

PREMESSA

Questi brevi appunti si propongono di svolgere, senza alcuna pretesa di completezza, alcune considerazioni storiche sul tema dell'individualismo giuridico.

“Individuo e comunità” ed “egoismo e altruismo” costituiscono da sempre elementi e principi antinomici cui si attribuiscono significati – anche simbolici ed emotivi – assai diversi. Ciò è all'origine di quella “grande dicotomia” (così definita da Norberto Bobbio) tra organicismo e individualismo che caratterizza la storia della cultura giuridica.

L'alternarsi della prevalenza dell'individuo o della comunità rappresenta un punto di vista molto significativo per lo storico del diritto. La lenta affermazione dell'individualismo nell'età moderna, che accompagna i fenomeni del costituzionalismo e della codificazione del diritto, costituisce infatti uno dei tratti fondamentali della storia giuridica europea.

Si tratta di un tema classico, sul quale è sempre utile riflettere. Ciò è ancor più vero oggi nelle complesse società multiculturali e multi-religiose, disorientate e in cerca di identità.

In questa seconda edizione del volume abbiamo ampliato la trattazione dei capitoli II e III, provveduto a correggere alcuni errori e inserito un indice dei nomi.

CAPITOLO I

DIRITTO E NATURA

Una prima riflessione necessaria per affrontare il tema dell'individualismo è quella relativa al rapporto tra “diritto” e “natura” e alla possibilità di individuare un diritto naturale cui ispirare il diritto positivo. Si tratta di una questione vastissima e molto delicata, intorno alla quale il dibattito in dottrina è sempre stato vivace e anche polemico. Il rapporto tra *individuo* e *comunità* induce a interrogarsi sul problema della presunta naturalità dell'uno o dell'altra.

1. *L'interrogativo di fondo: esiste il diritto naturale?*

Esistono regole permanenti, eterne e immutabili, ossia regole “naturali”, regole cui le società umane debbono necessariamente uniformarsi? La questione è delicatissima e controversa. Da sempre si dibatte, anche aspramente, sul tema. La storia del diritto ci mostra un ventaglio di orientamenti, ora favorevoli al riconoscimento del diritto naturale, ora contrari.

Il problema di fondo è quello dell'esistenza di un insieme di regole derivanti dalla natura e perciò sottratte alla volontà

degli uomini, sulle quali fondare la valutazione del *giusto* e dell'*ingiusto*. Si tratta quindi del riconoscimento (o meno) di un parametro trascendente – quindi indisponibile – su cui valutare il diritto positivo.

2. *Diritto naturale e diritto positivo*

Possiamo innanzitutto chiederci che cosa sia il diritto naturale. Certamente è molto difficile rispondere. Su questa domanda si sono interrogati per secoli filosofi e giuristi senza giungere a una risposta univoca e convincente. Per alcuni semplicemente il diritto naturale non esiste, mentre per altri è talmente evidente e facile da comprendere da non richiedere alcuna dimostrazione.

Senza dubbio si è sempre parlato di “diritto naturale” intendendo un insieme di regole stabili, permanenti, immutabili perché fondate nella natura stessa dell'uomo. Tali regole, appunto eterne e immutabili, avrebbero dovuto costituire la base di qualunque regola giuridica, sempre e comunque: in ogni paese, in ogni epoca storica, per tutti gli uomini.

Dal punto di vista teorico, si può concordare facilmente sull'esistenza di alcune regole molto generali, sempre valide e che tutti debbono rispettare. Tuttavia, sotto un profilo pratico, la concordia viene meno, laddove sulla base di tali regole astratte, si vogliono delineare le conseguenti regole di dettaglio. Non uccidere, risarcire i danni, assicurare la sepoltura dei morti, rispettare gli accordi (*pacta sunt servanda*) sono regole molto semplici ed evidenti che, sin dall'antichità, sono apparse *regole di diritto naturale*. Regole che non richiedono dimostrazione perché logiche e spontanee. Con l'evoluzione della società le relazioni sociali sono però

divenute più complesse e l'individuazione di regole eterne e immutabili si è dimostrata impossibile.

Da sempre l'uomo riflette sulla distinzione tra diritto *naturale* e diritto *positivo*. È sufficiente ricordare l'*Antigone*, la celebre tragedia di Sofocle (496 a.C.-406 a.C.), per capire come sia antico il conflitto tra i principi di giustizia teorici e considerati "naturali", perché legati al concetto di umanità, e quelli delle regole giuridiche positive. Nel caso della tragedia greca si parlava di contrasto tra natura (φύσις) e legge (νόμος)¹.

La distinzione tra diritto *naturale* e diritto *positivo* si basa sull'idea che esistano *regole e principi giuridici permanenti e universali*, dettati all'uomo dalla natura stessa. Secondo la nota definizione di Ulpiano, il "diritto naturale" *est quod natura omnia animalia docuit*². Si tratterebbe di un insieme di regole e principi che la natura scolpisce in modo indelebile nelle coscienze dell'uomo e dei quali egli non può fare a meno. Il diritto naturale si può considerare «un diritto che ha per suo fondamento, immediato o mediato, la natura

¹ Nell'*Antigone* il conflitto tra *Legge* e *Natura* derivava dal contrasto tra il divieto imposto dal re di Tebe, Creonte, di dare sepoltura ai cadaveri dei nemici della città e il principio di diritto naturale che assicura a tutti i defunti una sepoltura. Antigone si ribella al divieto del re e cerca di dare sepoltura al fratello Pollinice caduto mentre guidava un esercito contro Tebe. Il re applica la legge e condanna Antigone a essere sotterrata viva. Nel difendere il suo comportamento di fronte al re, Antigone invoca le leggi della natura: «non scritte, ed incrollabili» che «non adesso furon sancite, o ieri: eterne vivono esse; e niuno conosce il dì che nacquero», Sofocle, *Antigone*, vv. 518-521. Il re Creonte nell'imporre il rispetto della legge positiva espone la tesi contraria, ossia quella positivista, affermando: «male maggiore non esiste della mancanza d'ordine: per questa vanno in rovina le città, ... Invece, la disciplina dà vittoria ... È necessario dunque difendere le leggi», *ivi*, vv. 747-754.

² Ulpiano, D. 1,1,1,3.

e che quindi proprio per tale fondamento si distingue dal diritto positivo, *ius in civitate positum*, la cui fonte di produzione è invece empiricamente e storicamente individuata: il legislatore, il giudice, la comunità (secondo che si abbia produzione legislativa, giudiziaria, o consuetudinaria del diritto)»³. Un diritto, quello naturale, a lungo considerato come *scritto nel cuore degli uomini*: «chi altri se non Dio – si chiedeva Sant’Agostino (354-430) – ha scritto il diritto naturale nel cuore degli uomini?» (*Quis enim scripsit in cordibus hominum naturalem legem nisi Deus?*)⁴.

Di certo sfuggente e carico di ambiguità, il diritto naturale è uno di quei termini *jolly* «che abbondano nella scienza giuridica e suscitano sempre fraintendimenti»⁵.

Il “diritto positivo” rappresenta invece *il diritto vigente in una data società in un determinato periodo storico (ius in civitate positum)*: «con il termine diritto positivo la dottrina giuridica contemporanea identifica e qualifica il diritto, nella sua concreta, e dunque, storica determinazione»⁶.

³S. Cotta, *Diritto Naturale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano 1964, p. 647.

⁴S. Agostino, *De sermone Domini in monte*, II, 9, 32. Agostino citava quindi il noto passo di S. Paolo: «quando degli stranieri, che non hanno legge, adempiono per natura le cose richieste dalla legge, essi, che non hanno legge, sono legge a se stessi; essi dimostrano che *quanto la legge comanda è scritto nei loro cuori*, perché la loro coscienza ne rende testimonianza e i loro pensieri si accusano o anche si scusano a vicenda» (*Lettera ai Romani*, 2, 14-15).

⁵«Est un de ces mots caoutchouc qui abondent dans la science juridique et qui y suscitent des quiproquos sans cesse renaissants», E. Picard, *Le droit pur*, Paris 1908, p. 127.

⁶V. Frosini, *Diritto positivo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, p. 653.

3. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*

I principi del diritto naturale, secondo la corrente di pensiero denominata *giusnaturalismo*, avrebbero carattere superiore al diritto positivo.

Si definisce dunque *giusnaturalismo* la dottrina che sostiene l'esistenza del diritto naturale e la sua superiorità rispetto al diritto positivo. In tale prospettiva, il diritto vigente dovrebbe rappresentare la *positivizzazione* del diritto naturale. Al legislatore spetterebbe quindi la trasformazione del "diritto naturale" in "diritto positivo".

Come osserva Hans Kelsen:

la dottrina del diritto naturale si propone di fornire una soluzione definitiva all'eterno problema della giustizia, di rispondere alla domanda su ciò che è giusto o ingiusto nelle mutue relazioni umane. La risposta si basa sull'assunto che sia possibile distinguere fra condotta umana naturale, vale a dire corrispondente alla natura perché richiesta dalla natura, e condotta umana innaturale, perciò contraria alla natura e da questa proibita. Tale assunto implica la possibilità di dedurre dalla natura ... alcune regole che forniscano una norma del tutto adeguata al comportamento umano, che attraverso un attento esame dei fatti della natura si possa trovare l'esatta soluzione ai nostri problemi sociali. La natura è concepita come un legislatore, il legislatore supremo⁷.

Il pensiero giusnaturalistico ha espresso innumerevoli dottrine che, schematizzando, si possono riassumere in due

⁷H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza*, in Id., *I fondamenti della democrazia*, Bologna 1970, p. 335 (ed. orig. *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in "The Western Political Quarterly", II (1949), p. 481).

orientamenti principali: una *teologica* e *organicistica* (tipica dell'epoca medievale), l'altra *razionalistica* e *individualistica* (caratteristica dell'età moderna). Si possono pertanto individuare:

– un *giusnaturalismo medievale*, fortemente legato ai principi religiosi cristiani e tendente a privilegiare l'appartenenza del soggetto alla comunità dei fedeli. Al riguardo l'esempio più significativo è quello del giusnaturalismo di San Tommaso (1225-1274);

– un *giusnaturalismo moderno* di carattere *laico*, *razionalistico* e *individualistico*. Fondato sul solo ricorso alla ragione, esso privilegia l'individuo a prescindere dalla sua appartenenza a una determinata comunità. Fu il caso, ad esempio, del pensiero dell'olandese Ugo Grozio (1583-1645), dei tedeschi Samuel von Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728), Christian Wolf (1679-1754), e degli inglesi Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704).

Si definisce *positivismo giuridico* quella dottrina che, negando l'esistenza del diritto naturale, ritiene che il “diritto” sia esclusivamente – e coincida con – il “diritto positivo”⁸. Ciò che altri chiamano “diritto naturale” sarebbe, secondo

⁸Secondo Bobbio «il positivismo giuridico è una concezione del diritto che nasce quando “diritto naturale” e “diritto positivo” non sono più considerati come diritto alla stessa tregua, ma viene considerato come diritto in senso proprio soltanto il diritto positivo. Ad opera del positivismo giuridico avviene cioè la riduzione di tutto il diritto a diritto positivo, ed il diritto naturale è escluso dalla categoria del diritto: il diritto positivo è diritto, quello naturale non è diritto. Da questo momento l'aggiunta dell'aggettivo “positivo” al termine “diritto” diventa un pleonismo appunto perché ... *il positivismo giuridico è quella dottrina secondo cui non esiste altro diritto se non quello positivo*», N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), n. ed., Torino 1996 (da cui citiamo) pp. 14-15.

questa prospettiva, soltanto un insieme di principi, seppur importanti e coerenti (religiosi, morali, sociali, culturali, ecc.), tuttavia privi del carattere della giuridicità. Tale orientamento si è andato affermando in Europa in particolare a partire dalla Rivoluzione francese e dall’emanazione, in epoca napoleonica, del primo Codice civile (1804). Questo è – come noto – l’orientamento assolutamente prevalente nella cultura giuridica contemporanea.

È importante osservare come, con la dottrina del *positivismo giuridico*, venga meno il problema del contrasto tra principi teorici di giustizia naturale e principi giuridici, in quanto *tutto il diritto viene identificato con il diritto positivo*. Massimo teorico di tale corrente di pensiero è il giurista austriaco Hans Kelsen (1881-1973). In Italia, il positivismo giuridico si è affermato soprattutto grazie agli studi di Norberto Bobbio (1909-2004)⁹.

Si considera che, a caratterizzare i due orientamenti – giusnaturalismo e giuspositivismo – siano:

- il *dualismo* del giusnaturalismo, perché contempla l’esistenza di due diritti diversi, quello naturale e quello positivo;
- il *monismo* del positivismo giuridico, perché assertore dell’esistenza di un unico diritto, quella positivo appunto.

La contrapposizione tra i due orientamenti della cultura giuridica, il giusnaturalismo e il positivismo giuridico, rappresenta storicamente uno degli aspetti fondamentali della

⁹ Si vedano tra gli studi più recenti P.P. Portinaro, *Bobbio Norberto*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 2014 [[http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_(Dizionario-Biografico)/)]; M.G. Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Roma 2018. Degli innumerevoli interventi di Bobbio sul tema, ricordiamo – oltre a *Il positivismo giuridico*, cit. – anche *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1962), n. ed., Roma-Bari 2011.

riflessione della dottrina. Si tratta, come abbiamo anticipato, di valutare se esistano regole stabili e immutabili (ossia *regole naturali*), oppure se il legislatore possa liberamente creare *qualunque regola*. In altre parole, la questione si fonda sul problema della piena *disponibilità* o meno delle regole giuridiche.

Entrambi gli orientamenti sono oggetto di critiche fondate. Il giusnaturalismo nella storia è stato portatore di libertà e ha costituito il punto di riferimento di chi combatteva i governi dispotici. Al giusnaturalismo si sono però ispirate anche le dittature più feroci, trovando in presunte “regole naturali” la giustificazione teorica del loro agire. Si pensi ad esempio all’idea di “superiorità della razza”, ritenuta – sulla base di un malinteso darwinismo – il fondamento di una progressiva affermazione degli individui più “forti” su quelli più “deboli”. Ci si può allora chiedere se il diritto naturale preveda la protezione dei deboli o, al contrario, si basi sulla “legge del più forte”, ossia sulla supremazia di chi sia in grado di imporre la propria volontà. Si può rispondere, a nostro avviso, in modo altrettanto convincente sia a favore della prima asserzione, che della seconda. E la natura può fornirci esempi in un senso e nell’altro.

Si pensi ad esempio alla condizione della donna, ritenuta a lungo “naturalmente” più debole rispetto all’uomo, emotiva e incapace di un pensiero razionale e perciò non adatta a svolgere una serie di attività. Si trattava della presunta *infirmitas sexus*, ossia una inferiorità naturale rispetto ai soggetti di sesso maschile¹⁰. La natura ha quindi rappresentato

¹⁰ Si leggeva, ad esempio, in una sentenza della Corte d’appello di Firenze del 14 agosto 1906 che negava alle donne l’iscrizione nelle liste elettorali: conformemente «alle nostre tradizioni, ai nostri costumi ed alle stesse condizioni fisiologiche della donna» essa «*ob infirmitate sexus* non ha

il fondamento della diversificazione e della subordinazione della condizione giuridica della donna. Ciò ha provocato nella storia la differenziazione dei ruoli sociali e degli *status* giuridici derivante proprio da una lettura della natura. Per questo le donne furono escluse per secoli dallo studio, dalle professioni e dalla vita politica. La concessione del suffragio femminile avvenne nel XX secolo, così come – ad esempio – soltanto nel 1963 le donne furono ammesse in magistratura in Italia¹¹. Oggi, nella cultura giuridica occidentale, non sarebbe facile giustificare una simile discriminazione sulla base del diritto naturale.

O, ancora, si afferma a volte che l'uomo sia l'unico animale a uccidere senza motivo. Ebbene la scienza ci ha dimostrato come ciò non sia vero.

né può avere quella robustezza di carattere, quell'energia fisica e mentale necessaria per disimpegnare come l'uomo le pubbliche cariche», in “Il Foro Italiano”, XXXI (1906), I, col. 1189. Ancora nel secondo dopoguerra, si fondava l'opposizione all'accesso delle donne in magistratura, con la naturale inabilità all'equilibrio emotivo e al pensiero razionale. Alla Costituente alcuni deputati affermavano che «la donna deve rimanere la regina della casa, più si allontana dalla famiglia più questa si sgretola. Con tutto il rispetto per la capacità intellettuale della donna, ho l'impressione che essa non sia indicata per la difficile arte del giudicare. Questa richiede grande equilibrio e alle volte l'equilibrio difetta per ragioni anche fisiologiche. Questa è la mia opinione, le donne devono stare a casa» (Antonio Romano, *Assemblea Costituente*, CCLXXXVII, 11 novembre 1947, p. 1954).

¹¹ Con la legge 9 febbraio 1963, n. 66. Attualmente la magistratura ordinaria in Italia è composta nella sua maggioranza da donne, così come sono donne oltre il 60% dei vincitori di concorso degli ultimi anni. Sul punto si vedano A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2013; *I primi 50 anni delle donne in magistratura: quali prospettive per il futuro, La violenza di genere nella società attuale*, in “Quaderni del CSM”, n. 162 (2014); C. Latini, *Quaeta non movere. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana*, in “Giornale di storia costituzionale”, n. 27, 2014, pp. 143-162.

Insomma al diritto naturale si può far dire tutto quello che si vuole. Nella natura siamo soliti trovare le risposte che più appaiono convincenti e utili a sostenere le nostre idee, secondo i valori e la mentalità di un certo momento storico. Ciò perché le regole “naturali”, oggettivamente considerate, *non esistono*. Si può affermare che ogni epoca *inventa la sua concezione della natura* leggendo in essa attraverso le lenti deformanti che le sono proprie¹².

Significativa appare la critica del giurista inglese Jeremy Bentham (1748-1832), il quale affermò – riferendosi al diritto naturale – che i giuristi:

hanno preso questa locuzione [diritto naturale] come se avesse un senso proprio, come se ci fosse un codice di leggi naturali; essi si appellano a queste leggi, le citano, essi le contrappongono letteralmente alle leggi dei legislatori e non si accorgono che queste leggi naturali *sono delle leggi di loro invenzione*, che tutti si contraddicono su questo presunto codice, che sono costretti ad affermare senza provare, che vi sono tanti scrittori quanti sistemi, che ragionando in questo modo è sempre necessario ricominciare da capo, perché su certe leggi immaginarie ciascuno può dire ciò che vuole e le discussioni sono interminabili. [...] Se ci fosse una legge di natura che dirigesse tutti gli uomini verso il loro bene comune, le leggi positive sarebbero inutili. Sarebbe come usare un bastone per sorreggere una quercia o come accendere una fiaccola per aumentare la luce del sole¹³.

¹² Sulla lettura della “natura” nella transizione tra il XVII e il XVIII secolo si vedano le considerazioni di Paul Hazard nel classico volume *La crise de la conscience européenne* (1935), Paris 1942, pp. 275-294. Più in generale su diritto e natura cfr. D. Delaney, *Law and Nature*, Cambridge 2003 e N. Irti, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari 2013.

¹³ J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale, précédés de principes généraux de législation, et d'une vue d'un corps complet de droit ... par M. Jérémie Bentham, ... publiés en français par Ét. Dumont*, Paris

«Non si può ragionare – proseguiva Bentham – con dei fanatici armati di un *diritto naturale* che ciascuno definisce come gli conviene ... inflessibile quanto inintelligibile, esso rappresenta ai loro occhi un dogma, dal quale non ci si può distaccare senza commettere un crimine»¹⁴.

Data la vaghezza del concetto di “natura”¹⁵, diversamente definita di volta in volta, Norberto Bobbio conclude che «una convivenza fondata sui principi del diritto naturale è quella in cui regna la massima incertezza». Inoltre, «se caratteristica di un regime tirannico è l'arbitrio, quello retto dal diritto naturale è il più tirannico, perché questo gran libro della natura non fornisce criteri generali di valutazione, ma ognuno lo legge a modo suo»¹⁶.

Certamente anche al positivismo giuridico si possono formulare profonde critiche. Un legislatore – del tutto libero e che disponga di un potere normativo assoluto, svincolato da principi e riferimenti normativi meta-giuridici – può creare situazioni limite, incoerenti e persino drammatiche.

1802, p. 133. *Principles of Legislation*, from the Ms. of Jeremy Bentham by M. Dumont, Boston 1830, ch. XIII, pp. 304-305.

¹⁴ *Ivi*, p. 136. «Aniché esaminare le leggi per i loro effetti, anziché giudicarle come buone o cattive, essi le considerano sulla base del loro rapporto con questo presunto “diritto naturale”: ossia essi sostituiscono al ragionamento dell'esperienza tutte le chimere della loro immaginazione» («Au lieu d'examiner les lois par leurs effets, au lieu de les juger comme bonnes ou comme mauvaises ils les considèrent par leur rapport avec ce prétendu droit nature: c'est-à-dire qu'ils substituent au raisonnement de l'expérience toutes les chimères de leur imagination»).

¹⁵ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari 2011, pp. 144-145.

¹⁶ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 145. Cfr. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari 1961.