

Diritto naturale dinamico

La nascita di stati totalitari con ordinamenti coercitivi disumani ha fatto nuovamente infiammare negli ultimi decenni l'antica controversia tra giuspositivismo e dottrina del diritto naturale. Controversia che dall'ultimo volgere del secolo apparve già esser decisa in favore del giuspositivismo, in quanto, al di fuori della Scolastica, a malapena si trovava un rappresentante della dottrina del diritto naturale.

Reagendo contro il dominio del nazionalsocialismo tuttavia diversi scrittori del mondo occidentale hanno di nuovo ripreso il problema del diritto naturale. Il loro portavoce era l'allora Ministro socialdemocratico della Giustizia della coalizione weimariana, il professor Gustav Radbruch, che prima aveva sostenuto una visione relativistica del diritto, ma che era giunto poi, a riconoscere che non tutti i comandi emanati dal legislatore positivo possono essere vincolanti; e ciò in quanto egli dovette sperimentare l'abuso mostruoso della forma giuridica per la copertura di disumani atti di arbitrio. Con particolare acutezza egli scrive: "La presunta identificazione del diritto con la legge, cioè il positivismo giuridico sfocia conseguentemente nel necessario riconoscimento dello Stato totale e delle sue leggi. Il positivismo, con la sua convinzione "la legge è la legge", ha infatti reso il ceto dei giuristi tedeschi senza difese nei riguardi di leggi aventi contenuto arbitrario e scellerato. Nello stesso tempo il positivismo non è per nulla nella condizione di fondare, con la sua propria forza, la validità delle leggi. Sulla forza può fondarsi piuttosto una necessità, ma mai un dovere ed un valere. Quest'ultimo piuttosto può fondarsi su di un valore, che sia inerente alla legge."¹

In questo modo Radbruch si avvicina al giurista di origine austriaca Rudolf Laun, anche lui socialdemocratico, che già nel suo primo discorso di rettorato tenuto nel 1924, "*Recht und Sittlichkeit*", ha richiamato l'attenzione sul fatto che il legislatore attraverso la minaccia della forza per l'applicazione delle disposizioni, che ha emanato, può produrre solo un'inevitabilità condizionata, ma mai un dovere vincolante.

Con ciò si pone la questione se il diritto positivo possa avere un qualsiasi contenuto, come vorrebbe il giuspositivismo, oppure se vi siano principi dell'ordinamento sociale preesistenti al diritto positivo, come insegnano tutti i rappresentanti del diritto naturale.

Anche questi ultimi non contestano naturalmente che il legislatore possa effettivamente non tener conto di questi principi dell'ordinamento, tuttavia essi ritengono che disposizioni di questo genere non siano vincolanti in quanto esse non possono essere motivate in modo universalmente valido. Questi principi dell'ordinamento, non posti dall'uomo, ma da lui già trovati, sono denominati sin dall'antichità "diritto naturale", in quanto esistono a causa della natura sociale dell'uomo che aspira al proprio sviluppo.

Così Aristotele afferma che l'uomo per sua natura (*φύσει*) è un essere sociale, che per sé dà origine in primo luogo alla famiglia, quindi al villaggio ed infine alla comunità dello Stato, che ricomprende tutti i rapporti di vita, in quanto l'uomo solo in questi gruppi può pervenire al generale perfezionamento dei suoi talenti e così ad una vita

¹ *Rechtsphilosophie*, quarta ed. (1950), curata, dopo la morte dell'a. da Fritz Wolf, 336 ss.

piena, alla quale la sua natura lo dirige come meta (*τέλος*). Ora, poiché tuttavia una comunità non è possibile senza un' autorità, dall'obbligo verso la comunità consegue l'ulteriore obbligo di obbedire all'autorità della comunità. Quest'ultima tuttavia per il proprio scopo appena citato non può avere altro compito che aiutare tutti i membri della comunità ad ottenere una "buona" vita, che Aristotele intende come una vita virtuosa, che possiede anche soddisfacentemente mezzi esterni per potersi occupare in azioni virtuose. Così la natura dell'uomo fonda e limita nello stesso tempo l'autorità della comunità e il diritto positivo che essa pone².

Questa catena di norme, composta di tre elementi, costituisce il fondamento della dottrina del diritto naturale dell'antichità e del medioevo, i cui rappresentanti concordano sul fatto che dalla natura dell'uomo, testé descritta, si deducono solo alcuni pochi immutati principi, mentre tutte le più dettagliate attuazioni devono restare affidate al legislatore, il quale, nello svolgere tale attività, deve osservare le concrete condizioni di popolo, tempo e luogo, come pongono in rilievo concordemente Agostino³ e Isidoro di Siviglia⁴, ai quali rimanda poi Tommaso d'Aquino⁵.

Già questo dimostra che la dottrina del diritto naturale dalle origini aveva un tratto dinamico. In conseguenza della relativa staticità dell'ordinamento economico e sociale di quell'epoca la dinamica del diritto tuttavia non era giunta allora al più recente sviluppo e da ciò è stata in parte tratta l'erronea conclusione che appartengono al diritto naturale immutabile alcune norme adatte a quei rapporti.

L'idea che sia possibile trarre dalla ragione un ordinamento valido per tutti i tempi e popoli, nacque solo in epoca moderna, come si evince dai grandi sistemi di diritto naturale da Samuel Pufendorf a Christian Wolff. In ciò essi hanno certamente errato, in quanto hanno trascurato il lato storico dinamico del diritto. Tuttavia essi hanno un grande merito, visto che questi sistemi contengono un diritto civile costruito sui fondamenti della libertà e della formale eguaglianza, cosicché le grandi codificazioni del diritto privato - e fra esse anche il nostro *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* del 1811- potevano riallacciarsi a quei sistemi.

Ciò che quei pensatori hanno lasciato non era cioè lo sviluppo di un ordinamento di diritto naturale senza tempo, ma l'applicazione alla nuova situazione economica e sociale della borghesia emergente, determinatasi dopo il superamento del sistema feudale, dei principi-guida di diritto naturale della naturale libertà ed uguaglianza degli uomini in contrasto con questi rigidi sistemi di diritto naturale nacque, per influenza di Vico, Hegel e Marx, una dinamizzazione del pensiero giuridico che comincia con la Scuola Storica del diritto fondata da Savigny e sfocia alla fine nel positivismo legislativo.

Con ciò si rinuncia a fare qualsiasi altra asserzione sul contenuto del diritto che non siano quelle storicamente mutevoli. Ciò che perdura, secondo questa teoria, non è il contenuto del diritto, ma solo la sua struttura formale, che fu elaborata dalla dottrina del diritto, soprattutto dalla dottrina pura del diritto di Hans Kelsen e Adolf Merkel.

La nuova dottrina del diritto naturale, che si alimenta sia della filosofia dei valori, sia della neoscolastica, ma anche della moderna antropologia, riconosce questo merito della dottrina del diritto, ma ritiene oltre a ciò che il diritto non può avere un contenuto qualsiasi, e perciò è un ordinamento delle relazioni fra gli uomini e deve essere adattato all'essenza animale dell'uomo, che presenta tanto elementi costanti quanto caratteri variabili.

² A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, seconda ed. (1963), 44 s.

³ *De vera Religione*, c. 31, nr.58.

⁴ *Etymologiae*, V, c.21.

⁵ *Summa theologiae II*, 1 qu. 95, Art. III.

Sui fattori costanti della natura umana richiamano l'attenzione, fra gli altri, due ricercatori viennesi, che partono da indirizzi diversi, in particolare Johannes Messner e Victor Kraft. Nel teologo sociale Messner parte dagli “scopi esistenziali” comuni a tutti gli uomini, come l’autoconservazione e l’autoperfezionamento, l'educazione dei bambini, l'allargamento del sapere, il mantenimento della pace e dell'ordine⁶.

In simil modo la teoria dei valori libera dalla metafisica di Kraft, parla di valutazioni fondamentali, che nascono necessariamente dall’organizzazione degli uomini e che sussistono quanto meno in modo embrionale in ogni livello di civiltà. Fra questi annoverava non solo tutti i beni, che direttamente o indirettamente sono necessari al soddisfacimento delle elementari esigenze di vita, ma anche quei beni che servono al perfezionamento della vita umana.⁷

Messner e Kraft concordano anche sul fatto che i gruppi sociali e gli ordinamenti giuridici, che li reggono, sono fondati nell'organizzazione umana, in quanto l'uomo è organizzato, in maniera tale da non poter sviluppare la propria essenza come essere isolato, ma solo in un gruppo sociale. L’uomo tuttavia è - come il filosofo di Graz Konstantin Radakovic ha spiegato già da molto tempo - un essere singolo con una coscienza di sé altamente sviluppata, che ha una naturale brama verso il libero sviluppo dei propri talenti individuali e che si ribella perciò, a un sistema di imperativi, che opprime questo sviluppo.

Perciò il diritto non può avere un contenuto qual che esso sia, ma deve tenere conto delle tendenze di fondo della natura umana⁸. Anche Pio XII indica questo incontestabile fondamento del diritto nel suo Messaggio natalizio del 1942, dove conclude: “punto di partenza e scopo essenziale della vita in comune è la garanzia, lo sviluppo e il perfezionamento della personalità dell’uomo. Certo, le condizioni di vita cambiano con lo scorrere del tempo, ma in ogni trasformazione e mutamento storico l’obiettivo di ogni la vita sociale resta identico, cioè lo sviluppo dei valori personali dell'uomo quale immagine di Dio”.

Troviamo simili idee nelle encicliche di Giovanni XXIII “*Mater et Magistra*” e “*Pacem in terris*”.

Altrettanto la Dichiarazione dei diritti dell'uomo, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, fonda questi diritti “sulla dignità intrinseca di tutti i membri della famiglia umana”.

Non si opponga che questa dignità è pervenuta solo tardi ad esser riconosciuta e che ancora oggi è in vario modo disattesa. Certo, è esatto che agli albori della vita in comune la coscienza della dignità dell’uomo non era ancora sviluppata, ma anche nelle comunità più primitive troviamo un fondamentale divieto della violenza all'interno del gruppo ed il riconoscimento di determinati istituti sociali, come il matrimonio e la proprietà, e precisamente, sia della proprietà individuale che di quella di gruppo.

Tuttavia, una volta che l'uomo è pervenuto all'autocoscienza, riconoscerà nello stesso tempo che determinati diritti sono necessariamente legati con la personalità dell'uomo⁹. La dignità dell'uomo e la coscienza di ciò coincidono altrettanto poco come la natura delle piante coincide con la conoscenza di questa natura attraverso la botanica.

⁶ *Naturrecht*, terza ed. (1958).

⁷ *Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, seconda ed. (1951).

⁸ *Grundzüge einer deskriptiven Soziologie* (1927) e *Das Recht und die menschliche Gemeinschaft*, Ö.Z.ö.R. 8 (1958), 367-433.

⁹ Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1962), 402.

Benché tuttavia il principio del rispetto e della protezione della dignità dell'uomo e delle considerazioni, che si traggono da ciò, formi l'immutabile fondamento del diritto naturale, non è però possibile trarne un catalogo dei diritti dell'uomo universalmente vigente ed eterno, in quanto ogni uomo certamente partecipa alla generale natura umana, ma nello stesso tempo è un essere storico che si sviluppa e progredisce nel tempo. Perciò non può esser costruito un sistema di diritto naturale senza tempo.

Altrettanto poco è possibile trarre in via di logica conseguenza dai principi-guida norme adatte ad un certo tempo e ad un certo grado di civiltà. Compito dell'uomo è piuttosto “di comporre ad un'armonia ogni giorno più degna dell'uomo”¹⁰ le relazioni interumane sulla base di principi-guida attraverso la comunicazione sociale e la discussione.

Così è la dignità dell'uomo a precedere il diritto positivo, ma la formulazione delle norme concrete è sempre affidata di nuovo all'uomo. Solo il fondamento del diritto naturale è statico, mentre il suo contenuto concreto è, invece, dinamico.

La dottrina del diritto naturale fu contestata tuttavia non solo a causa della sua statica temporanea, ma anche per il fatto che il suo concetto di natura era stato equivocado. Da Kant in poi intendiamo cioè, per “natura” la natura delle scienze naturali. Al contrario la dottrina del diritto naturale prende avvio dal concetto greco di φύσις, che i romani hanno tradotto con “natura”. La *fusis* dell'uomo, però, in Aristotele non significa la situazione della sua nascita, ma la sua essenza pervenuta allo sviluppo¹¹.

Lo sviluppo della natura specificamente umana è tuttavia già ancorato alla natura biologica dell'uomo, come la moderna antropologia e soprattutto il più noto zoologo austriaco, Otto Storch¹², così come Adolf Portmann¹³ e Adolf Arnold Gehlen¹⁴, hanno spiegato. Essi hanno dimostrato che l'uomo biologicamente è un essere imperfetto, in quanto egli, all'opposto degli animali molto sviluppati, è povero per ciò che attiene all'istinto, senza armi naturali e non legato ad un ambiente definito, ma aperto al mondo ed indifeso per molti anni a causa della lunghezza della sua infanzia. Egli dovrebbe perciò perire, se nella sua natura biologica non si fosse inserita un'intelligenza previdente e pianificante, attraverso la quale l'uomo diventa capace di superarsi, di dominare il proprio ambiente e così di creare una seconda natura, che a lui serve per la vita: la civiltà. Ciò egli può tuttavia solo nel momento in cui crea forme di organizzazione per la protezione contro i nemici e contro i pericoli della natura. Tali forme organizzative si fondano nondimeno su certi principi giuridici che proteggono la vita e gli altri interessi essenziali dei componenti del gruppo e regolano la loro reciproca assistenza¹⁵.

Attraverso queste istituzioni, che nascono dall'organizzazione dell'uomo, viene fornita la prova che la coscienza sociale è più forte dell'egoistica ed asociale inclinazione dell'uomo, fintanto che la comunità non esagera

¹⁰ *Pacem in terris*, n.37 della Biblioteca Herder.

¹¹ *Politica I*, 125b.

¹² *Zoologische Grundlagen der Soziologie*, Z.ö.R. III (1951),358 ss.

¹³ *Soziologie und das neue Bild des Menschen* (1962).

¹⁴ *Der Mensch, seine Natur und seine Stellung in der Welt* (sesta ed., 1958).

¹⁵ Kern, *Der Beginn der Weltgeschichte* (1953); Bodenheimer, *Jurisprudence* (1962),188 ss.

nelle proprie pretese¹⁶. Pertanto il diritto con determinati contenuti necessari appartiene alla natura dell'uomo. In ciò consiste il diritto naturale. Essi tuttavia non nasce direttamente dalla natura biologica dell'uomo, ma dalla sua natura pianificante e produttrice di civiltà. Il diritto naturale è perciò un diritto culturale (*Kulturrecht*) ancorato all'essenza dell'uomo.

¹⁶ Verdross, op. cit., 246.