





*Ai giovani,  
futuri interpreti del diritto  
in un ordinamento multilivello e complesso,  
con l'auspicio che in ogni caso sappiano sempre trovare soluzioni  
conformi alla dignità della persona umana nella sua dimensione relazionale*

«Le norme,  
in quanto poste dall'uomo e indirizzate all'uomo,  
hanno un presupposto antropologico e,  
per giunta, non soggettivistico, ma generale.  
La famosa asserzione romana: *hominum causa ius constitutum*  
ha questo significato veritiero e nient'affatto retorico»

Sergio Cotta



PASQUALE GIANNITI

DIGNITÀ E SOLIDARIETÀ  
PER UNO STATUTO  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Prefazione di*

CLAUDIO SARTEA





©

ISBN  
979-12-218-0259-7

ISBN PDF  
979-12-218-0260-3

PRIMA EDIZIONE  
Roma, ottobre 2022

# INDICE

## 9 Prefazione di Claudio Sartea

## 13 Capitolo I Prolegomeni

1.1. *Quid iuris?*, 13 – 1.2. La concezione del diritto in epoca classica ..., 17 – 1.3. ... e nell'Ottocento e nel primo Novecento, 19 – 1.4. L'attuale ritorno alla fattualità del diritto ..., 22 – 1.5. ... ed il passaggio al post-moderno, 24 – 1.6. Il profilarsi di un nuovo umanesimo giuridico, 29 – 1.7. Il diritto come fenomeno complesso e come scienza non esatta, 33.

## 37 Capitolo II Posizioni soggettive e valore della persona

2.1. La problematica del diritto soggettivo, 37 – 2.2. Configurabilità dei diritti della personalità come diritti soggettivi, 40 – 2.3. La “nascita” del diritto soggettivo ed il suo rapporto con il diritto oggettivo, 43 – 2.4. Retroterra culturale della teorica del diritto soggettivo, 47 – 2.5. Diritti soggettivi ed interessi legittimi, 49 – 2.6. Diritti fondamentali e giudice amministrativo, 50 – 2.7. Diritti umani e pensiero sociale cristiano, 51.

## 59 Capitolo III I diritti umani

3.1. Premessa, 59 – 3.2. La fase della prima teorizzazione, 60 – 3.3. La fase della codificazione, 66 – 3.4. La fase della internazionalizzazione, 77 – 3.5. La fase della universalizzazione e le dichiarazioni fondative di un nuovo ordine globale, 84 – 3.6. Dalla tutela multilivello dei diritti fondamentali ad un sistema europeo di tutela integrata, 86 – 3.7. La fase della globalizzazione..., 89 – 3.8. ... e la sua attuale crisi, 93.

## 99 Capitolo IV I diritti fondamentali

4.1. Diritti fondamentali e diritti umani, 99 – 4.2. Diritti fondamentali e relative classificazioni, 104 – 4.3. Le clausole generali costituzionali in materia di diritti fondamentali, 108 – 4.4. I limiti all'esercizio dei diritti fondamentali, 116 – 4.5. La fondamentale problematicità del tema, 119 – 4.6. La grande contraddizione dei sistemi costituzionali europei, 127.

## 129 Capitolo V Diritti nuovi, diritti tiranni e diritti presupposti

5.1. Dall'età della *legislatio* all'età della *jurisdictio*, 129 – 5.2. I nuovi diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, 133 – 5.3. Il problematico passaggio dall'età dei diritti all'età dei nuovi diritti, 139 – 5.4. Inconfigurabilità di diritti tiranni, 147 – 5.5. Configurabilità di diritti presupposti, 149.

**155 Capitolo VI**

**Il principio dignitario**

6.1. Premessa, 155 – 6.2. La progressiva affermazione formale del concetto di dignità, 157 – 6.3. La tutela della dignità nella giurisprudenza della Corte costituzionale, 158 – 6.4. La tutela della dignità nella Convenzione e nella Corte EDU, 160 – 6.5. La tutela della dignità nella Carta dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, 162 – 6.6. Possibili articolazioni per una sistemazione idonea al principio dignitario, 167 – 6.7. I diritti ed i doveri “fanno sistema”, 168.

**171 Capitolo VII**

**Il principio di solidarietà**

7.1. La solidarietà nelle Costituzioni dell'Ottocento ..., 171 – 7.2. ... e nelle Costituzioni del Novecento, 173 – 7.3. Il principio solidaristico nella Costituzione italiana, 174 – 7.4. La solidarietà nell'ordinamento convenzionale EDU, 192 – 7.5. La solidarietà nell'ordinamento comunitario, 196 – 7.6. La solidarietà nelle Carte internazionali e sovranazionali, 200 – 7.7. La solidarietà intergenerazionale, 202.

**205 Capitolo VIII**

**La persona umana tra dignità, genoma e relazionalità**

8.1. Per uno statuto dei diritti della persona umana, 205 – 8.2. Alcune situazioni problematiche, 214 – 8.3. La dottrina del consenso e la problematica del bilanciamento, 225 – 8.4. Un rilievo *de jure condito* ed una prospettiva *de jure condendo*, 227.

**231 Capitolo IX**

**Conclusioni**

9.1. Il fondamento ultimo di ogni ordine giuridico, 231 – 9.2. La progressiva centralità ordinamentale della persona, 235 – 9.3. Luci ed ombre dell'esperienza contemporanea sui diritti fondamentali, 240 – 9.4. Ragioni per un pacato ottimismo, 242.

**245 Bibliografia**

## PREFAZIONE

Ogni richiamo al fondamento implica un atteggiamento sapienziale: il rimando consapevole alla radice da cui proviene la linfa vitale di un'idea o, come nel nostro caso, di una istituzione sociale, giuridica e politica. Per tale motivo quando l'Autore di questo libro, Pasquale Gianniti, mi ha chiesto se fossi disponibile a preparare per esso una prefazione "sapienziale", il suo gradito invito mi è sembrato quasi tautologico.

È terminata, e da tempo, la stagione dei tecnicismi e dei giuridicismi in materia di diritti fondamentali e diritti umani: sempre che tale stagione abbia mai avuto credito scientifico e pratico. È terminata perché molto prima era tramontata l'epoca del positivismo giuridico, di cui anzi la dottrina dei diritti umani è una delle cause di crisi e disfacimento più incisiva. Alcuni sostengono che a Norimberga si sia celebrato non solamente il funerale del nazionalsocialismo, ma anche del giuspositivismo e la fine irreversibile della sua breve stagione di gloria. Senza giudicare siffatta interpretazione, resta vero che dalla Dichiarazione Universale del 1948 in poi non è stato più possibile assegnare ai postulati teorici kelseniani (l'approdo estremo del giuspositivismo, il più radicale e raffinato al contempo: il diritto può avere qualsiasi contenuto, la giustizia è un ideale irrazionale) una portata teorica e pratica paragonabile a quella che avevano avuto nei primi decenni del secolo scorso.

La riflessione giuridica ha svoltato in modo netto verso una rinnovata autocomprensione, che si è riavvicinata non solo alle prospettive del diritto naturale classico, ma addirittura ha riesumato — come Gianniti puntualmente annota — la profonda verità tramandataci dalla tradizione romanistica, che è l'origine autentica dei nostri sistemi giuridici: *hominum causa jus est constitutum*.

È dall'antropologia filosofica dunque che occorre partire, se si vuole capire qualcosa del fondamento del diritto: e del fondamento, di conseguenza, dei diritti umani. L'insistito richiamo alla dottrina giusfilosofica di Sergio Cotta, nella cui scuola mi riconosco appieno come allievo di Francesco D'Agostino, impareggiabile Maestro recentemente scomparso e che tanto a lungo e profondamente ha meditato anche i temi ed i problemi della filosofia dei diritti umani, è nel libro di Gianniti

L'inequivocabile conferma di una matura consapevolezza: non è possibile comprendere i diritti umani, nemmeno nella loro veste di diritti fondamentali (e dunque costituzionalizzati, assistiti cioè da una prima forma di positivizzazione), senza coltivare ed attingere una visione dell'essere umano, che ne è il titolare. Non è possibile comprendere senso e scopo del diritto in ogni suo darsi storico e contingente, senza preliminarmente indagare filosoficamente l'essere umano che, unico vivente nell'universo, si dota di regole, riconosce e conferisce doveri e diritti (il cui indissolubile legame è pure approfondito nel volume di Gianniti), vive insomma giuridicamente la propria esistenza nel mondo, che è contesto relazionale.

Il "fondamento" a cui rimanda la denominazione di "fondamentali" per questi diritti, è allora semplicemente l'essere umano: che appunto costituisce la radice ultima (o, se si preferisce con Simone Weil, "la prima radice") del giuridico e dei diritti umani. L'antropologia dei diritti umani, unica chiave per comprenderne senso, fondamento e portata, è dunque né più né meno un'antropologia filosofica: riflettere sull'essenza umana è la via per chiarire il contenuto dei diritti, lumeggiarne i limiti, bilanciarne le tensioni comunitarie (e quanto è prezioso recuperare questa verità, in tempi di guerra ed in tempi di pandemia: tempi nei quali, quasi per definizione potremmo dire, si moltiplicano restrizioni e sacrifici a carico dei diritti soggettivi). L'umanità, nel senso di essenza o natura, non solo né anzitutto nel senso di collettivo, è il fondamento dell'esperienza giuridica, ed in particolare dell'esperienza giuridica dei diritti *umani*.

Nel titolo del saggio di Gianniti, che sa intrecciare questioni e fonti di scienza giuridica con importanti problemi di teoria e filosofia del diritto, appare anche un binomio che nella seconda parte del volume diventa centrale: quello di dignità e solidarietà. La prospettiva dell'Autore è chiara: l'antropologia filosofica che rende comprensibile diritto e diritti umani è un'antropologia che integra l'idea dell'essere umano nell'idea di persona. Non solo il principio secondo il quale ogni essere umano è persona: ad esso va aggiunta anche una concezione della persona che, lungi dall'esaurire questo prezioso contributo della cultura cristiana nella categoria dell'individuo, la comprende come unica e irripetibile nella sua apparizione terrena (un qualcuno, dunque, non un qualcosa, direbbe Robert Spaemann: e di conseguenza, come ha scritto Michel J. Sandel, una realtà che i soldi non possono comprare), e la

inserisce realisticamente nella struttura relazionale della vita. Eccoli qui, i due assi cartesiani della personalità anche in senso giuridico: la dignità del soggetto umano e la solidarietà in cui ogni sua manifestazione giuridicamente rilevante s'inserisce.

Con questi scarni cenni si conclude la prefazione, che non ha altro scopo se non quello di invitare all'attenta lettura del libro: esso affronta con coraggio, sviluppa con puntuale competenza, ed approfondisce in maniera interessante e talora persino avvincente i temi indicati dal titolo, fornendo al lettore numerose indicazioni bibliografiche e spunti di riflessione per spingere lo sguardo più in là di queste stesse pagine, se lo desidera. Rimarco solo ancora la nota di "pacato ottimismo" con cui Gianniti ha voluto terminare il suo lavoro: non è un atteggiamento molto frequente, di questi tempi; in un testo di meditato approfondimento, che non disdegna riferimenti filosofici, risulta persino naif, se consideriamo la moda del pessimismo che caratterizza tanta parte della cosiddetta alta cultura contemporanea. Merito in più, dunque, dell'Autore, che senza troppe difficoltà si smarca dagli atteggiamenti preconfezionati e dai clichés ed affida al lettore senza infingimenti, pose o giri di parole, un compito grande ed urgente: quello di riflettere sull'intima connessione tra essere umano (animale razionale, solidale, e dipendente come lo ha definito MacIntyre), e diritto. Per non relegare il giuridico nell'astrattezza o estraniarlo dalle dinamiche morali e sociali, e per non lasciare la vulnerabilità umana sprovvista di uno dei pochi baluardi che, almeno sulla carta, possono mostrarsi capaci di proteggerla dalla violenza dell'ingiustizia.

*Claudio Sartea*

Professore associato di filosofia del diritto  
nell'Università di Perugia



# Capitolo I

## Prolegomeni

SOMMARIO: 1.1. *Quid iuris?* — 1.2. La concezione del diritto in epoca classica ... — 1.3. ... e nell'Ottocento e nel primo Novecento. — 1.4. L'attuale ritorno alla fattualità del diritto ... — 1.5. ... ed il passaggio al post-moderno. — 1.6. Il profilarsi di un nuovo umanesimo giuridico. — 1.7. Il diritto come fenomeno complesso e come scienza non esatta.

### 1.1. *Quid iuris?*

La tradizione giuridica ci ha consegnato poche definizioni del diritto <sup>(1)</sup>. Ancor oggi i giuristi generalmente non affrontano volentieri la domanda che cosa sia il diritto, della quale si liberano, rispondendo che è «problema che

---

(1) Il diritto romano (di natura prettamente giurisprudenziale, legato cioè alla descrizione dei casi concreti) aveva financo una certa avversione verso le definizioni.

Di tale avversione è rimasta traccia in un notissimo passo di Giavoleno, giurista romano che visse tra il I e il II sec. d.C.: «*Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit*». Il passo è riportato nel Digesto. 50.17.202 (Iav. ep), sotto il titolo «*De diversis regulis iuris antiqui*».

Tuttavia, lo stesso Digesto riporta in apertura la definizione del diritto, che Ulpiano attribuisce a Celso, giurista del II secolo d.C.: «*Ius est ars boni et aequi*». Tale definizione (al pari della regola ulpiana «*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere; neminem laedere; unicuique tribuere*») esprimeva l'aspirazione dello *ius* verso i valori più altri.

Diversi secoli dopo, la definizione di Celso è stata ripresa da Dante Alighieri. Questi non è generalmente ricordato come giurista in senso stretto (sul punto, cfr. BIANCHINI JESURUM, *Dante giurista? Sondaggi nella Divina Commedia*, Torino, 2014; CANCELLI, *Diritto romano in Dante*, in *Enciclopedia Dantesca*, II, Roma, 1970, 472–479). Tuttavia, Dante, nel trattato intitolato *De Monarchia* (si cfr. l'edizione commentata a cura di D. QUAGLIONI, Milano, 2015) — raccogliendo e rielaborando un ampio patrimonio di fonti scritturali, dottrinali e giuridiche — intervenne nel dibattito gius-pubblicistico del suo tempo (relativo alla legittimazione del potere dell'Impero) e, nel capitolo V del libro II, al fine di integrare la descrizione di Celso, diede una definizione, che è divenuta celebre ed è forse uno dei più felici esempi di operazione definitoria del diritto che sia mai stata compiuta: «*Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*».

Dunque, secondo l'Alighieri, il diritto, inteso come rapporto proporzionale, prende vita tanto nell'ambito dei rapporti personali quanto in quello dei rapporti reali; è una *proporzione*, legata alla giustizia e caratterizzata dal principio di relazione; è *vincolo intersoggettivo* che, ove conservato, conserva e salva le relazioni umane e che, invece, se viene a corrompersi, mina alla radice l'ordinato svolgersi della vita della *humana civilitas*, scatenando la cupidigia e la brama di possedere.

riguarda i filosofi». Senonché neppure tra i filosofi del diritto esiste una definizione di diritto universalmente condivisa <sup>(2)</sup>, ragion per cui il problema di che cosa sia il diritto è destinato a restare senza risposta.

Che si tratti di questione sempre aperta sembra non avvertirsi nel lavoro quotidiano degli operatori giuridici<sup>(3)</sup>: per questi ultimi, infatti, non di rado il problema è soltanto quello di accertare quale sia la norma da applicare, mentre ciò che è o non è diritto è un problema “metagiuridico”. Per dire che cosa sia il diritto, si ricorre allora ad una metafora, quella della “fonte”<sup>(4)</sup>: sono fonti del diritto tutti quei documenti o quei comportamenti idonei a produrre regole che possono essere fatte valere, direttamente o indirettamente, davanti ad un giudice <sup>(5)</sup>. Il giurista pratico, individuate le “fonti”, è esposto al rischio di iniziare il suo lavoro, illudendosi di aver risolto il problema di che cosa sia il diritto. Senonché, nel costituzionalismo moderno, il sistema delle fonti è in crisi: nella operante realtà del diritto, la fonte non preesiste all’enunciato, ma emerge ad esito di un procedimento applicativo, sempre più problematico, nella concreta lettura che ne fa il giudice.

Eppure la questione di che cosa sia il diritto si è sempre avvertita nei dibattiti accademici nei momenti di grande trasformazione della società e si ripropone con irruenza ai nostri giorni, nei quali il diritto non può più essere cercato negli enunciati formali, posti dall’autorità statale, ma sollecita l’interprete a cercarlo nel modo di essere di una società, che è sempre più multiforme e pluralista, nelle maglie di un tessuto di principi e di valori,

---

(2) Immanuel Kant all’inizio della *Dottrina del diritto* nella sua *Metafisica dei costumi* (1790) si poneva la domanda *quid iuris?* alla quale rispondeva affermando che la definizione del diritto è *caput mortuum* dei giuristi.

Parafasando anche questa frase, Sergio Cotta rilevava (*Per un riesame delle nozioni di giusnaturalismo e diritto naturale*, in *Diritto, persona, mondo umano*, Torino, 1989, p. 157): «forse nessuna epoca ha saputo meno della nostra che cosa sia il diritto. È una prescrizione eteronoma (alla Kant), oppure l’espressione normativa del comunitario Spirito del Popolo (Savigny)? È il comando (Austin) o la prescrizione (Bobbio) dell’autorità, oppure la decisione vuoi del sovrano (Schmitt) vuoi dei giudici (Holmes, Ross)? È la regola degli interessi (Jhering) oppure una regola sull’uso della forza (Kelsen, Olivecrona)? È un ordinamento vuoi sociale (S. Romano) vuoi formale (Kelsen) esteso anche all’ambito internazionale, oppure una costellazione di ordinamenti chiusi, autarchici e autonomi, dall’unità solo lessicale (Ross)?»

(3) Qualcosa di analogo si verifica per gli operatori sanitari, che si dedicano alla cura quotidiana dei pazienti senza doversi occupare di che cosa siano la vita o la morte (o persino la “salute”), giudicandoli problemi “metafisici”.

(4) BIN, *Il sistema delle fonti. Un’introduzione*, sul sito [www.unikore.it](http://www.unikore.it)

(5) Per una serie di vicende storiche — che qui non occorre ricostruire — nella esperienza giuridica contemporanea le fonti del diritto sono per lo più imputabili allo Stato o ad enti da esso derivanti (l’Unione Europea o il diritto convenzionale EDU, sul piano sovra-statale, le Regioni o i Comuni nella dimensione sub-statale). Queste *fonti* generano *disposizioni giuridiche*, che concorrono a formare l’*ordinamento giuridico*.

senza i quali nessuna organizzazione è in grado di funzionare. Forse mai come ai giorni nostri riesce facile intendere che il diritto è costitutivamente un organismo vivo <sup>(6)</sup>: come la vita, nel suo continuo divenire, non consente di essere ricondotta (se non per comodità di analisi) alla rigidità di un assetto definitivo, così il diritto non è riconducibile alla fissità di formule che risultano superate nel momento stesso in cui vengono enunciate <sup>(7)</sup>. Ragionare di diritto non può significare limitarsi a conoscere e a descrivere un complesso di testi sistematicamente ordinato, perché quello che definiamo diritto positivo è anche il frutto del lavoro di chi opera all'interno dell'esperienza giuridica ed è il risultato di un'attività composita, che implica non soltanto ricostruzione di testi, ma anche integrazione di dati, conoscenza di un complesso contesto storico, partecipazione consapevole a prassi di riconoscimento e attuazione.

Se dunque non esiste (e non esisterà mai) una definizione di diritto universalmente condivisa, è invece un dato comunemente accettato il fatto che *il diritto è una realtà antropologica di carattere universale*, cioè una realtà, che appartiene strutturalmente all'essere dell'uomo <sup>(8)</sup>. Il naufrago che si trova da solo in un'isola deserta non ha bisogno del diritto <sup>(9)</sup>. Tuttavia, la presenza

---

(6) Il diritto è sempre necessariamente *in fieri*. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017 ha osservato (p. x) che il diritto oggi appare quale il «risultato di una invenzione, percepito cioè non come qualcosa che si crea da parte del potere legislativo, ma come qualcosa che si deve cercare e trovare (secondo il significato dello *inventire* latino) nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva; e ne debbono essere inventori, fuori della vulgata corrente, in primo luogo i legislatori, ma, poi, anche i giuristi teorici e pratici nella loro complessa funzione». In altri termini, «Oggi, in questo nostro tempo giuridico post-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico, perché in essa non è coinvolta soltanto la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto capacità di intuizione, percezione, comprensione, tutte segnate sul piano assiologico».

(7) Sotto questo profilo, il rischio è che nelle Università si continui ad insegnare un diritto che non c'è più e che quindi una parte delle categorie professionali finisca per utilizzare criteri classificatori e indici di linguaggio che oggi hanno perso il loro tradizionale significato.

(8) COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, pp. 236-237: «Tutti i documenti di cui disponiamo, siano essi storici in senso stretto o archeologici, sono concordi nel mostrarci l'effettiva presenza, in tutto il corso della vicenda umana, del fenomeno giuridico della regolamentazione vincolativa, in disparte le sue specificazioni in diverse statuizioni normative concrete. Ciò significa che il fenomeno giuridico non è iscritto in, non appartiene in modo esclusivo a una cultura o a talune culture affini, a uno o a taluni periodi storici, a uno o a taluni enti politici, bensì è rintracciabile in tutte queste forme dell'esistere umano. Ne consegue che esso è un fenomeno transculturale, trans-storico, trans-politico, ossia un fenomeno sincronicamente trasversale e diacronicamente transitivo».

(9) AMADIO-CHECCHINI, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2020, p. 3.

di un altro essere umano sullo stesso territorio pone già il problema della *relazione* fra i due soggetti <sup>(10)</sup>.

All'origine dei tempi la prima e l'ultima parola era quella della forza <sup>(11)</sup>. La relazione tra gli uomini era determinata essenzialmente dai *rapporti di forza*, che potevano variare fra una situazione di assoluta supremazia dell'uno sull'altro ed una situazione di equilibrio. Il modo in cui si attuava tale rapporto di forza influenzava direttamente la possibilità concreta di soddisfare gli interessi di ciascuno. Si creava, in sostanza, una *gerarchia di interessi* che trovavano maggiore o minore protezione secondo le norme di relazione, instaurate fra coloro che venivano a far parte del gruppo. In un secondo momento, la consapevolezza del rapporto esistente fra i membri del gruppo, fondato sul potere conquistato da alcuni e sulla capacità di farlo rispettare, ha portato ad un uso sistematico di regole che stabilivano, nelle singole ipotesi di conflitto, come doveva comportarsi un soggetto nei confronti di un altro. Si può dire che in questo momento nasce un primo embrione di diritto, inteso come *insieme di regole* conosciute e rispettate dai consociati <sup>(12)</sup>.

In questa prospettiva, il diritto appare innanzitutto come un fenomeno sociale volto a garantire la convivenza in un gruppo ordinato di più soggetti, portatori di interessi contrapposti <sup>(13)</sup>. L'uso della forza non viene eliminato

---

(10) Sul piano dell'esperienza è dato constatare che l'individuo è sempre in relazione. È in relazione, financo sotto l'aspetto fisiologico naturalistico, nella relazione bio-genetica, che gli dà la vita, ma continua ad essere in relazione nelle diverse vicende che attraversano la sua esistenza storica.

(11) AMADIO-CHECCHINI, *Lezioni*, op. ult. cit., p. 3.

(12) In una società primitiva le regole di comportamento riguardano inizialmente l'uso di determinati beni o del territorio, la vita o l'integrità fisica della persona. Ad es., si stabilisce che tra due soggetti in conflitto per l'uso di una cosa, debba prevalere quello che per primo se ne è impossessato. Oppure, nel conflitto tra l'interesse del singolo e l'interesse del gruppo sociale, in una determinata circostanza (ad es. quando è in gioco la difesa del gruppo), si stabilisce che debba prevalere quello della collettività anche a discapito della vita del singolo. Man mano che la società diventa più complessa si producono regole che guidano la vita dell'intera collettività, oltre che i rapporti fra le singole persone. In tal modo si formano norme sulla scelta dei capi e norme che vietano determinati comportamenti per il bene della società, fino a giungere alla formazione di norme che indicano come formare regole nuove. Questo «non è soltanto un passo importante; ma — osserva HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. CATTANEO, Torino, 2002, p. 51 — può essere giustamente considerato il passaggio dal mondo pre-giuridico a quello giuridico». In altri termini, per dirla con Norberto Bobbio (ID, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 203), la transizione dalla normatività sociale alla normatività giuridica sfocia nell'istituzione di «norme di seconda istanza o meta-norme, la cui funzione è di regolare quei particolari atti umani che sono gli atti produttori di norme».

(13) Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 64, 69, 169–186. L'A sostiene che la più elementare osservazione del fenomeno giuridico empirico permette di rilevare che esso si costituisce per soddisfare fondamentali esigenze esistenziali della persona umana: la sicurezza rispetto agli altri, la

del tutto, ma resta un rimedio estremo, da utilizzare allorché le regole di convivenza non vengono osservate. Anche l'applicazione della sanzione, pertanto, resta soggetta a regole determinate.

## 1.2. La concezione del diritto in epoca classica ...

Nella cultura giuridica classica, greca, il diritto, nella sua radice ultima, faceva riferimento alla *giustizia*<sup>(14)</sup>; la legalità aveva per presupposto l'intrinseca giustizia delle norme di relazione che presiedono la vita del gruppo; pertanto, la legalità aveva il forte senso di comportamento giusto<sup>(15)</sup>.

Per convincersene, è sufficiente ripercorrere le posizioni dominanti nella letteratura greca.

Eraclito scrive in uno dei suoi frammenti: «tutte le leggi umane, invero, vengono nutrite da una sola legge, quella divina: essa prevale, difatti, quanto vuole e basta a tutto»; dunque, secondo Eraclito<sup>(16)</sup>, la legge divina è il fondamento e la radice («nutre») delle leggi umane; queste sono leggi autentiche — secondo verità — soltanto se conformi alle leggi divine (in quanto soltanto tale conformità le rende giuste e morali).

Platone va ancora più in là<sup>(17)</sup>: afferma infatti che la legge autentica, il *nomos*, non può essere cattiva, poiché è rivelazione di ciò che è, esprime la verità dell'essere, ciò che deriva dalla sua natura; il *nomos* si distingue dalle convenzioni umane (che possono essere giuste o ingiuste a seconda che

---

cooperazione con gli altri e la durata per mezzo degli altri; e, al fine di verificare la suddetta affermazione, prende in esame, a titolo di esempio, quattro istituti giuridici (proprietà, successioni, associazioni e giudizio, inteso quest'ultimo quale decisione di controverse litigiose) che, pur con determinazioni formali e sostanziali diverse, si ritrovano presenti nelle più varie culture e possono perciò dirsi tipici dell'esperienza giuridica in generale.

(14) Interessante è la disamina delle valenze semantiche dei termini in cui nelle diverse lingue vengono designati i fenomeni giuridici. Ad es., i termini diritto, *droit*, *derecho*, *diritto*, *Recht*, *right* traggono tutti origine dal tardo latino *directum*. E, in accordo con questo termine, in quanto sostantivi, designano il diritto (sia come regola che come pretesa) e, in quanto aggettivi, designano l'esser retto, corretto, esatto, affidabile di una persona, di un comportamento o di una situazione. Addirittura, in polacco e in russo — dove *prawo* e *pravo*, ossia il diritto, hanno la medesima radice di *prawa*, verità — il diritto si riconnette a quel principio di verità che permette la comprensione tra i soggetti umani. Si tratta di significati che comportano tutti un apprezzamento favorevole, che si ritrova allorché l'aggettivo viene sostantivato — come in francese (*droiture* da *droit*), in inglese (*rightness* da *right*) e in tedesco (*das Rechte* da *recht*) — assumendo il significato di rettitudine morale o di giustizia.

(15) Sulla giustizia, cfr. D'AGOSTINO, *Di che cosa parliamo, quando parliamo di giustizia*, in *Valori giuridici fondamentali* (a cura di D'AGOSTINO), Roma, 2010, p. 27 ss.

(16) SENZASONO, *Eraclito e la legge*, in *Gerion*, n. 14, Madrid, 1996, pp. 53–75

(17) PLATONE, *Leggi*, X, 889 E – 890 A; *Mimosse*, 317 C; trad. it.: PLATONE, *Tutti gli scritti*, Milano 1991.

siano o no ad esso conformi): «Ciò che è ben fatto è legge sovrana — *nomos basilikos* —, ma non ciò che è malfatto, il quale si direbbe piuttosto legge per gli incompetenti; anzi, di fatto, è una non-legge — *anomon*».

Sulla stessa linea si pone Aristotele<sup>(18)</sup>: secondo il quale si può chiamare legge soltanto ciò che è strutturalmente giusto (e, pertanto, morale); ma a sua volta sarà la legge della *polis* a facilitare la retta educazione alle virtù e, se queste mancano, essa costringerà ad agire secondo ciò che è moralmente conveniente.

L'intuizione dei classici greci ha trovato nuova forza con l'avvento del cristianesimo<sup>(19)</sup>, ma le categorie cristiane di pensiero superano il pensiero classico almeno in due punti essenziali: da un lato, il collegamento tra la giustizia e la legalità non fa perdere l'autonomia di quest'ultima<sup>(20)</sup>; dall'altro, i rapporti umani non si limitano agli interscambi di equivalenti, ma integrano anche le relazioni di gratuità. Il cristianesimo ha introdotto nella riflessione giuridica un nuovo modo di pensare il diritto<sup>(21)</sup>; in particolare,

---

(18) ARISTOTELE, *Politica*, IV, 4,1292 a 1–11; *Etica Nicomachea*, v, 7,1134 b 18– 1135 a 14; X, 9,1179 b 33 – 1180 a 25.

(19) Il ragionamento del pensiero cristiano, che identifica l'essenza della legge con la giustizia, è simile a quello del pensiero greco: una legge ingiusta è più violenza che legge, mentre la vera legge — giusta — obbliga in coscienza (Cfr. la costituzione conciliare *Gaudium et spes*, 30; il *Catechismo della Chiesa Cattolica*, 1902; nonché SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, I–II, 95, 2 e I–II, 96, 4); poiché “*lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*” (SANT'AGOSTINO, *De libero arbitrio*, I, 5, 11, CCL 29, 217; questo brano è citato testualmente dalla *Summa theologiae*, I–II, 96, 4).

Secondo la filosofia cristiana, la legge regola i rapporti interumani, ma deve farlo in conformità con l'essere dell'uomo, proprio per non essere contro l'uomo: soltanto un ordinamento, che sia in accordo con la verità sull'uomo, esprime una legge vera e giusta; il contrario è corruzione della legge, ciò perché è ingiusta riguardo all'essere della persona.

Sull'apporto dato dal cristianesimo all'esperienza giuridica, cfr. D'Agostino, *Valori giuridici fondamentali*, cit., p. 15.

(20) La legge umana — poiché la finalità propria della comunità civile è il bene comune — dovrebbe rafforzare, con sanzioni legali, soltanto il rispetto di quei punti della legge morale che sono in rapporto diretto con il bene comune: lo Stato, infatti, è il garante del bene comune (non il tutore morale dei cittadini).

(21) Il che non significa che la lotta per il diritto sia facile, ma significa che l'uomo che vuole costruire un mondo nella prospettiva della giustizia sa che il suo sforzo ha un fondamento reale; la giustizia non è una illusione e neppure una fantasticheria, ma una possibilità umana concreta; gli uomini possono sempre collaborare tra loro nella costruzione di un mondo più giusto.

ha affermato l'anteriorità della persona umana <sup>(22)</sup> rispetto a qualsiasi consorzio umano <sup>(23)</sup>: famiglia, società e Stato, dunque, sono chiamati non soltanto a riconoscere i valori originali, di cui ogni persona umana è portatrice, ma anche a proteggerli ed incrementarli.

### 1.3. ... e nell'Ottocento e nel primo Novecento

Se la concezione classica del diritto è stata la concezione prevalente per molti secoli in Europa, è un dato di fatto che tale concezione è cambiata con la formazione degli Stati assoluti<sup>(24)</sup>: «in seguito all'affermarsi dello Stato nazionale, o comunque sovrano e indipendente, come l'ente politico

---

(22) Sulla vicenda semantica e sul concetto giuridico del termine persona, nonché sulla distinzione tra persona e individuo, cfr. COTTA, *Diritto, persona, mondo umano*, cit., p. 59 e ss. In particolare, p. 73 dove afferma: «Individuo è termine generico, predicabile di ogni ente indivisibile e unitario, di cui sono composti tutti i generi e specie intramondani: dalle cose, agli animali, al genere umano. A sua volta persona designa l'individuo appartenente esclusivamente al genere degli esseri razionali.[...] Dunque, persona è il termine specifico spettante all'individuo dotato di ragione e quindi ad ogni uomo, indipendentemente dal modo (e dal valore) delle sue realizzazioni esistenziali»; e p. 76 dove conclude: «Si può concludere sulla dibattuta questione: di là dalle differenze di indirizzo filosofico (razionalistico, fenomenologico, esistenziale), la più seria e costante speculazione teorica concorda nell'affermare l'identità reale di persona ed individuo umano. Il vero spartiacque in codesta tradizione comune si stabilisce tra i pensatori che vedono la persona partecipe della trascendenza divina (da sant'Agostino a Kierkegaard, da san Tommaso a Rosmini) o aperta alla trascendenza (Scheler, Hartmann) o in rapporto con l'Essere (Heidegger) e coloro che la considerano risolta nell'immanenza. Ma in nessuno di codesti indirizzi è reperibile l'odierna divulgata opposizione tra persona ed individuo. La persona è (il concetto, il nome che designa) l'individuo umano».

(23) Sull'anteriorità della persona umana rispetto alla società si fonda il *principio di sussidiarietà*, in base al quale è dovere dello Stato incentivare le iniziative dei singoli e delle formazioni intermedie, purché non si oppongano al bene comune; nonché proteggerle e aiutarle, perché questo è proprio il compito dello Stato e il significato del bene comune.

Ostano all'applicazione del principio di sussidiarietà, così inteso: sia il *liberismo*, secondo il quale lo Stato non può andare in perdita per garantire la sussistenza dei gruppi intermedi (il principio della concorrenza e del libero mercato, invero, mette fuori causa ogni realtà perdente dal punto di vista utilitaristico); sia il *totalitarismo*, secondo il quale tutto è dello Stato, dallo Stato e per lo Stato.

(24) L'Europa, che nasce nel basso Medio Evo, era una *società senza Stato*: una comunità di popoli, tenuti insieme dal cristianesimo, in assenza del potere egemone di un Impero (che non c'era più dopo la caduta di Costantinopoli) o di uno Stato nazionale (che non c'era ancora). Poi tutto cambia. La religione da fattore di unità diventa causa di guerre. E l'Europa da *società senza Stato* si trasforma in una *società di Stati assoluti*, i cui rapporti sono regolati dai Trattati di Westfalia, stipulati nel 1648. Hobbes, soltanto tre anni dopo, spiega che, per porre fine alle guerre ed instaurare un regno di pace, c'è bisogno dello Stato assoluto. Lo Stato si separa dalla società civile e si erge ad unico custode del bene comune di individui e di popoli. L'ordine di Westfalia dominerà per tre secoli fino a quando la sovranità assoluta degli Stati nazionali verrà intaccata dall'avvio del processo di integrazione europea.

per eccellenza — è stato osservato<sup>(25)</sup> — la scienza giuridica contemporanea è giunta a sostenere la riduzione dell'intero fenomeno giuridico all'ordinamento giuridico, ossia al sistema giuridico di una data comunità politica».

Il pensiero moderno — quello dell'Ottocento e del primo Novecento tanto per intenderci — ha operato un cambiamento nel modo di intendere il diritto: si è trattata di una lenta trasformazione, nella quale sono intervenuti molteplici fattori, teoretici e pratici, che hanno avuto le proprie radici in un nuovo modo di “comprendere” l'uomo: l'essere umano si “libera” dalla sua natura ontologica, aperta alla trascendenza, e si chiude nel puro auto-riferimento; si arriva così ad un soggettivismo assoluto, prima individualistico e poi collettivistico: non interessa tanto che cosa è l'uomo, quanto che cosa l'uomo fa e può fare, non importa la sua finalità, ma il suo potere.

In questa prospettiva antropologica si perde il rapporto tra diritto e verità, giacché la persona si riduce ad un insieme fenomenico di sentimenti, interessi e ragionamenti: la natura si pensa “anomica”. Se il diritto non corrisponde a ciò che l'uomo è, dovrà corrispondere a ciò che l'uomo fa, così nel giusnaturalismo moderno il diritto viene “imposto” dall'autorità: «*auctoritas, non veritas, facit legem*» (Hobbes); e la persona accetta la legge, posta dal sovrano, mediante un'artificiale operazione intellettuale per cui si “convince” della sua utilità nell'ordine della convivenza. Infatti, poiché si pensa che ogni persona sia costantemente insidiata dagli altri, occorre stabilire un patto in cui si consegna allo Stato il diritto-dovere di regolare la pacifica convivenza e difendere i diritti di ciascuno<sup>(26)</sup>. Presto si scopre che le insidie possono provenire non soltanto da singole persone, ma anche dallo Stato, e ci si propone di difendere i diritti dei cittadini contro gli

---

(25) Così COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 141, dove rileva che: «su ciò concordano quasi tutte le teorie giuridiche che si sono susseguite dagli inizi del secolo XIX in poi, malgrado le loro ulteriori diversità. Così per la Scuola storica di Savigny, il diritto è l'espressione normativa dello spirito di un popolo (Volkgeist); per la Analytical Jurisprudence di Austin, è il comando (o l'insieme di comandi) del sovrano di una società politica indipendente. Nello stesso senso sono: l'istituzionalismo di Hauriou e Santi Romano; il normativismo di Kelsen e il realismo giuridico, americano e scandinavo».

Si consideri la seguente frase di KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, traduzione italiana, Torino, 1966, pp. 42-43): «una singola norma è una norma giuridica in quanto appartiene ad un certo ordinamento giuridico; ed appartiene ad un certo ordinamento giuridico se la sua validità riposa sulla norma fondamentale di questo ordinamento». In modo ancora più netto si esprime ROSS, autorevole esponente del realismo scandinavo, per il quale «il diritto ... è sempre un ordinamento per la creazione di una comunità» (*Diritto e giustizia*, traduzione italiana, Torino, 1965, p. 62).

(26) Al riguardo, cfr. Rhonheimer, *La filosofia politica di Thomas Hobbes. Coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Roma, 1997.