

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 20/05/2010**

**All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/29529-giusnaturalismo-e-positivismo>**

**Autore: Viceconte Massimo**

## **Giusnaturalismo e positivismo**

**Lo Stato moderno e i suoi fondamenti**

# MASSIMO VICECONTE

## Giusnaturalismo e positivismo Lo Stato moderno e i suoi fondamenti,

### Vicende contemporanee Le radici del presente

Gli ultimi tre secoli di storia hanno visto eventi straordinari e straordinariamente complessi. Basti pensare alle rivoluzioni e alle guerre che hanno sconvolto la società in questi secoli. Ciò ha indotto gli studiosi a riflettere sul perché di questi eventi e, per comprendere, di riflessione in riflessione, a tornare alle radici dello Stato.

A ciò si aggiunga che il nostro paese sta attraversando quella che possiamo considerare una vera e propria "crisi di identità".

Si impongono quindi alcune riflessioni sulle radici della società di oggi.

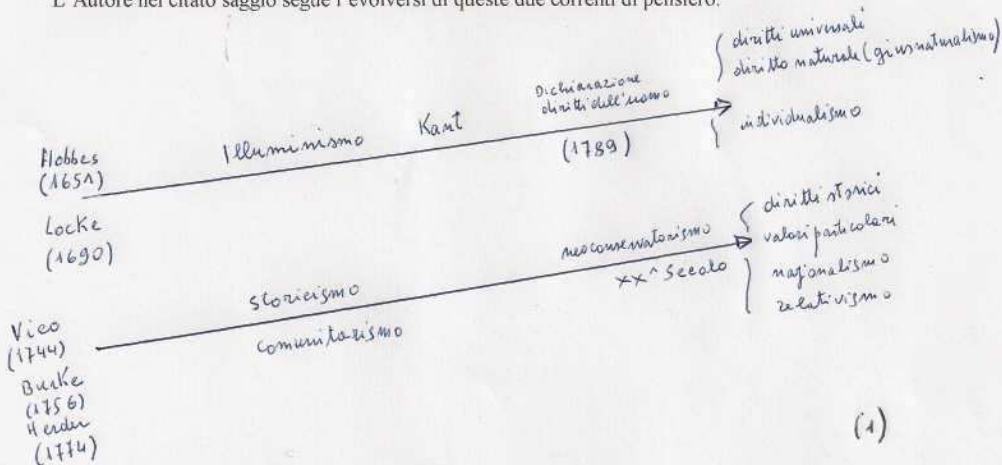
A tal fine occorre, in primis, individuare le direttrici fondamentali della storia moderna.

Un interessante saggio dello studioso Zeev Sternhell edito da Baldini Castaldi Dalai ci può servire come filo conduttore per alcuni nostri approfondimenti e sviluppi.

L'Autore individua, in estrema sintesi, due linee di pensiero, che denomina le due modernità:

<la grande divisione tra i due rami della modernità: la modernità portatrice di valori universali, della grandezza e autonomia dell'individuo padrone del suo destino, una modernità che vede la società e lo Stato come strumenti nelle mani dell'individuo avviato alla conquista della libertà e della felicità; e la modernità comunitaria, storicista, nazionalista, una modernità per la quale l'individuo è determinato e limitato dalle origini etniche, dalla storia, dalla lingua e dalla cultura. Per Herder l'uomo è quello che hanno fatto di lui i suoi antenati, la «zolla» (Erdscholle) nella quale essi sono seppelliti e dalla quale lui stesso è nato; non sono le buone istituzioni e le buone leggi che plasmano gli uomini, non è la politica che li modella: la politica è esterna all'uomo, è la cultura che ne costituisce l'essenza>.

L'Autore nel citato saggio segue l'evolversi di queste due correnti di pensiero.



(1)

Da parte nostra, pur ripercorrendo le linee tracciate, esponiamo il nostro punto di vista delineando un contesto che non corrisponde del tutto a quello proprio di Zeev Sternhell.

### La riscoperta dei diritti dell'individuo

Nel Medioevo <Il genere umano viveva senza speranza come nella trappola di un mondo di terrore e di pericolo contro il quale non c'era possibilità di difesa. Dio e il diavolo erano concetti vivi per gli uomini di quei tempi che si facevano piccoli davanti alle afflizioni che credevano imposte da forze sovranaturali.>(2)

Dopo secoli durante i quali, quindi, il più importante riferimento dell'uomo era stato un modello di vita che guardava quasi esclusivamente a finalità ultraterrene, alle quali si perveniva con una condotta conforme ai principi della religione e nel rispetto delle Autorità costituite, quasi esclusivamente monarchie assolute o comunque, governi dispotici, oligarchie, principati etc., avvenne come un risveglio o, se si vuole, una svolta, a cavallo tra il XV<sup>a</sup> e il XVI<sup>a</sup> secolo, per la quale si tornò a considerare l'individuo, l'uomo come centro del mondo.

Si affermano alcuni principi dapprima impensabili: l'idea che gli uomini abbiano il diritto di costruire un mondo diverso da quello che hanno ereditato (Hazard); l'idea per la quale il bene e la felicità devono essere l'obiettivo di ogni azione politica; infine l'idea, che l'uomo diventa padrone del suo destino (Ficino *homo faber fortunae suae*; Pico della Mirandola *homo copula mundi*; Lutero libero esame delle scritture).

Dopo secoli di obblighi, servitù, corvées, decime, gabelle che gravavano sull'individuo si tornò a parlare di diritti. Conosciamo tutti gli sviluppi successivi che culminarono nella Rivoluzione Francese.

Dobbiamo però, a questo punto distinguere, nell'ambito della generica nozione di "diritti", i diritti naturali dai diritti storici, distinzione che peserà non poco nello sviluppo della società nei tempi che seguirono.

- Per diritti naturali dobbiamo intendere quei diritti che sono propri di tutti gli uomini, a prescindere dalla loro appartenenza a qualunque stato o regione, i c.d. diritti universali, diritti generali, diritti dell'uomo in quanto tale, potremmo considerarli diritti <prepolitici> (c.d. giusnaturalismo).

Si può ragionevolmente attribuire a Hobbes (Leviatano, ed. Laterza) la teorizzazione di uno Stato di natura. Tale stato sarebbe caratterizzato dalla perfetta eguaglianza di tutti gli uomini. Da questa eguaglianza di capacità nasce una eguaglianza nella speranza di raggiungere i propri fini. <perciò se due uomini desiderano la medesima cosa, di cui tuttavia non possono entrambi fruire, diventano nemici e, nel perseguire il loro scopo cercano di distruggersi o di sottomettersi l'un l'altro>. Ne consegue uno stato di guerra permanente: <guerra che è quella di ogni uomo contro ogni altro uomo>. In tale stato non esiste legge; <appartiene ad ogni uomo tutto ciò che riesce a prendersi e per tutto il tempo che riesce a tenerselo>. Tuttavia l'uomo può uscire da questo stato di guerra attraverso un patto tra tutti i soggetti che, con carattere di reciprocità, rinunciano a loro diritti, trasferendo tutto il loro potere e tutta la loro forza a un solo uomo o a una sola assemblea.

Nel secondo caso, attraverso il contributo concettuale dei c.d. *philosophes* verrà successivamente elaborata la teoria della c.d. <sovranità popolare> (Rousseau).

Vi sono tuttavia dei diritti che non sono rinunciabili.

I diritti inalienabili furono scolpiti nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

- Per diritti storici si intendono invece quei diritti che trovano fondamento nell'ambito di una comunità. Con riferimento all'ordinamento giuridico costituiscono il c.d. diritto positivo. Si tratta di diritti particolari propri di ogni nazione, regione, comunità in genere. Voltaire constatava che una medesima controversia avrebbe avuto esito diverso a seconda che fosse insorta e quindi giudicata in una regione piuttosto che in una altra regione della Francia di allora.

Gli studiosi si sono divisi tra coloro che negano l'esistenza di diritti universali, astratti, quasi metafisici, affermando che esistono solo diritti propri di una determinata epoca e di una determinata comunità (relativismo) e coloro che invece considerano l'uomo come essere immutabile soggetto a principi universali e titolare di valori universali.

~~~~~

## La nascita dello Stato moderno

Tornando al primo aspetto enunciato nel preambolo, circa gli eventi straordinari che hanno caratterizzato il periodo storico che abbiamo preso in esame, ne sono nate riflessioni interessanti e approfondite, nel saggio che ci serve da falsariga, che hanno cercato di portare chiarezza sugli eventi medesimi.

L'analisi dell'Autore si concentra su due ipotesi fondamentali.

1) nascita dello Stato in forza di un *contratto* stipulato in un ben determinato momento storico. Vedi Locke, Il Secondo Trattato sul Governo: <Ogniquivolta, dunque, un certo numero di uomini è riunito in una sola società, in tal modo che ciascuno rinuncia al suo potere esecutivo della legge di natura e lo rimette al pubblico, allora e allora soltanto v'è società politica e civile.>

Tale teoria, ben nota attraverso gli scritti degli illuministi, non necessita di ulteriore trattazione.

2) Nascita dello Stato in forza della *socialità* propria dell'uomo; nascita delle istituzioni attraverso uno sviluppo nel tempo.

Vedi Vico, Principi di Scienza Nuova, con la quale opera volle comporre <una teologia civile ragionata della provvidenza divina> nonché <una storia ideal eterna, sulla quale corrono in tempo tutte le nazioni né loro sorgimenti, progressi, stati, decadenze e fini>.

E' noto che il Vico pose i fondamenti del suo sistema nelle c.d. <degnità>, ossia principi generali, assiomi che informano tutta la sua visione filosofica e storica <le quali, come per lo corpo animano il sangue, così deono per entro scorrervi ed animarla in tutto ciò che questa Scienza ragionadella comune natura delle nazioni>.

Tra le tante, al nostro scopo, ci è bastato citare le tre seguenti, di per sé abbastanza perspicue.

Dignità VIII: <134 Le cose fuori del loro stato naturale né vi si adagiano né vi durano.

135 Questa degnità sola, poiché 'l gener umano, da che si ha memoria del mondo, ha vivuto e vive comportevolmente in società, ella determina la gran disputa:.... se vi sia diritto in natura, o se l'umana natura sia socievole, che suonano la medesima cosa.>

Dignità CIV: 309 Questa degnità dagli effetti diffinisce altresì la gran disputa: «se vi sia diritto in natura o sia egli nell'opponione degli uomini», la qual è la stessa che la proposta nel corollario dell'ottava: «se la natura umana sia socievole». Perché, il diritto natural delle genti essendo stato ordinato dalla consuetudine .... non ordinato con legge ... perocché egli è nato con essi costumi umani usciti dalla natura comune delle nazioni (ch'è 'l subbietto adeguato di questa Scienza), e tal diritto conserva l'umana società; né essendovi cosa più naturale (perché non vi è cosa che piaccia più) che celebrare i naturali costumi: per tutto ciò la natura umana, dalla quale sono usciti tali costumi, ella è socievole.>

Dignità CV: < 311 Il diritto natural delle genti è uscito coi costumi delle nazioni>.

La Dignità VIII n.134 va letta nel senso che tutti gli istituti civili non fondati sulla vera natura umana non possono durare; ossia fondare la società su un patto astrattamente razionale, essendo contrario alla vera natura dell'uomo, fondata invece sulla socialità dello stesso, non possono durare (né vi si adagiano, né durano).

La teoria socio-filosofica deve trovare, secondo noi, conferma nella teoria giuridica. Il Filosofo costruisce le teorie e i sistemi, lo Storico descrive i fatti e con essi può convalidare o smentire le teorie.

Pertanto nel caso riteniamo di trovare conferma della teoria vichiana nelle vicende del più importante ordinamento giuridico di sempre, l'ordinamento romano.

A tal fine ci limitiamo, rinviando ad altro momento l'analisi dettagliata, a rileggere il testo tratto dal volume di Scherillo- Dell'Oro Manuale di storia del diritto romano. *Il primitivo sistema delle fonti* < Generalità. Il più antico sistema delle fonti non si può ricostruire che attraverso congetture. Tuttavia si può affermare che sicuramente la prima fonte è la consuetudine, perché, se ancora in epoca storica la consuetudine resta la fonte principale, è ovvio che, a maggior ragione, tale essa dovesse essere nell'epoca precedente. Le stesse XII Tavole sono una conferma di questa affermazione perché, come vedremo, non sono una legge comiziale, ma piuttosto, almeno dal punto di vista sostanziale, una raccolta di diritto vigente, affermatosi appunto attraverso la consuetudine.

Dato poi che la legge comiziale sorge solo in epoca più tarda, appare pacifico che nell'età regia la consuetudine fosse fonte esclusiva.

La consuetudine non è chiamata «consuetudo» se non in testi recenti a carattere dottrinario essa invece veniva definita con il termine «mores maiorum», che indica chiaramente, e non abbiamo mancato di avvertirlo, come all'inizio il complesso delle norme non avesse un netto carattere giuridico, ma fosse un tutto indifferenziato comprendente, oltre quelle giuridiche, anche le norme religiose e del costume .

Il fondamento primo delle norme consuetudinarie è quindi religioso: conferma questa loro struttura la circostanza che il loro sviluppo fosse affidato ai pontefici. Questi, che non costituiscono propriamente un sacerdozio, come invece i Flamini, erano i conoscitori della tradizione, cosicché essi soli potevano dichiarare l'esistenza di un principio. La cura dei contatti con la divinità mediante gli atti del culto era invece competenza esclusiva del magistrato . Quando il « rex », cioè il sommo magistrato, esercitava la « iurisdictio », vale a dire l'attività volta ad attuare e mantenere la «pax deorum», ossia l'ordine della collettività, si rivolgeva ai pontefici per essere istruito sull'atteggiamento da tenere nel caso specifico, in quanto essi soli conoscevano la tradizione e di conseguenza anche i principi giuridici. Non si può dubitare della funzione interpretativa dei pontefici in epoca regia, perchè anche nel primo periodo della repubblica una simile competenza era loro riconosciuta .

.....*omissis*.....

Il diritto consuetudinario romano originariamente dovette essere comune anche alle altre città latine, in quanto quelle poche norme che di queste ci pervennero non sono sostanzialmente dissimili da quelle di Roma e non possiamo spiegare un tale fenomeno soltanto con l'esistenza di foedera ma piuttosto con l'origine comune, e quindi con la religione comune.>

A queste due ipotesi noi aggiungeremmo una terza ipotesi, a parer nostro più verisimile  
3) Nascita dello Stato per una necessità di difesa.

L'antropologia evolutiva sembrerebbe confermare tale visione. L'uomo uscito per evoluzione progressiva dallo stato animalesco (evoluzione darwiniana) si aggrega, ma non per creare uno stato o una società ma solo per meglio poter cacciare e meglio sottrarre le prede a gruppi concorrenti, per difendersi dagli altri gruppi. I diritti civili e le istituzioni vengono molto tempo dopo. In un primo tempo si afferma un "capo", un leader.

Ancora leggiamo lo storico del Diritto

<Evoluzione della magistratura. -- Coloro che cacciarono gli Etruschi ebbero, quale primo e maggiore problema da risolvere, quello di difendere il nuovo Stato contro i ritorni offensivi dei vecchi dominatori, i quali, partendo dalle loro vicinissime basi poste sull'altra sponda del Tevere, erano in grado di minacciarlo gravemente, come pure contro gli attacchi dei Latini che, già soggetti al dominatore etrusco di Roma, non volevano ormai, resisi indipendenti, riconoscere la supremazia di questa città. La tradizione, sia pure confusamente, ci rappresenta una tale situazione, richiamando il primo di questi pericoli nell'episodio di Porsenna, ed il secondo nella lotta conclusasi con la battaglia del lago Regillo.

Sorgeva perciò, da tutte queste circostanze, la necessità di curare particolarmente la preparazione militare, dando alle forze armate un'organizzazione efficiente. È quindi probabile che risalga a questa esigenza la creazione, accanto al «rex», carica non più in grado ormai di garantire una utile condotta bellica, ridotta com'era al disbrigo delle pratiche di culto, di un comandante militare a capo particolarmente della fanteria, come prova, anche in epoca storica, la necessaria coesistenza con il «dictator» del «magister equitum», relitto questo dell'antichissimo ordinamento. Questo comandante militare appare all'inizio quindi come un magistrato straordinario. In seguito, probabilmente per il perpetuarsi delle esigenze belliche, divenne ordinario, sottraendo al «rex» anche funzioni civili.>

Il che ci fa propendere per una forma monarchica quale prima forma di governo della società.

## Conclusioni

Dobbiamo a questo punto trarre le conclusioni.

Riprendendo il tema che ci siamo proposti e cioè di analizzare le ragioni storico culturali che hanno portato agli importanti eventi degli ultimi 250 anni ( Rivoluzione Francese, Rivoluzione Bolscevica, 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> guerra mondiale) possiamo concludere in sintesi che c'è chi attribuisce sia le rivoluzioni che i totalitarismi di sinistra alla c.d. *teoria della sovranità popolare* e alla conseguente dittatura della maggioranza, (Taine); chi invece riconduce alle teorie comunitarie, al c.d. genio del popolo, soprattutto i totalitarismi di destra - nazismo, fascismo- ( Popper).

Sul secondo punto, quello della crisi di identità del nostro paese, consideriamo che v'è chi dubita se l'unità del nostro paese sia compiuta a centocinquanta'anni dalla proclamazione formale della stessa. C'è anche chi vorrebbe disfare quanto fatto, parlando di possibile secessione. E' in corso l'approvazione di un disegno di legge sul federalismo fiscale, che, a seconda come verrà realizzato, potrà promuovere o indebolire l'unità del paese. A noi, qui, piace ricordare cosa disse Renan nella sua famosa conferenza alla Sorbona dell'11 marzo 1882, dal titolo " Che cos'è una nazione":

< Una nazione è un'anima, un principio spirituale. Due cose, che in realtà sono una cosa sola, costituiscono quest 'anima e questo principio spirituale; una è nel passato, l'altra nel presente. Una è il comune possesso di una ricca eredità di ricordi; l'altra è il consenso attuale, il desiderio di vivere insieme, la volontà di continuare a far valere l'eredità ricevuta indivisa. L'uomo, signori, non s'improvvisa. La nazione, come l'individuo, è il punto d'arrivo di un lungo passato di sforzi, di sacrifici e di dedizione. Il culto degli antenati è fra tutti il più legittimo; gli antenati ci hanno fatti ciò che siamo. Un passato eroico, grandi uomini, gloria (mi riferisco a quella vera), ecco il capitale sociale su cui poggia un'idea nazionale. Avere glorie comuni nel passato, una volontà comune nel presente; aver compiuto grandi cose insieme, volerne fare altre ancora, ecco le condizioni essenziali per essere un popolo. Si ama in proporzione ai sacrifici fatti, ai mali sofferti insieme. Si ama la casa che si è costruita e che si lascia in eredità. Il canto spartano: «noi siamo quel che voi foste; saremo quel che voi siete» nella sua semplicità è l'anno abbreviato di ogni patria.

Nel passato, un'eredità di gloria e di rimpianti da condividere, per l'avvenire uno stesso programma da realizzare; aver sofferto, gioito, sperato insieme, ecco ciò che vale più delle dogane in comune e più delle frontiere conformi ai principi strategici; ecco ciò che si comprende malgrado le diversità di razza e di lingua. Dicevo poco fa: «aver sofferto insieme»; sì, la sofferenza comune unisce più della gioia. In fatto di ricordi nazionali, i lutti valgono più dei trionfi, poichè impongono doveri e uno sforzo comune.

La nazione è dunque una grande solidarietà, costituita dal sentimento dei sacrifici compiuti e da quelli che si è ancora disposti a compiere insieme. Presuppone un passato, ma si riassume nel presente attraverso un fatto tangibile: il consenso, il desiderio chiaramente espresso di continuare a vivere insieme. L'esistenza di una nazione è (mi si perdoni la metafora) un plebiscito di tutti i giorni, come l'esistenza dell'individuo è una affermazione perpetua di vita.>

## NOTE

(1) v. Zeev Sternell *Contro l'illuminismo - Dal XVIII Secolo alla Guerra Fredda*, ed. Baldini Castaldi Dalai 2006

(1) Popper *La società aperta e i suoi nemici*, Hegel e Marx falsi profeti, Armando editore, 2003, pag. 35