

## **Il concetto di persona dal giusnaturalismo alla bioetica**

Sommario: 1. Soluzioni metagiuridiche 2. Breve ricostruzione storica del diritto naturale 3. La nascita della scienza bioetica

### 1. Soluzioni metagiuridiche

Definire la *persona* è stato uno dei temi più rilevanti della cultura filosofica della storia umana. L'esservi riuscito, sebbene seguendo le mode storico-culturali, una grande conquista.

Volendo partire dagli orientamenti di una certa autorevole dottrina contemporanea, bisognerebbe, però, «diffidare»<sup>1</sup> dal concetto di persona ed insistere sulla nozione di personalità.

Ciò non può comportare, in ogni caso, il disconoscimento del valore fondante di tale concetto nell'ambito della scienza filosofica morale e -indirettamente- anche di quella giuridica. All'uopo, sembra, quindi, opportuno rivedere a grandi linee quali siano stati, nel corso del pensiero umano filosofico-

---

<sup>1</sup> PAVANI P., *Principi di una filosofia morale*, Napoli, 1989, 118. Proseguendo, l'Autore afferma non solo che «la personalità è definita e la persona tende a definirsi», ma anche che l'etica moderna, seppure nel rispetto delle distinzioni terminologiche, può avvalersi di scienze come la psicologia onde cogliere e valutare ogni elemento distintivo tra i due concetti.

giuridico, gli orientamenti dei grandi pensatori che si sono soffermati sul sempre attuale interrogativo in questione.

Severino Boezio fu uno dei primi a precisare mediante una massima precisa cosa dovesse intendersi per persona definendola *rationalis naturae individua substantia* ovvero concependo l'essere umano nella sua astrattezza e nella sua generalità, immaginandolo avulso dalla sua individuazione storica di soggetto inserito in una comunità e, quindi, estraneo alle varie formazioni sociali<sup>2</sup>. In tale modo si poteva attribuire anche a diverse entità la qualità di *essere razionale*, indipendentemente dall'individuazione corporea che, secondo la concezione platonica, non rappresentava il valore costitutivo del concetto di persona.

Gran parte delle generazioni precedenti, non avevano ancora conosciuto la possibilità di fornire delle massime immutabili capaci di contenere in poche parole un concetto. Questo metodo deduttivo, infatti, è da attribuire ad Aristotele e solo a partire dal metodo si attuò una formidabile innovazione del pensiero umano filosofico.

---

<sup>2</sup> Nel dialogo in versi con la Filosofia, Boezio, malato ed imprigionato, viene stimolato dalla sua nutrice (Donna Filosofia – verso I,3) a richiamare alla sua mente le sue antiche convinzioni sulla natura dell'uomo, sull'origine e sul fine della creazione, sui mezzi con cui la provvidenza governa il mondo. Dal libro I, poi, la stessa Filosofia riprenderà il tema, nel libro V, indicando la soluzione dell'antinomia dei gradi della conoscenza: ogni natura ha un suo modo specifico di conoscere, che è determinato non dall'oggetto conosciuto, bensì dalla stessa natura conoscente. BOETHIUS, *Consolatio philosophiae*, I,VI, 35-37; 112/113 e V, II, 7-9.

Platone, infatti, pur occupandosi nel profondo della problematica, nel Fedro, col mito della *biga alata* creava un'immagine di uomo composta da un auriga al comando di due cavalli alati. Come la realtà, divisa tra livello intelligibile e livello sensibile/materiale, anche l'uomo era concepito dualisticamente diviso tra anima (il mondo intelligibile e perfetto) e corpo (il mondo sensibile ed imperfetto). Il corpo, quindi, rappresentava la componente negativa dell'uomo poiché lo lega alla materia. All'auriga, poi, il difficile compito di gestire i due cavalli che tirano in direzioni opposte: il nero verso le passioni più vili e abiette, il bianco verso quelle nobili e sublimi.

Immagine del tutto superata dalla concezione aristotelica.

Aristotele riteneva che ogni cosa avesse in sé una "forma della sostanza" che determinava l'"essenza" di tutte le cose appartenenti a quella categoria. Così, anche l'uomo. L'uomo era colui la cui essenza era rappresentata da quella parte dell'anima dotata di ragione. L'uomo, quindi, era concepito come diviso in due parti: *l'uomo essere sensibile* e *l'uomo essere di ragione*. Ma anche Aristotele non arrivò ad una definizione di persona.

Il suo impianto sistematico fu ripreso in pieno dalle scienze spiritualistiche, in particolare, costituì il fondamento della tradizione filosofica cristiana riconducibile a S. Tommaso d'Aquino secondo la quale la tipicità corporea dell'essere umano acquisiva valore essenziale e costitutivo poiché il raggiungimento della perfezione umana doveva avvenire anche attraverso il corpo.

Nello specifico, la distinzione aristotelica di *uomo essere sensibile* ed *uomo essere razionale* fu perfezionata con la distinzione cristiana fra anima e corpo.

La concezione tomistica riprese anche la citata definizione di Boezio semplificandola in *omne individuum rationalis naturae dicitur personae* ed in realtà modificandone radicalmente il significato e la portata: la persona viene inserita in un ordine cosmologico perfetto. La persona, nel pensiero di S. Tommaso, è costretta in un ordine universale allo stesso tempo fisico e metafisico. È inserita (*rectius*, rinchiusa) in un ordine cosmologico armonico ed è il segno tangibile della bontà divina. In questo modo, la persona diventa il legame tra umano e divino poiché - inserita in contesto ontologico di matrice aristotelica - la sua perfezione

si compie nella natura e da essa fisicamente e metafisicamente dipende.

Il graduale declino dell'influenza teologica sul pensiero, rappresentò la svolta nel corso del XVII secolo che, con pensatori come Ugo Grozio, Thomas Hobbes e Samuel Pufendorf fu caratterizzato da una visione incentrata sull'aspetto razionale dell'essere umano. In fondo, però, colui che riprese a trattare il tema della persona con lo stesso vigore tomistico fu Immanuel Kant, influenzato anche dal movimento culturale che si era rapidamente diffuso in Europa durante il XVIII: l'illuminismo.

L'elemento essenziale della persona kantiana è la razionalità intesa come manifestazione della assoluta "volontà buona" di cui la volontà personale è fine ultimo dell'attività morale e che non è "in divenire", ma un fine già compiuto ed esistente in sé per sé. Quindi se non coincide con la "volontà buona" o non è. In questo senso, la persona è in un faticoso crearsi e, sicuramente, risulta garantita poiché elevata a motore assoluto della razionalità universale, ma allo stesso tempo è indebolita dalla sua esistenzialità. Così, altro non diventa che «il transeunte, funzionale momento di un essere che la invera

realizzandola nella ragione in quanto ragione<sup>3</sup>». La persona di Kant è personificazione della noumenicità.<sup>4</sup> La persona kantiana è l'uomo come razionalità ovvero il suo stesso essere uomo è la sua razionalità<sup>5</sup>. Essa può abbandonarsi per diventare atto della ragione ed in questo sta la sua attitudine. Inoltre la persona kantiana può dimostrare l'ordine razionale e raggiungere gli stessi risultati della persona tomista con deduzioni diverse e svincolate da qualsiasi elemento trascendentale.

Partendo da presupposti radicalmente diversi S. Tommaso e Kant volevano dimostrare la centralità della persona *rationalis* di fronte all'universo. Il primo individua nella persona il culmine della perfezione della natura, il secondo l'organo della ragione. Quindi in entrambe le concezioni risultava definitivamente superato ciò che la persona poteva rappresentare nelle concezioni pre-tomiste: il punto di incontro tra esistenza individuata e razionalità universale. Grazie alla razionalità l'assorbimento dei due momenti è dato per

---

<sup>3</sup> PAVANI P., *op. cit.*, 128.

<sup>4</sup> In una chiara esposizione del problema, KANT I., *Metafisica dei costumi*, specifica che «l'uomo considerato come persona, vale a dire come soggetto di una ragione moralmente pratica, è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale egli deve essere riguardato come non come mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé».

<sup>5</sup> A questo proposito, Max Scheler ritiene che in tal modo la persona viene completamente “depersonalizzata” e che il concetto di persona individuale è in contraddizione con l'assunto che gli atti razionali personali sono in realtà corrispondenti a atti “spra-individuali”. D'altronde, tutta la letteratura di fine ottocento inizio novecento, rivendica il valore della persona intesa nella sua individualità e non nella sua generalità (intesa come appartenenza ad un genere). Cfr. SCHELER M., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori. Nuovo tentativo di un personalismo etico*, Cinisello Balsamo, 1996 e JUVALTA E., *I limiti del razionalismo etico*, a cura di Geymonat L., Torino, 1945.

scontato, ma questo a discapito proprio della primaria ragione d'essere della persona<sup>6</sup>. In San Tommaso, la persona è inclusa nel superiore ordine naturale sovrano. In Kant, la persona diventa immutabilmente l'organo di ragione e finisce per coinciderci. E, così, finisce per esservi rinchiusa in quanto, se tentasse di affrancarsi da questo circolo morale, il sistema finirebbe per crollare seppellendo il concetto stesso di persona.

In verità, esiste anche una sorta di apertura liberatrice nel pensiero di Kant rispetto alla persona e tanto è stato ravvisato nell'interpretazione<sup>7</sup> di un celebre imperativo: “Agisci in modo che la tua volontà possa essere considerata come istituente una legislazione universale”<sup>8</sup>. Infatti, si ritiene che questa formulazione comporti il legame dell'azione alla legge, ma l'azione, seppur non identificata con l'arbitrio, è espressione di una decisione personale che lavora per divenire razionale. Non è direttamente organo razionale. Sembrerebbe, così, riconoscersi alla persona una propria individualità.

Più o meno coeve sono le impostazioni contrastanti questi opinioni ontologizzanti. Ci si riferisce alle tesi di John Locke il quale afferma che la nozione di persona non corrisponde né a

---

<sup>6</sup> Questa l'opinione riportata da PAVANI P., *op. cit.*, 127.

<sup>7</sup> Ci si riferisce all'idea espressa da PAVANI P., *op. cit.*, 131.

<sup>8</sup> Nella *Ragion Pratica*, Kant intravede che il punto di partenza è l'azione di ciascun uomo, non la coincidenza con la buona volontà. In questa prospettiva, la propria volontà è recuperata anche se è sempre inserita in un progetto che è in divenire. Un atto che un “da farsi”. La persona diviene in questo senso l'aspirazione al divenire ciò che è.

qualcosa che si ricerca a livello sostanziale né a qualcosa della natura biologica. Come lo stesso Locke suggerisce, la persona è individuata da una nozione che è «propria di linguaggi» come il diritto e l'etica e questi se ne servono per attribuirli ad esseri che vengono specificamente tutelati<sup>9</sup>.

L'avvento delle dottrine idealistiche, poi, ha spostato inesorabilmente il centro d'interesse dalla persona singola allo Stato, attribuendo all'uomo non più la qualità di titolare di diritti imprescrittibili e neppure la qualifica di trasposizione di una natura trascendente, come faceva la dottrina cristiana, ma semplicemente considerandolo un qualcosa di esistente nel mondo, attribuendo al solo stato la personalità e la soggettività.

Il massimo esponente di tale corrente, Hegel, concepiva lo “Stato etico”, ovvero lo Stato come istituzione che in quanto sintesi di etica e diritto era in grado di garantire alla collettività protezione dal rischio degli arbitrii dei singoli e delle tirannie<sup>10</sup>.

In tale contesto, peraltro, ha potuto trovare fondamento lo stato di diritto fondato su valori costituzionali moderni che

---

<sup>9</sup> LOCKE J., *Saggio sull'intelletto umano*, Torino, 1971, 387 ss.

<sup>10</sup> Per Hegel il diritto degli individui ha il suo compimento nel fatto che essi appartengono alla realtà etica che è lo Stato e che, a sua volta, in quanto spirito oggettivo, conferisce all'individuo la stessa oggettività, verità ed eticità soltanto in quanto è membro del medesimo.



riconoscono al soggetto autonomia ma anche garanzia dagli organi del potere.

Questo evolversi del pensiero filosofico-giuridico ha comportato, quindi, il coordinamento e la relativa limitazione della forza dell'individuo nei confronti di ciò che si usa definire "bene comune". Nello Stato, quindi, si concentrano, appunto, queste attività di «coordinamento e limitazione e nelle quali consiste il potere normativo da cui scaturisce l'ordinamento giuridico obiettivo»<sup>11</sup>.

È in questo contesto che può essere compresa la imponente critica all'apologia della persona illuministacamente concepita e coordinarla con l'invettiva di Joseph de Mastre contro l'individuo illuministico, giudicato una entità astratta ed artificiosa in perenne contrasto con la realtà etica e sociale entro cui sussiste la persona<sup>12</sup>. Così come solo da questa corrente filosofica idealista può iniziare a trovare fondamento quella diffidenza nei confronti del concetto di persona da cui si è partiti.

«La diffidenza verso la persona è diffidenza verso la persona "come strumento di ragione", per usare un'espressione

---

<sup>11</sup> ONDEI E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1965, 5.

<sup>12</sup> GUYON E.F., *Joseph de Mastre: diplomate sarde, témoin et juge de son temps, 1792-1817*, in *Revue d'histoire diplomatique*, 1987, 75.

kantiana di Fiche<sup>13</sup>». A partire da Fiche in poi furono superate le aporie kantiane per incominciare a pensare ad una persona concepita non come una realtà di fatto, bensì come una attività pensante. La persona non deve mai strumentalizzarsi e, per essere “fine”, non deve nemmeno essere il mezzo della ragione che si attua moralmente. La persona non è più un compimento ma un compiersi: «non è razionalità che si realizza ma individualità umana che si razionalizza e che tende a razionalizzarsi<sup>14</sup>».

La scoperta del dovere esistere nella necessità di coesistere con gli altri fa in modo che la persona si modelli e crei da sé, attraverso il rapporto con l'altro, forgiando la propria personalità. L'effettivo essere della persona dovrebbe, quindi, essere ricercato nel suo farsi e, quindi, nella sua personalità.

Per definizione, persona e personalità diventano inseparabili.

La persona da organo autorizzato ad esistere dal suo stesso essere ragione diviene organo in continuo svolgersi e autodefinirsi con determinazioni di autoconsapevolezza attraverso la personalità. In tal modo la personalità libererebbe

---

<sup>13</sup> PAVANI P., *op. cit.*, 132.

<sup>14</sup> PAVANI P., *op. cit.*, 132.

l'individuo fino a riuscire ad individuare la soggettività umana creando i rapporti interpersonali.

La personalità, per altro avviso, può ben essere considerata distintamente dalla persona poiché è dato che alcuni soggetti, ad esempio i minori, non esprimono la loro personalità, ma sono pur sempre persone e soggetti di diritto ed in quanto tali tutelati dall'ordinamento, seppure entro certi limiti.

D'altronde, anche nel diritto romano, agli schiavi, ai quali si negava la capacità giuridica, non era sottratta la definizione di persona. Essi, infatti, seppure oggetto di diritti privati altrui, potevano compiere atti giuridici, sempre nell'interesse del loro padrone.

Agli schiavi, quindi, non era preclusa la possibilità di essere considerati persone, non veniva loro riconosciuta, come invece accade per i minori, la aspettativa di sviluppo degli attributi della personalità<sup>15</sup>.

In tale prospettiva, superate le immagini metafisiche e trascendenti della personalità, questa ultima spetta all'uomo nella sua *realtà naturale*, da cui, poi, la identificazione tra

---

<sup>15</sup> È ovvio che su tanto ha molto influito la filosofia morale ellenistica ed in particolare è lo stoicismo a suggerire al giurista romano la tesi secondo cui nell'inventariare i beni di un fondo, ad esempio, il "frutto di una schiava" non va considerato tra le *res* ma tra le *personae*. Certo, questa formazione del sentimento di *humanitas* è da ricondurre alla Scuola di Rodia, ma il convincimento – anche giuridico – che ogni uomo sia fornito di personalità, seppur con lentezza, è legato alla tradizione giuridica romana. Tanto evidenzia anche una grande svolta nella storia etica quando si consacra con celebri affermazioni quali quella di Seneca delle *Epistole a Lucilio – Homo, sacra res homini* o di Petronio nella "Cena di Trimalchione" – *Et servi homines sunt*. La vera innovazione, comunque, è quella che incomincia ad imporre il criterio del riconoscimento che ogni uomo esiste concretamente quando si esprime in puntuali rapporti di vita. Ad esempio con l'ammissione che i servi possono fare normalmente testamento.

uomo e persona, e l'attributo di fisica nel suo significato etimologico di *naturale*<sup>16</sup>. Solo empiricamente il corpo è considerato l'involucro della personalità. La personalità è un modo di essere della persona considerata sotto il suo aspetto evolutivo, per così dire, dinamico<sup>17</sup>.

In questo senso la personalità può liberare la persona dalla staticità ontologica delle filosofie illuministiche ed inserirla in un contesto di dinamicità psicologica.

Tanto potrebbe anche aiutare a superare le ambiguità create dal "personalismo" che, considerando la persona come criterio fondamentale di soluzione dei problemi morali, nel cd. Manifesto personalista di Emmanuele Mourier finiva per contrapporre in modo eccessivamente accentuato e polemico la persona all'individuo. Ma la polemica contro l'individuo non sempre si spiega e certe dottrine personaliste esasperano le carenze della filosofia della persona illuminista senza considerare che l'individualità umana è espressione dell'*individuum*.

---

<sup>16</sup> In tal senso, ONDEI E., *op. cit.*, 6. L'Autore, affermando che il problema della personalità dell'Essere non può essere oggetto di interesse da parte della scienza giuridica, chiarisce come la società non rappresenti una finzione, né un concetto astratto, bensì una realtà contemporanea a quella dell'individuo e che non si identifica con esso. È una realtà che logicamente e storicamente precede lo Stato il quale è un organo derivato della stessa e che non agisce nell'interesse del singolo o di gruppi separatamente considerati, ma nell'interesse del Tutto formato dalla necessaria associazione di persone. Per questo, quindi, l'Autore sovrappone uomo - *Mensch, homo* - e persona in quanto inseriti in una realtà "naturale". Continuando (10), l'Autore, afferma che «i concetti di persona e di personalità sono inseparabili come il soggetto dal suo predicato: le offese alla persona, sono offese alla personalità».

<sup>17</sup> Espressione e, quindi, accettazione di questo concetto pare essere l'art. 2. della nostra Costituzione.

Infatti, secondo la concezione personalista, la persona, in generale, è una realtà ontologicamente superiore e, più specificamente, è ciò che è fornito del maggiore valore. Per tale motivo nel XX sec. con Mounier e poi con Pareyson, il personalismo, recuperando la filosofia tomista, si è prestato ad essere validamente sostenuto da concezioni spiritualistico-cristiane. Ciononostante, fu anche elaborato da coloro che si riportarono alla fenomenologia. Un perfetto incontro tra fenomenologia ed etica è nella trattazione di Max Scheler che partendo dalla critica alla persona kantiana prepara la contestazione di ogni sostanzializzazione della persona elevata a razionalità spirituale e supera il limite del personalismo più puro che si fonda su una visione della persona “essere sopra-cosciente” depositario della validità dei valori<sup>18</sup>.

Il ricorso a soluzioni procedurali incardinate ai modelli deduttivi e la insufficienza dell'autonomia individuale renderebbe il personalismo poco credibile proprio sul piano etico

Si potrebbe, quindi, dimostrare che l'etica dei valori ha rivelato e rivela innumerevoli contraddizioni ed involuzioni proprio perché contiene in sé elementi da cui nessuna filosofia

---

<sup>18</sup> SCHELER M., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori. Nuovo tentativo di un personalismo etico*, Cinisello Balsamo, 1996, 457 ss..

può prescindere. E, forse, nemmeno le filosofie contemporanee sono state aidate dall'uso del concetto di persona inteso staticamente e quindi sostanzialmente viziato. La persona è qualcosa che deve essere vista nel suo divenire.

È altrettanto dubitabile, però, che la soluzione sia agganciare ogni riflessione al concetto di personalità che, seppur contenendo il rifiuto delle prospettive ontologizzanti e presentandosi in termini non già metafisici ma psicologici, finisce col far perdere il contatto con la concretezza dell'esistente.

L'aver individualità non deve essere considerata prerogativa dell'uomo.

Ogni uomo è individuo in quanto fornito di una sua particolare struttura unitaria fisionomica che lo rende diverso da ogni altro individuo della sua stessa specie, ma allo stesso modo è pure vero che ogni foglia è *individua* in quanto, nella sua particolare struttura unitaria fisionomica, diversa da ogni altra della sua stessa categoria.

Indiscutibile è la maniera tutta particolare con cui l'individualità dell'uomo viene tenuta insieme che è, appunto, la personalità, ma non è dato certo conferire per questo la

naturale definizione di persona al sono essere dotato di personalità.

L'uomo, con ogni probabilità, finirebbe per perdersi nel concetto di persona senza il suo essere personalità poiché senza la sua energia unificatrice<sup>19</sup>, costruita sin dai primi anni di vita, si sfalderebbe. Ciò, non dovrebbe escludere, però, il suo stesso essere persona e di conseguenza nemmeno quello delle altre entità esistenti naturalmente, o per meglio dire, in natura.

2. Breve ricognizione degli aspetti fondamentali del diritto naturale.

### 2.1. Da Omero ad Esiodo

Per comprendere il diritto naturale odierno, bisogna tracciarne alcuni aspetti fondamentali e, rispetto a questo

---

<sup>19</sup> Ciò che rende indispensabile la personalità non attiene alla qualificazione dell'uomo come persona, ma, piuttosto, alla necessità di giustificare la diversità comportamentale umana. La scienza medica psicologica considera l'io nella sua costante instabilità. Anche la personalità "normale" è esposta a rischi, la difficoltà del soggetto sta nel sapersi dominare. L'esercizio più arduo è riequilibrarsi continuamente. In tale modo trova riscontro anche la teoria del "tipo" di Max Weber. Non vi è riduzione a modello schematizzato, ma vi è la rappresentazione di un campione prelevato dalla sua *species* e riconosciuto nella sua rappresentatività. Il tipo non è idealizzato come unica rappresentazione della realtà, ma è utilizzato come caratterizzazione espressiva della stessa. In questo senso potrebbe anche tornare appropriata anche la fantasiosa etimologia vichiana del termine *persona* dal *personari* "vestir pelli di fiere", quindi uomini coperti da indumenti in grado di caratterizzare il gruppo. Una visione di uomo/maschera che inquadrata nel pensiero nietzschiano "tutto ciò che è profondo ama la maschera", simbolicamente potrebbe diventare il semplice modo per distinguere la persona in sé dal suo oggettivarsi attraverso la personalità. In particolare, così, si potrebbe maggiormente riflettere sulla inadeguatezza di specifiche nomenclature giuridiche di derivazione romana che individuano i momenti della trasfigurazione della persona da maschera a *facies* e caratterizzano una soggettività giuridica umana come unica destinataria di diritti.

proposito, senza rischiare di essere eccessivi, pare opportuno incominciare con le prime credenze popolari della antica Grecia. Intorno al 700 a.c..

Ai tempi di omero, le comunità erano divisa in numerose piccole tribù, ciascuna individuata sotto un proprio capo. Questo capo, però, non abbracciava del tutto il governo: la sua funzione era più che altro quella di guida e di giudice ed inoltre i suoi poteri avevano origine magiche<sup>20</sup>.

Al di sopra di ogni uomo, infatti, erano concepiti non solo gli dèi, ma anche una forza superiore: il fato. Ciò che regge l'universo è, quindi, non una necessità causale ma una necessità del fato e Zeus è il custode della legge e dispensa prosperità al giusto e viceversa destina sventura all'ingiusto.

Nell'opera di Omero, come in quella di Esiodo<sup>21</sup>, il re obbedendo ad una volontà rivelata, realizza la legge cosmica e porta il benessere al suo popolo. Certo, il pensiero dei due autori rispecchia anche la loro condizione e il loro tempo storico. Per il cantore, Zues rappresentava il detentore di un ordine armonioso; per il poeta di Beozia, Zeus rappresentava l'unica fonte di giustizia di fronte all'arbitraria supremazia dei potenti.

---

<sup>20</sup> WESTRUP C. P., *Introduction to Early Roman Law*, 3ª ed., Copenhagen, 1939, 31 ss.



Quasi cento anni dopo, lo stesso schema veniva riproposto da Solone, secondo cui nessun uomo può sfuggire alle pene di Zeus<sup>22</sup>.

Nel VI secolo a.c. gli sconvolgimenti politici, i conflitti tra aristocrazia e democrazia, verosimilmente, determinarono quello che fu, invece, il pensiero di Eraclito.

Fino ad allora i pensatori avevano cercato di scoprire le regole del mondo come qualcosa formato da elementi costanti. Eraclito è il primo ad affermare che ogni cosa è una situazione in eterno divenire, e l'universo è in costante susseguirsi di eventi, non una connessione statica di cose<sup>23</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, ogni cosa, sia la natura che l'uomo, sono soggetti ad un ordine universale che è sempre stato e sempre sarà e sul quale né le divinità né gli uomini hanno accesso<sup>24</sup>. Questo ordine divino, detto anche *Logos* o *Kosmos*, è ciò per il quale tutto avviene: l'ordine del mondo.

Tanto, rappresenta la prima determinazione filosofica di diritto naturale<sup>25</sup> poiché le leggi umane sono un qualcosa che è la rappresentazione dello stesso potere divino. In questo senso, tali concetti filosofici rappresentano un giusnaturalismo che

---

<sup>22</sup> Secondo la traduzione di «Uno sconta la sua pena prima, un altro dopo. Se l'uomo colpevole si sottrae alla pena, e il fato degli dèi non scende su di lui e non lo raggiunge, ciò avverrà sicuramente in un momento successivo: l'innocente paga per la sua offesa, i suoi figli o i figli dei suoi figli nelle generazioni successive»

<sup>23</sup> testo che dice del *panta rei*

<sup>24</sup> Eraclito, Frammento 114 in «Tutte le leggi umane si nutrono dell'Uno divino»

<sup>25</sup> Così, ROSS A., *Diritto e giustizia* (ed. it.), Torino, 1965, 219.

crea un rapporto fra le leggi umane e le forze che governano il mondo. Legge e natura costituiscono un'unità essenziale e gli ordinamenti sono inseriti nelle leggi dell'essere. È ancora lontana l'idea della esistenza di due ordinamenti, ma proprio l'idea di Eraclito servì a costruire un diritto naturale dualistico e portò al concetto della "legge universale", che è fondamentale per il diritto naturale successivo.

## 2.2. I sofisti

Il V secolo a.c. rappresentò per la Grecia antica uno il periodo in cui la cultura ellenica raggiunse il massimo sviluppo e la democrazia regnava sulla maggior parte delle città. In tutti i campi culturali ci fu un'esplosione di idee che costituì il modello per molte generazioni future. Rispetto alla concezione del diritto – *rectius* della giustizia – avvenne il definitivo sorpasso delle credenze mistiche religiose per lasciare spazio ad una concezione scientifica fondata sulla relatività della conoscenza e ad uno sviluppo di una nuova moralità incentrata su principi legati all'uomo.

Protagora, con la sua scuola di sofisti, fu il protagonista di quest'epoca e gran parte della sua dottrina è riassumibile nella

celebre affermazione che «l'uomo è la misura di tutte le cose<sup>26</sup>». Egli riteneva inutile tentare di raggiungere la conoscenza “dell'assoluto” ed insegnava che ogni conoscenza consiste nella percezione dei sensi dell'uomo ed è, quindi, necessariamente relativa ed individuale. Ogni cosa è così un uomo la vede: ogni uomo la vede in maniera diversa, ma uomini appartenenti alla stessa categoria, ad. esempio quella delle persone sane di mente, la vedono allo stesso modo<sup>27</sup>.

Sostanzialmente, questo, è il fondamento della scienza moderna: la relatività di ogni conoscenza e, d'altra parte, anche il fondamento della critica dell'oggettività della scienza moderna. Le allusioni ad un accordo di percezioni tra persone sane di mente possono essere intese come il sintomo premonitore della moderna “teoria della verifica”<sup>28</sup>. I criteri del buono e del giusto sono rapportati ad un soggettivismo collettivo che sul piano etico-politico non riconoscono una verità oggettiva, ma riporta tutto alla opinione che la maggioranza, in un dato momento temporale e spaziale, riconosce come giusta.

---

<sup>26</sup> Frammenti dei presocratici, protagora, B I

<sup>27</sup> Questa l'interpretazione comunemente diffusa dell'affermazione. In particolare, qui, si fa riferimento a quella di UNTERSTEINER M., *I sofisti*, Torino, 1949, 41 ss.

<sup>28</sup> Per l'individuazione del germe delle moderne teorie scientifiche, ci si riporta a ROSS A., *op. cit.*, 220 ss.

In tale primo impianto di diritto naturale dei sofisti, le componenti concettuali di *Physis* e *Nomos*, furono distinti, ma non ancora posti come contrari.

Ovviamente, anche nel diritto l'uomo è la misura di tutte le cose e l'idea di una legge divina rivelata è completamente superata, e su questo, si basa la dottrina dei seguaci di Protagora che, in un certo senso, rovesciarono i contenuti del pensiero del maestro. Molti di essi, criticando la vecchia idea di giustizia basata sulla disuguaglianza degli esseri umani, ideavano una nuova concezione della vita sociale e politica. Avanzavano proposte moderniste di abolizione della schiavitù e della nobiltà, proponevano una equa distribuzione della proprietà privata e reclamavano mezzi di istruzione uguali per tutti. Tutte queste riforme erano avanzate dai sofisti perché giuste secondo natura ed in contrasto con quanto stabilito dall'uomo.

Così, avviene un passaggio da un diritto naturale individualistico-rivoluzionario, ad uno critico-umanitario ovvero *Physis* e *Nomos* si oppongono nettamente. Il primo rappresenta il luogo della uguaglianza naturale di tutti gli

uomini e l'altro la causa dell'ineguaglianza contraria alla natura<sup>29</sup>.

In questo sta il capovolgimento della *skepsis* di Protagora: sostenendo una legge di natura. Così, però, sono state introdotte le radici di quello su cui si fonderà tutto il corso del successivo diritto naturale: il contrasto tra legge positiva e legge naturale.

Nella filosofia del diritto naturale creata dai sofisti, non si verifica, però, che la natura cui essi si appellavano fosse concepita in termini di assolutismo religioso o metafisico – come sarà per il periodo successivo.

### 2.3. L'impronta religiosa del diritto naturale

Se la dottrina dei sofisti aveva con sé il sintomo di una sociologia del diritto e di una politica del diritto, le speculazioni filosofiche aristoteliche riproposero i temi che un tempo si facevano riferire alla magia, rapportandoli all'ontologia e cioè ad una attività logica che, in quanto costruzione sistematica, imita la conoscenza scientifica ma in

---

<sup>29</sup> Vi è da rilevare come suggerisce il WELZEL H., *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, 20, che per quanto possa essere insufficiente e discutibile questa motivazione, tuttavia non si può trascurare come essa sia una efficace, seppur embrionale, idea di umanità. Quindi, non già Platone ed Aristotele, bensì sofisti come Licofrone ed Alcidasante hanno per primi spezzato le barriere delle classi sociali. Cfr. frammenti 4 licofrone e 13 di alcidasante

effetti non è che una nuova mitologia. La sua funzione è essenzialmente la stessa della mitologia: quella di procurare conforto.

In ogni caso, la filosofia aristotelica non sviluppò mai una completa teoria del diritto. Essa accolse la distinzione dei sofisti tra diritto naturale e diritto positivo, ma dette alla filosofia nuovamente un'impronta conservatrice e metafisica. La legge di natura è di nuovo valida in sé per sé ed è vincolante per tutti, anche se è appresa dalla ragione<sup>30</sup>. Quindi, nonostante la positività, le leggi sono fondate sulla legge di natura e quando sono difettose o ambigue devono essere interpretate alla luce di questa<sup>31</sup>.

Questa etica prestò il fianco a quello che divenne il giusnaturalismo cattolico, così come lo fece la corrente filosofica dello stoicismo. Quest'ultimo indirizzo dette per la prima volta una impronta religiosa ed universalistica al diritto naturale. La suprema fonte del diritto è non già la ragione dell'individuo, ma la ragione divino-cosmica. Lo stoicismo che trovò terreno fertile nella storia della filosofia di Roma antica, portò alla distinzione di tre diritti fondamentali: lo *ius civile*, lo *ius gentium* ed, appunto, lo *ius naturae*, basato sulla

---

<sup>30</sup> ROSS A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhagen?? Leipzig, 1933.

<sup>31</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, X, 1134 b

ragione inerente all'uomo che si identifica con la ragione divina comune a tutti gli esseri viventi.

Fu, comunque, la filosofia scolastica che abbinò ai concetti di diritto naturale (in particolare quelli riferibili alla dottrina aristotelica) quelli della morale cristiana.

Il padre di questa corrente fu San Tommaso d'Aquino il quale, con la sua *Summa theologica*, edificò il sistema filosofico-teologico che, tuttora, è alla base della filosofia giuridica cattolica. La legge naturale è quella voluta da Dio e ad essa tende ogni cosa. Ogni legge trae forza dalla legge eterna, che è, appunto, quella divina. In questo quadro trova, comunque, spazio la legge umana che è indispensabile per dare applicazione ai principî divini-naturali e può, anzi deve, mutare con l'evolversi della civiltà stessa, variando nel tempo e nello spazio.

La legge naturale costituisce la peculiare partecipazione dell'uomo alla ragione del mondo attraverso la sua funzione intellettuale. A differenza di Sant'Agostino che individuava la legge naturale, il *lumen* naturale, in noi, San Tommaso concepiva la legge naturale in maniera oggettiva ovvero come

legge in primo luogo “eterena” ed in secondo luogo propria della ragione umana<sup>32</sup>.

#### 2.4. La secolarizzazione del diritto naturale: il razionalismo.

Il diritto naturale tra il XVII e il XVIII sec. fu secolarizzato: esso si liberò del suo aspetto teologico per assumere veste di scienza pura condotta col metodo matematico-deduttivo che caratterizzava le scoperte dell’epoca.

Le basi fondamentali di questo indirizzo furono poste da Grozio e da Hobbes, ma solo nella seconda metà del ‘600 il diritto naturale arrivò al suo massimo scientifico con le dottrine sistematiche di Spinoza, Pufendorf ed altri.

Nelle dottrine giusnaturalistiche di Hobbes e di Grozio, si contrapponevano due tipi distinti di scienza sociale. Una sottoponeva la natura alle categorie teleologiche dello spirito, l’altra articolava lo spirito nei presi naturali e causali. Al centro tra queste dottrine, Pufendorf che con la teoria degli *entia moralia* sviluppò la prima specifica struttura del mondo spirituale differenziato da quello naturale trasferendo l’oggetto del diritto naturale sulla cultura come totalità delle norme che

---

<sup>32</sup> Cfr. WELZEL H., *op. cit.*, 86



obbligano gli uomini a coltivare la natura biologica per superare il *naturalis incultus*.

In questa fase il diritto naturale viene inteso come l'espressione di principi superiori ma, in ogni caso, legati alla natura razionale dell'uomo<sup>33</sup>. In questo modo il diritto naturale non è un limite alle leggi positive, ma un modello sulla cui falsariga è possibile desumere l'insieme sistematico di specifiche norme giuridiche. Il diritto naturale diviene, quindi, la giustificazione legittimante del diritto positivo.

Da questi assunti muove il pensiero illuministico del XVIII sec. e, ponendo maggiormente l'accento sul peculiare aspetto del diritto naturale quale sistema legittimante un ordine sociale in grado di garantire il singolo di fronte agli abusi dell'assolutismo statale, il diritto naturale assunse una particolare caratterizzazione politica, nei pensieri di Locke e Rousseau, rispettivamente i fondatori ideologici della Rivoluzione americana e francese.

Queste due grandi rivoluzioni rappresentarono il trionfo del giusnaturalismo inteso come "libertà" dell'individuo: vennero rivendicati i diritti inalienabili dell'uomo e del cittadino<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> GROZIO U., nel *De iure belli ac pacis*, I, 1, 10 parla della giusta ragione affermando

<sup>34</sup> Tali diritti trovarono espressione nella Dichiarazione americana di indipendenza del 1776 e nella Dichiarazione francese dei Diritti dell'Uomo del 1789. Quest'ultima fu poi trasfusa nell'introduzione alla Costituzione del 1791. Anche il progetto della Commissione della stesura del *Code Napoleon* contiene una espressione che rappresenta il cardine di questa filosofia

La più evidente caratteristica del diritto naturale di questi tempi resta, comunque, il laicismo: la *lex naturalis* veniva sviluppata senza alcun appoggio nella teologia e nella rivelazione, solo sulla base della natura umana.

Nei sistemi prettamente filosofici, l'elemento nuovo è la convinzione di aver individuato un metodo scientifico ed inconfutabile che potesse sostituire la ricerca di sicurezza nel trascendentale. Il maggior esponente di questa corrente fu Kant.

Bastò trovare un sicuro punto di partenza per poi affidare tutto il susseguirsi ad una serie logico-deduttiva di assiomi<sup>35</sup>.

Il contenuto ideologico del diritto naturale di quest'epoca fu individualistica e libertistica. Lo stato doveva interferire il meno possibile nella vita dei singoli cittadini e doveva essere suo compito peculiare quello di difendere la sicurezza, la

---

giuridica: "Il esiste un droit universel et immuable, source de toutes le lois positives; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes".

<sup>35</sup> Cartesio assunse come punto di partenza la celebre proposizione *cogito ergo sum*. Kant, nel 1781, arriva ad una conclusione di radicale differenza con il *cogito* di Cartesio: la conoscenza delle cose diventa condizione essenziale per la conoscenza di sé. È possibile raggiungere la conoscenza di sé soltanto conoscendo le cose e la durata è garantita dallo spazio e sostenuta dal mondo. A differenza del *cogito* cartesiano, l'*io penso* kantiano accompagna indubbiamente tutte le nostre rappresentazioni, ma non può staccarsi dal soggetto e diventare esso stesso il proprio soggetto. Secondo Cartesio dubitare di ogni cosa (compreso degli oggetti del pensiero) ha come risultato quello di isolare il soggetto che diventa il proprio oggetto: dubitando di tutto si arriva all'intuizione immediata di esistere come soggetto pensante (*res cogitans*). Secondo Kant, invece, non c'è intuizione possibile del *cogito* senza contenuto del pensiero: non si raggiunge la conoscenza della propria esistenza se non grazie alla rappresentazione dell'oggetto. L'io, se può dubitare di tutti gli oggetti, non può dubitare della totalità del mondo. Lo spazio è quanto garantisce l'oggettività della conoscenza, anche quella di sé. Inoltre, nel pensiero di Kant, non è concepita solo la "immaginazione", ma pure la "esperienza" sia delle cose esteriori che interna di sé. Quest'ultima è possibile solo presupponendo l'esperienza esterna. Questa concezione sfocia nel celebre teorema espresso nel *Critica della ragion pura*: "La conoscenza semplice, ma empiricamente determinata, della mia esistenza personale prova l'esistenza degli oggetti nello spazio e fuori di me". La coscienza della propria esistenza personale richiede qualche cosa di permanente nelle proprie percezioni che sia distinto dalle rappresentazioni personali, e cioè l'esistenza delle cose "fuori di me".

proprietà privata e la libertà contrattuale<sup>36</sup>. Per l'appunto, Kant definì la libertà come il diritto originario dell'uomo nella forma a tutti evidente di "ordine umano del mondo"<sup>37</sup> e creò, con la celebre espressione contenente un imperativo categorico "un comportamento è giuridico se la libertà di compierlo è compatibile con la libertà di chiunque altro, secondo una legge generale"<sup>38</sup>, il manifesto del diritto naturale dell'epoca illuministica. Tanto, nel campo della filosofia del diritto, comportò una sistematizzazione del diritto naturale simile a quella del diritto positivo.

Il progetto del razionalismo fu quello di dedurre un sistema giuridico composto da pochi principî chiari evidenti ed incontrovertibili<sup>39</sup>.

In tale modo la conformità alla legge di natura garantiva i soggetti rispetto ai suoi comandi in quanto essi erano espressione di qualcosa d'immutabile e giusto: la legge naturale, quindi, vincolava il legislatore e non si rivolgeva ai

---

<sup>36</sup> Osserva GROSSI P., *La cultura del civilista italiano – Un profilo storico*, Milano, 2002, 3, nt. 6, che si tratta di una arguta operazione strategica del crescente ceto borghese che collocandosi nell'ambito del diritto naturale si assicurava una posizione sicura ed intangibile nei confronti dei poteri politici e confermava, appunto, l'importanza di istituti vitali per il libero esercizio della vita economica, come la proprietà privata e il contratto.

<sup>37</sup> KANT I., *Critica della ragion pura*, Milano, 1976, 589 ss.

<sup>38</sup> ROSS A., *Diritto cit.*, 234, sostiene che questa affermazione è in sé prima di significato, ma ciò è trascurabile se vi si coglie il senso della intenzione dell'autore. Secondo Ross, l'intenzione di Kant era chiaramente quella di propugnare il massimo di libertà, limitandola soltanto nel suo stesso interesse.

<sup>39</sup> La vera novità kantiana fu quella di far discendere l'ordine universale dalla personificazione della "buona volontà" nell'*homo noumenon*: affinché l'umanità sia, bisogna che l'uomo sia come l'umanità stessa richiede.

cittadini come il diritto positivo<sup>40</sup>. D'altra parte, però, il diritto naturale era considerato un insieme di norme rivolte direttamente ai soggetti sotto forma di diritti e doveri.

L'elaborazione di questo diritto fondato sulla ragione si esprime nelle codificazioni dell'Europa continentale del XVIII sec. che si preoccuparono di offrire un sistema di norme volte a garantire la libera autonomia di espressione per l'esercizio delle attività personali e patrimoniali del cittadino.

Lo Stato "naturale" del giusnaturalismo del XVIII sec. è metastorico, perché è pensato come una creazione precedente alle dinamiche associative di autolimitazione dei soggetti ed è concepito come una sorta di <<paradiso terrestre in cui circolano singoli individui immuni da vincoli soci-politici<sup>41</sup>>>.

## 2.5. La provvisoria scomparsa del diritto naturale

Si ritiene, generalmente, che dopo la Restaurazione successiva alla Rivoluzione francese, non fu costruito nessun

---

<sup>40</sup> Secondo quanto indica GROSSI P., *op.cit.*, 4 s., il giusnaturalismo immaneista sei-settecentesco, aveva creato un diritto civile «che aveva la buona e la cattiva sorte di essere pensato e risolto in una specie di superiore e generale scienza odinante, scienza categoriale, scienza pura, scienza di pure forme, a cui il trascorrere dei fatti storici si sottometteva». Questa strategia giusnaturalista, insomma, dava vita ad un diritto civile del tutto astratto, ovvero destoricizzato, pensato e risolto in schemi categoriali universi, immutabili e, quindi, eterni, poiché fondati su una legge di natura interpretata nella sua assolutezza.

<sup>41</sup> GROSSI P., *op.cit.*, 3, nt. 7.

nuovo sistema di diritto naturale tanto che lo stesso concetto sembrò scomparso.

In Germania, nel sec. XIX, fiorì la filosofia della storia romantica-conservatrice la quale, in opposizione alle astratte congetture giusnaturaliste, fissò la sua attenzione sulla evoluzione storica. Tale filosofia fa capo alla Scuola Storica i cui fondatori furono von Savigny e Puchta. Nozione fondamentale della scuola storica fu quello di promuovere l'idea di un diritto non creato da una decisione razionale, bensì espressione propria della civiltà di un popolo, del suo spirito e della coscienza giuridica popolare.

La fonte del diritto diventa, quindi, la consuetudine e non già la legge.

In Francia Comte fondò una scienza positivista che mirava a fondare la politica sulla sociologia. Inoltre, l'attenzione dei giuristi era tutta pre l'interpretazione del *Code Napoleon* appena entrato in vigore e persero interesse per le riforme giuridiche e per il diritto naturale. Tutto era, ormai, incentrato sul diritto positivo: il Codice, a sua interpretazione e relativa applicazione.

Lo stesso accadeva anche in Inghilterra dove si riscontrano analoghe tendenze storicistico-conservatrici, nonostante

l'influenza della filosofia di Bentham: l'ideatore dell'utilitarismo. Egli fu accanito contestatore del giusnaturalismo del XVIII sec., ma la elaborazione del suo indirizzo filosofico, sotto molti aspetti si avvicina al diritto naturale. Bentham edificò una dottrina morale incentrata unicamente sul principio di utilità, ovvero su un criterio che mirava al raggiungimento della felicità per il maggior grado di persone possibile<sup>42</sup>.

In realtà, però, questa opinione diffusa di scomparsa del diritto naturale nel corso dei secoli successivi al XVIII è considerata erronea da una certa dottrina<sup>43</sup>.

Tale dottrina identifica la reazione filosofica del XIX sec. non propriamente antinaturalista bensì antiindividualista e antilibertista. In tale modo riesce ad intravedere e sostenere che le varie teorie filosofiche del XIX sec. possono, in realtà, essere ricondotte al diritto naturale per varie ragioni.

Lo storicismo sostiene che la storia è l'unico criterio per distinguere il bene dal male. La morale, quindi, non deve essere ricercata nell'individuo bensì nelle istituzioni sociali e

---

<sup>42</sup> La tendenza della filosofia di Bentham fu libertistica e il suo metodo astratto. La sua etica pone al centro il problema della felicità umana nel solco della tradizione classica. La felicità si identifica col piacere ed ogni uomo è libero di perseguire ciò che più desidera. In ogni caso, per quanto concerne la determinazione dell'uomo a seguire i propri interessi è chiaro che egli debba anche contemperarli con gli interessi diversi dai suoi. Sulla scia di questa influenza, la filosofia giuridica guidata da Austin e dalla sua Scuola Analitica ebbe una grande influenza sul pensiero giuridico inglese.

<sup>43</sup> Ci si riferisce al pensiero di ROSS A., *Diritto cit.*, 234, che definisce questo periodo come quello del "giusnaturalismo travestito".

giuridiche nella loro evoluzione storica. Il giudizio storico diventa ed è il giudizio morale. Confrontandolo con il giusnaturalismo aristotelico-tomista, la differenza tra queste dottrine, consiste solo nella sostituzione della natura umana con la storia. Sono l'umanità e la sua storia che determinano ciò che è bene e non già l'essenza delle cose a determinare l'impulso di ogni cosa verso un fine.

Di questa idea di base vi furono svariate costruzioni, ma la più celebre è sicuramente quella di Gorge Wilhelm Friedrich Hegel. A suo giudizio, la ragione e lo spirito sono l'essenza intima dell'esistenza ed attraverso di essi egli avrebbe potuto interpretare l'intera realtà e dedurne i più sorprendenti risultati<sup>44</sup>. In politica Hegel elevò il popolo tedesco ad unico eletto a realizzare lo scopo ultimo dell'esistenza e lo stato prussiano del 1821 appariva il prototipo del vero stato.

Nel campo della filosofia morale pensava che tutto ciò che di fatto esiste in realtà è buono e valido. Spesso lo esprimeva con la frase *was vernünftig ist, das ist wirklich; und das wirklich ist, das ist vernünftig*. La sua idea era che ciò che è morale non può essere il risultato del ragionamento umano, ma rivelato dalle istituzioni storiche.

---

<sup>44</sup> POPPER K. R., *The open Society and its Enemies*, casa editrice, Londra, 1945, 25 ss.

La scuola storica di giuristi si basò su Friedrich Wilhelm Schelling più che su Hegel e, applicando al diritto la sua concezione della storia come unico motore in cui ogni uomo è predestinato, arrivò a strutturare un diritto che nasce per necessità del fato e al legislatore spetta solo di aiutare la crescita del diritto, non a crearlo poiché ogni suo intervento è destinato a fallire.

Molto simile fu anche la costruzione sociologica di Auguste Comte che individuava i diversi stadi della civiltà non nelle leggi di causalità, ma nel fato. Esse sarebbero l'espressione di una necessità determinata da un fine e che, a sua volta, determina sia il reale sia ciò che è degno di valore.

Questa che è stata definita sociologia in realtà potrebbe essere vista come una metafisica giusnaturalistica più che una scienza empirica.

Tracce di giusnaturalismo possono essere individuate anche nel tardo utilitarismo di John Stuart Mill che, nel suo *On Liberty*, limita la libertà di agire agli opposti diritti soggettivi delle altre persone che devono essere necessariamente i diritti naturali.

Lo stesso ragionamento vale anche per gli sviluppi evoluzionistici dell'utilitarismo di Herbert Spencer che si



allineò al giusnaturalismo kantiano limitando la libertà dell'uno alla libertà dell'altro.

Similmente anche Rudolf von Jhering con la sua idea di giustizia legata alla sicurezza delle condizioni dell'esistenza sociale sembra agganciarsi ad un'idea di giusnaturalismo molto antica come quella di Eraclito.

Questi esempi brevemente riportati, avvalorano la tesi dottrinale riportata che, probabilmente a ragione, dimostra un continuo fiorire di giusnaturalismo metafisico mascherato in teorie apparentemente ad esso ostili. Appare, quindi, più giusto parlare di scomparsa dei sistemi razionalistici di diritto naturale più che del diritto naturale dovuto al mutamento politico che rese chiaro come la illimitata libertà, specie quella contrattuale, non aiutava i più deboli, ma i più forti. E, gradualmente si comprese che una regolamentazione sociale poteva essere necessaria per difendere i membri più deboli della società.

## 2.6. La riscoperta del diritto naturale.

Tenendo presente quando avvenuto nel secolo precedente, i pensatori del XX sec. riscoprirono apertamente il diritto

naturale. La confusione politica, le guerre mondiali incoraggiarono fortemente il giusnaturalismo.

Un desiderio di giustizia e un bisogno di affermazione di diritti dell'uomo fu alimentato dalle violente hitleriane e dai regimi assolutistici.

In realtà, furono definitivamente abbandonati il liberismo e l'individualismo illuministico per approdare ad una ideologia sociale e collettivistica. Tuttavia il diritto naturale che ne derivò non fu una rievocazione dei sistemi razionalistici del XVIII sec. bensì una ripresa di un certo filone scolastico. Infatti, i sistemi naturalistici del XX sec. non furono sistemi originali quanto per lo più ampliamenti di dottrine già "note".

Per cominciare, in Francia, riprese il tomismo profondamente radicato alla tradizione cattolica; mentre in Germania riapparirono varie correnti neokantiane, distanziandosi di poco dalla morale di origine.

Il giusnaturalismo di Rudolf Stammler fu di stampo prevalentemente formalistico e la sua idea fondamentale era quella di una società di individui liberi e da cui nascono le idee di giustizia e di diritto giusto<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> FRIEDMANN W., *Legal Theory*, xxxxxx, xxxxx, xxxx, 93 ss e cfr. anche STONE J., *Province and Function of Law*, xxxxxx, xxxxx, xxxxx, 319 ss.

Anche le correnti razionaliste furono in certo qual modo riprese mettendo radici nell'impianto di Deguit. Come Grozio, Deguit cerca di far derivare il diritto dal solidarismo, ovvero dal fatto che l'uomo può esistere solo in società con i suoi simili e benché si mostri aperto oppositore del naturalismo, in fondo il suo *droit objectif* è un diverso modo di esprimere il diritto naturale.

Oltre a questi rappresentanti, comunque, il secolo XX è fecondo di rappresentanti che raffigurano un giusnaturalismo eclettico senza preoccuparsi del fondamento filosofico. Molti sono, infatti, gli scrittori che fondono elementi sociologici con reminiscenze del giusnaturalismo razionalistico<sup>46</sup>.

### 3. La nascita della scienza bioetica

La nascita della bioetica è estremamente controversa. Secondo i più<sup>47</sup>, il sentimento bioetico sarebbe nato intorno alla metà degli anni '40 dello scorso secolo. La guerra mondiale che aveva appena sconvolto il continente europeo,

---

<sup>46</sup> Un esempio sono le numerose opere di François Gény che, tuttavia, si occupano tanto della spiegazione filosofica dei fattori razionali ed ideali del diritto tanto della loro elaborazione nello studio dogmatico e nella amministrazione della giustizia.

<sup>47</sup> Sul punto, nel nostro paese, è ancora aperto il dibattito che vede confrontarsi la bioetica laica con quella di impronta cattolica. Per una esposizione cfr. RUSSO G. (a cura di), *Storia della bioetica. Le origini, il significato, le istituzioni*, Roma, 1995, 12 ss.

continuava a disperdere i propri effetti mostrandosi nei suoi orrori più grandi attraverso il Processo di Norimberga

Convenzionalmente, comunque, si afferma che la nascita della parola “bioetica” sia avvenuta nel 1970, quando il termine inglese che la individua (*bioethics*) fu usato per la prima volta da un oncologo dell’ Università del Wisconsin, Van Rensselaer Potter, e, straordinariamente, quasi in contemporanea, da un ostetrico della Georgetown University, André Hellegers.

Da un ambito prettamente biomedico, la bioetica si è estesa, poi, secondo una definizione di W.T. Reich, fino a comprendere «lo studio sistematico delle dimensioni morali della scienza e della vita e della salute, mediante l’utilizzo di approcci etici diversi e all’interno di un contesto interdisciplinare<sup>48</sup>».

L’esigenza di riflettere in maniera compiuta su questi aspetti è, con certezza, direttamente collegabile all’incidenza del progresso scientifico e medico, nella misura in cui esso ha creato nuove situazioni che riguardano direttamente la vita umana e non. Se, dunque, la riflessione giuridica si innesta su una più generale riflessione etico-filosofica, tuttavia, i principi

---

<sup>48</sup> REICH W.T. (a cura di), *Enciclopedia of Bioethics*, New York, The Free Press, 1978, XIX.

giuridici rimangono un canale privilegiato per lo studio dei fatti della vita materiale di cui si occupa il sapere della bioetica. In questo senso i giuristi hanno proceduto ad una valutazione giuridica (tanto sotto il profilo del *iure condendo* che di quello del *iure conditum*) dei diversi problemi sollevati dalle situazioni pratiche riferibili all'etica della vita. Il binomio diritto privato - bioetica viene definito biodiritto, ed è inevitabile che, in una dimensione più strettamente giuridica, i problemi che scaturiscono da convinzioni di tipo etico si intersecano soprattutto con i diritti umani e i diritti della personalità.

Mentre, naturalmente, nell'ambito del biodiritto non vi sono tematiche riconducibili al diritto civile inteso in senso tradizionale ovvero incentrato sui rapporti tra privati, continuamente, invece, emergono nella valutazione della condizione umana analizzata in una prospettiva bioetica problemi, per così dire, di diritto pubblico concernenti i valori costituzionali.

Data la posizione di assoluta centralità che hanno assunto, oggi, i diritti umani sia nella riflessione etica che in quella giuridica, si impone, allora, la necessità di adeguare all'attuale momento storico il rapporto tra progresso scientifico e diritti

umani, al fine di rendere armonica la relazione tra  
l'avanzamento tecnico-conoscitivo e l'ordine morale culturale  
e giuridico.

## **Il soggetto**

Esami a più livelli possono essere effettuati del termine soggetto prima ancora di definire la sua portata nel mondo giuridico e, in particolare, nel diritto privato. Infatti, il termine, dal punto di vista meramente lessicale, è generico e ha rilevanza in molti campi scientifici.

A livello grammaticale, ad esempio, il soggetto individua il centro da cui dipende la corretta esposizione della proposizione. Se così non fosse, pur non rappresentando, il soggetto, garanzia di veridicità, un discorso, una frase, risulterebbe quanto meno incomprensibile. In un contesto di questo tipo, quindi, il soggetto rappresenta la garanzia della non contraddittorietà logica della proposizione, della sua sensatezza.

Allo stesso tempo, in un discorso, il soggetto è presente sia in quanto rappresenta la cosa di cui si parla, sia perchè è colui che lo riferisce. Sul piano della comunicazione linguistica, quindi, la presenza del soggetto è indiscutibilmente rilevante, quanto necessaria.

L'analisi effettuata sulla rilevanza esistenziale del soggetto e della sua «significanza della comunicazione» è

estremamente interessante e permette di evidenziare come il soggetto umano possa essere individuato tanto come soggetto attivo tanto come passivo.

È da rilevare che il soggetto uomo in tale ambivalenza è assolutamente indistinguibile da tutte le entità che possono essere soggetti sotto entrambi i profili appena menzionati. Tanto è ancor più vero quando si considera la attitudine dell'uomo ad essere soggetto passivo. Attitudine che, comunque, non compete solo all'essere umano razionale.

Nell'ambito del diritto, però, ciò che viene esclusivamente preso in considerazione è esclusivamente l'uomo: nei sistemi più antichi anche sotto la duplice valenza attiva e passiva.

Dal sistema romanistico abbiamo conoscenza del fenomeno della schiavitù, ma non si può evitare di sottolineare come, in ogni caso, anche altri sistemi, ad esempio quelli totalizzanti, effettuino una sorta di qualificazione degli individui come passivi<sup>49</sup>.

È doveroso, però, ricordare che queste diminuzioni sono state combattute e contestate dalle società civili moderne, anche moralmente, e tanto è dovuto soprattutto alla evoluzione

---

<sup>49</sup> Notevole influenza hanno su questo gli impianti religiosi. Come si può osservare quanto abbia contribuito la religione cristiana ad allontanare il concetto di schiavitù nel mondo dell'antica Roma, tanto oggi si può osservare come religioni integraliste o primitive comprimano i diritti di parte degli individui sottoponendoli a barbarie fisiche o psicologiche. Purtroppo, è frequente che di tanta illogica brutalità siano destinatari soprattutto donne e bambini.



giuridico normativa. Il giurista moderno, quindi, non può non tenere conto di come ad es. lo stesso sistema romano avesse via via concesso agli schiavi sempre più diritti, quanto meno sotto il profilo umano.

È ovvio, quindi, che questa evoluzione in primo luogo storica e poi giuridica vieti al giurista di pensare al soggetto “uomo” come soggetto passivo. Tuttavia la determinazione di cosa sia il soggetto è tutt’altro che risolta nel mondo giuridico quanto in quello etico.

Le dottrine filosofico-giuridiche contemporanee hanno in più modi risolto la questione. Tali modi possono essere ricondotti per lo più a due grandi macroaree.

La prima ha trovato la sua espressione più esaustiva in Kelsen, il quale individua il soggetto giuridico attraverso la sua appartenenza ad un determinato ordinamento giuridico che gli attribuisce diritti e doveri. Seguendo l’evoluzione filosofica che ha influenzato i grandi sistemi giuridici, la sua individuazione potrà dipendere dallo storicismo del *Volksgeist* di Savigny oppure dalla mera statuizione del legislatore, ma comunque sia il soggetto –o la persona poiché dall’Autore<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> In verità, la dottrina autorevole civilistica italiana pare esprimersi diversamente sul punto. BIANCA C.M., *Diritto civile*, I, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2002, 136 afferma senza dare adito, sembra, a nessuno spiraglio di dibattito sul punto che la nozione di soggetto attiene semplicemente al dato formale della titolarità delle posizioni giuridiche, la nozione di persona fa riferimento ad un

ritenuti equivalenti- sarà <<non una realtà naturale, bensì una costruzione giuridica creata dalla scienza giuridica<sup>51</sup>>>. Ne consegue, quindi, che il soggetto è non una realtà naturale, ma un concetto astratto determinato e determinabile in base alle volontà di chi influenza il sistema di appartenenza. In questa prospettiva, il soggetto viene presentato come soggetto passivo unicamente del diritto. L'astrazione dal riferimento antropologico è completa, l'unico riferimento è costituito dall'assunto che il soggetto "naturalmente" inteso è all'origine dei comportamenti.

In realtà, secondo tale concezione, quando la teoria generale del diritto concepisce il suo oggetto, il diritto, sia come dato in senso oggettivo che in senso soggettivo, pone alla base una contraddizione logica della teoria in quanto li considera entrambi esistenti contemporaneamente e si propone come contrasto quando si esprime con un dualismo tra diritti oggettivi e diritti soggettivi.

Contrasto irrisolvibile anche tentando di esprimere il rapporto di interdipendenza degli stessi affermando che nasce

---

soggetto che rileva per la sua natura fisica o giuridica e che in relazione a questa natura è dotato di capacità giuridica. Peraltro, il dibattito è stato molto vivace appunto riguardo alla soggettività giuridica delle persone giuridiche.

*Contra* RASCIO R., *Il diritto civile europeo tra ricerca dell'unità e tradizioni nazionali*, in *Contratto e diritto uniforme*, a cura di Venditti C. e Gatt L., Napoli, 2005, 187, afferma che la persona si è andata distinguendo dal soggetto affiancandosi allo stesso senza creare situazioni di prevalenza dell'uno rispetto all'altro, grazie a regolamentazioni tese unicamente a proteggere la persona ed a salvaguardarne il <<valore universale>> inteso come vita di ogni uomo. A questo proposito l'Autore si richiama alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York 20.11.1989 rilevando il significato innovativo della definizione puramente terminologica: si parla infatti di fanciullo e non già di minore.

<sup>51</sup> KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, 2ª ed., Torino, 1966, 198.

prima il diritto soggettivo (intendendosi per tale l'interesse, la volontà) e poi da esso scaturisce quello oggettivo (intendendosi la norma) tanto logicamente che temporalmente.

L'opposizione tra il diritto in senso oggettivo e soggettività giuridica si palesa in modo ancora più evidente quando si riscontra che il senso del diritto oggettivo <<come norma eteronoma è il vincolo, anzi la coazione, mentre l'essenza della personalità giuridica è invece la negazione di ogni vincolo, cioè la libertà nel senso di indipendenza o di autonomia<sup>52</sup>>>.

Questa è la concezione perseguita dalla scuola storica positivista del XIX sec. che chiaramente afferma che è una idea antistorica e inesatta quella per cui solitamente si ritiene che i diritti in senso oggettivo non siano altro che emanazioni del diritto nel senso oggettivo<sup>53</sup>.

Il concetto di soggetto di diritto, quindi, diviene in stretta interdipendenza con quello di diritto soggettivo, anzi non è che una sua espressione mutata. Nessuno, infatti, può attribuire dei diritti a se stesso se non nella misura in cui essi si realizzino nel concorde interesse degli individui coinvolti. Il diritto dell'uno, quindi, esiste soltanto poiché incontra il dovere

---

<sup>52</sup> KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2004, 78.

dell'altro. Nell'ambito del diritto privato, precisamente in relazione alla disciplina dei contratti, tanto comporterebbe una esistenza dell'autonomia soltanto in senso limitato ed improprio<sup>54</sup>. E ciò perché, *ab origine*, la determinazione della produzione di effetti giuridici da parte del contratto è stata stabilita del diritto oggettivo, non dal soggetto che lo pone in essere e questo limita l'autonomia. Per questo, tale dottrina, intravede una sudditanza dei diritti soggetti rispetto al diritto oggettivo. Il concetto di un diritto soggettivo diverso dal diritto oggettivo e indipendente da esso garantirebbe maggiormente l'ordinamento giuridico e anche la stessa istituzione del diritto soggettivo nella sua mutevolezza costante in quanto fondato sull'arbitrio umano e non di volta in volta (in base all'ordinamento di appartenenza) sulla ragione, sulla eterna divinità, sulla natura. Una simile costruzione potrebbe proteggere i diritti soggettivi e liberarli dall'oppressione del diritto oggettivo<sup>55</sup>.

Kelsen, inoltre, afferma che il fondamento reale dell'ordinamento non è l'anonima *Grundnorm*, bensì un vero e proprio soggetto reale che si identifica nell'autore della

---

<sup>54</sup> Si riporta la tesi del KELSEN H., *Lineamenti cit.*, 80.

<sup>55</sup> KELSEN H., *Lineamenti cit.*, 81, afferma che un ordinamento che non garantisce la libertà umana in questo senso non deve essere considerato in nessun modo come ordinamento giuridico.

stessa<sup>56</sup>. Dichiara, quindi, che il senso della norma sarebbe quello consistere in un atto di volontà diretto al comportamento altrui. Senza un atto di volontà, la norma non avrebbe esistenza né senso, sarebbe una semplice enunciazione incapace di produrre effetti e potrebbe essere percepita come non vincolante. E questa riconduzione della precettività della norma a un atto di volontà implica il riferimento ad un soggetto reale individuato nella sua realtà psicologica e volitiva del tutto personale<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> KELSEN H., *Teoria generale delle norme*, Torino, 1895, 4 e 55 ss. La *Grundnorm* come fonte comune ha la funzione di ricondurre la pluralità di norme ad un fondamento comune. Cfr. KELSEN H., *Lineamenti cit.*, 95.

<sup>57</sup> KELSEN H., *Lineamenti cit.*, 82 ss, chiarisce come la funzione di un ordinamento, specie di uno coattivo come quello giuridico, non può essere altra che il vincolo normativo degli individui ad esso assoggettati. Questo vincolo altro non può essere che l'obbligo linguisticamente individuato con la parola *Pflicht* dato che l'obbligo morale rappresenta esclusivamente un vincolo a cui l'individuo si sente obbligato dalla presenza di un accettato sistema di norme morali. Seguendo la strada della dottrina pura del diritto, Kelsen dimostra, inoltre, che effettivamente nei sistemi positivi si attua una <<riduzione del diritto soggettivo a diritto oggettivo>>. Come già certe idee positiviste del XIX sec. avevano abbozzato, la dottrina pura del diritto, riconosce nell'obbligo giuridico soltanto la norma stabilita che si concretizza nel comportamento dell'individuo e con ciò, diventa norma giuridica individualizzata ed emancipa definitivamente l'obbligo giuridico da quello morale. Quindi, un uomo risulta obbligato giuridicamente a determinati comportamenti in quanto tenendo un comportamento diverso, realizzerebbe ciò che dalla norma è posto come condizione di un atto qualificato come illecito. Se, poi, questo atto coattivo si rivolge contro un altro uomo, allora, si può realizzare ipotesi di responsabilità, in modo tale che esse risultino particolari specie di obbligo. In questo consisterebbe la funzione essenziale del diritto oggettivo. Inoltre, però, la norma può anche esprimere una autorizzazione. L'autorizzazione sarebbe una forma del diritto oggettivo e di cui esso può scegliere se servirsi o meno. E il diritto soggettivo non può esser indipendente da esso, dal momento che è diritto soggettivo proprio in quanto sottoposto al diritto oggettivo. Con tale ragionamento, la dottrina pura del diritto, arriva a dimostrare la sovrapposizione dei due sensi del diritto, cioè, il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo, ma è il diritto oggettivo stesso che si rivolge contro un soggetto (attraverso l'obbligo) oppure si mette a disposizione del soggetto (attraverso l'autorizzazione) in ragione delle conseguenze giuridiche che stabilisce. Non sfugge ad una dottrina italiana (cfr. ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, 7 ss.) che ha vigorosamente criticato, all'inizio del nostro secolo, l'ordinamento concepito come complesso di norme, che così il concetto di diritto oggettivo si viene ampliando nel concetto di ordinamento giuridico e che seppure è una esagerazione ridurre tutto il diritto al solo diritto pubblico, come aveva già affermato KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2<sup>a</sup> ed., Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923, 233 nun ist der Staat person nur seine Willens wegen, nur als Willenssubjekt ist er Recht und Pflichtenssubjekt, wie alle übrigen Rechtssubjekte. In der Rechtsordnung aber erscheint nichts andere als der Wille des Staates, das ist der Staat als Person, der den übrigen Rechtssubjekten rechtlich gleichgestellt ist. (e successivamente seguito anche in Italia da RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, 102), indubbiamente il diritto sarebbe principalmente pubblico ed il diritto privato ne sarebbe una <<specificazione>>. *Contra* BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, I, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 1965, 51, n. 7, il quale afferma che il problema starebbe nella inconciliabilità fra il problema del fine e dei mezzi e tanto determinerebbe la complicazione della definizione del diritto *in toto*. Infatti, il problema dei mezzi rileva maggiormente nel pubblico e quello del fine nel privato, da cui il privato discende dal pubblico, ma non per questo si disperde in esso. *A contrario*, poiché i mezzi sono ordinati ad un fine, il pubblico tende al privato, ma non vuol dire che si appiattisca in esso.

La seconda macroarea ha, invece, una caratterizzazione maggiormente politica ed affonda le proprie radici nelle rielaborazioni kantiane ottocentesche ed ai nostri tempi è stata riproposta da Hayek<sup>58</sup> e Nozick<sup>59</sup>. Questi modelli hanno riattualizzato l'idea di uomo libero e attivo di per sé come primo presupposto dell'ordinamento e, quindi, è soggetto di diritti in sé per sé.

Queste due arre di pensiero si oppongono l'una all'altra per il diverso approccio dato al rapporto (genericamente) tra diritto e soggetto.

Nel primo caso, il diritto determina il soggetto della identificazione; nel secondo, invece, ne è invece la proiezione. La divergenza tra i due modelli è abissale ed attiene principalmente alla concezione dell'individuo ovvero se il diritto debba tener conto della sua natura antropologica o meno.

Tale problematica, generalmente, si ritiene appartenga alla scienza filosofica e non tanto a quella giuridica proprio perché sono radicate nel pensiero giuridico ideologie che riconducono il concetto di soggetto esclusivamente all'essere umano antropologicamente concepito. Tuttavia, neppure la filosofia,

---

<sup>58</sup> Cfr. HAYEK F.H., *Law, Legislation and Liberty*, London, 1973.

<sup>59</sup> Cfr. NOZICK R., *Anarchia, Stato, Utopia. I fondamenti filosofici dello Stato minimo*, Firenze, 1981.

anche la più contemporanea, non ha raggiunto un definitivo accordo sul punto.

Due sono i filoni principali che si prospettano sulla scena filosofica. Tali, seppure sostenuti da scuole di pensiero diverse, si caratterizzano per essere ricondotti a due idee di base: l'una concepisce l'individuo nella sua rappresentazione umana solo se inserito nella realtà sociale in senso lato; l'altra sostiene la tesi secondo cui esiste un individuo che è la proiezione protetta del diritto.

Al primo indirizzo si agganciano le tesi idealiste di Hegel dello Stato etico, come quelle del socialista Marx. È evidente che queste due concezioni politico-filosofiche tanto distanti hanno in comune l'idea di porre al centro del ragionamento lo Stato e l'individuo vi è del tutto subordinato e quindi ammesso che sia riconosciuto come soggetto, lo è in senso passivo.

Rappresentanti decisivi, invece, del secondo orientamento sono Nietzsche<sup>60</sup> e Benedetto Croce. Il primo esalta l'individualità fino allo stremo e nel suo pensiero giustizia e legge hanno senso e realtà solo se riferiti all'individuo ed alla sua volontà<sup>61</sup>. Molto meno concitati i toni utilizzati da Croce

---

<sup>60</sup> Controversa è la questione se tale ideologia abbia influito sui giuristi del tempo nazista, meno lo è, però, la convinzione che essa sia divenuta fa fonte principale di ispirazione dell'antigiuridicismo più sfrenato, ossia del rifiuto della legge predeterminata in nome di diritti rivendicati dall'individuo preso nella sua soggettività assoluta.

<sup>61</sup> NIETZSCHE, *Die Unschuld des Werdens*, xxxxx, Stuttgart, 1956, 262.

che, da un diverso angolo visuale, giunge ad una stessa simile ricostruzione. Egli, partendo dall'idea di legge e dalla sua struttura finisce per individuare uno svuotamento della stessa in quanto afferma le sole leggi che esistono realmente sono quelle individuali poiché il volere di una classe è astratto e solo l'atto di volontà dell'individuo può renderlo concreto<sup>62</sup>.

Il risultato di questo secondo indirizzo è diametralmente opposto al primo, in quanto l'individuo non è soggetto "giuridico" perché voluto tale dall'ordinamento e, in questo senso soggetto passivo, ma è soggetto di per sé, soggetto attivo, autore del diritto vuoi perché istituisce l'ordinamento, vuoi perché lo rende reale.

Come si diceva, comunque, queste sono concezioni filosofiche che difficilmente si può affermare abbiano concretizzazione nel mondo del diritto positivo e del giurista che lo interpreta e sistematizza.

In realtà, la struttura più diffusa nei sistemi positivi è quella di un soggetto psichico-corporeo dotato di raziocinio e volontà (anche solo come potenzialità). Anche in maniera elementare, tale ricostruzione, è generalmente in tutti i sistemi moderni.

Tale ricostruzione è ritenuta valida in quanto il riferimento

---

<sup>62</sup> In verità la sua stessa idea muterà nel tempo, e, quasi cadendo in contraddizione, affermerà che l'individuo non è responsabile delle sue azioni in quanto si è "resi responsabili" dalla società che impone le azioni da porre in essere e il soggetto diventa passivo perché è assoggettato alla utilità sociale.



antropologico permette di avvalorare le attribuzioni all'individuo di doveri ed obblighi realizzabili e l'imputabilità e responsabilità dei suoi comportamenti, al di là delle impossibilità indipendenti dalla sua volontà. Invero, questi sistemi prendono in considerazione anche i rapporti intersoggettivi e i diversi *status* che caratterizzano l'essere individuo, avvicinandosi, quindi, alle idee che vedono l'uomo come essere libero e fonte di attività ed approdando ai risultati sempre validi della critica kantiana circa l'impossibilità degli arbitri individuali non conformi a una legge universale.

La dottrina filosofica oggi, però, non è ancora riuscita a determinare o semplicemente a replicare validamente le considerazioni sulla soggettività effettuate dall'esperienza giuridica e dagli ordinamenti positivi lasciando ancora irrisolta la questione della determinazione del soggetto seguendo una strada filosofica che non disconosca quanto fin ora individuato, ma ne approfondisca il senso dirigendosi verso ideologie strutturate non necessariamente antropologicamente.

## **L'oggetto**

Volendo partire dal significato semantico della parola “oggetto”, esso viene definito come “tutto ciò che il soggetto intende come diverso da sé”, ovvero come “tutto ciò che sussiste di per sé, indipendentemente dalla conoscenza”.

In termini generali, quindi, l'oggetto è qualcosa di esterno ad un determinato punto di osservazione e, pertanto, in un dato campo di osservazione costituisce oggetto tutto ciò che rientra nel campo di osservazione assunto.

Nel campo del diritto, *mutatis mutandi*, l'oggetto starebbe ad indicare i fenomeni che si manifestano in tale ambito e sui quali esso stesso agisce; oggetto del diritto sarebbe, in sostanza, la realtà stessa messa in moto dall'attività umana e a cui l'ordinamento fornisce una regolamentazione in termini giuridici.

Dietro tale definizione, si nasconde a ben vedere una duplice accezione dell'oggetto di diritto, che è sia ciò che manifesta rilevanza alla stregua dell'ordinamento giuridico, sia ciò che esso interviene *ex post* a disciplinare, pur dovendosi osservare che generalmente esiste coincidenza tra i suddetti ambiti.

Tuttavia, bisogna sottolineare che comunemente, nel lessico giuridico corrente, per oggetto si suole intendere, non solo tecnicamente l'oggetto del diritto, ma anche quello del rapporto giuridico, della prestazione, della norma ecc.. Si deve quindi preliminarmente prendere atto del fatto che la categoria che ci si aggiunge ad approfondire viene denotata con un'espressione, quella di oggetto, che ha un significato polivalente, acquistando rilievo in molti e diversi aspetti del diritto.

Alla luce di ciò, non resta che restringere il punto di osservazione alla prospettiva in cui l'oggetto starebbe ad indicare *sic et simpliciter* ciò su cui incide una tutela attribuita ad un soggetto, prospettiva che appare peraltro l'unica in grado di assecondare in modo puntuale esigenze sistematiche e di distinguere l'oggetto, in quanto correlato logico e pratico del soggetto, dagli altri fenomeni giuridici ai quali con la medesima espressione sovente si allude..

Ebbene, se in quest'ottica è possibile affermare che sono oggetto tutte quelle entità rispetto alle quali l'ordinamento conferisce un interesse al soggetto, si comprende che una delle metodologie di approccio alla problematica dell'oggettività

giuridica è proprio quella che la analizza dalla prospettiva del diritto soggettivo.

In questo senso la prima caratteristica evidente della nozione di oggetto è data dalla correlazione tra entità oggettiva ed interesse umano, che si specifica nel rapporto che, legandoli, determina una situazione che realizza per il soggetto un'*utilitas*.

Ciò che per il soggetto è l'*id quod interest* si pone nei suoi confronti in termini di oggetto.

Si potrebbe dire, quindi, che l'oggetto «non ha un'esistenza ontologica indipendente<sup>63</sup>», perchè il soggetto, l'interesse e l'oggetto costituiscono un *unicum* di uno stesso fenomeno, quello che attraverso l'individuazione dell'utile per il soggetto, crea l'interesse e lega soggetto ed oggetto.

È attraverso questa correlazione che avviene «l'identificazione tra interesse ed utilità» che costituisce un punto fermo delle discipline giuridico-economiche. Questa identificazione, peraltro, concorre a determinare un dato formale nella nozione di oggetto, quello di essere oggetto di protezione giuridica non in sé per sé ma in quanto oggetto di un interesse del soggetto. È, quindi, l'utilità a costituire

---

<sup>63</sup> MESSINETTI

l'elemento oggettivo della nozione di oggetto ed in relazione alla quale l'interesse del soggetto assume rilevanza giuridica nella forma di uno specifico strumento di tutela.

Ovviamente, in sede di filosofia giuridica e di teoria generale, questa concezione varia in base al punto di vista adottato rispetto al fenomeno dell'interesse.

La idea di norma come imperativo rivolto alla tutela di un interesse, implica la rilevanza della connessione, appunto, tra soggetto e oggetto.

Le teorie che, invece, configurano il fenomeno giuridico in funzione della volontà devono necessariamente porre in secondo piano l'interesse per dare maggiore rilevanza allo scopo che diventa la relazione logica tra la volontà e l'azione diretta verso l'esterno. In questo modo, allora, la norma non si esprime nella forma di strumento di tutela, ma nella forma di strumento atto alla realizzazione della propria volontà all'interno dello spazio giuridico.

Si ritiene<sup>64</sup>, sulla base della c.d. teoria istituzionale del diritto, che la prima realtà dell'esperienza giuridica non sia la

---

<sup>64</sup> Il dibattito in dottrina è vivace sul punto e d'altronde non potrebbe essere diversamente essendo alla base di ogni disquisizione giuridica che voglia farsi. Difficilmente potrebbe essere, peraltro, sintetizzato soprattutto per l'interesse generale che porta con sé. La letteratura è notevole. Per la breve trattazione operata ci si riporta a BÄHR P., *Gründzüge des Bürgerlichen Rechts*, 9<sup>a</sup> ed., Verlag Franz Vahlen, München, 1995, 3 ss; BARBERO D., *cit.*, 56 ss; BIANCA C.M., *Diritto civile*, I, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2002, 3 ss; BOBBIO N., *Norma giuridica*, in *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1965, 330; BOBBIO N., *Teoria generale della norma giuridica*, Torino, 1958, 75 ss; CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, 3<sup>a</sup> ed., Roma, 1951, 69; CASTIGLIONE S., *Normativismo*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1995, 167; DABIN J., *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, 215 ss.; HAESAERT

norma bensì l'istituzione, ossia l'“organizzazione”. La fase normativa non è ovviamente negata, ma rimandata e subordinata al momento fattuale al quale si connettono i precetti variamente sistematizzati. Il passaggio del *Sollen* al *Sein* va quindi interpretato solo come il momento di trasformazione del fenomeno giuridico. Si tratta di un procedimento di astrazione e tipizzazione, per il quale si individuano i caratteri comuni e ricorrenti di una serie di situazioni che hanno come protagonisti i membri della collettività organizzata. In questo senso il diritto diviene un fatto sociale che è organizzato da norme. Molto restrittiva, in questo senso, la visione kelsieniana che individua il diritto composto esclusivamente da norme che ne determinano il suo *Sollen*<sup>65</sup>. Nella impostazione di Santi Romano, invece, in senso più lato, l'organizzazione è predeterminata rispetto alla norma. Similmente il Dabin afferma «...*la fin de la règle de droit ne saurait être que la fin de la société...*».

---

J., *Sociologie générale*, Éditions Érasme, Bruxelles-Paris, 1956, 430 ss.; HAURIOU M., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967, 43; KELSEN H., *Lineamenti cit.*, 95; GAZZONI F., *manuale di diritto privato*, 11ª ed., Napoli, 2004, 3; LACRUZ BERDEJO J. L., *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed., Libreria Bosch, Barcelona, 1984, 11 ss; MEDICUS D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 9ª ed., C.F. MüllerVerlaggruppe, Heidelberg, 2006, 33; MODUGNO F., *Norma, (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 328; ROMANO S., *cit.*, 21 ss; SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del Diritto Civile*, 9ª ed., Napoli, 1973, 111; ROSS A., *Diritto cit.*; THON , *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, 11; TUHR (VON) A., *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Verlag von Duncker & Humboldt, Berlin, 1957, 64 ss.;

<sup>65</sup> Molto interessante è la trattazione che KAUFMANN A.- HASSEMER W., *Grupprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, 46, n.3 dedicano alla *Reine Rechtslehre* di Kelsen riportando un passo dal testo dell'autore «*Dieser Dualismus von Sein und Sollen bedeutet jedoch nicht, daß Sein und Sollen beziehungslos nebeneinander stehen. Man sagt: ein Sein kann einem Sollen entsprechen, das heißt: etwas kann so sein, wie es sein soll, und man sagt: das Sollen ist ein Sein, gerichtet, etwas soll, sein*».

Certo, tale discussione meriterebbe ben altro spazio di trattazione, ma ne è comunque necessario almeno un accenno per intravedere le conseguenze metodologiche dell'impostazione ad essa sottesa. Esse si possono anche cogliere nella dibattuta definizione del diritto soggettivo e quindi valgono a chiarire la posizione dell'oggetto rispetto ai diritti previsti dall'ordinamento. Infatti, escludendo la norma dalla categoria dei fatti giuridici e facendo dipendere dalla norma l'attitudine dei fatti a produrre effetti senza che essa stessa ne sia considerata la causa immediata, il diritto soggettivo viene inteso, in una accezione larga, come il riconoscimento diretto di un potere al singolo per la realizzazione di un suo interesse. Quindi, un potere inteso più che nei confronti di un bene, come un potere individuale attribuito ad un soggetto. In altri termini, la tutela è attribuita al soggetto quale strumento per realizzare determinate modificazioni della realtà e come collegato logico l'oggetto diviene l'elemento capace di caratterizzarne la forma ed il contenuto.

Fondamentale è, quindi, la teoria dell'oggetto<sup>66</sup> riferita ai diritti soggettivi oltre che ai rapporti giuridici in senso ampio.

---

<sup>66</sup> è da rilevare come la espressione stessa "oggetto di diritto" sia largamente dibattuta nel senso che gli Autori ne danno i significati più vari. Secondo FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 729, n. 1, «il termine oggetto è

Da tale punto di vista l'oggetto del diritto viene assunto come oggetto di una situazione giuridica soggettiva.

In verità, una semplificazione della teoria dell'oggetto, si limita a ritenere che oggetto sia ciò che non si configura come soggetto né come situazione giuridica soggettiva<sup>67</sup>.

---

adoperato in più sensi. Perché si parla di oggetto delle norme giuridiche...di oggetto dei un atto giuridico...di oggetto della prestazione.... CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3ª ed., Milano-Varese, 1953, 297, rileva che fra i giuristi nella pratica del diritto, il termine indica sia le cose corporali che quelli incorporali, nella sua accezione più propria l'oggetto dovrebbe avere il significato di situazione economica, cioè consiste nel rapporto di interesse. Nella dottrina tedesca il termine oggetto è rappresentato da varie parole a cui si collegano concetti diversi. *Sache; Gut; Objekt, Gegenstand*. Larga parte della dottrina più risalente ha utilizzato il termine *Objekt* per indicare l'oggetto in generale. Invece, molto diffusa la idea di parlare sempre di *gegenstand* in riferimento alla specifica normativa dl BGB. GIERKE O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, Leipzig, 1954, 56 ss., affermava «*Im western Sinne ist Rechtsobjekt alles, was den Gegenstand einer anerkannten Willen sberrschaft bidet...Unter den Begriff des Rechtsobjektes im weisten Sinne fallen daher auch die Rechtssubjekte...*»; KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, I, Johann Friedrich Sammerich, Altona, 1839, 155 ss., riteneva che «*Das Object des Recht ist jetzt immer der Wille...*»; per il ZITTELMANN, *Das Recht des Bürgerliches Gesetzbuch*, I, Leipzig, 1900, 76, «*Gegenstand umfasst Sachen un Rechts*; il CROME, *System ds deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen-Leipzig, 1900, 273 ss. come il Ferrara rilevava gli innumerevoli significati del termine anche nel campo del diritto civile tedesco. La dottrina prevalente del secolo XX ha, poi, posto l'accento sul termine *Gegenstand* ed assume particolare importanza l'opera di SOHM R., *Der Gegenstand. Ein Grunbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, 1905, 5 ss., il quale collegata in concetto di oggetto elusivamente a quello di *Verfügung* e quindi secondo le interpretazioni del Pugliatti e del Locatelli, al nostro potere di disporre. Ma tale visione fu anche molto contrasta e la dottrina si concentrò, piuttosto, sulla correlazione del concetto di *Gegenstand* con quelli di *Zubehör*, di *Früchte* (rispettivamente §§ 97 e 99) e quindi con i concetti tecnico-giuridici generali dell'ordinamento civile tedesco. Cfr. WIECHER F., *Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung*, in *AcP*, 148, 57 ss., il quale assegna al concetto di cosa una definizione ampia collegandola ad ogni diritto reale che si voglia intendere, introducendo l'ipotesi di un diritto che si verrà a definire. Significativa è una sua espressione che gli permette di dire che oggetto è tutto ciò che può essere oggetto di diritto. L'HUSSERL G., *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin, 1933, invece, effettua un esame dal punto di vista della proprietà evidenziando come si crei il legame concettuale oltre che giuridico tra *Eigentum* e *Sache*. Da un punto di vista più ampio di teoria generale si può far riferimento a BALLWEG O., *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1960. Significatiava la trattazione delle die Juristische Situation der Zeit che incomincia con la frase Jede Situatio ha teine innere Uriche und eine äußeren Anlaß. Innere Ursache sind die geistigen Bedingungen, äußere Anlaß die realen Gegebenheiten. Successivamente la dottrina è prevalentemente incentrata a comprendere il rapporto delle *körperperlichen Sachen* esclusivamente nell'ambito dei diritti reali e in particolare col diritto di proprietà. Cfr. HEDEMENN J. W., *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, xxxix de Gruyter & Co., Berlin, 1960. La dottrina più recente è attenta a cercare di comprendere fino a che punto si possa intendere il concetto di cosa corporale ed è attenta a porre l'accento sulle differenze tra cose corporali e cose *Unkörperliches*. Cfr. WIELING H. J., *Sachenrecht*, I, 2ª ed., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2006, 54 che spiega come ad. es. un programma per il computer sia una cosa incorporale e, quand'anche la si scaricasse da internet e la si applicasse al proprio computer in nessun modo diventerebbe corporale. Sul punto anche BYDLINSKI P., *Der Sachbegriff in elektronischen Zeitateer zeilos oder anpassungsbedürftig*, in *AcP* 198, 294 ss., il quale affronta anche il problema della immaterialità dell'energia elettrica. (Il problema delle energie è stato molto dibattuto anche in Italia, in particolare perché la giurisprudenza le considera cose corporali mentre larga parte della dottrina lo trova eccessivo e si limita a qualificale come cose in senso giuridico. In ogni caso, la qualificazione dell'art. 814 rende la situazione inevitabilmente chiara dal punto di vista della sua qualificazione, mentre in Germania la indicazione del § 90 sembrava un ostacolo alla qualificazione delle energie come beni. E, tuttavia, la questione non sembra tuttora pacifica). Molta attenzione c'è, poi, per il diffuso uso del termine *Sache* nel nuovo impianto del BGB, dovuto alla *große Lösung* entrata in vigore nel gennaio 2002. Con tale riforma l'impianto del BGB ha iniziato a tenere conto delle esigenze di particolari categorie di soggetti quali quelle del consumatore e dell'imprenditore stravolgendo l'originario concetto del rapporto con la cosa precedentemente inteso. È da rilevare che il termine *Sache* può avere anche altre accezioni come ad es. nel diritto processuale tedesco. Cfr. § 265 ZPO in BAUMBACH A., LAUTERBACH W., ALBERS J., HARTMANN P. (a cura di), *Zivilprozessordnung Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2007.

<sup>67</sup> Secondo il PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, 289, «da determinazione negativa dell'oggetto» mette in evidenza la relazione tra oggetto e soggetto, nel senso che l soggetto è il centro dell'azione e l'oggetto è l'elemento passivo.



In altre parole, tale dottrina –definibile tradizionale- ha inteso dare una definizione *a contrario* ma tuttavia positiva dell’oggetto giuridico e ha identificato tale concetto con la categoria giuridica della cosa.

A questo punto è imprescindibile fare riferimento alla norma con la quale il nostro codice civile ha inteso fornire la definizione del concetto di bene, cioè l’art 810 c.c. ai sensi del quale «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti». Alla luce di tale disposizione, secondo un’opinione, la nozione di bene si distingue da quella di oggetto del diritto: l’una attiene ad una realtà in senso naturale, l’altra ad una realtà logico-giuridica. Tuttavia, a fronte di tale corrente interpretativa che riconduce il concetto di oggetto giuridico alle sole “cose corporee”<sup>68</sup>, se ne registra un’altra che viceversa identifica l’oggetto giuridico con la nozione generale di “cosa/bene in senso giuridico”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> A questa interpretazione, l’esperienza tedesca fornisce un valido apporto. Superata –poiché troppo restrittiva- la vecchia traduzione del § 90 effettuata dal Maroi F. e riportata dal Nuovo dig. (voce cosa vol.IV torino 1938, 358, n.2) che recitava «cose secondo la legge sono solo quelle corporali», si è passati ad una traduzione più letterale «cose nel senso della legge sono soltanto gli oggetti corporali». In tal modo quindi i termini *Sache* e *Gegenstand* sono usati come equivalenti ed è il termine *körperliche* a fare la differenza nel senso che in tal modo identifica gli “oggetti corporali”. Come rileva il PUGLIATTI S., *Beni, (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 166 ss., nella terminologia lessicale tedesca non si riscontra piena rispondenza tra i termini (*Sache e Gut*), inoltre, il § 90 non contiene un concetto tecnico giuridico bensì una nozione giuridica di *Sache* senza riferimenti a concetti giuridici, ma solo affermando l’equivalenza tra le cose nel senso della legge e gli oggetti corporali. In questo senso osserva il LOCATELLI P., *Oggetto dei diritti*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 783, n. 6, rispetto al nostro 810 c.c. il § 90 BGB porrebbe più risalto alla circoscrizione della realtà fisica nel processo di qualificazione giuridica della “cosa in senso giuridico” e la nozione di *körperliche Gegenstand* avrebbe portata pregiuridica. In un certo senso rileva il FRANCESCHELLI R., *L’oggetto del rapporto giuridico (con riguardo ai rapporti di diritto industriale)* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 2, la dottrina tedesca ha accettato la scelta legislativa, ma poi ha costruito un nuovo *genus* quello del *Gegenstand*. Ma tale prospettiva di ampliamento è, comunque, anche propria della dottrina italiana rispetto all’810 c.c.

<sup>69</sup> In tal senso SANTORO-PASSARELLI F., *op. cit.*, 55.

Di conseguenza sotto il profilo naturalistico, l'individuazione è del bene come utile in relazione all'interesse del soggetto; sotto il profilo giuridico è l'elemento in base al quale si costituisce la tutela giuridica. Affrontando la discussione da questo punto, allora, la categoria dei beni e quella dell'oggetto trovano una corrispondenza in quanto i beni della realtà, ove si realizzi la connessione con la situazione soggettiva di tutela, rientrano nella categoria dell'oggetto e, in quanto tali, diventano beni in senso giuridico. Di più, in tal modo, secondo una certa dottrina, la differenza tra il concetto di bene e il concetto di oggetto si riduce ad essere essenzialmente terminologica<sup>70</sup>. Tuttavia, però, permane la specificità dei diversi criteri di individuazione delle due categorie.

Come si è visto, però, la disposizione di legge si presta ad equivoci e le correnti interpretative sul punto sono cospicue e varie, quindi, sono anche nell'identificazione del rapporto giuridico concettuale tra cosa, oggetto, bene, interesse e

---

<sup>70</sup> Il SANTORO-PASSARELLI F., *ult. cit.*, 56, in verità asserisce che in nessun modo la teoria dell'oggetto può basarsi sulla eterogeneità dei vari possibili oggetti dei diritti. Quindi sarebbe possibile una dottrina generale delle cose, intese come beni (nel senso di cose utili a soddisfare esigenze dell'uomo), la quale prescinderebbe dalla varietà di contenuto del diritto che incide sulla stessa.

scopo<sup>71</sup>. Tanto si può dire anche per quanto riguarda la classificazione del concetto di bene e di quello di cosa.

La questione, infatti, non può dirsi tuttora risolta poiché, i concetti di cosa e di bene non possono essere sovrapposti.

Nel citato articolo, il concetto di bene ha portata giuridica, contrariamente a quello di cosa che avrebbe una portata pregiuridica. Quindi sono bene, appunto, solo le cose che possono formare oggetto di diritti. Ciò vorrebbe dire che non tutte le cose hanno l'attitudine a formare oggetto di diritti, in quanto non tutte hanno i «requisiti dell'oggettività giuridica<sup>72</sup>». Il concetto di bene sarebbe, allora, più ristretto di quello di cosa, ma conserva in sé una portata più ampia in quanto vi sono beni che non sono cose<sup>73</sup> che dici di inserire un riferimento alle energie in questo punto?.

---

<sup>71</sup> Oltre alle già citate fonti dottrinarie si veda, fra gli altri, anche MAIORCA C., *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937; ID., *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939; BIONDI B., *I beni*, in *Trattato Vassalli*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1956; ID., *Cosa*, in *Noviss. Dig. Civ.*, IV, Torino, 1959. Francesco De Martino, *Della Proprietà*, 4<sup>a</sup> ed., III, in *Commentario scialoja branca*, Bologna Roma, 1976.

<sup>72</sup> In tal senso LOCATELLI P., *op. cit.*, 786. Vedi anche Torrente A. – Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, 17<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 117 ss.;

<sup>73</sup> Questa è l'opinione riportata dal LOCATELLI P., *op. cit.*, 786 e condivisa anche da SANTORO-PASSARELLI F., *op. cit.*, 56, secondo cui vi sono beni che non sono cose in «senso proprio» cioè una parte della materia circostante e questo sarebbe in linea anche con la collocazione sistematica della norma. Infatti, i diritti reali hanno ad oggetto una cosa in senso proprio e non un comportamento come gli altri diritti. Contrario, invece, il SATTA, *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. Comm.*, 1964, I, 350 ss. che non accetta la posizione di cui sopra perché da una interpretazione restrittiva della norma espressa dall'810 c.c. afferma che «se una cosa non è un bene per il diritto non esiste».

Allo stesso tempo, se è vero che il concetto di bene non si identifica con quello di cosa, tanto si potrebbe dire, invece, tra i concetti di bene e oggetto giuridico<sup>74</sup>.

Infatti è noto che, allo stato attuale, non tutti i beni sono cose (nel senso naturalistico del termine) potendo essi ben identificarsi con beni immateriali. Ed inoltre la norma sembrerebbe aver voluto intendere che per parlarsi di bene in senso giuridico fosse sufficiente la mera idoneità a divenire oggetto di diritto indipendentemente dalla sua qualificazione naturalistica.

La collocazione sistematica della norma, peraltro, sarebbe indicativa della funzione che il legislatore intese darle, ovvero della volontà di rimarcare delle scelte fondamentali sull'assetto dell'intero ordinamento giuridico. Peraltro, se si fa mente locale al contesto storico che ha fatto da sfondo alla nascita di questa norma, si comprende che la sua portata dovrebbe essere ridimensionata, essendo la sua efficacia, infatti, consistita «essenzialmente nel definire una realtà ideale, e precisamente nell'assegnare all'individuo una

---

<sup>74</sup> Sembrerebbe che l'art. 810 si limiti a qualificare come oggetto di diritti solo le cose corporali. In tal senso LOCATELLI P., *op. cit.*, 786. *Contra* TRABUCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, il quale afferma che «il termine cosa conserva il senso vastissimo di entità materiale ed immateriale».

posizione centrale nel sistema del diritto privato<sup>75</sup>». Anche tale valore ideologico, inoltre, oggi potrebbe ben essere messo in discussione, essendo la struttura del c.c. superata in prima battuta dalla Costituzione<sup>76</sup>, in secondo luogo dalla legislazione speciale (che non si è integrata ma si pone in conflitto) ed in terzo luogo dalle fonti di diritto comunitario.

Detto questo, si comprende che l'interpretazione della norma è sempre stata proposta nell'ambito di una concezione ideologica antropocentrica e diretta ad enfatizzare il diritto del singolo e che, coerentemente, ogni cosa materiale ovvero suscettibile di sfruttamento economico è stata ascritta alla categoria del bene giuridico.

Ma tale impostazione non è sempre passibile di essere condivisa, anche volendo valorizzare al massimo la sistematicità del Codice civile. Infatti, secondo certa dottrina, (tratt. Rescigno) ciò che conta è la «qualificazione delle situazioni giuridiche di cui le cose possono formare oggetto la quale non è riconducibile semplicisticamente alla signoria affermata su cose idonee a soddisfare bisogni umani».

---

<sup>75</sup> La citazione è da COSTANTINO M.- BELLANTUONO D.- PARDOLESI R., *I beni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, VII, Torino, 1982, 5.

<sup>76</sup> Dice IRTI N., *L'età della codificazione*, Milano, 1979, 26 «le leggi speciali....svuotano di contenuto la disciplina codificata ed esprimono principi che assumono una portata decisamente generale....le leggi speciali apparse un tempo come mero svolgimento di discipline generali, rivelano logiche autonome e principi organici che dapprima si contrappongono a quelli del codice civile e poi finiscono per soppiantarli del tutto.».

E la definizione dell'810 c.c. avrebbe come finalità quella di individuare non i vari beni, ma le modalità secondo cui ad una entità viene assegnata rilevanza giuridica<sup>77</sup>.

Assumendo questo come punto di partenza, allora, il riferimento al requisito dell'idoneità perderebbe di senso e la norma espressa dall'810 c.c. assumerebbe un'altra funzione: quella di prescrivere in termini generali ed astratti il processo attraverso cui un'entità si qualifica come bene<sup>78</sup>.

Detta in questi termini la teoria dell'oggetto scolorisce quella che è l'idea della dottrina di collegare la qualificazione dell'oggetto all'interesse<sup>79</sup> il quale rilevarebbe solo ai fini dell'identificazione delle ragioni per cui l'ordinamento giuridico interviene ed assume, mediante la tutela e la tipizzazione, un'entità come bene.

Anche il ricorso alla funzione economica, ovvero alla destinazione economica dell'oggetto, che già era stato contrastato poiché ritenuto superfluo in quanto una cosa utile poteva ben essere di scarso valore, viene scardinato da chi

---

<sup>77</sup> PINO A., *Contributo alla teoria giudiziaria dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 832 s..

<sup>78</sup> Tanto sostenuto dal PUGLIATTI S., *Beni cit.*, 174 sarebbe anche supportato dalla norma prevista dal 827 c.c.. Tale norma, disponendo che i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato. È certo, allora, che i beni immobili sono oltre che cose anche sempre oggetti di diritto. Quanto alle cose mobili il requisito dell'idoneità è irrilevante perché tutte le cose mobili possono divenire oggetto di diritto mediante occupazione. Ancor di più tale assunto risulterebbe valido per i beni immateriali che, seppur non esistendo in natura, acquistano rilevanza di oggetto per il semplice fatto di divenire punto di riferimento di un diritto. Da ciò l'Autore (171) afferma che una *res nullius*, infatti, non può definirsi rilevante sul piano giuridico pur essendo cosa dal punto di vista naturalistico e pur essendo in astratto idonea a divenire tale, poiché non è oggetto di un diritto.

<sup>79</sup> BETTI E., *Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 838 ss.

afferma che la funzione di un ordinamento giuridico non si disperde nel solo tutelare valori economici, pur non dimenticando il forte rapporto tra diritto ed economia<sup>80</sup>.

Dai brevi tratti evidenziati, si ricava, che la formula legislativa non certamente è univoca e che pare necessario ricavarla di volta in volta, attraverso i riferimenti normativi peculiari, senza che sia necessario creare a priori un concetto generale ed immodificabile e che la nozione di oggetto è, dunque, di carattere essenzialmente formale ed avrebbe la funzione di determinare in quale modo una entità viene assunta ad oggetto di un diritto soggettivo.

Dunque, se così fosse, allora ogni differenza presentata dalle varie entità sotto il profilo naturalistico sarebbe irrilevante sotto il profilo della teoria dell'oggetto. Tale differenze potrebbero rilevare solo in quanto determinano la modalità di godimento del bene, definendo diritti soggettivi ogni volta diversi. Ma questo può rilevare ai fini di uno studio delle situazione soggettive e, pertanto, non della teoria dell'oggetto che rimane unitaria<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> WEBER M., *Economia e società*, 2<sup>a</sup> ed. o II vol??, Milano, 1980, 3 ss.

<sup>81</sup> In questo senso SCOZZAFAVA O.T., *Oggetto dei diritti*, in *Enc. giur.* il quale riprende il PUGLIATTI S., *Beni cit.*, 174, riprendendo l'esempio che immagina una cosa oggetto di due diritti: quello di proprietà e di usufrutto. La cosa dal punto di vista naturalistico è, ovviamente, una, ma da punto di vista giuridico è oggetto di due distinti diritti. Quindi, a meno di pensare ad una duplicazione della realtà giuridica è da concludere che una cosa può essere oggetto di due diversi diritti in quanto essa, nel mondo del diritto, non rileva per il suo concreto esistere, quanto per il suo essere bene in senso giuridico.

In tal senso sarebbe sconfessata e superata la dottrina che individuava una teoria dell'oggetto basata sulle differenze naturalistiche delle varie entità e quindi la faceva coincidere con la teoria della cose, individuando l'oggetto ad es. nella persona in ambito di diritti della personalità o nelle cose in ambito di diritti reali.

Secondo la teoria unitaria, quindi, la persona umana e le cose non acquistano rilevanza per le loro caratteristiche naturalistiche ma in quanto beni, ossia quale «sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela<sup>82</sup>».

---

<sup>82</sup> Così PUGLIATTI S., *Riflessioni in tema di "universitas"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 992.



## L'identità

L'identità e le sue tematiche sono presenti in quasi tutti gli ambiti della bioetica ed in molti settori del diritto civile.

Molti Autori hanno ricondotto il concetto di identità a due teorie: quelle “non riduzionistiche” e quelle “riduzionistiche”. Al primo gruppo appartengono le concezioni che identificano la persona con un'entità esistente separatamente dal proprio corpo e dalle proprie esperienze. Secondo la variante più diffusa di questa concezione, riconducibile a Cartesio, una persona è un'entità puramente spirituale, ovvero un'anima. Tuttavia, in questa concezione non riduzionistica dell'identità, si annidano non poche difficoltà perché vengono presupposte caratteristiche degli esseri umani tali da renderli in grado di avere esperienze che si spingono oltre i fatti naturali.

Le concezioni riduzionistiche, invece, riconducono la nozione di persona a particolari riferimenti ontologici. Quindi, le persone sarebbero essenzialmente il loro corpo<sup>83</sup>. Ovvero, una persona sarebbe sempre ed ancora persona fintanto che il suo corpo continua ad esistere<sup>84</sup>. In ogni caso, questa

---

<sup>84</sup> Questa tesi, nel dibattito bioetico, è difesa sia da tutti coloro che affermano che l'embrione vada considerato *persona* sin dal suo concepimento sia, anche se implicitamente, da coloro che temono che la clonazione possa divenire un il modo per riportare in vita il soggetto morto.

concezione ha evidenziato numerosi punti critici prestandosi a numerose critiche<sup>85</sup>. Infatti, è considerata comunemente accettata la posizione di chi ritiene che la morte della persona coincida con la cessazione dell'attività cerebrale e, viceversa, che la nascita della persona avvenga al momento in cui emergono le condizioni che rendono possibile l'attività del ragionamento. Anche questa tesi, comunque, non è priva di critiche.

Altra soluzione è, invece, quella secondo cui le persone non sarebbero altro che la loro memoria. Partendo da questa prospettiva, una persona rimane la stessa se ricorda le sue esperienze passate o se, in ogni caso, presenta una continuità di memoria con i suoi "io passati"<sup>86</sup>. Anche questo criterio non è sembrato convincente: se le persone fossero riconducibili (e riducibili) alla loro memoria, dovrebbe essere possibile stabilire se esse durante la vita sono ancora in vita<sup>87</sup>.

È evidente, quindi, sarebbe giusto abbandonare il tentativo di stabile contorni definiti dell'identità personale, riconducendola

---

<sup>85</sup> Cfr. HERMANN M., *Identität und Moral*, Akademie Verlag, Berlin, 1995, 16 s., secondo cui è facilmente distrutta tale concezione pensando a come il cambiamento fisico delle persone non produce un cambiamento della identità del soggetto stesso. Ancora, WIGGINS D., *Locke, Butler and the Stream of Consciousness*, in RORTY OKSEMBERG A. (a cura di), *The Identities of Persons*, California University Press, Berkeley-Los Angeles, 1976, 151 ss., motiva il suo dissenso riportandosi ad un esempio che chiama in causa i faraoni mummificati. Infatti, se il corpo fosse il solo riferimento dell'identità delle persone, i faraoni (mummificati) sarebbero ancora viventi.

<sup>86</sup> In tal senso, v. PARFIT D., *Ragioni e Persone*, Milano, 1989, 264 s.

<sup>87</sup> Alcuni esperimenti mentali, cfr. PARFIT D., *op. cit.*, 294 ss. e WILLIAMS B., *Problemi dell'io*, Milano, 1990, 65 s., hanno dimostrato che l'identità delle persone può essere sfumata o non determinabile oggettivamente se i loro ricordi vengono sostituiti.

ad un'unica definizione contenente la concezione sostantiva del soggetto umano. Tuttavia, tanto non corrisponde ad accettare quelle concezioni che interpretano la nozione di identità personale come una nozione falsa, eliminando la dimensione soggettiva. L'alternativa preferibile, infatti, sarebbe quella di considerare la nozione di identità personale come una nozione etica che rinvia a quei tratti comuni, stabili e prevedibili delle persone grazie ai quali diventa possibile dare sulle stesse un giudizio di approvazione o disapprovazione grazie a considerazioni moralmente responsabili. Tuttavia, nulla di più discusso e di più incerto e misterioso rimane come la ricerca di una risposta alla domanda di cosa sia l'identità. E, in un quadro del genere, la curiosità del giurista per la dimensione dell'identità nasce, forse, anche dai paradossi che in essa si insidiano<sup>88</sup>. Infatti, la forza della portata del valore etico dell'identità, sembra essere un connotato eminente nella nostra cultura di oggi.

Sempre più diffusi sono l'amore e la difesa per l'unicità della persona come sostegno e senso dell'esistenza intesa ad individuare un proprio destino e, appunto, la propria individuazione.

---

<sup>88</sup> Si esprime così ZATTI P., *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Atti del seminario di studi L'identità nell'orizzonte del diritto privato, Padova 21.04.2006, Padova, 2007, 1.

È accentuata in ogni campo la difesa di ciò che ognuno rappresenta per se stesso e di ciò che può rendere se stesso riconoscibile all'esterno in modo da non essere confusi nella massa, ovvero, uniformati ovvero resi oggetti.

Confrontando il panorama tradizionale con quello attuale risulta manifesta la frequenza con cui si fa riferimento all'identità come principio portante ed distintivo di una molteplicità di diritti<sup>89</sup>.

In realtà, gli aspetti ai quali si faceva riferimento per la determinazione dell'identità, erano, nel campo del diritto privato, considerati come un elemento della personalità più che dell'integrità della stessa. Quindi, se ne analizzava la rilevanza in relazione ai segni distintivi, ai negozi e si scopriva un diritto all'identità personale come distinto per lo più dall'onore e dalla reputazione.

Ciò che colpisce oggi, invece, è la (ri)scoperta e la valorizzazione dei legami tra corpo ed identità ovvero con la propria coscienza biologica. In verità, tanto è seguito anche alle notevoli scoperte tecnologiche che hanno evidenziato gli aspetti peculiari e distintivi del corpo umano. Ma il legame tra corpo ed identità è in sé antico e non mancava di emergere

---

<sup>89</sup> Cfr. per il passato, BAVETTA V., *Integrità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 953 ss. e ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1993, 300.

anche nel diritto. Nel nostro codice ordinamento non mancano forme di tutela per l'immagine, il nome ecc., ma, come per ampia parte della tradizione giuridica, l'identità in sé considerata rimane ampiamente oscurata da una concezione del soggetto che, sebbene non astraie la persona umana dalla sua fisicità risente della impostazione che identifica l'io con gli elementi immateriali della ragione e induceva ad individuare il corpo come oggetto. Il corpo, infatti, non era considerato oggetto solo nelle parti staccate, bensì anche nella sua interezza<sup>90</sup>. Oggi, invece, il legame tra corpo e identità emerge prepotente e nello stesso tempo rileva le sue complessità e frammentazioni<sup>91</sup>. L'identità diviene il fulcro di una serie di valori che si richiamano l'uno con l'altro e che sviluppano attraverso la valorizzazione del principio dell'autonomia privata inteso come diritto di decidere della propria esistenza. A tal principio si legano, infatti, il diritto a conoscere la propria configurazione genetica unica ed

---

<sup>90</sup> Nota di zatti nebulosa dell'appartenenza?? La persona, però, come nota Zatti all'art. 1 c.c. è fatta coincidere con la semplice esistenza di un corpo vivente: quasi come se identità biologica e soggettività giuridica coincidessero.

<sup>91</sup> Cfr. SERRA (a cura di), *L'identità e le identità*, Torino, 2003 e D'AGOSTINO, *Introduzione*, in D'AGOSTINO (a cura di), *Il corpo de-formato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Milano, 2002, 1 ss.; FILIPPONIO, *Il corpo: principio d'identità. Un'introduzione*, in D'AGOSTINO (a cura di), *Il corpo de-formato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Milano, 2002, 97 ss.; PALAZZANI, *Corpo e persona: i percorsi filosofici della bioetica e della biogiuridica*, in D'AGOSTINO (a cura di), *Il corpo de-formato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Milano, 2002, 113 ss. e RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss..

inconfondibile<sup>92</sup> e i diritti volti alla tutela della *privacy* genetica in genere.

Si dà, quindi, rilevanza, in modo nuovo al corpo che diventa fonte di nuove informazioni, oggetto di continui *data bases*, ovvero una miniera di dati da cui attingere per le informazioni più varie.

Il corpo in sé sta «diventando una *password*<sup>93</sup>» capace di rendere la fisicità il sostituto delle parole chiave. Si pensi alle impronte digitali, alle man, ai tratti del volto, alla voce, alla scrittura, al dna.

Oggi si ricorre a questi dati biometrici sempre più frequentemente non solo come mezzi di accesso ai servizi più vari, ma anche come elemento di classificazione e di distinzione. Anche con riferimento all'identificazione, ovvero alla conferma dell'identità.

In tale modo, senza entrare nella sfera dei diritti alla salute, si accede al dibattito sulla disposizione del proprio corpo e più ampiamente a quello della “libertà” di autodeterminarsi attraverso la gestione del proprio corpo.

Ma questa rivincita della fisicità e del dominio sul corpo non implicano automaticamente dissociazione tra corpo e

---

<sup>93</sup> RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l'identità*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Atti del seminario di studi L'identità nell'orizzonte del diritto privato, Padova 21.04.2006, Padova, 2007, 23.

persona o tra corpo e tecnologia. Anzi, nascono nuovi e, forse più drammatici, problemi che derivano dal fatto che alcuni dati, anche molto sensibili, possono facilmente eccedere le finalità di identificazione della persona<sup>94</sup>. Partendo, quindi, dall'identificazione per la determinazione sempre più complessa della identità, si rischia di raggiungere un effetto di falsificazione della persona dovuto alla gestione indifferenziata dei dati della persona contenuti in diverse banche dati, ciascuna delle quali ha soltanto un frammento dell'identità complessiva. Riprendendo le parole di autorevole dottrina, siamo di fronte alla “dispersione” dell'identità<sup>95</sup>.

La nostra identità, dunque, è sempre più il frutto di una operazione in cui sono gli altri a giocare un ruolo decisivo, con una presenza continua di elaborazione e controllo.

---

<sup>94</sup> Questo è il caso ad es. dei dati genetici che rilevano peculiari dati riferibili non solo ad una persona, ma anche ai suoi consanguinei. Così dai dati di una persona, ci si impadronisce dell'identità genetica di un intero gruppo biologico.

<sup>95</sup> Ci si riferisce ancora a RODOTÀ, *op. cit.*, 23.

## **Gli animali**

Un'indagine sull'esistenza, presunta o reale, di un diritto comune non patrimoniale non può trascurare la tematica, peraltro di straordinaria attualità, relativa all'*an* e al *quomodo* della tutela che l'ordinamento giuridico riconosce agli esseri animali.

Le ragioni che giustificano l'esistenza di una siffatta tutela nel nostro ordinamento sono state, almeno fino a poco tempo fa, intimamente connesse con una visione fortemente antropocentrica del rapporto uomo-animale, essendo quest'ultimo considerato solo una *res* utile, e per certi aspetti indispensabile, al benessere e alla sopravvivenza del primo (basti pensare alle civiltà in cui la caccia era la principale fonte di sostentamento per l'uomo).

Quale che sia l'impostazione ideologica alla base della considerazione che il nostro ordinamento riserva agli animali, si deve osservare, ai nostri fini, che di essi si interessa proprio quella branca del diritto tesa alla tutela di beni giuridici a fronte di lesioni ingiuste, e ciò in modo indifferente all'esistenza di risvolti di natura patrimoniale: il diritto penale.



La constatazione dell'esistenza di una tutela penale dell'animale impone di rispondere all'interrogativo circa la natura diretta o indiretta della medesima, ossia di indagare se l'animale sia tutelato, secondo l'impostazione tradizionale, solo in modo funzionale ad interessi dell'uomo, o se lo sia nel suo valore intrinseco in quanto soggetto capace esso stesso di avere percezioni positive e negative.

Se, come la dottrina penalistica formatasi sull'oggetto del reato non manca di rilevare, l'inserimento di una fattispecie criminosa in un determinato capo del codice penale rappresenta la cartina tornasole del bene giuridico al quale il legislatore ha inteso fornire tutela, non sussistono dubbi che, almeno fino al 2004, anno in cui è intervenuta la Legge n. 189, la prospettiva in cui il legislatore italiano si era posto fosse quella di tutelare l'umana pietà verso gli animali e non certo gli animali stessi quali esseri vitali e senzienti.

L'inserimento della fattispecie di maltrattamento di animali nell'articolo 727 c.p., norma inserita tra le contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa e sociale ed in particolare la polizia dei costumi, denunciava in maniera neanche troppo velata che l'animale, lungi dall'essere soggetto della tutela, ossia soggetto portatore del bene giuridico protetto

dalla norma, fosse piuttosto termine di riferimento di una tutela apprestata in favore di un bene tutto umano (il sentimento e l'affezione per gli animali) e di cui lo stesso rappresentava solo incidentalmente l'oggetto materiale.

A questa impostazione, tuttavia, si è iniziata a contrapporre una diversa visione che vede l'animale come soggetto titolare di diritti meritevoli di tutela e che, in un rigurgito di civiltà giuridica, si è tradotta in una serie di interventi normativi in favore degli animali.

Negli anni Novanta, in particolare, sono intervenute la L. 281/91 sul randagismo, il D.Lgs 116/92 sulla sperimentazione a fini scientifici ed infine la L. 413/93 sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale; al termine di questo cammino, inoltre, ha visto la luce la riforma del codice penale attuata con L. 189/04.

La portata dirompente di tale ultimo intervento legislativo nella consacrazione del mondo animale quale soggetto meritevole di tutela è testimoniata, innanzitutto, dalla stessa tecnica di riforma utilizzata dal legislatore, e cioè l'introduzione di un nuovo titolo di reati nel codice penale, cosa mai verificatasi prima d'ora; in secondo luogo, alcune delle fattispecie più riprovevoli previste dall'art. 727 c.p., da

contravvenzioni quali originariamente erano, vengono elevate al più grave rango di delitti, con conseguente inasprimento sanzionatorio; infine, la riforma introduce delle figure criminose totalmente nuove, come nel caso del divieto di combattimenti tra animali *ex art. 544 quinquies*.

Al di là delle singole modifiche ed innovazioni operate dalla riforma, ciò che ai fini del lavoro in oggetto interessa è comprendere se ed in che misura essa abbia realmente operato il cambio di prospettiva auspicato e, in particolare, se tale trasformazione della tutela animale abbia prodotto altresì effetti (o non sia piuttosto sintomatica di un mutamento pregresso delle stesse) sulle categorie classificatorie del diritto civile e sulla riconoscibilità, alla stregua dello stesso, del rango di soggetti giuridici agli animali.

Il soggetto di diritto è un essere o entità del mondo materiale che in un determinato ordinamento giuridico può essere centro di imputazione di rapporti giuridici ed è destinatario delle norme dell'ordinamento stesso. L'insieme dei rapporti giuridici, aventi contenuto economico, di cui è parte un soggetto giuridico costituisce il suo patrimonio.

Orbene, chiarito che per patrimonio, in diritto, si intende l'insieme dei rapporti a contenuto economico sia di natura

attiva che passiva di cui un soggetto è titolare e che quindi, secondo tale accezione, ciascuno di noi possiede immancabilmente un proprio patrimonio, qualora dovesse risolversi in senso positivo la *querelle* sul riconoscimento della soggettività giuridica agli animali si aprirebbe un nuovo spazio vitale per la categoria del diritto comune non patrimoniale, potendosi difficilmente ipotizzare la titolarità di rapporti a contenuto economico in capo ad essi, che finirebbero dunque per atteggiarsi a soggetti giuridici privi di patrimonio.

Peraltro, come è stato messo in luce, la complessità del concetto di soggetto di diritto è stata già utilizzata dagli ordinamenti per estenderne la portata in relazione ad enti e associazioni che, benché privi della fisicità e della soggettività naturale, si sono comunque visti riconoscere la realtà fenomenologica di autonomi centri di imputazione di interessi e talvolta anche una vera e propria personalità giuridica (con il riconoscimento).

Alla luce di ciò, ci si chiede perché non operare un'analogia costruzione giuridica anche rispetto agli animali, che essendo esseri viventi, seppur non umani, possiedono quanto meno quella dimensione di fisicità e soggettività naturale.

Potrebbe, dunque, sostenersi che se la soggettività giuridica è una dimensione connaturata alla persona umana, che la acquista al momento stesso della nascita, ragioni di opportunità giuridica ne possono suggerire l'estensione ad entità che rispetto alla persona umana difettano di alcune caratteristiche.

Prendendo le mosse dalla stessa definizione di soggettività giuridica in cui è insita una doppia dimensione, per un verso attiva, che spesso viene meglio etichettata come capacità giuridica, e per l'altro passiva, che denota un atteggiamento recettivo (una sorta di *jus capiendi*), potrebbe allora dirsi che, nel caso degli enti, il riconoscimento di una soggettività distinta da quella dei singoli partecipanti - persone fisiche, una volta superata la "barriera naturale" dell'assenza di fisicità, involge entrambe tali dimensioni, mentre nel caso degli animali, rispetto ai quali l'unico requisito umano assente è quello della capacità di intelletto, tale soggettività si risolverebbe in quella dimensione passiva ed inconsapevole che, tuttavia, è sufficiente a legittimare il riconoscimento ad essi di una tutela diretta.

La distinzione tra i concetti di soggettività e capacità giuridica, peraltro, è un argomento che la dottrina ha già in

precedenza utilizzato al fine di garantire una protezione rispetto a delle situazioni meritevoli di tutela ma non inquadrabili nelle categorie tradizionali.

In particolare, ciò è accaduto per la tutela del concepito, laddove il capoverso dell'art. 1 c.c. prevede che questi potrà essere destinatario di diritti, purché subordinati all'evento della nascita, "nei casi stabiliti dalla legge".

Orbene, anche alla luce dei recenti risvolti giurisprudenziali e normativi in materia, la dottrina prevalente è arrivata a considerare la portata dell'art. 1 c.c. (e così anche per tutte le altre norme del codice che si occupano del concepito) limitata alla sola dimensione giuridico-patrimoniale.

Prendendo atto di uno scenario giuridico che non è limitato agli aspetti patrimoniali, ma che tiene conto anche di quelli extra-patrimoniali, dunque, la dottrina ha evidenziato che il concetto di capacità giuridica non corrisponde più a quello di soggettività giuridica.

In particolare, mentre la prima, la capacità, atterrebbe alla dimensione solo patrimoniale, la soggettività riguarderebbe anche aspetti di natura non patrimoniale. Di conseguenza, le limitazioni della sfera di capacità operate dalla legge devono ritenersi ammesse solo per ciò che attiene alla dimensione

patrimoniale, in quanto, alla luce dell'articolo 2 della Costituzione, l'assenza di una capacità giuridica non esclude comunque la tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo.

Anche se oggi la coscienza sociale e giuridica non sono mature per considerare la condizione dell'animale, nella sua aspettativa di tutela, equiparabile a quella del concepito, che è pur sempre un essere umano *in nuce*, l'accresciuta sensibilità manifestata verso il sentire degli animali ed il dibattito in atto potrebbero appropriarsi di questo tipo di argomentazioni per superare la ritrosia al riconoscimento di soggettività giuridica ad esseri non umani, tuttavia titolari di interessi meritevoli di tutela.

Se quanto detto finora è il frutto di una riflessione giuridica, che peraltro è stata influenzata dallo sviluppo di nuove discipline scientifiche, quali la psicologia animale e l'etologia, tutto ciò deve fare i conti con la tendenza odierna alla costituzionalizzazione di cambiamenti così radicali, che altererebbero fortemente le sembianze del nostro sistema giuridico, come accadrebbe se si ammettesse l'ampliamento del novero dei soggetti giuridici.

Non c'è dunque da meravigliarsi se la tematica della tutela degli animali sia approdata sul piano del dibattito costituzionale al punto da esaminarsi la possibilità di una riforma dell'art. 9 della Costituzione al fine di inserirvi il principio della meritevolezza di una siffatta tutela.

Benché, come è stato osservato da una parte della dottrina, il riconoscimento espresso di tale meritevolezza sarebbe superfluo poiché la Costituzione, quale progetto di sviluppo della società umana, non può essersi disinteressata della convivenza di questa con le altre specie, bisogna ricordare che la tutela degli animali soffre pur sempre il limite insito nell'essere questa frutto di scelte affidate all'uomo, i cui interessi possono talora essere anche configgenti con quelli del mondo animale.

Ciò premesso, il fornire di una copertura costituzionale la tutela *de qua* varrebbe prima di tutto a ridurre il margine di discrezionalità del legislatore e del giudice, ma rappresenterebbe anche un passo avanti nel riconoscimento dei diritti degli animali, che da beni non incompatibili con la Costituzione assurgerebbero al vero e proprio rango di beni fondamentali; un'evoluzione in tal senso, peraltro, non comporterebbe uno svilimento dei diritti umani, come da



alcuni si teme, poiché il giudizio di bilanciamento tra interesse umano ed interesse animale resterebbe pur sempre affidato al supremo canone di ragionevolezza.

D'altronde, la diversa considerazione che i beni facenti capo agli animali ricevono, nelle aule giudiziarie, rispetto a quelli facenti capo all'uomo, continuerebbe a rappresentare un *lief motiv* della materia anche qualora la tutela animale fosse munita di un ancoraggio costituzionale; anzi, in tale eventualità, l'atteggiamento opportunamente diversificatorio da parte della giurisprudenza tra le due categorie di beni dovrebbe rappresentare proprio la chiave di lettura della riforma al fine di non sfociare in assurde ed innaturali equiparazioni.

A tal proposito si richiama, a titolo esemplificativo, l'orientamento giurisprudenziale formatosi, prima sotto il vigore dell'art. 727 c.p. ed oggi del 544 *bis* c.p., sulla nozione di "necessità" rilevante ai fini di escludere la configurabilità delle fattispecie di reato citate. Come da ultimo confermato dalla sentenza della Corte di Cassazione del 2007, n. 15061, infatti, tale concetto non coincide con lo stato di necessità rilevante ai sensi dell'art. 54 c.p., nel giudizio di bilanciamento tra beni umani di cui uno è stato sacrificato per la salvezza

dell'altro, ma si identifica con un concetto più ampio e diverso inerente alla specificità di tali reati.

Alla luce di tale considerazione, quindi, può considerarsi necessitata l'uccisione di un animale (si pensi a quando sia finalizzata all'alimentazione umana), purchè non perpetrata attraverso modalità attuative ingiustificatamente crudeli e a patto di non sconfinare nella falsa convinzione che anche ragioni di mera opportunità o convenienza possano valere a "scriminare" qualsivoglia violenza inferta agli animali.