque occasione”. Affinché questa proposizione non sia una contraddizione in termini, il senso di “sempre” deve essere distinto dal senso di “in qualunque occasione”. In questo senso, il “sempre” dovrebbe interpretarsi insieme alla condizione implicita di attenersi alle circostanze (*ibidem*).

Questa condizione non si applica ai principi morali negativi che riconoscono diritti assoluti e, pertanto, obbligano in qualunque circostanza. L'applicabilità diretta e immediata di alcuni principi, e l'applicabilità condizionata di altri, si traduce dal punto di vista del ragionamento pratico nel carattere concludente dei primi e meramente direttivo dei secondi (170).

Tornando all'oggetto specifico di questo lavoro, sono opportune due riflessioni. La prima è la somiglianza e quasi identità della distinzione tra i principi morali concludenti e i principi morali direttivi, da una parte, e la distinzione tra le norme di diritto fondamentale concludenti e le norme di diritto fondamentale direttive dall'altra. Questa somiglianza dà molto peso all'ipotesi che, con le avvertenze necessarie, dal punto di vista formale o logico il ragionamento morale non si distingue dal ragionamento giuridico per lo meno nell'area delle norme del diritto fondamentale. Se esiste qualche distinzione tra il ragionamento giuridico vincolato alle norme di diritto fondamentale e il ragionamento morale, questa distinzione dovrà cercarsi nel contenuto e non nella forma di inferenza o derivazione delle proposizioni morali e di quelle giuridiche¹¹.

In ciò che segue si approfondirà il significato di “principio morale concludente” e “diritto morale assoluto”, con il fine ulteriore di confrontare il senso di queste espressioni con i loro riferimenti nel piano giuridico: le nor-

¹¹ Questa idea è stata classicamente difesa dal punto di vista della tradizione tomista da Georges Kalinowski. Tra i tanti lavori cfr. Kalinowski (1967, 247ss.). Sui contributi di Kalinowski su questo punto si può consultare Massini Correas (2005, 56-59).

me concludenti di diritto fondamentale (nelle loro due versioni, con forza totale e con forza limitata) e i diritti fondamentali assoluti.

3. Princìpi morali concludenti e diritti morali assoluti

Finnis spiega che le norme di diritto fondamentale concludenti con forza totale o con forza limitata hanno per fondamento e riferimento i princìpi morali assoluti che stabiliscono esigenze o doveri assoluti o senza eccezione che riconoscono, come correlati di questi doveri, i diritti *umani* assoluti. Questi princìpi morali assoluti sono, dal canto loro, realizzazioni di un principio morale anteriore, che stabilisce che sempre è irragionevole scegliere una condotta contraria all'integrità di ogni bene umano fondamentale¹².

Come esempio di diritti umani assoluti correlativi alle esigenze, doveri o princìpi morali assoluti, Finnis (2011a, 225) propone la seguente lista: “the right not to have one’s life taken directly as a means to any further end; but also the right not to be positively lied to in any situation [...] in which factual communication [...] is reasonably expected; the related right not to be deprived, or required to deprive oneself, of one’s procreative capacity; and the right to be taken into respectful consideration in any assessment of what the common good requires”.

Secondo Finnis (*ibidem*) questa lista non include “two term-rights in need of translation into three-term right-duty relationships, but [...] claim-rights strictly correlative to duties entailed by the requirements of practical reasonableness”. Sarebbero, quindi, diritti riconosciuti da princìpi morali concludenti – che concludono o fanno terminare il ragionamento pratico – e che come tali riconoscono diritti assoluti non limitabili per nessuna ragione.

Questi esempi richiedono una spiegazione ulteriore, in quanto lasciando da parte il principio che enuncia il diritto a “non essere privato della propria capacità procreativa”, è dubbio che il resto delle proposizioni normative possano concludere in modo definitivo un ragionamento pratico. Il diritto a “essere tenuto in considerazione con rispetto” è espresso in un linguaggio assertivo e sembra, pertanto, più un principio direttivo che un principio concludente. Sono innumerevoli i modi di agire immaginabili che rispettano questo principio, per cui il comportamento dovuto non si trova espresso in termini inequivoci e, ancor meno, nello schema tripartito “titolare-diritto-obbligo”.

In quanto al resto dei princìpi che appaiono nella lista, che significa privare qualcuno della sua vita come mezzo per un altro fine? Quando si deve

¹² Finnis (2011a, 118ss.) denomina questo principio “the seventh requirements of practical reasonableness”.

ragionevolmente aspettare una comunicazione reale? Non sembra semplice distinguere in forma concludente, senza necessità di ulteriore deliberazione, un contesto di comunicazione reale da un contesto di comunicazione fittizia, o ludica; o anche determinare la situazione nella quale si dispone della vita propria o altrui come un semplice mezzo per un fine.

Soltanto per proporre un esempio di quest'ultimo caso: in una situazione di pericolo grave per la vita della madre incinta, è opportuno provocare il parto anche se da questo deriva la morte del feto? Se si provoca il parto, si starà utilizzando la vita del feto per salvare la vita della madre? Se si decide di ricorrere al parto naturale, si starà utilizzando la vita della madre per salvare la vita del feto? Qualunque sia la risposta a queste domande, che non è il caso affrontare qui, per continuare nell'argomentazione si richiede uno sviluppo supplementare di deliberazione morale che in apparenza priva i principi enunciati del loro preteso carattere concludente.

Questi dubbi circa il carattere concludente dei principi si applicano anche al carattere assoluto dei diritti, quando si considerano situazioni come la legittima difesa, che sembra permettere eccezioni al principio assoluto che proibisce di uccidere.

In definitiva, la lista di principi morali assoluti alla quale si riferirebbero i principi giuridici fondamentali con forza concludente genera almeno tre difficoltà. In primo luogo, alcuni dei principi morali inclusi nella lista sono formulati assertivamente, cosa che indicherebbe che non sono concludenti. In secondo luogo, alcuni dei principi che sono formulati in termini negativi richiedono condizioni per la loro applicazione, cosa che pone in dubbio il loro presunto carattere concludente. Infine, istituti come la legittima difesa che contano di un ampio consenso morale sembrano gettare un'ombra di dubbio sulla natura assoluta o incondizionata dei diritti.

Le due ultime incertezze implicano la necessità di approfondire il senso di "assoluto" nella espressione "principio (o dovere) morale assoluto" e nel suo correlativo "diritto umano assoluto". In ciò che segue, e andando oltre la proposta di Finnis, si affronterà tale approfondimento alla luce della prospettiva o punto di vista interno all'atto umano volontario, che è il punto di vista proprio della morale. Quest'approccio servirà da ponte per chiarire nei paragrafi seguenti il cammino verso la domanda principale di questo lavoro, cioè, se il contenuto materiale dei principi morali assoluti (e concludenti) coincide con il contenuto materiale delle norme concludenti di diritto fondamentale, in maniera tale che possa dirsi che le seconde sono semplici "conclusioni" dei primi¹³.

¹³ Dato l'uso diffuso dell'espressione "principi assoluti", nel prosieguo si qualificheranno i principi morali concludenti come "principi assoluti", anche se "l'essere assoluto" è più una qualità dei diritti che dei principi.

3.1. I principi morali (di giustizia) assoluti: la prospettiva interna della morale

La prima difficoltà potrebbe esprimersi con la domanda seguente: com'è possibile predicare il carattere assoluto o senza eccezioni del principio morale che proibisce di uccidere, e giustificare, allo stesso tempo, la legittima difesa? Non è una morte che si giustifica in vista di un bene ulteriore? E se così fosse, sembrerebbe trattarsi di un'eccezione ad un principio che pretende di essere assoluto, ma che, poiché ha eccezioni, cesserebbe di esserlo.

Una risposta possibile a questa difficoltà consisterebbe nell'aggiungere ai pretesi principi morali assoluti una condizione morale tacita, del tipo "ingiustamente" o "senza motivo".

In questa interpretazione, il precetto "non si deve mai mentire" si intenderebbe in realtà come "mai si deve mentire senza motivo". O il precetto "mai si deve uccidere" come "mai si deve uccidere l'innocente". In questo modo, nella definizione stessa dei principi morali che proibiscono di uccidere o mentire si escluderebbero le loro presunte eccezioni. Con le parole di alcuni dei difensori di questa interpretazione "l'oggetto reale del principio 'non uccidere' escluderebbe, *ab initio*, il caso della legittima difesa"¹⁴.

Il problema di questa soluzione è che diluisce il carattere apparentemente concludente dei principi morali assoluti, dal momento che ancora rimarrebbe a carico dell'interprete il lavoro intellettuale di differenziare tra colpevoli e innocenti e tra menzogne con o senza motivo. D'altro lato, si diluirebbe la natura assoluta di questi principi (e la corrispondente natura assoluta dei diritti che questi principi riconoscono) lasciando spazio a situazioni nelle quali sarebbe permesso "uccidere" o "mentire" (Finnis 1998, 165).

Un principio assoluto è, tuttavia, per definizione un principio che non ammette eccezioni di nessun tipo. Di modo che, o si nega la liceità morale della causa di morte in occasione della legittima difesa, o del cosiddetto "inganno lecito" in relazione alla proibizione della menzogna; oppure i principi morali si rendono indipendenti, *in qualche misura*, dai risultati dell'agire morale nel mondo fisico. Questo secondo sentiero è quello seguito da Tommaso d'Aquino, la cui teoria morale potrebbe dirsi che è insieme interiore e oggettiva¹⁵.

¹⁴ Tra gli altri, sostiene questa tesi Strauss (1953, 163), con il quale discutono Finnis (1998, 165 ss.) e Puelles (1997, 302-304).

¹⁵ Sulla distinzione tra una prospettiva esteriore e una interiore di analisi dell'agire umano, cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, qq. 17-20, specialmente, q.18 a. 6, e q. 20. È importante avvertire che il cosiddetto "atto esteriore" non si distingue dall'"atto interiore" in senso sostanziale, ma in senso analitico. Non sono atti distinti, bensì due prospettive per studiare o analizzare un solo atto, che è l'atto umano volontario (q. 17, a. 4). Anche così, come si vedrà più avanti, queste due prospettive di analisi possono molte volte dare risultati

Secondo questa interpretazione, tutti i principi e le regole morali, inclusi i principi morali che riconoscono diritti assoluti, hanno come oggetto primario gli atti interni della volontà che Tommaso d'Aquino chiama "l'intenzione" del fine e la "scelta" del mezzo nell'azione. E tali atti governano l'agire fisico o esteriore soltanto nella misura in cui tale agire assuma o riprenda l'intenzione e/o la scelta interiore. Inoltre, l'intenzione e la scelta non solo determinano se una modalità di azione è buona o cattiva dal punto di vista morale, ma, prima ancora, determinano la specie dell'azione. Determinano, in altre parole, che cosa è ciò che si compie o cessa di compiersi quando si agisce. In questo modo, una stessa azione definita in base ai suoi risultati causali nel mondo fisico può rientrare in una specie o in un'altra di atto morale considerate la scelta e l'intenzione con la quale l'azione si è realizzata¹⁶.

Ciò che dal punto di vista esterno o fisico può essere considerato "uccidere" perché produce il risultato "morte", dal punto di vista interno può non configurare l'atto morale di "uccidere". Affinché il risultato coincida con l'atto morale di "uccidere", deve essere scelto come mezzo – scelta o intenzione prossima – e/o come fine – intenzione mediata – dell'agire. Perciò, quando un soggetto produce il risultato "morte" del suo aggressore in occasione di "legittima difesa", in alcuni casi avrà commesso l'atto morale di "uccidere" e in altri no. Tutto dipende da ciò che ha scelto come risultato della sua azione. Se ha scelto la morte, incluso se ha scelto la morte come mezzo per difendersi, allora "ha ucciso" dal punto di vista morale. Se però ha scelto di salvare la sua vita *nonostante* che tale salvezza implichi porre fine alla vita dell'aggressore, allora non avrà "ucciso" dal punto di vista morale¹⁷.

differenti: uno stesso atto può considerarsi cattivo dalla prospettiva di analisi interiore e giusto dalla esteriore, e *viceversa* (q. 20, a. 3). Sull'interiorità come prospettiva di determinazione tanto della specie come della moralità dell'atto umano volontario, cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 18, in particolare, aa. 2 e 7. Per un'interpretazione su questo punto di Tommaso d'Aquino, cfr. Finnis (1988, 65-66) e, interpretando Aristotele, Finnis (1983, 33). Cfr., inoltre, nella tradizione tomista Rhonheimer (2001, 15ss.) e Rhonheimer e Murphy (2008, 41).

¹⁶ Cfr. *Summa Theologiae*, I-II, q. 72 a. 1; e II-II, q. 43 a. 3, passi segnalati dallo stesso Aquinate in II-II, q. 64 a. 7, come specialmente chiarificatori della tesi secondo la quale l'azione si definisce a partire da ciò che si sceglie e si tenta di realizzare nell'azione.

¹⁷ Cfr. *Summa Theologiae*, I-II, q. 18 a. 5 ad 3. Seguendo Tommaso d'Aquino, Finnis (1988, 56). Con speciale riferimento alla legittima difesa, nel quale Tommaso formula la dottrina cristiana dell'"atto di doppio effetto", Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II-II q. 64, a. 7; Finnis (1998, 141-142, 166); Rhonheimer (2001, 395-397); Boyle (1980, 530-531). La determinazione dei criteri per distinguere tra le conseguenze meramente previste (*foreseen consequences*) e le conseguenze scelte è stata oggetto di intenso dibattito dentro la tradizione. L'ultima evoluzione di questo dibattito si trova, tra altri lavori, in Finnis, Grisez e Boyle (2001, 1-44). Più recentemente, Boyle (2008, 69). In spagnolo cfr. Miranda Montesinos (2008, 485-519).

In questo senso, i precetti morali assoluti non obbligano ad astenersi dal produrre determinati risultati, ma bensì ad astenersi dal volerli o dallo sceglierli, come fine o come mezzo del proprio agire¹⁸. Questa interiorizzazione della morale permette di preservare la natura concludente di alcuni dei suoi precetti (e la natura assoluta dei diritti) senza esigere una astensione totale dal produrre alcuni effetti, cosa che in casi come la legittima difesa risulterebbe assurda o controintuitiva. Ma allora se è controintuitivo esigere che la morte non derivi mai fisicamente dal nostro agire, sembra invece ragionevole esigere una astensione assoluta dal *volere*, o dallo *scegliere* interiormente questo risultato.

Questa esigenza, dato che è interna, è indipendente dalle circostanze che per definizione caratterizzano sempre qualunque azione esteriore. E se l'esigenza è indipendente dalle circostanze, è assoluta o senza eccezioni, e intellettualmente identificabile di forma concludente.

Quindi, una volta che si riconosce che un modo di agire conduce alla morte, o all'inganno, o a qualsivoglia forma di strumentalizzazione del prossimo, i principi morali assoluti stabiliscono in forma concludente che non ci sono ragioni che giustifichino volere e/o scegliere questo corso di azione. I principi morali assoluti, tuttavia, non determinano, né indicano neppure come attuarlo, quali comportamenti costituiscono una realizzazione corretta delle scelte e intenzioni interiori.

Questa regolazione dell'agire esteriore è il prodotto di un atto intellettuale specifico che Tommaso d'Aquino chiamò l'"atto prudenziale di imperio", attraverso il quale la scelta e l'intenzione interiore prendono forma in un modo concreto di agire, secondo le particolari circostanze nelle quali tale agire ha luogo. Perciò, il giudizio di imperio non condivide la natura concludente dei principi morali assoluti. O, per meglio dire, la sua natura concludente non è una forma di estensione della natura concludente dei principi morali assoluti, bensì il risultato della sufficiente valutazione delle circostanze nelle quali si agisce.

Per fare un esempio, mentre il principio morale assoluto proibisce di scegliere la morte come risultato del proprio agire, un giudizio di imperio corrispondente con questo principio assoluto stabilirebbe il divieto di sparare, quando una conseguenza certa dello sparo sia la morte di un altro soggetto. Il divieto morale di scegliere la morte è indipendente dalla valutazione delle circostanze. Il divieto morale di sparare, invece, dipende dalle circostanze, in quanto è perfettamente possibile che uno sparo non metta a rischio la vita di nessuno. L'obbligo di non scegliere la morte è contenuto incondizionatamente in un principio morale assoluto, mentre l'obbligo di non sparare è il contenuto possibile di un giudizio di imperio.

¹⁸ Cfr. Finnis (1988, 74) e Rhonheimer (2001, 303ss.).

Il giudizio di imperio che proibisce di sparare, quando lo sparo può uccidere qualcuno, è quindi la sintesi di (almeno) due giudizi. Uno di natura empirica e l'altro di natura morale. Il giudizio empirico è quello che stabilisce che in quelle date circostanze uno sparo può uccidere qualcuno. Il giudizio morale è il principio morale assoluto che proibisce di uccidere.

Il giudizio empirico contenuto nel giudizio di imperio non ha di per sé alcuna forza morale, fino a che non lo si consideri una istanza concreta proibita dal giudizio morale. Cioè, fino a che non si consideri che sparare costituisce in quelle circostanze un caso proibito dal principio morale che proibisce di uccidere. Da questo punto di vista, la natura concludente del giudizio di imperio che proibisce di sparare è il risultato della sintesi di due forze concludenti. La forza concludente del principio morale assoluto che proibisce di uccidere e la (eventuale) forza concludente del giudizio empirico secondo il quale, in quelle circostanze, uno sparo può uccidere qualcuno¹⁹.

Viste così le cose, risultano chiare sia la difficoltà concernente la natura assoluta dei diritti, sia quella che si riferisce alla natura concludente dei principi. I diritti (o i doveri) sono assoluti perché mai è permesso scegliere la morte o l'inganno come mezzo o fine del proprio agire, anche quando entrambi i risultati si prevedano con certezza. In altre parole, prevedere e volere non sono la stessa cosa dal punto di vista morale, e i principi morali proibiscono soltanto l'atto di volizione. In secondo luogo, i principi sono concludenti nella misura in cui proibiscono una volta e per tutte, senza necessità di alcuna deliberazione ulteriore, la scelta o l'intenzione di determinati corsi di azione.

Questa affermazione è perfettamente conciliabile con quella simultanea che l'identificazione di quali siano questi corsi di azione esteriore possa richiedere in molti casi una difficile deliberazione, soggetta a tutti gli inconvenienti propri dei giudizi prudenziali. Così per esempio sono prudenziali la determinazione se esiste o no un contesto comunicativo nel quale si possa sperare ragionevolmente la verità, o la definizione se l'interruzione o omissione di cure risulta una forma adeguata di rispettare l'integrità fisica del malato, o se, invece, costituisce un modo di porre fine alla vita (Rhonheimer 2001, 314).

Ciò che in qualsiasi caso stabiliscono i principi morali (assoluti) in forma concludente è che, una volta che ci si aspetta *ragionevolmente* la verità, non ci sono ragioni per ingannare, o che una volta che si giudichi un trattamento o cura come adeguato ed efficace per invertire un processo letale, allora la sua omissione non deve essere richiesta né scelta, almeno non in forma diretta. Certamente, è auspicabile che chi si propone di fare il bene, come

¹⁹ Finnis (2007, 34; 2011b, 238) sostiene che il giudizio di imperio promette, ma non garantisce, che il bene che è stato oggetto di scelta prenda forma nell'azione.

mezzo e come fine dell'agire, si preoccupi anche di informarsi su come farlo e che, se lo fa diligentemente, finisca per farlo. È però anche possibile che l'informazione disponibile sia insufficiente, che si cada in errore o che anche la ricerca dell'informazione sia negligente.

È possibile – e il diritto è pieno di norme che contemplan questi casi – che, scegliendo e volendo agire giustamente, si agisca in maniera ingiusta. Che scegliendo di, e volendo, tutelare la vita di un altro – o la propria – si finisca per sopprimerla. In tal caso, si saranno rispettati i principi morali assoluti in gioco, anche quando si sia colpito il bene che questi principi tutelano. Per così dire, si sarebbe commessa una ingiustizia (dalla prospettiva esterna) operando giustamente (dalla prospettiva interna).

Ricapitolando, i principi morali che riconoscono diritti umani assoluti hanno per oggetto gli atti interni di volontà denominati “intenzione” e “scelta”. Questa proiezione interiore rende indipendenti tali principi dalle circostanze e, pertanto, rende certa sia la loro natura concludente sia la natura assoluta dei diritti. Inoltre, proprio perché regolano in maniera immediata gli atti interni della volontà, la loro natura concludente si limita alla dimensione interiore dell'agire, e non si applica al giudizio prudenziale di imperio che determina quale è la condotta esteriore che meglio dà forma a queste esigenze assolute nei casi concreti.

4. La natura determinativa e la rilevanza pratica delle norme concludenti di diritto fondamentale

La prima questione che sorge, alla luce delle riflessioni precedenti, concerne il tipo di relazione che esiste tra i principi concludenti che riconoscono diritti-esigenze assoluti sul piano morale e i principi che pretendono di fare lo stesso sul piano giuridico positivo. Più precisamente la domanda è se i secondi sono una conclusione o una traduzione dei primi senza determinazione di alcun tipo.

Se lo fossero, si potrebbe sostenere che il solo fatto della loro incorporazione nel diritto positivo genererebbe un obbligo di giustizia nei confronti del bene comune della comunità politica nel suo insieme e, con esso, una nuova ragione per agire (Finnis 2011a, 283; 2007, 38). È certo però che la riflessione anteriore circa la prospettiva interiore dei principi morali assoluti permette di formulare un dubbio serio circa la possibilità che esistano precetti di diritto positivo che costituiscono una pura “conclusione” a partire dai precetti morali, senza alcuna commistione con la determinazione²⁰.

²⁰ La posizione di Finnis su questo punto è ambigua. Da un lato sostiene che “in a well-developed legal system, the integration of even an uncontroversial requirement of practical

Si è detto, in effetti, che i principi e le regole morali governano o regolano in modo principale la dimensione interna dell'agire umano e, più precisamente, gli atti interni della volontà chiamati "scelta" e "intenzione". L'agire fisico o esterno è regolato da questi precetti nella misura in cui costituisce l'esecuzione di, e sia configurato da, questi atti interni della volontà. Per questo si è posto in evidenza che sul piano morale il semplice volere o desiderare un'ingiustizia è già una forma di ingiustizia, anche se tale ingiustizia non si proietta nel piano esteriore. E, *viceversa*, è possibile commettere un'ingiustizia operando giustamente.

La prospettiva giuridica sposta l'angolo di analisi dal soggetto agente verso chi subisce la sua azione, e non entra in scena fino a che il desiderio non si trasforma nella determinazione interiore di agire e, ancor più, fino a che tale determinazione interiore non produce un risultato ingiusto. Il diritto segue il sentiero contrario a quello della morale, in quanto governa l'interiorità solo nella misura in cui (a) si dà forma a ciò che l'Aquinate chiama "l'atto esteriore" e (b) tale atto esteriore produce un risultato ingiusto.

In primo luogo, perché il diritto non ha maniera alcuna di determinare quale sia l'intenzione e la scelta interiore, oltre a ciò che può rimanere riflesso nell'agire esterno. In secondo luogo, perché l'equilibrio che cerca di ristabilire il diritto, come strumento di giustizia, non è l'equilibrio dell'uomo con il mondo, ma solo il molto più limitato equilibrio esteriore tra il risultato dell'agire umano e i beni dei terzi. Un equilibrio che non si giudica considerando la buona o cattiva disposizione dell'agente, ma secondo una relazione intrinseca o reale di adeguamento tra quel risultato e questi beni²¹.

Applicando queste considerazioni alle norme concludenti di diritto fondamentale, si ottiene che, all'interno delle scelte intrinsecamente ingiuste proibite dai principi morali assoluti, le norme di diritto fondamentale si limitano a proibire quelle scelte e intenzioni che si materializzano nell'agire esteriore e che, inoltre, producono un risultato ingiusto. Questa doppia proiezione esteriore implica non solo una limitazione o un restringimento del campo di riferimento dei principi giuridici rispetto ai principi morali, ma anche una certa determinazione materiale del loro oggetto.

I principi morali assoluti proibiscono quindi l'intenzione e la scelta della morte, tortura o menzogna nell'agire, ma non dicono nulla circa quali siano le azioni esteriori, o considerate dal punto di vista fisico, che in ogni contesto storico e sociale producono questi risultati ingiusti, la cui scelta e intenzione si proibisce. Su questo piano entrano in azione le norme del diritto fonda-

reasonableness into the law will not be a simple matter" (Finnis 2011a, 284); in altri punti, invece, sembra concedere la possibilità di norme positive senza alcuna determinazione (Finnis 2007, 38).

²¹ Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 58 a. 9, ad 2 e ad 3; e a. 10.

mentale che, interpretate sistematicamente con il resto del diritto, determinano il senso di concetti come la verità giuridica oggettiva, la tortura, la legittima difesa, l'omicidio colposo o doloso, le cure mediche proporzionate e non.

In questo senso, quando, per esempio, la Corte Suprema statunitense affermò nel caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* che qualunque paziente è titolare di un diritto fondamentale di rifiutare o sospendere l'applicazione di cure e trattamenti medici – anche se potrebbe prodursi la morte in seguito a tale rifiuto o sospensione – la Corte stava determinando o specificando che tipo di omissioni sono giudicate come “omicidio” nel diritto statunitense e quali no²². Più avanti, sulla base della dottrina del doppio effetto, la Corte chiarì espressamente nel caso *Vacco v. Quill* che la massima (*holding*) in *Cruzan* non implica il riconoscimento di un diritto a disporre attivamente della propria vita²³. Per cui, nella linea interpretativa che suggeriamo, sarebbe come dire che, anche quando qualcuno può di fatto scegliere la morte o omettere o sospendere una cura medica – e perciò uccidere dal punto di vista morale –, il diritto positivo può optare per generalizzare la presunzione contraria²⁴.

Questa determinazione dell'oggetto si avverte in forma chiara quando si considera il fatto che le norme di diritto fondamentale obbligano non tanto il cittadino comune, ma principalmente gli Stati. E nella misura in cui le norme concludenti di diritto fondamentale si rivolgono allo Stato, non solo prescrivono le obbligazioni negative esplicitamente riconosciute, ma anche obblighi di “fare”. In particolare, l'obbligo di garantire che i cittadini si astengano dal realizzare le condotte proibite nelle norme di diritto fondamentale, e di farlo con l'uso della coazione – coazione che lo Stato ha monopolizzato e in virtù del fatto che la ha monopolizzato²⁵. Quest'obbligo statale, come qualunque obbligo positivo, dipende a maggior ragione dal suo contenuto e anche dalla sua forza deontica o assolutezza delle circostanze.

Nel valutare quindi la rilevanza pratica delle norme di natura concludente di diritto fondamentale, si dovrebbe distinguere a seconda che ci si rivolga al cittadino comune o ai funzionari pubblici.

Per quanto riguarda il cittadino comune, le norme di natura concludente totale o limitata di diritto fondamentale compiono una funzione di deter-

²² 1990, 497 U.S. 261, 279-280.

²³ 1997, 521 U.S. 793, 801-802.

²⁴ L'applicazione della dottrina dell'atto del doppio effetto da parte della Corte statunitense in questa linea giurisprudenziale ha avuto diversa accoglienza. In senso di approvazione, cfr., tra gli altri, Marzen et al. (1996, 271ss.) e Kamisar (1998, 903ss.).

²⁵ L'idea che il monopolio dell'uso della forza dello Stato giustifica questo livello di obbligatorietà fu proposta dal prof. Pedro Serna nel seminario per professori che ha avuto luogo nel Dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Navarra, il 25 novembre 2011.

minazione del contenuto dei principi morali assoluti, specificando o segnalando quale sia il tipo di agire esteriore che *non* dovrebbe essere oggetto di scelta e intenzione. In altre parole, tali norme guidano il cittadino comune nella formazione del giudizio prudenziale di imperio.

Per quanto riguarda i funzionari pubblici che agiscono *in quanto* tali, la rilevanza o la funzione pratica delle norme di diritto fondamentale di natura concludente (totale o limitata) varia a seconda di quali siano gli obblighi che si prendono in considerazione. Rispetto agli obblighi di “non fare” stabiliti in questi principi, la loro funzione pratica è la stessa di quella dei cittadini in generale. In questo senso, le norme concludenti di diritto fondamentale obbligano sempre e in qualunque occasione coloro che siano detentori dell’uso della forza pubblica a *non produrre* il risultato “tortura”, o “inganno”, o “morte”, così come tali risultati appaiono concettualizzati nel sistema giuridico.

Nella parte nella quale i principi di natura concludente (con forza totale o con forza limitata) stabiliscono l’obbligo positivo di proteggere i diritti assoluti – la vita, l’integrità fisica e morale – contro le aggressioni di individui, la loro natura concludente è solo apparente. Infatti, nonostante l’enunciazione superficiale in forma negativa e di principio, si tratta in realtà di regole (non di principi) “positive”, la cui applicabilità o realizzazione dipende per definizione dalle possibilità fattuali di realizzazione che offrono le circostanze. Pertanto, in questa dimensione positiva, la rilevanza pratica di questi principi è tanto maggiore quanto maggiore è la loro dipendenza dal contesto giuridico nel quale si inseriscono.

5. Conclusione e sintesi

Concludendo e ricapitolando, in questo lavoro si è offerta una risposta positiva alla domanda circa la rilevanza o differenza pratica delle norme di diritto fondamentale.

Questa risposta positiva si è concentrata in due delle tre classi di norme di diritto fondamentale distinte da John Finnis: (a) le norme di diritto fondamentale con forza concludente, e (b) le norme di diritto fondamentale con forza concludente limitata. Entrambe le classi di principi, si è detto, si riferiscono ai cosiddetti “principi morali assoluti”. Di conseguenza la domanda circa il loro ruolo nel ragionamento pratico potrebbe riformularsi, nei termini della tradizione tomista, nel modo seguente: sono le norme di diritto fondamentale una conclusione pura dei principi morali, o includono anche la determinazione?

Qui si è proposta la tesi che le norme di diritto fondamentale sono determinazioni dei principi morali assoluti, e si è giustificata questa tesi con

la distinzione tra la prospettiva di analisi propriamente morale dell'azione umana e la prospettiva di analisi propriamente giuridica.

Si è detto, in questo senso, che i principi e le regole morali governano o regolano principalmente la dimensione interna dell'agire umano e, più precisamente, gli atti interni della volontà denominati "scelta" e "intenzione". Si è notato che la prospettiva giuridica muove l'angolo di analisi dal soggetto agente verso coloro che subiscono la sua azione, e non entra in scena fino a quando la scelta non si trasforma nella determinazione interiore di dare forma alla scelta in un modo di agire (giudizio di imperio) e ancor più in là, fino a che tale determinazione interiore non produce un risultato ingiusto circa i beni di terzi, o circa il bene comune. Il diritto segue il sentiero contrario a quello della morale, in quanto governa l'interiorità solo nella misura in cui (a) l'interiorità prende forma in ciò che l'Aquinate chiama l'"atto esteriore" e (b) tale atto esteriore produce un risultato ingiusto.

Applicando queste considerazioni alle norme di diritto fondamentale concludenti risulta che, all'interno delle scelte intrinsecamente ingiuste proibite dai principi morali assoluti, le norme di diritto fondamentale si limitano a proibire quelle scelte e intenzioni che si materializzano nell'agire esteriore e che, inoltre, producono un risultato ingiusto. Questa doppia proiezione esteriore suppone non soltanto una limitazione o un restringimento nel capo di riferimento dei principi giuridici rispetto ai principi morali, ma anche una certa determinazione materiale del loro oggetto.

Le norme di diritto fondamentale determinano, quindi, l'oggetto materiale dei principi morali di giustizia attraverso l'atto intellettuale che Tommaso d'Aquino chiama "imperio", attraverso il quale si determina la forma di adattare l'agire ai principi morali. Quest'atto intellettuale è il risultato di una deliberazione complessa che dipende dai contesti e circostanze e che, pertanto, varia anche in base ai contesti e alle circostanze.

Queste considerazioni giustificano la rilevanza delle norme di diritto fondamentale concludenti nel ragionamento pratico dei partecipanti al diritto, che consiste nella loro capacità di estendere la natura concludente dei principi morali verso l'agire fisico, indicando quale tipo di azione fisica considerata non può essere oggetto di scelta.

Dal punto di vista interpretativo la tesi della determinazione riposa su una teoria dell'interpretazione secondo la quale la sistematicità non è un metodo tra i tanti, ma una qualità fenomenologica o necessaria dell'interpretazione²⁶. Allo stesso tempo, presuppone una teoria semantica realista nella linea di Kripke (1980) e Putnam (1975), secondo la quale il riferimento degli enunciati si forma nel suo processo di comprensione. Conseguentemente si

²⁶ Sulla sistematicità come qualità fenomenologica e pertanto necessaria per qualunque interpretazione giuridica cfr. Zambrano (2009, 65-73).

assume che il doppio margine di riferimento degli enunciati giuridici fondamentali è sufficientemente intellegibile o conoscibile al fine di guidare la loro comprensione. Infatti, sia i princìpi morali assoluti sia le azioni umane denotate nel giudizio di imperio sono conoscibili o determinabili in forma oggettiva²⁷. Lo sviluppo e la giustificazione di questi presupposti concettuali è, tuttavia, farina di altro sacco.

[Traduzione di Francesco Biondo]

Pilar Zambrano
Universidad de Navarra
ICS, Fronteras y Cultura
Campus Universitario
31009 Pamplona – España
pzambrano@unav.es
pzambrano@ius.austral.edu.ar

Riferimenti bibliografici

- Alexy, Robert. 1986. *Theorie der Grundrechte* (1985). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Bix, Brian. 1996. "Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority." *Quinnipiac Law Review* 16: 241-254.
- 2000. "On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism." *Notre Dame Law Review* 75: 1613-1625.
- 2003. "Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy?" *Ratio Juris* 16: 281-295.
- Bohman, James F., David R. Hiley e Richard Shusterman. 1991. "Introduction: The interpretive Turn." In *The Interpretive Turn*, a cura di James F. Bohman, David R. Hiley e Richard Shusterman, 1-16. Ithaca-London: Cornell University Press.
- Boyle, Joseph. 1980, "Toward Understanding the Principle of Double Effect." *Ethics* 90: 527-538.
- 2008. "The Moral Meaning and Justification of the Doctrine of Double Effect. A Response to Robert Anderson." *The American Journal of Jurisprudence* 53: 69-84.
- Cianciardo, Juan. 2010. "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos S. Nino." *Dikaion* 19: 47-70.

²⁷ Queste teorie furono applicate al problema dell'indeterminazione giuridica da Moore (2001, 2091ss.) e con alcune differenze anche da Stavropoulos (1996) e Brink (2001, 12-65). Per una revisione critica di queste teorie si può consultare Bix (2003, 281-295).

- Coleman, Jules, e Brian Leiter. 1996. "Legal Positivism." In *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, a cura di Dennis Patterson, 241-260. Oxford: Blackwell.
- Brink, David. 2001. "Legal Interpretation, Objectivity and Morality." In *Objectivity in Law and Morals*, a cura di Brian Leiter, 12-65. Cambridge: Cambridge University Press.
- Di Blasi, Fulvio. 2008. *John Finnis*. Palermo: Phronesis.
- Etcheverry, Juan B. 2010. "La relevancia del derecho que remite a la moral." *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 4: 205-242.
- Finnis, John. 1983. *Fundamentals of Ethics*. Oxford: Clarendon Press.
- 1988. *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*. Washington D.C.: The Catholic University of America Press,
- (a cura di) 1991. *Natural Law*, vol. I. Aldershot-New York: Dartmouth.
- 1998. *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- 2007. "On Hart's Ways. Law as Reason and as a Fact." *American Journal of Jurisprudence* 52: 25-54.
- 2011a. *Natural Law and Natural Rights*, II ed. Oxford: Oxford University Press.
- 2011b. *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. IV. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John, Germain Grisez e Joseph Boyle. 2001. "Direct and Indirect: A Reply to Critics of Our Action Theory." *The Thomist* 65: 1-44.
- George, Robert P. 2003. "Introduction." In *Natural Law*, a cura di Robert George, XI-XXI. Aldershot: Ashgate-Dartmouth.
- Greenawalt, Kent. 2000. "How Persuasive is Natural Law Theory?" In *Notre Dame Law Review* 75: 1647-1680.
- Grisez, Germain. 1965. "The First Principles of Practical Reasons: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2." *Natural Law Forum* 10: 168-201.
- Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*, II ed. Oxford: Oxford University Press.
- Kalinowski, Georges. 1967. *Le Problème de la Vérité en Morale et en Droit*. Lyon: Emanuel Vitte.
- Kamisar, Yale. 1998. "On The Meaning and Impact of the Physician-Assisted Suicide Cases." *Minnesota Law Review* 82: 895-923.
- Kripke, Saul. 1980. *Naming and Necessity*. Oxford: Blackwell.
- Mackie, John L. 1981. "Obligations to Obey the Law." *Virginia Law Review* 67: 143-158.
- Marzen Thomas J. et al. 1996. "Suicide: A Constitutional Right? Reflections Eleven Years Later." *Duque Law Review* 35: 261-284.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 1999. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Ábaco.
- 2004. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- 2005. *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Navarra: Eunsa.
- Moore, Michael. 2001. "Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation." *Fordham Law Review* 69: 2087-2118.

- 2005. “Symposium: The Works of Joseph Raz: Authority, Law, and Razian Reasons.” *American Journal of Jurisprudence* 50: 827-897.
- Miranda Montesinos, Alejandro. 2008. “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico.” *Revista Chilena de Derecho* 35: 485-519.
- Orrego Sánchez, Cristóbal. 2005. *Analítica del Derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pereira Sáez, Carolina. 2008. *La autoridad del derecho. Un diálogo con John Finnis*. Granada: Comares.
- Perry, Stephen R. 2005. “The Works of Joseph Raz: Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory.” *American Journal of Jurisprudence* 50: 913-935.
- Puelles, Millán. 1997. *El interés por la verdad*. Madrid: Rialp.
- Putnam, Hilary. 1975. “The Meaning of Meaning.” *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* 7: 131-193.
- Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- 1984. “The Obligation to Obey: Revision and Tradition.” *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 1: 139-156.
- 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- 1989. “Symposium: The Works of Joseph Raz: Facing Up: A Reply.” *Southern California Law Review* 62: 1153-1236.
- 1990. *Practical Reason and Norms*, II ed. Princeton: Princeton University Press.
- 2001. “Reasoning with Rules.” *Current Legal Problems* 54: 1-18.
- 2004. “Incorporation by Law.” *Legal Theory* 10: 1-17.
- 2006. “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception.” *Minnesota Law Review* 90: 1003-1044.
- 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Rhonheimer, Martin. 2001. *Die Perspektive der Moral. Philosophische Grundlagen der Tugendethik*. Berlin: Akademie Verlag.
- Rhonheimer, Martin, e William F. Murphy (a cura di). 2008. *Perspective of the Acting Person. Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*. Washington, DC: Catholic University of America Press.
- Sartorius, Rolph. 1981. “Political Authority and Political Obligation.” *Virginia Law Review* 67: 3-17.
- Scandroglio, Tommaso. 2008. *La legge naturale in John M. Finnis*. Roma: Editori Riuniti University Press.
- Stavropoulos, Nicos. 1996. *Objectivity in Law*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Strauss, Leo. 1953. *Natural Right and History*. Chicago: University of Chicago Press.
- Zambrano, Pilar. 2009. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

