

PREMESSA

Mentre mi accingevo a preparare questo corso su John Locke e il diritto naturale, mi accadde di leggere in un libro, che tratta di tutt'altro argomento, *Parole e cose* di Ernest Gellner (tradotto recentemente in italiano, edizioni de "Il Saggiatore", Mondadori, 1961), un giudizio molto intelligente sul rapporto tra diritto naturale e positivismo giuridico, che ha colpito la mia attenzione e ora mi serve egregiamente da preambolo. La frase di Gellner è la seguente:

I filosofi si trovano in genere di fronte al dilemma o di dare un'esposizione che convalida qualche valore, o criterio, o prassi ..., o, alternativamente, di decidere in modo pratico, semplicemente di dare una esposizione di quell'attività senza andare al di là di essa, nel qual caso non forzano la credulità altrui, ma al contempo non riescono a dare le ragioni per cui quell'attività dovrebbe essere perseguita nel suo solito modo o semplicemente perseguita.

Un esempio semplice e chiaro di questo dilemma è, tra tanti, la disputa tra la teoria del diritto naturale e il positivismo giuridico. La teoria del diritto naturale dà una convalida morale della legge effettiva ma è difficile a credersi. Il positivismo giuridico limita lo studio della legge alla legge quale viene effettivamente applicata, ma non riesce a dare alcuna giustificazione dei mutamenti apportati o, occasionalmente, della resistenza alla legge positiva, né invero alcuna spiegazione di come quelli che chiamiamo miglioramenti di un sistema giuridico potrebbero non essere arbitrari (pp. 226-227) .

Mi pare che l'autore in questo passo colga bene una verità che coloro che sono troppo impegnati nella battaglia pro o contro il giusnaturalismo non riescono di solito a vedere: cioè che giusna-

turalismo e positivismo giuridico sono due modi diversi di considerare il fenomeno giuridico, che non si escludono necessariamente a vicenda, due modi che rappresentano due atteggiamenti o prospettive possibili – ed entrambe legittime – di fronte al diritto, entrambe necessarie, tra l'altro, perché entrambe unilaterali. Il giusnaturalismo rappresenta il momento della presa di posizione di fronte al diritto esistente, di una presa di posizione che presuppone un criterio di valutazione (la legge naturale in contrapposto alla legge positiva), e conduce o ad un'approvazione, nel qual caso si tenderà a voler conservare il diritto esistente (giusnaturalismo conservatore), oppure a una condanna, nel qual caso si pretenderà di volerlo cambiare (giusnaturalismo riformatore). Il positivismo giuridico, invece, rappresenta il momento della constatazione e della verifica storica che un certo diritto esiste e ha queste e quelle caratteristiche, e non si preoccupa affatto di mutarlo.

Dal passo citato risulta bene quale sia la funzione che l'uno e l'altro esercitano, e quali siano le deficienze che possiamo a entrambi attribuire, se pretendiamo che il primo svolga la funzione del secondo e viceversa. Il giusnaturalismo ci viene incontro nella nostra esigenza di mutare, migliorare o, secondo i casi, di giustificare il diritto vigente; ma, come dice il Gellner, è "poco credibile". Il positivismo giuridico è più credibile o, per meglio dire, ci può offrire una teoria coerente razionalmente costruita, empiricamente controllata, del fenomeno giuridico; ma non riesce a dirci nulla intorno alla giustizia o all'ingiustizia delle leggi, di cui ha esposto con tanto rigore la teoria. In altre parole, il giusnaturalismo svolge bene la sua funzione quando si presenta come una *ideologia* del diritto; il positivismo svolge bene la sua funzione quando si presenta come una *teoria* del diritto. Se noi non dimentichiamo che il momento ideologico e il momento teorico sono entrambi necessari per comprendere il fenomeno giuridico nella sua complessità, eviteremo di lasciarci afferrare dalle sabbie mobili della controversia tra fautori del giusnaturalismo e fautori del positivismo giuridico. Purtroppo la confusione delle lingue nasce quando uno dei due momenti invade il campo dell'altro, pretendendo di svolgerne meglio la funzione: cioè *quando il giusnaturalismo si presenta sotto le vesti di una teoria del diritto e il positivismo*

sino si traveste da ideologia. Ma non dobbiamo preoccuparci in questo corso del rapporto tra giusnaturalismo e positivismo giuridico, bensì della natura del giusnaturalismo quale appare nella tradizione del pensiero moderno che confluisce nel pensiero di John Locke.

Lo scopo di questo preambolo è puramente e semplicemente quello di dare una ragione plausibile del fatto che, dopo essermi occupato in un corso precedente del positivismo giuridico¹, abbia sentito la necessità, quest'anno, di occuparmi del giusnaturalismo, senza che per questo debba essere considerato un positivista che si ricrede, o un giusnaturalista che si redime. Mi sono proposto, in entrambi i corsi, il compito di illustrare i vari aspetti con cui giusnaturalismo e positivismo giuridico si presentano, l'esigenza cui soddisfano, il contributo che l'uno e l'altro recano alla nostra comprensione del mondo del diritto; non di darne un giudizio. Tra l'altro, se vi fossi costretto, dovrei confessare che se s'intende il giusnaturalismo in un certo modo, sono giusnaturalista; se s'intende il positivismo giuridico in un certo altro modo, sono positivista. E non credo, con questo, di cadere in contraddizione.

Qualche cosa devo ancora aggiungere per spiegare perché abbia trattato nel corso precedente il positivismo giuridico come movimento, e qui invece tratti del giusnaturalismo rispetto a un solo autore. La storia del positivismo giuridico è ancora da fare. Occorre avere un'idea, se pure approssimativa, della foresta, prima di studiare i singoli alberi. La storia del giusnaturalismo è stata scritta molte volte: per andare oltre, occorre soffermarsi con una certa diligenza sulle singole parti di questa storia. Il pensiero di Locke è particolarmente istruttivo, come vedremo, allo scopo di approfondire il significato storico e il valore ideologico del giusnaturalismo. Il suo sistema politico non si spiegherebbe senza la tradizione giusnaturalistica, se pur liberamente rivissuta e ripensata, né la gloriosa fortuna del giusnaturalismo sino alle Dichiarazioni dei diritti degli Stati Uniti e della rivoluzione francese si spiegherebbero senza il pensiero di Locke.

¹ *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal dott. Nello Morra, Torino, Cooperativa Libreria Universitaria torinese, s.d. ma 1961.

La scelta di Locke è dovuta anche a una ragione contingente; dopo che la raccolta preziosissima delle carte e dei manoscritti lockiani, nota col nome di *Lovelace Collection*, fu prima depositata (1942) e poi acquistata (1948) dalla Bodleian Library di Oxford, gli studi lockiani sono, in questi ultimi anni, rifioriti, e sono stati in gran parte rinnovati, con particolare riferimento al suo pensiero politico e giuridico. Come risulterà dalla breve premessa bibliografica, con cui inizieremo la seconda parte, non vi è stato in questi anni un pensatore che più di Locke sia stato fatto oggetto di studi ampi, seri, innovatori. Nel solo 1960 sono apparse l'edizione critica dei *Due trattati sul governo civile*, a cura di Peter Laslett, e nientemeno che tre importanti monografie (Cox, Polin, Viano), che citeremo a suo tempo.

Il corso sarà diviso in tre parti:

Parte I: Il diritto naturale e il suo significato storico;

Parte II: Locke e il diritto naturale;

Parte III: Il diritto naturale e il governo civile.

La connessione tra le tre parti è presto spiegata. Nella prima parte svolgo una trattazione di carattere generale sul giusnaturalismo, che deve servire di premessa allo studio e alla comprensione del giusnaturalismo di Locke. La seconda parte è dedicata in particolare allo studio del pensiero giusnaturalistico di Locke, dagli scritti giovanili a quelli della maturità, allo scopo di esaminare in qual senso e con quali conseguenze egli possa dirsi un giusnaturalista. Nella terza parte, infine, esporrò gli aspetti salienti del sistema politico e giuridico di Locke, sulla base del loro fondamento giusnaturalistico, allo scopo di mettere in rilievo il nesso tra il suo giusnaturalismo e la sua teoria del governo.