

NOTEBOOK  
FILOSOFIA DEL  
DIRITTO

<b>ROMA E LA SCOPERTA DELLO IUS</b>	<b>4</b>
Ius, fas e lex -----	4
Auctores del diritto -----	4
<b>GIUSNATURALISMO</b>	<b>5</b>
<b>Ugo Grozio</b>	<b>6</b>
La definizione del diritto dei diritti per Grozio -----	7
Diritto pubblico groziano -----	8
Il diritto delle genti e la guerra come istituto giuridico -----	8
<b>Thomas Hobbes</b>	<b>9</b>
Lo stato di natura per Hobbes -----	9
La persona artificiale -----	10
La rappresentanza e l'autorizzazione -----	11
Il Leviatano -----	11
La legge civile -----	12
Gesù è il Cristo -----	12
Finale: non iam frustra doces, Thomas Hobbes! -----	13
<b>John Locke</b>	<b>13</b>
Diritto di proprietà -----	14
Come si diventa proprietari? -----	14
<b>ILLUMINISMO</b>	<b>14</b>
<b>Montesquieu</b>	<b>14</b>
Dello spirito delle leggi -----	15
L'analisi delle forme di governo e l'ideale della libertà -----	16
L'autonomia del potere giudiziario, il giudice bocca della legge. -----	17
<b>Rousseau</b>	<b>17</b>
Disegualianza -----	18
Proprietà privata, potere supremo e arbitrario -----	19
Libertà e Legge -----	19
Sovranità e democrazia -----	22
<b>Cesare Beccaria</b>	<b>22</b>
Critica alla violenza epistemologica e politica delle pratiche penali -----	23
<b>LA FONDAZIONE DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO</b>	<b>24</b>
<b>Immanuel Kant</b>	<b>25</b>
Il diritto trascendentale -----	26
Dal diritto naturale al diritto pubblico -----	26
Diritto pubblico: il diritto statale -----	27
Diritto pubblico: Diritto internazionale e il diritto cosmopolitico -----	28

<b>Hegel e l'idea del diritto</b>	<b>29</b>
AFFERMAZIONE E CRISI DEL POSITIVISMO GIURIDICO	30
Realismo giuridico americano -----	32
Il pragmatismo americano: Oliver Wendell Holmes e John Dewey -----	32
<b>Il realismo giuridico scandinavo: Half Ross</b>	<b>33</b>
Ross: Directives and Norms-----	34
POLEMICHE DEI PRIMI DEL '900	35
<b>Hans Kelsen</b>	<b>36</b>
La dottrina pura del diritto -----	37
L'ordinamento giuridico -----	38
<b>Carl Schmitt</b>	<b>39</b>
Temi sulla sovranità -----	39
Il concetto di «Politico» -----	40
L'ordinamento concreto -----	40
Nomos della terra-----	41
<b>Giovanni Gentile</b>	<b>42</b>
Ius e lex -----	43
Il diritto e il suo negarsi-----	44
DAL SECONDO DOPOGUERRA AD OGGI	44
<b>Halbert Lionel Adolphus Hart</b>	<b>45</b>
Il diritto tra forza e morale -----	46
Il diritto dalla prospettiva del partecipante-----	47
Obbligo morale e giuridico-----	48
La teoria mista dell'interpretazione -----	48
<b>Norberto Bobbio</b>	<b>49</b>
Critica del positivismo giuridico -----	49
Difesa del positivismo giuridico-----	50
Ripensamento del positivismo giuridico -----	51
<b>Robert Alexy</b>	<b>52</b>
LA FILOSOFIA PER IL DIRITTO	53
<b>Sigmund Freud</b>	<b>53</b>
Perché la guerra? -----	54

## ROMA E LA SCOPERTA DELLO *IUS*

L'antica Roma costituisce il teatro di una delle invenzioni decisive per l'Occidente: **lo *ius***, il diritto configurato come funzione sociale **autonoma**, in cui viene a rilievo ogni ruolo assunto dai soggetti coinvolti, e che per la prima volta si distingue dal valore divino o dalla prescrizione della politica, incarnata dalla *lex*.

---

### ***Ius, fas e lex***

A metà del V secolo a.C. i Romani emanarono il primo organico corpo normativo, ovvero la legge delle XII tavole. I termini *ius* e *lex* erano ambedue già utilizzati nel vocabolario, sebbene questo fosse ancora povero di termini astratti.

La *lex* designava la **prescrizione proveniente da chi deteneva il potere pubblico**: i re, le assemblee cittadine e, più tardi, gli imperatori. Essa rappresentava l'immediata proiezione della politica sulla scena giuridica, era frutto dei **rapporti di forza e, a sua volta, coercitiva**; era portatrice di **innovazioni e produttiva di eguaglianza tra i destinatari**. La legge, tuttavia, non ebbe per molto tempo l'egemonia assunta in altre realtà, antiche e moderne. Già in epoca precoce venne infatti delineata la sua diversità rispetto allo *ius*, che trovava le sue **principali fonti di produzione nei *mores***, ovvero negli usi condivisi dalle famiglie aristocratiche, e **nelle soluzioni casistiche degli esperti**. Meno netta fu, invece, la **distinzione tra *ius* e *fas***, ovvero la legge divina, poiché la disgiunzione tra piano divino e piano umano era solo accennata. Inizialmente al *fas*, in quanto diritto sacro concernente i **rapporti fra uomini e dei, si contrapponeva lo *ius* come diritto profano**, limitato ai rapporti fra gli uomini. Ciò spiega perché, nella fase arcaica della storia del diritto romano, **i garanti della giustizia fossero i sommi sacerdoti**, nella loro veste di mediatori fra l'uomo e Dio. Cicerone poteva vedere nello *ius*, e in particolare nello *ius civile*, una sfera separata e indenne dai condizionamenti e dalle corruzioni della "potenza", protetta dal suo stesso tecnicismo. Impropriamente si definisce la separazione tra *ius* e *fas* una "laicizzazione" del diritto romano: si tratta infatti di un termine moderno. È più corretto definire questa trasformazione come un progressivo distinguersi dei saperi e dei sistemi direttivi, per cui ciò che in origine era concepito come un unico ambito venne via via dipanandosi in sfere separate, segnate da competenze e razionalità differenti.

---

### ***Auctores del diritto***

Se lo *ius* era concepito come un ordine normativo irriducibile alla sola *lex*, risulta significativa anche la pluralità di soggetti a cui fu affidata la sua produzione. Soprattutto nell'ambito privatistico vi furono protagonisti diversi rispetto al re e ai vari collegi, ovvero i **giuristi e i magistrati provvisti di *iurisdictio***, dal latino *ius dicere*, "dire il diritto": il **potere dei magistrati di amministrare la giustizia, definire la controversia in termini giuridici e stabilire la norma applicabile**. Si trattava di una prerogativa non del tutto coincidente con la nostra nozione di giurisdizione, in quanto **escludeva il potere di decidere nel merito della controversia**. Nei primi secoli di Roma, il ruolo degli esperti dello *ius* era affidato ai sacerdoti, che intervenivano in modo puntuale emanando via via un *responsum*, reso oralmente, non motivato né formalmente vincolante, ma dotato di un'autorevolezza tale da renderne difficile la disattesa. Si manifesta così un primo paradigma di antitesi rispetto alla legge, in quanto questa era scritta, affissa in spazi pubblici, uguale per tutti e coattiva. Per ridurre questo monopolio sapienziale furono **emanate le XII tavole e si pose alla base delle soluzioni anche il testo della legge**, che tuttavia veniva sottoposto a un'*interpretatio* libera e creativa. Si scorge dunque un profilo elitario del diritto: anche nella tarda Repubblica i giuristi appartenevano necessariamente agli strati sociali più elevati, mentre solo in età imperiale si incontrano personalità di origine più modesta. Questi tratti non risultano smentiti neppure sul fronte della produzione normativa, affidata ai magistrati eletti dalle assemblee, titolari

del potere di *dicere ius*. Per secoli, infatti, anche i più importanti tra essi, come i pretori, provenivano dalla *nobilitas*.

Attorno al 130 d.C. fu redatta un'opera denominata *Enchiridion Iuris* da [manuale di diritto] Pomponio, un vero e proprio manuale dedicato alla storia del diritto. In essa l'autore individuava proprio in magistrati e giuristi i protagonisti di quell'esperienza: raccontando la storia del diritto romano, spiegava chi lo avesse fatto crescere davvero e in che modo. Il **diritto**, afferma Pomponio, non nasce dal nulla, né nasce esclusivamente dal potere politico, ma **cresce grazie a una catena di giudizi espressi da magistrati competenti**. Egli chiama infatti *auctores* coloro che erano capaci di far crescere il diritto, ovvero i giuristi della *iurisprudentia* (espressione latina che indica la scienza giuridica, l'arte di interpretare il diritto), e non i politici in senso stretto, quindi non solo i principi e non soltanto l'imperatore.

## GIUSNATURALISMO

Il giusnaturalismo moderno è una corrente storiografica molto discussa che, pur essendo stata ampiamente utilizzata, ha dato luogo a interpretazioni diverse. Parlare di un giusnaturalismo moderno, affermatosi nel 17 secolo, significa riconoscere l'esistenza di una rottura teorica rispetto al diritto naturale classico, sia per quanto riguarda il concetto di diritto sia per quanto concerne il suo fondamento. Questa rottura, tuttavia, non può dirsi assoluta, poiché persistono elementi della scolastica, dell'umanesimo e del pensiero rinascimentale. È comunque possibile individuare alcuni passaggi che caratterizzano lo spostamento verso una nuova impostazione, a partire da Thomas Hobbes. **Il primo grande cambiamento riguarda il passaggio dall'essenza all'esistenza**. Nel diritto naturale classico, ciò che è giusto deriva dall'essenza dell'uomo: l'uomo è per natura un essere razionale e vivere secondo ragione significa vivere secondo giustizia. Di conseguenza, il diritto naturale indica ciò che è conforme alla natura umana e da esso si ricavano le norme, i doveri e anche il modello politico migliore.

Il giusnaturalismo moderno rompe questo schema: non si parte più dall'essenza dell'uomo, ma da come egli di fatto vive e si comporta. In Hobbes, ad esempio, il diritto naturale coincide con tutto ciò che l'individuo può fare per conservare la propria vita. Il fondamento del diritto non è più ciò che l'uomo dovrebbe essere, ma ciò che effettivamente è e può fare. A questo si collega **il secondo spostamento, ossia il passaggio dai doveri ai diritti**. Nel pensiero classico, la legge naturale assegna innanzitutto doveri, poiché orienta l'uomo alla realizzazione della propria essenza; i diritti derivano da questi doveri. Nel giusnaturalismo moderno avviene l'inverso: se il diritto naturale è definito come potere o facoltà del singolo, non è più possibile dedurre doveri originari, ma solo diritti soggettivi, intesi come pretese individuali. **La legge naturale non è più un ordine oggettivo e vincolante**, indipendente dalla volontà umana, ma viene ripensata a partire dai desideri, dagli interessi e dalla volontà degli individui.

**Il terzo elemento di discontinuità** riguarda il rapporto **tra natura e società**. Nel diritto naturale classico non esiste una frattura tra natura e società politica: l'uomo è per natura un animale sociale e lo Stato rappresenta il compimento della sua natura. La società politica è quindi qualcosa di naturale e, quanto più è giusta, tanto più consente all'uomo di vivere secondo la propria essenza. Il giusnaturalismo moderno, invece, introduce una netta separazione tra stato di natura e società civile. Non esiste più una tendenza naturale dell'uomo alla vita associata: se gli uomini entrano in società, lo fanno per necessità, utilità o calcolo razionale, non per un istinto naturale. Come afferma Hobbes, l'uomo non è socievole per natura, ma lo diventa attraverso l'educazione e le istituzioni. Lo Stato non perfeziona la natura, ma la disciplina, rendendola compatibile con la pace e la sicurezza.

**Il quarto spostamento riguarda il passaggio dall'autorità al patto.** Nel diritto naturale classico il problema della fondazione del potere politico non si pone, poiché la natura stessa stabilisce chi deve governare: i più saggi, in quanto più conformi alla ragione, hanno per natura il titolo a comandare. **Nel giusnaturalismo moderno questo principio viene radicalmente rifiutato**. In natura non esistono titoli, gerarchie o autorità naturali: tutti gli uomini sono originariamente uguali e nessuno ha un diritto naturale a governare sugli altri. Di conseguenza, l'unico fondamento possibile dello

Stato è il consenso, espresso attraverso un patto o un contratto. L'obbligazione politica nasce esclusivamente dall'accordo volontario tra individui.

Il giusnaturalismo moderno, dunque, non va inteso come un sistema unitario di tesi comuni né come una dottrina omogenea. È più corretto considerarlo come una problematica, ossia **un insieme di domande nuove che emergono tra il XVI e il XVII secolo**, alle quali gli autori rispondono in modi diversi. Anche le dispute storiografiche – ad esempio se Grozio debba essere considerato un giusnaturalista moderno o se sia più corretto parlare di “giusnaturalismi” al plurale – non possono essere risolte in modo definitivo. Ciò che conta è comprendere il quadro delle questioni teoriche che caratterizza questa fase del pensiero giuridico, più che fissare definizioni rigide.

## Ugo Grozio

Ugo Grozio, nome latino di Hugo de Groot, nasce il 10 aprile 1583 in una influente famiglia della città di Delft, di cui suo padre era stato reggente. Nel 1601 diviene storiografo degli Stati Generali olandesi e negli anni successivi svolge importanti incarichi pubblici grazie al sostegno di uno degli uomini più influenti della Repubblica. Dopo alcuni tentativi di riabilitazione in patria, a seguito di controversie politiche avvenute nel secondo decennio del Seicento, accettò di essere impiegato come **diplomatico dal governo svedese**. Grozio muore nel 1645 dopo aver fatto naufragio sulle coste tedesche, mentre cercava di **rientrare in Francia da Stoccolma**. Grozio fu autore di opere letterarie, storiche, politiche e teologiche, oltre che giuridiche. La sua teoria conobbe una prima sistemazione in un lungo manoscritto noto come *De iure praedae* e trovò una formulazione definitiva con la stesura del *De iure belli ac pacis*. Scrive in un'Europa devastata dalle guerre di **religione**, in cui la violenza sembra avere sempre una giustificazione teologica o politica. Egli tenta di **rimettere ordine attraverso il diritto**: il giurista olandese si propose di fornire un'esposizione coerente e organica delle norme valide tra i popoli, in tempo di pace come in tempo di guerra, e di fondare tali norme contro l'ipotesi secondo cui le azioni umane sarebbero mosse soltanto dall'utilità contingente e, nelle contese tra i popoli, l'unica ragione sarebbe quella del più forte. Grozio affermò, infatti, che la **convivenza umana possiede un ordine intrinseco**. Tale ordine esiste, in ultima analisi, per volontà divina, ma è soprattutto **razionale e umanamente conoscibile**, non tanto attraverso la Rivelazione o interventi sovrannaturali narrati nelle Sacre Scritture, quanto attraverso il **disegno regolare della natura**, che continuerebbe a manifestare la propria evidenza anche ammettendo che Dio non esista o non si preoccupi delle vicende umane. Donando la vita agli esseri umani, **Dio ha voluto che essi si conservassero e, di conseguenza, ha attribuito loro un diritto originario all'autoconservazione**, ossia il diritto di procurarsi e utilizzare i mezzi necessari alla vita. Tuttavia, l'uomo non è concepito come un essere isolato: **Dio lo ha posto fin dall'origine in relazione con gli altri uomini e lo ha dotato di facoltà razionali superiori, come il linguaggio, il giudizio e la capacità di agire secondo regole generali**. Queste facoltà rendono possibile non solo la **comprensione di ciò che è giusto e ingiusto**, ma anche l'esistenza di un innato desiderio di vivere in una società pacifica e ordinata. **La socievolezza umana, in Grozio, è radicata nella natura razionale dell'uomo**. Al tempo stesso, la **debolezza** e i bisogni degli individui fanno sì che la cooperazione con gli altri sia non solo giusta, ma anche razionalmente utile. **I legami sociali, i doveri reciproci e le regole di convivenza non limitano l'interesse individuale**, bensì ne rendono possibile la concreta realizzazione. Su queste basi, Grozio sostiene che **ogni ambito delle relazioni umane possa essere ordinato giuridicamente**. Il diritto funge da elemento di connessione tra i soggetti, consentendo una convivenza fondata sul reciproco riconoscimento delle individualità. **L'obiettivo** delle forme di associazione umana non è una concezione sostantiva della felicità o della virtù, bensì la **fruizione dei diritti di ciascuno**, valida tanto per le comunità più ristrette, come la famiglia, quanto per la comunità dell'intero genere umano. **Il diritto naturale consiste nel “comando della retta ragione”**: gli esseri umani, in quanto razionali, sono in grado di comprendere ciò che è bene o male in sé. Questo diritto è al tempo stesso **razionale e divino**, poiché Dio è l'autore della natura. Esso fornisce i principi generali necessari a mantenere i legami sociali e a regolare i rapporti intersoggettivi, ma può essere specificato e integrato dal diritto volontario, ossia dalle norme prodotte dalla volontà umana nelle singole comunità politiche o nei rapporti tra i popoli, così come dalle leggi positive di origine divina. Il

**diritto volontario** può intervenire negli spazi lasciati indeterminati dal diritto naturale e persino limitare azioni che quest'ultimo consentirebbe, come il diritto dei privati di farsi giustizia da sé. Può inoltre dar luogo a regimi giuridici che si discostano di fatto dalle norme naturali, come nel caso delle guerre solenni. Tuttavia, per Grozio non esistono fratture radicali tra i diversi livelli normativi: diritto naturale e diritto volontario, diritto civile e diritto delle genti, diritto pubblico e diritto privato fanno parte di un'unica impalcatura giuridica coerente, all'interno della quale non si danno conflitti di principio tra diritto e giustizia, né tra obblighi giuridici e doveri morali. Il sistema giuridico groziano non è riducibile al solo diritto internazionale pubblico in senso moderno, poiché mira piuttosto a regolare la convivenza umana nel suo complesso, applicandosi a individui, comunità e Stati. Al tempo stesso, non si tratta di un sistema puramente astratto o deduttivo: accanto ai principi razionali ritenuti autoevidenti, Grozio fa ampio uso di fonti storiche, filosofiche, giuridiche, religiose e letterarie, cercando nella tradizione e nell'esperienza il consenso dei dotti e delle pratiche consolidate. Il suo metodo combina così razionalità e storia, *a priori* e *a posteriori*.

### La definizione del diritto dei diritti per Grozio

Grozio distingue tre significati della nozione di diritto. In primo luogo, **essa riguarda ciò che è giusto**. Grozio lo definisce in termini negativi come ciò che non è ingiusto, poiché non è in contrasto con i principi razionali alla base di ogni società, ossia con le norme fondamentali elencate nei *Prolegomeni*, che impongono di astenersi da ciò che appartiene agli altri, di restituire ciò che è stato ottenuto ingiustamente, di rispettare le promesse e i patti, di risarcire i danni e di punire chi ha commesso una colpa. In secondo luogo, il diritto riguarda la qualità morale propria della persona di avere o di fare qualcosa a giusto titolo, ossia i diritti soggettivi. Infine, il termine *ius* può essere sinonimo di *lex*, cioè la legge naturale o volontaria che regola gli atti morali e obbliga a fare ciò che è retto. Sebbene questi tre significati del diritto siano intrinsecamente solidali tra loro, nell'opera groziana il diritto come qualità morale assume un peso decisivo, poiché è proprio la sua violazione ad autorizzare il ricorso alla guerra. La sfera dei diritti legati alla persona giuridica è al tempo stesso statica e dinamica. È statica in quanto include le cosiddette **attitudini**, vale a dire ciò che è moralmente conveniente attribuire a individui o gruppi in base ai loro meriti e alla loro dignità, secondo criteri di giustizia distributiva o in riferimento a virtù come la libertà, la misericordia e la prudenza dei governanti. È dinamica, invece, in quanto consiste nelle facoltà che sono oggetto di giustizia commutativa. Sono queste facoltà a costituire, per Grozio, il diritto in senso stretto e perfetto, poiché sono pienamente esigibili anche tra popoli o individui appartenenti a differenti comunità politiche. Tali facoltà comprendono il potere su di sé, in cui consiste la libertà, il potere sugli altri, il credito e la proprietà. Nella forma in cui lo conosciamo, il diritto di proprietà, che può essere pubblico o privato, ha un'origine volontaria e artificiale; tuttavia, essendo connesso alla necessità primaria dell'autoconservazione dell'uomo, una volta istituito è tutelato dalla natura stessa. Secondo Grozio, infatti, ai primordi della storia la terra e i suoi frutti appartenevano in comune a tutta l'umanità. Con l'avvento dell'agricoltura, dell'allevamento e delle arti, e con la conseguente nascita di vizi, ambizioni e conflitti, divenne però necessario stabilire con certezza i possessi acquisiti dalle diverse famiglie e dai diversi popoli. Nel *De iure belli ac pacis*, Grozio chiarisce che tale divisione sarebbe avvenuta o tramite un accordo esplicito oppure sancendo implicitamente che ciascuno divenisse legalmente padrone di quanto aveva già occupato e recintato. Nei casi in cui la proprietà fosse già stata istituita, l'acquisizione di beni o territori tramite occupazione rimane ammessa solo qualora non vi sia già un legittimo titolare. La cessazione e l'acquisizione a titolo derivato restano sempre possibili nei casi previsti dal diritto naturale, dal diritto delle genti e dal diritto civile dei diversi popoli.

## Diritto pubblico groziano

Il diritto pubblico è un **prodotto della volontà umana** che, tuttavia, non si pone in netta discontinuità con la **natura**, poiché consente di **organizzare e rafforzare la spinta alla socialità e alla giuridicità**, connaturata agli esseri umani. L'anello di congiunzione tra il diritto naturale e quello civile è rappresentato dall'**obbligo di mantenere fede ai patti**: Grozio ritiene infatti che coloro che si assoggettano politicamente si siano impegnati, in modo esplicito o implicito, a conformarsi a quanto stabilito dalla maggioranza o da coloro che detengono il potere. **Il corpo politico si genera attraverso l'unione perfetta di uomini liberi, associati per fruire del diritto e per la comune utilità**. La facoltà morale di governare la comune utilità è il **potere civile**, che è superiore ai singoli e a tutte le forme di associazione. **Tale potere si articola in tre elementi fondamentali**:

1. Il diritto di legiferare sugli affari generali;
2. Il diritto di deliberare sui casi particolari;
3. Il diritto di giudicare e dirimere le controversie tra i singoli.

Il sommo potere, ossia la **sovranità**, appartiene a colui che può decidere in ultima istanza su **questi tre ambiti senza dover sottostare alla volontà o al diritto di un superiore**. Inizialmente Grozio non definisce in modo univoco le prerogative e i limiti giuridici del potere pubblico: il corpo della Repubblica è rappresentato come titolare originario di un potere civile delegato ai magistrati, incaricati di amministrarlo in quanto agenti della collettività, ma vincolati al perseguitamento del bene comune. **Nei testi successivi, egli sottolinea invece il carattere unitario e assoluto del potere supremo**, al quale spetta la facoltà di ordinare, permettere e proibire in tutti gli ambiti che riguardano l'uomo. Nella prospettiva groziana, infatti, **i diritti originari dei singoli non sono, in quanto tali, inalienabili**; è dunque previsto dalla **natura stessa che un popolo possa cedere o perdere definitivamente la possibilità di governarsi e debba sottomettersi al dominio assoluto di un sovrano**. Grozio ritiene che le tipologie di poteri e di diritti scaturiscano da una pattuizione originaria tra governanti e governati, che lascia aperta la possibilità di organizzare il potere in forme differenti a seconda delle circostanze e della storia dei diversi popoli. Egli concentra quindi l'attenzione sulla volontà presunta che una collettività può aver espresso nel momento in cui ha creato o accettato le proprie istituzioni, piuttosto che proporre un unico modello di forma politica valido per tutti.

## Il diritto delle genti e la guerra come istituto giuridico

Le **norme giuridiche** non possono che essere quelle **prescritte dalla natura e quelle prodotte volontariamente dal consenso di tutti** o di molti popoli, ossia il **diritto delle genti**, sancito da trattati o da consuetudini consolidate nel tempo. Quest'ultimo, ricavato dalla tradizione e dagli esempi più illustri del passato antico, **può stabilire regole valide solo in determinati contesti**, dando luogo a regimi giuridici più specifici e rendendo la società internazionale differenziata al proprio interno. È più semplice dimostrare l'efficacia delle leggi civili, poiché esiste un'autorità pubblica che ne garantisce l'osservanza. Diventa invece **più difficile farlo quando si considerano rapporti tra soggetti che non hanno un giudice comune e che possono violare le norme naturali o del diritto delle genti senza essere puniti**. In questi casi, l'unico mezzo per far valere i propri diritti e ottenere giustizia è la **guerra**. Le opere *De iure belli ac pacis* e *De iure praedae* si inseriscono nella tradizione medievale della riflessione teologica, morale e giuridica sulla guerra giusta, ma Grozio porta tale teoria alle sue estreme conseguenze. **Egli considera la guerra come un vero e proprio strumento giuridico**: deve essere impiegata contro chi non può essere fermato con i mezzi del diritto e deve essere condotta con la stessa correttezza di un processo. In questo senso, la guerra è intesa come **l'esecuzione di una sanzione contro chi ha agito ingiustamente**. Le giuste cause di guerra sono le stesse che giustificherebbero un'azione davanti a un giudice. Secondo Grozio, esse derivano dai diritti fondamentali delle persone, come la difesa di sé o dei propri beni, il recupero di ciò che è stato sottratto o l'ottenimento di quanto è dovuto. Tali diritti **possono appartenere sia a soggetti pubblici**, come gli Stati, **sia a soggetti privati**; per questo

motivo, **entrambi possono difenderli anche mediante l'uso della forza**. Grozio definisce la guerra come una situazione in cui si ricorre alla forza armata e che può esistere sia tra governanti di popoli diversi sia tra privati appartenenti a popoli differenti. Se tutti fossero sottoposti alla medesima autorità politica, la guerra non esisterebbe. Da qui deriva la **distinzione tra guerra privata e guerra pubblica**.

La guerra privata rappresenta un elemento originale del pensiero di Grozio. In passato, il diritto di fare guerra era riconosciuto esclusivamente alle autorità politiche; **Grozio sostiene invece che i singoli individui abbiano originariamente il diritto di difendersi**, diritto che viene **affidato allo Stato**. Tuttavia, quando non è possibile ricorrere ai tribunali, **i privati possono riappropriarsi di tale diritto e difendere i propri interessi anche con la forza**. La **guerra pubblica**, invece, riguarda i **conflitti tra comunità politiche**. In questi casi la questione è più complessa, poiché **ciascuna parte può ritenere in buona fede di essere nel giusto**. Non si tratta di criminali, ma di soggetti pubblici che agiscono in nome del diritto. Per questo motivo la guerra pubblica **è una guerra ufficiale e solenne, dichiarata e combattuta da Stati sovrani**. Secondo il diritto delle genti, in questo tipo di guerra **entrambe le parti possono agire senza essere punite e l'esito finale del conflitto deve essere accettato da tutti come giusto**, dando origine a una nuova situazione giuridica. **La guerra solenne autorizza i contendenti a colpire il nemico nella persona, nei beni e nelle libertà**, anche in modo ampio e indiscriminato, poiché ciò era **ritenuto un male minore al fine di abbreviare la durata dell'ostilità** e giungere, al termine del conflitto, a **accordi di pace duraturi**. Il *De iure belli ac pacis* tenta tuttavia di attenuare questa durezza, ristabilendo un nesso tra guerra e giustizia attraverso i cosiddetti *temperamenta belli*, ossia precetti di equilibrio e carità vincolanti per la coscienza dei belligeranti, pur non essendo giuridicamente sanzionabili.

## Thomas Hobbes

Nasce nel 1588 a Malmesbury, anno in cui l'Invincibile Armada spagnola rischiò di sbarcare in Inghilterra, circostanza che portò il filosofo a dichiarare: «*mia madre quel giorno partorì due gemelli: me e la paura*». Nel 1640 pubblica la sua prima opera, *Elements of Law, Natural and Politic*. In essa si schiera dalla parte della monarchia e della sovranità assoluta del re. Nel frattempo, in Inghilterra, la situazione politica inizia a peggiorare, costringendo Carlo I a convocare il Parlamento, che aveva appena sciolto e che, tuttavia, si opporrà duramente alla politica della Corona, arrivando a far condannare a morte i principali collaboratori del re. Temendo per la propria vita, Hobbes decide quindi di trasferirsi in Francia.

---

## Lo stato di natura per Hobbes

**La guerra civile è pensata da Hobbes come ciò che egli chiama lo stato di natura** o, più correttamente, *natural condition*, ossia la condizione naturale del genere umano. Secondo Hobbes, per comprendere e definire che cosa sia e quali **caratteri debba assumere quel tipo di Stato**, cioè quel potere che **permetterà alla guerra civile di cessare**, è necessario ipotizzare come gli uomini vivrebbero in assenza di un potere comune. **La condizione dello stato di natura non è**, innanzitutto, **una condizione in cui sia assente lo ius, il diritto**. Al contrario, essa è la condizione in cui non esiste altro che il **diritto di natura** (*right of nature*), inteso come la libertà che ogni uomo ha di usare il **proprio potere come vuole per la conservazione della propria vita** e, di conseguenza, di fare tutto ciò che il suo giudizio e la sua ragione gli suggeriscono come mezzo più adatto a tale scopo. Per natura, l'uomo ha diritto di fare tutto ciò che può e su ogni cosa possibile: ciò che Hobbes definisce come il **diritto di ciascuno su ogni cosa**, ovvero *ius omnium in omnia*. In questo senso Hobbes intende il diritto come libertà o come assenza di obbligazione, in contrapposizione a ciò che egli chiama *lex*, la legge. Nello stato di natura vi è diritto ma non vi è obbligo, poiché **non esiste alcuna legge in grado di vincolare gli uomini a tenere una determinata condotta**. Per il filosofo, infatti, diritto e legge si trovano in un **rappporto di contrarietà: il diritto (right) consiste nella libertà di fare o di non fare, mentre la legge (law) costringe a una delle due alternative**. Questo ragionamento conduce tuttavia a una contraddizione. Se è vero che, in presenza del diritto, ciascuno può **rivendicare il proprio diritto su un bene**, è

altresì vero che, **in assenza di legge, non esiste alcun obbligo a carico degli altri di non interferire con quel diritto, i quali, di conseguenza, avranno il medesimo diritto sullo stesso bene.** Da ciò derivano due conseguenze fondamentali. In primo luogo, questa condizione comporta una **continua messa in pericolo della vita dell'uomo**, che vive nella costante paura della morte per mano altrui e nella permanente disponibilità a combattere per ottenere ciò che desidera. In questo senso, lo stato di natura è uno stato di guerra, *bellum omnium contra omnes*, ovvero la guerra di tutti contro tutti. In secondo luogo, il fatto che nello stato di natura ciascuno **disponga solo di diritti e di nessun obbligo implica che nessuno possa realmente avere diritti garantiti.** I diritti naturali, pertanto, non rappresentano la via d'uscita dalla guerra civile, ma ne costituiscono la causa. **Secondo Hobbes, lo stato di natura è dunque una condizione che gli individui comprendono di dover abbandonare attraverso la ragione**, intesa come capacità di calcolare le conseguenze delle proprie azioni. Mediante la ragione, l'uomo riesce a individuare le prescrizioni, i precetti e le regole che costituiscono le condizioni per entrare in società e garantire una convivenza capace di assicurare la sicurezza di ciascuno. Tali regole sono ciò che Hobbes chiama **leggi naturali**, ossia **regole generali scoperte dalla ragione che vietano all'uomo di fare ciò che è lesivo della propria vita o che gli sottrae i mezzi per preservarla.** La legge naturale rappresenta la negazione del diritto naturale: è il vincolo che si sostituisce alla libertà, con il compito di obbligare gli individui a perseguire la pace con ogni sforzo. Questa è la prima legge di natura secondo Hobbes, espressa nella formula *pax est quaerenda* ("la pace deve essere cercata"). Da essa discendono ulteriori leggi: per conseguire la pace, **la ragione comanda agli uomini di accettare di rinunciare al proprio diritto naturale su ogni cosa, stipulando reciprocamente accordi attraverso i quali istituire un potere comune in grado di garantire pace e sicurezza.** Questo passaggio introduce un forte paradosso. Ammettendo che, tramite il patto, gli individui escano dallo stato di natura, Hobbes riconosce che l'istituzione del potere sovrano è ciò che rende possibile la pace. Ne deriva la cosiddetta **circolarità del ragionamento hobbesiano**: il potere comune nasce dal patto tra gli individui, ma il patto non è valido né efficace se non è garantito dal potere comune stesso. In altri termini, **la validità del patto presuppone ciò che dovrebbe generare**, ossia il potere comune che ne assicura il rispetto. Secondo **un'altra interpretazione**, Hobbes intende suggerire che il contratto **non è sufficiente a spiegare integralmente l'origine del potere comune.** Vi è un elemento di tale potere che non può essere giustificato attraverso il solo meccanismo del patto: questo elemento è la **paura**, ossia **la forza mediante la quale il potere riesce a costringere i soggetti all'osservanza dei patti.** Il contratto, quindi, fonda l'obbligo dei sudditi di obbedire al potere sovrano, che sorge in occasione dei patti, ma non come loro semplice effetto. I sudditi non trasferiscono i propri diritti al sovrano; essi stipulano piuttosto un patto mediante il quale rinunciano o depongono i propri diritti naturali. Il sovrano non è una delle parti del contratto, ma il beneficiario del patto che i singoli individui concludono tra loro, **secondo la logica del contratto a favore di terzo.** Ciò significa che la sua forza e la paura che incute si definiscono contestualmente alla stipula di quei patti. La sua potenza non deriva dal trasferimento dei diritti altrui in suo favore, ma dal fatto che egli è l'unico a non rinunciare ai propri diritti.

## La persona artificiale

Hobbes parte dalla questione relativa al tipo di rapporto che, attraverso il contratto, si istituisce tra i sudditi e il sovrano. Nel passaggio dallo stato di natura allo Stato politico, **la moltitudine degli individui diviene una sola persona**, ovvero quella che egli chiama la *persona artificiale*. In latino *persona* significa **maschera**, intesa come il travestimento attraverso cui qualcuno può impersonare qualcun altro. Per Hobbes, infatti, **persona è colui le cui parole o azioni sono considerate come rappresentanti le parole o le azioni di un altro.** La definizione di persona distingue dunque due ipotesi. La prima è quella in cui la rappresentazione è fondata *by fiction*, cioè su una finzione. Il diritto può infatti **decidere di impersonare un oggetto inanimato o addirittura inesistente**, come gli dèi pagani. In questi casi, un **funzionario nominato dallo Stato**, ad esempio il sacerdote del dio Marte, **parla e agisce in nome della divinità.** Ovviamente né l'oggetto inanimato né il dio parlano realmente: si tratta interamente di una finzione, nel senso che le **parole del sacerdote vengono considerate come se fossero pronunciate dal dio.** La seconda ipotesi è per **consenso**: secondo

Hobbes in natura esistono soltanto individui: le loro azioni sono le azioni di ciascuno di essi e, come tali, sono separate da quelle degli altri. La **moltitudine**, di per sé, non è una persona. Essa **lo diventa, però, nel momento in cui il volere e le azioni della civitas vengono considerati come espressione del volere dei singoli sudditi**. Gli individui che compongono la moltitudine possono dunque costituire una sola persona attraverso il meccanismo della rappresentanza, ossia quando gli uomini vengono rappresentati da un solo uomo con il consenso di ogni singolo appartenente alla moltitudine. Secondo Hobbes, dunque, qualcosa, in questo caso la moltitudine, può diventare una persona, vale a dire uno Stato o una *civitas*, nella misura in cui gli individui che la compongono acconsentono a farsi rappresentare da qualcuno, il sovrano. Per effetto del consenso espresso nel patto, il sovrano è istituito come rappresentante di quel soggetto rappresentato che non è più una moltitudine, ma un individuo unitario: un popolo.

## La rappresentanza e l'autorizzazione

Hobbes, per difendere la **sovranità assoluta rivendicata da Carlo I**, decide di prendere in prestito **concetti utilizzati dai suoi avversari**, i parlamentari, **per limitarne i poteri**. Egli recupera infatti il lessico degli scrittori repubblicani, proponendosi di dimostrare come **proprio il fatto che il sovrano rappresenti i propri sudditi finisce per costituire un argomento a suo favore, e non il contrario**. Se la moltitudine può divenire un popolo, ossia una persona in quanto rappresentata, affinché questa moltitudine **diventi unità è necessario che a conferirle tale unità sia il rappresentante**, il sovrano, che, in quanto uno, fa esistere come uno anche ciò che rappresenta. Ciò significa che **soltanto in quanto rappresentata la moltitudine esiste come popolo**. Senza la rappresentazione del sovrano, infatti, non esiste alcun popolo, ma soltanto la moltitudine sparsa e dissolta degli individui. Per Hobbes, il termine rappresentanza va inteso nel senso di **rendere presente, di far esistere**, ciò che altrimenti sarebbe assente. È dunque proprio tramite il sovrano che la moltitudine diviene presente come unità, come corpo politico unitario: il popolo di un determinato Stato. Il concetto di rappresentanza ha però anche un altro significato. Un rappresentante è qualcuno che agisce in nome e per conto di un altro, e le cui parole e i cui atti sono considerati come se fossero quelli del rappresentato. Tuttavia, per Hobbes, il meccanismo che consente tale operazione è quello che egli chiama **autorizzazione**, ossia il **dispositivo mediante il quale qualcuno, detto autore, riconosce come proprie le parole e le azioni di un altro, detto attore**. È questo conferimento di autorità, questo rendersi *auctor* delle parole e delle azioni altrui, che istituisce la persona dello Stato come rappresentativa della volontà e delle azioni dei sudditi. Avviene così, secondo Hobbes, la creazione della persona artificiale, le cui parole e azioni sono considerate come rappresentanti quelle dei sudditi. In questo senso, esse rappresentano realmente, e non *by fiction*, la volontà dei sudditi.

## Il Leviatano

La rinuncia ai diritti di natura, la rappresentanza e l'autorizzazione sono i meccanismi che istituiscono lo Stato, **quello Stato che Hobbes chiama Leviatano**, o Dio mortale. Il nome è tratto da una **bestia primordiale** con cui Dio ammonisce Giobbe, indicando nel mostro marino **un re la cui potenza non ha nulla sulla terra che gli sia paragonabile**. Resta dubbio il motivo per cui Hobbes abbia scelto proprio questa figura, dal momento che, nella tradizione cristiana, essa è spesso considerata come l'Anticristo o comunque come un elemento demoniaco.

È tuttavia importante sottolineare che, per Hobbes, affinché siano **garantite la pace e la sicurezza**, il potere comune che risiede nello Stato non può che disporre di una potenza assoluta, non vincolata al rispetto di alcuna obbligazione. Esso deve essere dotato di una forza tale da suscitare timore, capace di modellare la volontà di tutti i singoli. **La sovranità incute paura**: la sovranità si istituisce perché si ha paura per la propria vita, per il proprio corpo, e perché si ha bisogno di essere protetti. **Per questo si obbedisce alla legge: per timore della punizione in caso di trasgressione.**

Tra protezione e obbedienza esiste, in Hobbes, un legame essenziale, tanto che Carl Schmitt osserva che *protego ergo obligo* è il *cogito ergo sum* dello Stato. Lo Stato protegge la vita e la sicurezza degli individui e, in quanto li protegge, pretende la loro obbedienza. Ciò non significa, tuttavia, che il sovrano sia obbligato a fornire tale protezione, poiché egli non è parte del contratto: non esiste alcun patto o accordo che lo vincoli.

**Lo Stato esiste di fatto finché è in grado di proteggere la vita dei sudditi**, e lo fa obbligandoli a conformarsi a ciò che esso dispone. **Quando non è più capace di assicurare tale protezione**, non vengono meno suoi obblighi, ma semplicemente **lo Stato cessa di esistere**, e si ricade nella **guerra civile**. Ciò introduce un'ulteriore ambiguità: da un lato, dove vi è guerra civile non vi è Stato; dall'altro, la guerra civile resta pensata come una possibilità permanente, come ciò in cui lo Stato può costantemente ricadere, qualcosa che dall'interno può sempre riemergere.

## La legge civile

Con il passaggio allo Stato, la legge diventa la volontà stessa del sovrano; essa è quindi intesa come legge civile, legge della *civitas*, ossia legge dello Stato, definibile come quel comando che proviene da un soggetto al quale ci si è obbligati a obbedire. Secondo Hobbes, la relazione tra *lex civilis* e *lex naturalis* risiede nel fatto che la legge civile è ciò che consente alla legge naturale di diventare propriamente legge, ossia di poter obbligare i soggetti non solo in coscienza, ma anche di fatto. **Le leggi civili sono ciò che obbliga gli uomini a rispettare le leggi di natura**; tuttavia, va notato che le leggi di natura non hanno altro scopo se non quello di obbligare gli individui a obbedire alle leggi che lo Stato deciderà di porre. **La legge di natura**, quindi, non solo è al servizio della legge civile, ma, **una volta istituita quest'ultima, si risolve integralmente in essa**. Si configura così un doppio legame: è in virtù della legge di natura che si deve obbedire alle leggi civili, ed è grazie alla legge civile che la legge di natura diviene effettivamente vincolante. In ogni caso, nello Stato, a essere legge è soltanto la volontà del sovrano: *auctoritas non veritas facit legem*. Si tratta di una formula alla quale Hobbes ricorre nella versione latina del *Leviatano*, ed è rivolta essenzialmente contro i giuristi inglesi che consideravano la *Common Law* vincolante in quanto conforme alla ragione. A decidere che cosa valga come legge per uno Stato non è la ragione, ma soltanto il sovrano. Questo vale anche per le leggi di natura: secondo Hobbes, la loro interpretazione non dipende dai libri di filosofia, né l'autorità dei filosofi rende leggi le loro opinioni. È solo attraverso le leggi civili che le leggi di natura divengono leggi, assumendo forza vincolante, e il contenuto di ciò che esse prescrivono è sempre deciso dalle leggi civili.

## Gesù è il Cristo

*Auctoritas* è il prestigio, l'autorevolezza riconosciuta a una persona, a un'istituzione o a una tradizione. Il termine deriva da *auctor*, colui che “fa crescere”, che garantisce. La *veritas* è invece la verità oggettiva, ciò che è vero in sé, indipendentemente da chi lo afferma. Essa è legata alla realtà, alla ragione, ai fatti, e non ha bisogno di essere sostenuta da un'autorità per essere vera. La distinzione tra *auctoritas* e *veritas* è stata letta anche con riferimento alla terza parte del *Leviatano*, dedicata al concetto di Stato cristiano. Non è possibile approfondire qui il rapporto tra teologia e politica nel pensiero di Hobbes, poiché, se egli avesse rivendicato l'idea che non esista uno Stato se non quello cristiano, fondato sulla verità di Cristo, avrebbe dovuto impegnarsi anche nella confutazione di tutte le interpretazioni del rapporto tra Stato e religione. **L'ordine politico, per Hobbes, resta legittimato e fondato su una verità trascendente, ossia quella secondo cui Gesù è il Cristo, redentore della storia e dei peccati.** Al tempo stesso, Hobbes propone una lettura critica della Bibbia, volta a dimostrare come tale verità non abbia altra funzione se non quella di “svuotare” il mondo di ogni trascendenza religiosa, in modo che lo Stato non si fondi su di essa, ma sulla propria autorità e forza. Dopo la venuta di Cristo, i miracoli sono cessati. Gesù si è fatto riconoscere come Messia compiendo miracoli e ha promesso il suo ritorno, mettendo in guardia dal credere ai falsi profeti e ai loro falsi miracoli: si tratta di un'argomentazione che Hobbes utilizza per neutralizzare le sette, come i protestanti. Dio non si manifesta più nel mondo: l'ultima volta è stata

proprio con l'avvento di Cristo. Il fine della venuta di Cristo è stato quello di rinnovare il patto che Dio aveva stipulato con il popolo ebraico. Il nuovo patto consiste nella promessa del ritorno di Cristo sulla terra, che instaurerà il suo regno. **Il tempo intermedio è quindi un tempo cristiano, ma anche un tempo in cui Cristo non regna nel mondo, un tempo in cui Dio si è ritirato.** Cristo ha pertanto comandato di obbedire all'autorità dei sovrani nell'attesa del suo ritorno. Le leggi di Dio non sono altro che le leggi di natura, ossia leggi che ci obbligano a obbedire ai nostri sovrani civili, che abbiamo costituito sopra di noi stringendo un patto reciproco gli uni con gli altri. Lo **Stato diviene così l'unico sostituto sulla terra di Dio**, ormai assente, ma presente proprio attraverso la sua mancanza. Il sovrano è dunque il luogotenente di Dio, colui che tiene il posto di Cristo nel tempo dell'attesa, cioè prima del suo ritorno. La prima parte del *Leviatano* è dedicata all'istituzione dello Stato, muovendo dal presupposto di una fondazione puramente immanente: i principi che spiegano perché lo Stato debba esistere sono ricavati dalla considerazione della condizione in cui gli uomini vivono nel mondo, dei loro bisogni e delle loro passioni. In questo senso, non esiste una verità eterna. Tuttavia, questa fondazione immanente risulta possibile soltanto alla luce della terza parte del *Leviatano*, dedicata allo Stato cristiano. Solo adottando una prospettiva cristiana, ossia partendo dalla verità che Gesù è il Cristo, è possibile pensare il mondo come svuotato della presenza del divino e di ogni elemento trascendente. Nell'interpretazione di Hobbes, infatti, nel cristianesimo alberga il principio di un mondo senza Dio. Come già detto, viviamo nel tempo storico in cui Dio si è ritirato.

### Finale: non iam frustra doces, Thomas Hobbes!

Carl Schmitt tenta di tenere insieme il profondo fallimento del *Leviatano*, opera pensata da Hobbes per sostenere la causa della monarchia. Il *Leviatano* si mostra, da un lato, come un'opera fallimentare rispetto a questo obiettivo, dall'altro come un'opera profondamente moderna. Fallimentare, poiché la causa monarchica era in contraddizione con l'evoluzione della politica inglese, segnata dall'affermazione del parlamentarismo e della teoria dei diritti individuali dei sudditi. Al tempo stesso, però, i concetti formulati da Hobbes trovano fortuna nella concezione dello Stato dell'Europa continentale e vengono ereditati all'interno della cultura dello Stato legislativo, come dimostra, ad esempio, la concezione della legge come comando posto dallo Stato. Schmitt definisce Hobbes come un uomo non ricompensato, come colui che apre una porta attraverso la quale poi passano altri, consacrando così come uno dei grandi maestri del diritto dello Stato moderno.

### John Locke

Nasce a Wrington nel 1632. Nel corso della sua carriera ricoprì vari incarichi che lo misero in contatto diretto con la realtà politica inglese e che ebbero un'influenza determinante sull'elaborazione del suo pensiero, come ad esempio il ruolo di segretario dei Lord Proprietors della Carolina. Il suo contributo alla rivoluzione inglese del 1688-1689 fu inoltre determinante, sia attraverso le sue opere sia mediante un'intensa attività politica e intellettuale, svolta durante il periodo di esilio in Olanda, fino al suo rientro in Inghilterra in seguito all'ascesa al trono di Guglielmo d'Orange.

John **Locke** passò alla storia per la stesura di opere come l'*Essay Concerning Human Understanding*, trattato dedicato alla conoscenza umana, e *A Letter Concerning Toleration*, testo in cui argomenta a favore della libertà religiosa dei cittadini e della tolleranza che lo Stato deve garantire a tutte le confessioni religiose: non è possibile stabilire, né tantomeno imporre, la vera religione. Sul piano filosofico-politico e giuridico, tuttavia, gli interventi più noti di Locke sono i *Due trattati sul governo*, pubblicati nel 1689. Nel **primo trattato** Locke critica il fondamento paternalistico e patriarcale del potere politico; nel **secondo** delinea i contorni di una teoria giusnaturalistica di stampo contrattualistico, nella quale i concetti di stato di natura, diritto naturale, patto sociale e Stato politico vengono rielaborati in modo tale che il potere politico risulti non solo fondato su basi consensuali, ma anche limitato *ab origine* dai diritti naturali degli individui.

## Diritto di proprietà

Nel *Secondo trattato* di Locke il punto di partenza e, al tempo stesso il punto di arrivo, è rappresentato dal dovere di conservare se stessi e l'intero genere umano. Secondo Locke, il bene terra costituisce l'esemplificazione del nesso tra il dovere e il diritto di proprietà, poiché il fatto stesso che Dio abbia donato la terra ad Abramo rappresenta l'attribuzione all'umanità di un diritto funzionale all'adempimento del dovere di autoconservazione. Poiché tale autoconservazione è possibile solo servendosi della terra, cioè facendone uso, l'atto dell'uso non può che essere un atto proprietario. La proprietà comune della terra, infatti, non consente che di essa sia fatto un uso effettivo e vantaggioso per il singolo uomo; è necessario, quindi, un mezzo per appropriarsene in qualche modo, prima che essa possa risultare di qualche utilità o vantaggio per un individuo.

Lo stesso vale per la proprietà sulle creature inferiori, come Locke precisa in un passaggio del *Primo trattato*. Tali creature, utili alla sussistenza dell'uomo, sono date da Dio come mezzi della sua conservazione; di conseguenza, l'uomo ha il diritto di servirsi di esse per volontà e concessione divina. In tal modo, egli segue la volontà del suo Creatore e ha diritto di utilizzare quelle creature che la ragione e il senso gli indicano come utili a tale fine. La proprietà dell'uomo sulle creature risulta così fondata sul diritto di servirsi di ciò che è necessario e utile alla sua sussistenza.

## Come si diventa proprietari?

È importante chiarire anche in che modo, secondo Locke, si diventa proprietari e come sia possibile vantare un diritto esclusivo sui beni nei confronti degli altri individui. Il punto di partenza del ragionamento è che **ciascun individuo è proprietario della propria persona**; ne consegue che il lavoro del suo corpo e le opere delle sue mani sono propriamente suoi. Pertanto, quando egli rimuove una cosa dallo stato in cui la natura l'ha prodotta e lasciata, e la mescola con il proprio lavoro, la rende sua proprietà. In questo modo, sottrae la cosa allo stato comune in cui la natura l'aveva posta e vi connette qualcosa di proprio, **escludendo il diritto comune degli altri uomini**. Resta tuttavia una questione problematica: il semplice mescolare qualcosa di proprio a un bene comune è davvero sufficiente a renderlo non più tale, mutandone completamente la natura originaria? Vale davvero a trasformare un bene comune in proprietà individuale, senza che rimanga in esso alcuna traccia della proprietà comune e indivisa? Per Locke, il termine "proprietà" è il termine abitualmente utilizzato per indicare l'insieme dei diritti umani. Quando si afferma che è compito del governo difendere la proprietà, si intende dire che il suo dovere primario è quello di garantire a tutti i cittadini, innanzitutto, la sicurezza delle loro vite, delle loro libertà e, in secondo luogo, dei loro beni materiali. Solo una volta assicurata la certezza di questi diritti è possibile parlare propriamente di giustizia e di ingiustizia.

## ILLUMINISMO

### Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu, è uno dei più importanti scrittori e filosofi del Settecento ed è considerato il fondatore della sociologia del diritto. Nasce a La Brède, nei pressi di Bordeaux. Studia diritto prima a Bordeaux e poi a Parigi; eredita da uno zio la carica di presidente di sezione nel Parlamento giudiziario di Bordeaux. Montesquieu morì cieco a Parigi, dopo una vita scandita da letture, studi e scritti di ogni genere, molti dei quali lasciati inediti e incompiuti. Dotato di solide conoscenze in ambito medico, si cimentò anche in osservazioni ed esperimenti scientifici, come il celebre esperimento sulla lingua del montone: una volta separata dal corpo, essa continuava a muoversi se punta o stimolata. Il movimento, secondo Montesquieu, poteva avvenire senza anima; l'animale, dunque, non provava dolore, ma reagiva come una macchina.

## Dello spirito delle leggi

*Lo spirito delle leggi* è un'opera scritta da Montesquieu nel 1748. È composta da trentadue libri ed è il risultato di circa dieci anni di lavoro e di riflessioni maturate lungo tutta la sua vita. Il tema centrale dell'opera è quello delle leggi, intese al plurale. Montesquieu non studia una legge astratta e universale, ma le molte leggi diverse che regolano i vari popoli. Per Montesquieu, le leggi non sono soltanto regole scritte. Esse sono legate a una molteplicità di fattori: la storia, la filosofia, i costumi dei popoli, le lingue, la geografia e la letteratura. **Il diritto rappresenta il filo conduttore che permette di collegare questi aspetti e di comprenderli nel loro insieme.** Il concetto più originale dell'opera è quello di *spirito delle leggi*. Prima di Montesquieu, questa espressione indicava semplicemente l'intenzione del legislatore, cioè ciò che chi fa le leggi voleva dire. Per Montesquieu, invece, **lo spirito delle leggi è l'insieme dei rapporti che spiegano perché le leggi e i costumi siano così diversi da popolo a popolo.** Le leggi, dunque, non sono arbitrarie, cioè casuali o frutto del capriccio umano, ma dipendono da molte cause concrete: il clima, la storia, l'economia, le tradizioni, il tipo di società. Montesquieu si distacca da filosofi come Hobbes. Per Hobbes, il centro della riflessione è lo Stato e il potere sovrano; per Montesquieu, invece, l'interesse è più ampio e riguarda l'insieme dei rapporti che definiscono la vita di una collettività e la rendono diversa dalle altre. Egli non studia soltanto chi comanda, ma come vive un popolo nel suo complesso. Le leggi dei diversi Stati possono essere spiegate razionalmente attraverso lo studio della storia, dei fatti concreti e delle condizioni materiali della società. Dall'analisi di numerosi casi particolari, Montesquieu ricava il concetto di *tipo sociale*, ossia un modello che consente di comprendere il funzionamento di una determinata società. Secondo lui, la grande varietà delle istituzioni giuridiche e politiche non nasce dal caso né è frutto della fantasia umana, gma ha cause precise, intelligibili mediante la ragione. Comprendere lo spirito delle leggi significa analizzare il rapporto tra la realtà concreta e l'ordinamento giuridico, cogliendo il legame tra le leggi universali, le leggi particolari di ogni nazione e la ragione umana.

Montesquieu compie tre operazioni fondamentali:

- **descrivere**, studiando attentamente come si formano gli ordinamenti giuridico-politici nelle loro diverse forme;
- **valutare la razionalità**, verificando se tali ordinamenti siano coerenti e sensati;
- **giudicare secondo principi**, valutandoli alla luce di criteri fondamentali, come la libertà e la moderazione del potere.

Nell'opera Montesquieu indaga una fitta rete di rapporti e relazioni, affrontando una grande varietà di temi. Il suo oggetto di analisi non è soltanto la legge in senso stretto, ma il complesso dei rapporti tra i diversi tipi di ordinamenti politici e le condizioni concrete che ne rendono possibile l'esistenza. Allo stesso tempo, egli studia il rapporto tra gli ordinamenti giuridici concreti e i principi di ragione che in essi si incarnano. Montesquieu, dunque, non lavora esclusivamente sul diritto, ma cerca di cogliere il significato più profondo delle cose, la loro funzione generale, che trova espressione proprio nella legge. In questo senso, riorganizza in modo nuovo il rapporto tra norme e valori, tra leggi e costumi. Il suo è un pensiero profondamente relazionale, che pone al centro la legge non come comando, ma come rapporto, e il diritto come insieme di relazioni. All'inizio dell'opera, Montesquieu propone una definizione fondamentale di legge, affermando che le leggi sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose. Con questa affermazione egli sostiene che tutto ciò che esiste è sottoposto a leggi: non solo il mondo naturale, ma anche gli angeli e persino Dio. L'essere umano, in particolare, è soggetto a due tipi di leggi. Da un lato, vi sono le leggi naturali, che riguardano l'uomo in quanto essere fisico e hanno carattere fisso. Dall'altro lato, vi sono le leggi positive, che riguardano l'uomo in quanto essere intelligente e che consistono in norme variabili, stabilite dagli uomini stessi e diverse a seconda dei tempi e dei luoghi. In questo modo, Montesquieu si distacca radicalmente dalla concezione imperativistica del diritto propria di Hobbes. Per Hobbes, la legge è un comando che proviene dall'autorità sovrana; per Montesquieu, invece, la legge ha un carattere descrittivo e non è semplicemente un ordine accompagnato da una sanzione. La legge va compresa come un rapporto costante tra diverse variabili, e lo strumento

legislativo deve necessariamente integrarsi con i costumi di un popolo. Montesquieu individua inoltre cinque leggi naturali dell'uomo, che hanno carattere descrittivo e non normativo:

1. La tendenza dell'uomo, a partire dall'idea di un creatore, a rivolgersi naturalmente verso di lui;
2. La ricerca della pace, che è la prima legge in ordine cronologico ed è fondamentale per la sopravvivenza dell'essere umano;
3. Il bisogno di nutrirsi, anch'esso legato alla conservazione della vita;
4. Il desiderio sessuale;
5. Il bisogno di vivere in società.

Montesquieu definisce queste leggi come leggi biologiche, proprie dell'uomo in quanto essere fisico. Il diritto naturale continua dunque a essere uno dei tipi di legge che governano gli uomini e rappresenta un vincolo per il legislatore, anche se in alcune circostanze le leggi politiche e civili possono entrare in conflitto con esso. Tuttavia, l'uomo non è soltanto un essere fisico, ma anche un essere intelligente, e per questo può darsi leggi positive, particolari e mutevoli. Chi detiene il potere ha tra le sue funzioni principali quella di contenere le inclinazioni conflittuali degli uomini, stabilendo norme che regolino sia i rapporti tra gli individui all'interno di una società, sia le relazioni tra i diversi popoli. È in questo contesto che nascono il diritto pubblico, il diritto privato e il diritto delle genti, ciascuno dei quali corrisponde a tipi diversi di rapporti. In particolare, il diritto delle genti e il diritto politico mostrano come le leggi positive assumano caratteristiche differenti a seconda della forma di Stato e di governo in cui operano, poiché proprio su di esse si fonda la conservazione di ciascun regime politico.

## L'analisi delle forme di governo e l'ideale della libertà

Montesquieu **delinea un preciso modello volto ad individuare la natura e il principio delle diverse forme di governo**, nonché le **condizioni da cui dipendono il loro sorgere, la loro persistenza e la loro degenerazione**. Natura e principio sono **due categorie fondamentali ricavabili dai testi di Montesquieu**, che nel Novecento **verranno riprese per comprendere una nuova forma di governo, quella totalitaria**.

La **natura** identifica la **forma di Stato dal punto di vista prettamente giuridico** e mette in rilievo l'insieme delle leggi che stabiliscono i rapporti fra gli organi di un ordinamento politico-istituzionale. Per definire la **natura di un governo** è necessario **individuare in chi risiede la titolarità del potere e comprendere se il suo esercizio avvenga in maniera legale o illegale**. Il **principio**, invece, rappresenta la **specifica forza di coesione sociale**, ossia la **passione umana che conduce governanti e cittadini ad agire in modo coerente rispetto all'ordinamento in cui vivono**. Il principio è dunque la molla che mette in movimento il congegno politico ed è inteso come la **condizione oggettiva di esistenza e di efficace funzionamento delle singole forme di governo**. Il riconoscimento dell'importanza di individuare l'elemento dinamico peculiare che spinge gli individui appartenenti a ciascun tipo di società a comportarsi in un determinato modo consente a Montesquieu di congiungere il piano giuridico-istituzionale con quello socioculturale dell'esistenza umana: la virtù è propria della repubblica, l'onore della monarchia, la paura del dispotismo. Da qui si sviluppa una polemica condotta da Montesquieu, in cui il dispotismo è inteso come una forma autonoma di governo e viene descritto come un regime feroce e inumano. In questo senso, *Lo spirito delle leggi* può essere letto come una **meditazione sull'oppressione e come una riflessione sulla libertà**. I governi possono essere più o meno liberi, oppure più o meno oppressivi, e possono quindi salvaguardare tanto lo Stato quanto l'individuo dal pericolo dell'oppressione. Accanto a una **libertà filosofica**, che consiste nell'esercizio della propria volontà da parte dell'individuo, Montesquieu individua un altro tipo di libertà, definibile come **libertà civile**. Essa **corrisponde al diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono**; se anche uno solo non le rispettasse, autorizzerebbe gli altri a fare altrettanto e, di conseguenza, la libertà scomparirebbe. Si tratta quindi di una libertà contro l'arbitrio altrui, in virtù della quale tutti coloro che partecipano alla medesima cittadinanza sono da considerarsi uguali. Esiste poi una **libertà politica**, che

conferisce ai cittadini, oltre all'uguaglianza formale connessa alla libertà civile, quel senso di sicurezza da cui deriva la *tranquillité d'esprit*, assicurata da un governo che impedisce a un cittadino di temere un altro cittadino. Per Montesquieu, la legge è sempre l'asse portante della libertà dei soggetti: l'individuo è libero in quanto agisce nei binari della legge, e la legge, a sua volta, è l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio. Dal nesso tra libertà e legge scaturisce la possibilità di contenere l'arbitrio del principe e di tutelare la sicurezza dei soggetti. La libertà politica può esistere soltanto all'interno dei governi moderati, ossia quelli in cui il potere arresta il potere, in cui vi è equità nelle sentenze e nelle pene e in cui il cittadino non conosce la paura e l'insicurezza psicologica, caratteristiche invece proprie dei regimi dispotici. La quantità di libertà politica posseduta da un governo varia in base alla maggiore o minore distribuzione dei poteri statuali: quanto più i poteri sono distribuiti, tanto maggiore è la libertà politica. In termini di distribuzione dei poteri si va dal livello minimo, incarnato dai governi dispotici, al grado massimo rappresentato dagli ordinamenti politico-istituzionali nei quali i poteri sono esercitati da organi diversi, espressione di forze sociali differenti. Il potere deve essere contrapposto al potere, così da limitarlo e tenerlo a freno, senza tuttavia impedirne un'ordinata e continua collaborazione. Secondo Montesquieu, in tutti gli Stati esistono tre poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giudiziario. Affinché non si precipiti nel dispotismo, è necessario che tali poteri non siano concentrati. Montesquieu considera infatti mostruosi i governi in cui i poteri non risultano separati e distribuiti. L'autonomia del potere giudiziario è una caratteristica dei governi moderati, mentre manca in quelli immoderati. La libertà della costituzione viene salvaguardata dalla collocazione del potere giudiziario in un organo distinto da quelli cui sono affidati i poteri legislativo ed esecutivo, mentre la libertà del cittadino dipende in larga misura dalla qualità delle leggi criminali.

## L'autonomia del potere giudiziario, il giudice bocca della legge.

La titolarità dei tre poteri statuali è affidata a tre organi diversi. Il potere legislativo è gestito da differenti forze politico-sociali, ma non da tutti, poiché i ceti medio-bassi sono esclusi in quanto ritenuti privi di una volontà autonoma. Al potere giudiziario, invece, sono garantite autonomia e indipendenza. Il potere giudiziario è così terribile tra gli uomini che è bene che sia sottratto a una singola professione ed esercitato da persone scelte tra il popolo, in modo da divenire quasi invisibile e nullo. **Esso deve essere vincolato a giudicare secondo leggi certe e precise, affinché si possa vivere in una società sapendo con certezza quali obblighi si contraggono.** Il potere giudiziario deve quindi avere autonomia ed è opportuno che la sua componente potestativa venga ridotta al minimo grazie alla chiarezza delle norme legislative, di cui il giudice si limita a essere portavoce: il giudice è la "bocca della legge", *la bouche de la loi*. I giudici non devono costituire un potere a sé stante in senso creativo. Il giudice deve essere nettamente subordinato al testo della legge e non deve avere alcun potere di creazione normativa. Ciò garantisce la certezza del diritto e, di conseguenza, la libertà politica come garanzia giuridica della non interferenza. Montesquieu avverte l'esigenza di assicurare la certezza del diritto, sottraendo il cittadino a ogni forma di arbitrio, sia da parte dei governanti sia da parte dei giudici.

## Rousseau

Jean-Jacques Rousseau nasce nel 1712 a Ginevra, all'epoca città-Stato protestante. Poco dopo la nascita perde la madre, a causa di una complicazione successiva al parto. Crebbe quindi con il padre, di professione orologiaio, fino al compimento dei dieci anni. A seguito di una rissa, il padre dovette lasciare Ginevra e Rousseau crebbe con i fratelli. Per comprendere la centralità del suo pensiero è utile dividerlo in fasi: **Prima fase**, caratterizzata da riflessioni di critica sociale, storica e culturale, volte a sottolineare i segni e le cause della corruzione morale della società francese. In questa fase scrive opere critiche di tendenza conservatrice. **Seconda fase**, nella quale Rousseau elabora e presenta i propri ideali filosofico-sociali e il disegno istituzionale che dovrebbe consentire di realizzarli. Le opere più celebri di questa fase sono *Il contratto sociale*, *Emilio* e *La nuova Eloisa*. **Terza fase**, di stampo prevalentemente letterario e di ispirazione romantica, cui vanno ricondotte opere come *Le confessioni*, *I dialoghi* e *Le fantasticherie del passeggiatore solitario*.

## Diseguaglianza

Il *Discorso sull'origine e i fondamenti della diseguaglianza tra gli uomini* è del 1755 ed è la base più solida della concezione antropologica di Rousseau, che si riflette anche sulla sua teoria del diritto e della politica. L'opera nasce dalla partecipazione del filosofo a un concorso, il cui tema era il seguente: qual è l'origine della diseguaglianza tra gli uomini e se essa sia autorizzata dalla legge naturale. Rousseau riconduce ai vizi della società civile l'incremento delle diseguaglianze sul piano politico e sociale. Egli distingue tra l'essere naturale e l'essere corrotto dalla società e indica come sia impossibile conoscere l'essenza naturale dell'uomo quando ormai si è già lontani da quella "perfezione", ossia dall'essere naturale. Paradossalmente, la necessità o il desiderio dell'uomo di conoscersi inizia a svilupparsi in età avanzata, quando egli è ormai così lontano dall'essere naturale ed è mutato, corrotto: la conoscenza essenziale dell'essere umano da parte dell'essere umano stesso diventa quindi impossibile. Per questo motivo, in linea con Hobbes e Locke, Rousseau immagina la **condizione umana in assenza di istituzioni** e, dunque, lo **stato di natura come una congettura dell'essere umano pre-istituzionale**: uno stato che non esiste più, che forse non è mai esistito e probabilmente non esisterà mai, ma sul quale è necessario avere idee giuste per giudicare correttamente il nostro stato presente.

Tali "idee giuste" portano Rousseau a distinguere tra:

- **diseguaglianza naturale o fisica**, stabilita dalla natura e consistente nelle differenze di età, salute, forze corporee e qualità dell'intelligenza e dell'anima;
- **diseguaglianza morale o politica**, stabilita o almeno autorizzata dal consenso degli uomini: una diseguaglianza relativa ai privilegi, alla ricchezza, all'onore, alla potenza, ecc., dunque una diseguaglianza di origine sociale.

Il problema è che, nella società civilizzata, non vi è alcuna corrispondenza necessaria tra i due ordini di diseguaglianza: ad esempio, non è detto che il più intelligente comandi o sia più ricco. Ne consegue che la diseguaglianza morale o politica è artificiale, poiché non è riconducibile alla natura dell'uomo né alle diseguaglianze naturali. La tesi di fondo di Rousseau consiste nell'affermazione della bontà naturale dell'essere umano e nella concezione della cattiveria come prodotto delle istituzioni sociali, che hanno finito per corrompere l'essenza naturale dell'uomo. Nello stato di natura primitivo è possibile immaginare un sostanziale equilibrio tra l'essere umano e la natura, fondato su due principi anteriori alla ragione: uno riguarda il nostro benessere e la nostra conservazione; l'altro ci ispira una ripugnanza naturale a vedere perire o soffrire qualunque essere sensibile e, soprattutto, i nostri simili. Da tali principi, secondo Rousseau, derivano tutte le regole del diritto naturale: essi sono l'amor di sé e la pietà. Lo stato naturale è uno stato "animalesco", poiché l'amor di sé si esprime soprattutto nell'appagamento di desideri come il cibo, il sonno e il sesso. Lo sviluppo delle facoltà umane attraverso il processo culturale, però, produce una progressiva differenziazione dagli altri animali e un crescente allontanamento dalla natura essenziale dell'uomo, fondata su amor di sé e pietà. Questo sviluppo fa nascere una nuova preoccupazione, che ha per oggetto l'opinione che gli altri hanno di noi e la posizione che occupiamo nella società. Rousseau identifica tale preoccupazione con l'amor proprio, distinto dall'amor di sé perché non è un sentimento naturale, ma artificiale, generato dalla società: esso orienta il singolo verso la considerazione di sé che dipende dal riconoscimento e dall'accettazione altrui. Questa nuova esigenza conduce l'uomo a soddisfare un bisogno "ragionevole", nel senso che l'amor proprio ispira gli sforzi per ottenere una posizione di uguaglianza rispetto agli altri e comporta una disposizione al riconoscimento reciproco e al rispetto. Tuttavia, l'amor proprio può anche tradursi in vanità, arroganza, senso di superiorità e bramosia di potere; in tal caso il principio di pietà viene neutralizzato, mettendo in moto processi di differenziazione e subordinazione sociale, nonché di corruzione morale: «per il proprio tornaconto personale fu necessario mostrarsi diversi da quello che si era effettivamente; così ebbero origine il falso che getta fumo negli occhi, l'astuzia che inganna e tutti i vizi che li accompagnano».

## Proprietà privata, potere supremo e arbitrario

Il processo di civilizzazione e socializzazione crea le condizioni per la nascita delle disuguaglianze morali generate dal sentimento dell'amor proprio. Nella seconda parte del *Discorso*, Rousseau individua i momenti salienti che determinano l'affermazione delle disuguaglianze politico-morali. Anzitutto, **l'istituzione della proprietà privata** coincide simbolicamente con la fondazione della società civile: «il primo uomo che, avendo recintato un terreno, pensò di dire “questo è mio” e trovò persone abbastanza stupide da credergli, fu il vero fondatore della società civile». La seconda tappa del processo che conduce alla crescita della disuguaglianza è **rappresentata dall'istituzione di un potere supremo cui tutti sono sottoposti, affinché, attraverso le leggi, tutti i membri dell'associazione siano protetti e difesi**. Sul piano storico-concettuale, una tale istituzione non può che essere voluta da chi detiene il potere economico: i ricchi, che sfruttano l'instabilità del conflitto perpetuo generato dalla proprietà privata e danno vita a un sistema istituzionale di “protezione”. Infine, **l'ultima degenerazione è la moltiplicazione di poteri politici arbitrari che corrompono ulteriormente la società**, istituzionalizzando la legge del più forte: una legge che, in realtà, non potrà mai costituire diritto. Essa sancisce la distinzione di fatto tra padrone e schiavo, come estremo grado di disuguaglianza. Dallo stato di natura, in cui tutti sono uguali, si giunge a un altro stato in cui tutti sono uguali nella comune sottomissione alla volontà del padrone: uno “stato di natura” che ora è il prodotto di un'estrema corruzione e che prima rappresentava la condizione umana nella sua purezza. Secondo Rousseau, **la differenza fondamentale tra l'uomo nello stato di natura e l'uomo della società civile** riguarda il modo in cui ciascuno vive il rapporto con sé stesso e con gli altri. L'uomo naturale, spesso definito “selvaggio”, vive in sé stesso: è indipendente, guidato da bisogni semplici e naturali e non dipende dal giudizio altrui per definire il proprio valore. Il suo comportamento è regolato dall'istinto di autoconservazione e da una pietà spontanea, non dal confronto sociale. Al contrario, **l'uomo civilizzato vive fuori di sé**: inserito in una rete di relazioni, diventa dipendente dall'opinione e dal riconoscimento altrui. Nascono bisogni artificiali, come il desiderio di ricchezza, prestigio e potere; e l'*amour-propre*, fondato sulla competizione, alimenta la disuguaglianza sociale.

Rousseau non sostiene però che questo esito sia inevitabile: la disuguaglianza non deriva necessariamente dallo stato di natura, ma è il risultato di un percorso storico determinato, non l'unica possibilità di sviluppo. Pur escludendo la possibilità di un ritorno allo stato originario, Rousseau evita ogni nostalgia primitivistica: il suo obiettivo è individuare i presupposti per una rifondazione della società, capace di contenere la disuguaglianza, che egli considera contraria al diritto naturale. Se la disuguaglianza naturale è inevitabile, quella morale e politica è un prodotto artificiale delle istituzioni e dei rapporti sociali. Quando essa si espande senza limiti, viola il diritto naturale anziché realizzarlo. In conclusione, Rousseau non propone di tornare indietro, ma di ripensare radicalmente l'organizzazione della vita sociale, affinché la società civile non diventi il luogo della dominazione e dell'ingiustizia, ma uno spazio in cui libertà e uguaglianza possano essere ricostruite su basi nuove e più giuste.

## Libertà e Legge

La domanda a cui Rousseau intende rispondere nel *Contratto sociale* (1762) è la seguente: trovare una forma di associazione che difenda e protegga, con tutta la forza comune, la persona e i beni di ciascun associato e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non obbedisce tuttavia che a sé stesso e resti libero come prima. Si tratta di esplorare la possibilità di recuperare in forma nuova il nucleo di integrità umana dello stato di natura, a partire da una condizione ormai mutata. Rousseau avanza un'ipotesi politico-giuridica di rifondazione ancorata al processo storico e alla natura intrinsecamente storica degli esseri umani: «*io voglio ricercare se nell'ordine civile possa esservi una qualche regola di amministrazione legittima e sicura, prendendo gli uomini quali sono e le leggi quali possono essere. In questa indagine cercherò di associare sempre ciò che il diritto permette con ciò che l'interesse prescrive, affinché la giustizia e l'utilità non vadano separati*». Vi è dunque la volontà di **prendere gli esseri umani quali sono e di mirare a leggi possibili**,

conciliando ciò che deriva dalla natura umana (amor di sé e pietà, dunque diritto naturale) con l'interesse e l'utile storicamente determinati e influenzati dall'amor proprio. Si tratta di individuare un **ordine giuridico e politico la cui legittimazione non risiede nel diritto del più forte**, che Rousseau considera espressione del potere arbitrario e dell'estrema degenerazione della disuguaglianza. La forza non produce alcun effetto normativo, ma solo una costrizione fisica o psicologica momentanea e precaria: cedere alla forza è un atto di necessità, non di volontà. Come potrebbe, dunque, essere un dovere?

Occorre sostituire il patto iniquo che ha favorito storicamente gli interessi dei ricchi proprietari con un patto equo, fondato su convenzioni che garantiscano l'equilibrio tra giustizia e utilità tra esseri umani liberi e uguali. È un patto ispirato dall'impossibilità di rinunciare alla libertà: rinunciare alla propria libertà significa rinunciare alla propria qualità di uomo, ai diritti dell'umanità e ai propri doveri. «*L'uomo è nato libero, eppure dappertutto è in catene*». Si tratta, dunque, di liberarlo ed emanciparlo dall'auto-estraniazione della società civile e dalla schiavitù sociale, per fargli vivere una libertà che non si presti a essere dominata e strumentalizzata dall'amor proprio. Per **Jean-Jacques Rousseau** il problema fondamentale della modernità consiste nella necessità di liberare l'essere umano dall'auto-estraniazione prodotta dalla società civile. L'uomo, inserito in rapporti sociali fondati sulla disuguaglianza e sulla dipendenza reciproca, rischia infatti di cadere in una forma di schiavitù morale, determinata dal dominio dell'**amor proprio**, che rende gli individui manipolabili e subordinati al giudizio altrui. A differenza della disuguaglianza naturale, che non si presta a essere strumentalizzata, quella sociale diventa invece terreno di dominio e oppressione. In questo quadro, la distinzione tra **libertà naturale** e **libertà civile** assume un valore centrale e rappresenta una chiave di lettura eminentemente giuridica della teoria Rousseauiana delle istituzioni, nonché uno strumento interpretativo indispensabile per comprendere il senso del patto sociale. La libertà naturale si caratterizza come una condizione di indipendenza: essa consiste nella capacità innata dell'individuo di agire senza essere determinato da forze esterne o da norme imposte dall'esterno. Tuttavia, questa indipendenza non equivale a un'autonomia interiore, poiché l'uomo naturale resta vincolato alla propria costituzione originaria e animalesca, dominata dagli istinti, dagli impulsi fisici e dagli appetiti. In questa fase prevale l'**amor di sé**, che guida l'azione in funzione della mera autoconservazione. Con il **passaggio alla società civile**, tali istinti **non scompaiono, ma vengono progressivamente raffinati e trasformati**. Proprio questo processo espone l'**individuo al rischio di cedere alle logiche dell'amor proprio**, ossia alla necessità di ottenere stima, reputazione e riconoscimento sociale. Eppure, per Rousseau, il **processo di civilizzazione non è in sé negativo**. Al contrario, esso è **inevitabile e potenzialmente benefico**, poiché sostituisce l'**impulso** con il **dovere** e l'**appetito** con il **diritto**. L'uomo, che nello stato di natura considerava solo sé stesso, è ora costretto ad agire secondo **principi diversi e a consultare la propria ragione prima di seguire le inclinazioni immediate**. Rousseau sottolinea che, se gli abusi della società civile non degradassero l'uomo al di sotto della condizione originaria, il passaggio allo stato civile dovrebbe essere accolto come un progresso autentico: **esso ha trasformato un essere limitato e guidato dagli istinti in un soggetto razionale e morale**. Le facoltà umane si sono infatti sviluppate enormemente grazie alla civilizzazione. Il problema non risiede dunque nel passaggio allo stato civile in quanto tale, ma nella forma storica che esso ha assunto, dominata da una logica proprietaria, autoritaria e arbitraria, che ha prodotto estrema disuguaglianza e ingiustizia sociale. Di conseguenza, per limitare gli effetti negativi e valorizzare i benefici della vita civile, è **necessario ripensare radicalmente il patto sociale**. Alla perdita della libertà naturale non deve corrispondere un processo di alienazione e di schiavitù morale sotto il peso della disuguaglianza, bensì la conquista di una **libertà superiore**. Questa nuova libertà è la **libertà civile e morale**, accompagnata dal riconoscimento della proprietà di ciò che ciascuno possiede, che prende il posto del diritto illimitato su tutto tipico della libertà naturale. *La libertà civile non è più intesa come semplice indipendenza, ma come autonomia, ossia come capacità di darsi le proprie leggi secondo ragione*. Solo questa forma di libertà rende l'uomo autenticamente padrone di sé stesso: l'obbedienza all'impulso è schiavitù, mentre l'**obbedienza alla legge che ci si è dati da soli è vera libertà**. Il problema filosofico e giuridico diventa allora quello di **individuare le caratteristiche che il patto sociale deve possedere per garantire questa conquista etica della**

**libertà**, intesa come autogoverno razionale e come fondamento di una società giusta. Il patto deve prevedere l'**alienazione di ciascun associato, con tutti i suoi diritti**, a tutta la comunità; la condizione di questa cessione deve essere uguale per tutti, e ciascun associato guadagnerebbe ciò che ha perso. Ma dall'altra parte tale cessione deve corrispondere ad una forza maggiore per conservare quello che si ha in natura. Lo schema di Rousseau porta a concepire il popolo come l'**insieme degli associati presi collettivamente**, quindi entra in scena la persona collettiva e morale dello Stato come un individuo che si fonde in un tutto collettivo concepibile come la **possibilità della libertà quale autonomia**. In più lo Stato diviene anche il soggetto collettivo unitario che in quanto tale deve esprimersi secondo la c.d. **volontà generale**, quindi la volontà unitaria dei suoi associati, intesa come l'esito di un processo deliberativo che porta all'eliminazione della distinzione tra volontà individuale e collettiva in quanto questa volontà **coincide con l'interesse comune**. La volontà generale, quindi, non può **errare in quanto tende sempre all'utile pubblico**.

Le decisioni del popolo non è detto siano sempre corrette in quanto possono essere manipolate e ingannate, può, infatti, prevalere l'interesse particolare degli individui, che a maggior ragione rischia di prevalere quando all'interno del popolo si creano **gruppi e fazioni inevitabilmente rappresentativi di scopi particolari** [*gli interessi particolari sono dettati dall'amor proprio*].

Quando si è spinti dall'interesse comune l'obbedienza alla legge, come **volontà generale del popolo che delibera su sé stesso**, non è che la massima realizzazione della sua libertà. Legge positiva incarna tanto la ragione quanto la funzione dello Stato immaginato da Rousseau, quale luogo della **libertà civile intesa come autogoverno**, essa non è altro che l'**espressione della volontà generale**, concetto ripreso nell'articolo 6 della *dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 e matrice della moderna concezione giuridica della legge generale e astratta. Nella celebre affermazione secondo cui “*chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale vi sarà costretto da tutto il corpo, e ciò non significa altro se non che lo si costringerà ad essere libero*”, Jean-Jacques Rousseau esprime uno dei nuclei più radicali e controversi della sua teoria del patto sociale. La frase va compresa **partendo dal concetto di volontà generale**, che non coincide, quindi, con la semplice somma delle volontà individuali né con la volontà della maggioranza, ma **rappresenta l'interesse comune che ciascun cittadino riconosce quando si considera come parte del corpo collettivo e non come individuo isolato**. Nel momento in cui l'individuo entra nel patto sociale, egli **aliena interamente la propria libertà naturale** e accetta di essere **vincolato dalla legge, che è espressione della volontà generale** e quindi, in senso proprio, **della sua stessa volontà in quanto cittadino**. Quando un soggetto rifiuta di obbedire alla volontà generale, non sta opponendosi a una volontà esterna o estranea, ma sta contraddicendo l'impegno che egli stesso ha assunto aderendo al patto. La costrizione esercitata dal corpo politico non ha dunque la funzione di imporre un dominio personale, bensì quella di **ricondurre il cittadino alla volontà che egli ha già espresso come membro della comunità**. È in questo senso che Rousseau parla di “costringere a essere liberi”: la **libertà civile** non **consiste** nel fare ciò che si vuole, come nella libertà naturale, ma **nell'obbedire a leggi che si sono date a se stessi**. Attraverso questa obbedienza, **l'individuo dipende solo dalla legge, che è generale, impersonale e uguale per tutti**. Quindi, **quando il cittadino si lega completamente allo Stato**, smette di dipendere dalle persone singole e passa a **dipendere solo dalle leggi**, che valgono per tutti allo stesso modo; ed è proprio questo, per Rousseau, che **rende una persona davvero libera**. L'individuo **realizza pienamente la propria vita solo all'interno dello Stato**, partecipando alla formazione della volontà generale. Questa **non serve a opprimere il cittadino**, ma al contrario lo **libera dalla dipendenza dai bisogni naturali e dalle pressioni sociali**, che lo renderebbero schiavo di interessi privati, rapporti di forza e disuguaglianze. Proprio per questo **l'obbedienza alla legge positiva**, in quanto espressione della volontà generale, non rappresenta una vera limitazione della libertà, ma una **forma di libertà stessa**: il cittadino, obbedendo alla legge, obbedisce a una volontà che ha contribuito a formare, ed è quindi “*costretto a essere libero*”.

## Sovranità e democrazia

Per Jean-Jacques Rousseau, la libertà originaria dell'uomo, che nello stato di natura esisteva in forma immediata ma istintiva, può rinascere solo nello Stato. Tuttavia non rinasce come libertà naturale, bensì come libertà civile, cioè come libertà razionale esercitata attraverso leggi che l'individuo contribuisce a creare. L'uomo, infatti, **recupera la libertà corrotta dalla società civile non opponendosi allo Stato**, ma **diventando parte di un tutto politico unitario**, in cui la volontà individuale si eleva a volontà generale. Proprio per questo, nello Stato rousseauiano non vi è spazio concettuale per i diritti naturali intesi come limiti da opporre al potere sovrano: porre diritti individuali come limiti alla volontà del popolo significherebbe, nella logica dell'autogoverno democratico, porre limiti alla libertà stessa del cittadino, che si realizza solo partecipando alla formazione della legge. Ne consegue che la **sovranità consiste nell'esercizio della volontà generale tramite la legge ed è l'unico potere legittimo**. Essa si incarna in un potere assoluto del popolo, titolare esclusivo della potestà legislativa, e non è vincolata da limiti esterni né da dipendenze personali. Rousseau chiarisce questa idea attraverso una celebre analogia: così come la natura dà a ciascun uomo un potere assoluto sulle proprie membra, allo stesso modo il patto sociale attribuisce al corpo politico un potere assoluto su tutti i cittadini che ne sono le membra; quando questo potere è diretto dalla volontà generale, esso prende il nome di sovranità. Il carattere dell'assolutezza del potere sovrano, coerente con la natura unitaria del corpo politico, è quindi una condizione necessaria per garantire uguaglianza, libertà e sicurezza agli individui. A ciò si aggiungono altri due caratteri fondamentali della sovranità: essa è **inalienabile**, perché non può essere trasferita ad altri soggetti, ed è **indivisibile**, perché non può essere frammentata senza distruggere l'unità del corpo politico. In questo sistema, il *citoyen* (cioè l'individuo visto come parte del corpo politico) riveste una duplice funzione essenziale alla logica democratica: è soggetto attivo, perché partecipa all'esercizio del potere legislativo, e al tempo stesso soggetto passivo, perché è destinatario delle leggi che egli stesso ha contribuito a formare. Il *citoyen* è chi comanda e obbedisce allo stesso tempo, e proprio per questo è libero.

Rousseau si chiede, però, come faccia il popolo a pensare in maniera retta e a enunciare coerentemente la volontà generale: «Come potrebbe una moltitudine cieca, che spesso non sa quel che vuole, in quanto raramente sa ciò che è bene per essa, realizzare da sé un'impresa così grande e così difficile quale un sistema di legislazione?». C'è bisogno di una guida: questa funzione dovrebbe essere esercitata da un legislatore. Si tratta di un essere straordinario, in grado di leggere le passioni senza subirle, di conoscere la natura umana senza esserne condizionato, totalmente disinteressato e dotato naturalmente di un'intelligenza superiore. È una figura che si colloca al di fuori dell'ordine politico: né magistrato né Stato, ma capace di orientare l'ordine politico verso la volontà generale. Questa è un'impresa al di là delle forze umane e, per eseguirla, servirebbe un'autorità che non esiste. Secondo Rousseau servirebbe un'autorità di un'altra specie, capace di trascinare senza bisogno di violenza e di persuadere senza necessità di convincere. La figura del legislatore evoca dunque il bisogno di decisioni che dovrebbero essere presentate come se provenissero da un'autorità divina; ma non è da tutti far parlare gli dèi, né essere creduti quando ci si proclama loro interpreti. Così si delinea la prospettiva di un'impresa morale volta alla trasformazione dell'essere umano, complessa ma irrinunciabile se si intende contrastare una disuguaglianza diffusa e crescente. Si configura, al tempo stesso, un orizzonte di lavoro fondato sull'ideale regolativo di una forma giuridica democratica pura, nella quale vi sia coincidenza tra l'autore e il destinatario delle leggi. Tale orizzonte appare tuttavia destinato a rimanere prevalentemente ideale, come Rousseau stesso aveva lucidamente riconosciuto: se vi fosse un popolo di dèi, esso si governerebbe democraticamente, ma un governo così perfetto non è adatto agli uomini.

## Cesare Beccaria

Cesare Beccaria nasce a Milano nel 1738 e diventa dottore in diritto presso l'Università di Pavia nel 1758. Vive a Milano negli anni in cui sono forti le lotte e le tensioni tra la volontà riformatrice del sovrano d'Asburgo e il conservatorismo delle autorità tradizionali locali. L'Accademia dei pugni,

salotto di discussioni gestito da Pietro Verri, a cui Beccaria partecipa attivamente, contrappone le idee illuministe franco-inglesi al potere del patriziato e delle istituzioni milanesi. È in questo clima che Beccaria, anche grazie alla conoscenza di Alessandro Verri, allora protettore dei carcerati (un giurista laureato con il compito di curare l'assistenza legale e la tutela dei diritti delle persone detenute nelle prigioni statali, in particolare nella Malastalla di Milano), scrive la sua opera *Dei delitti e delle pene*, pubblicata inizialmente in forma anonima nel 1764 a Livorno e giunta alla quinta e ultima edizione nel 1765. A seguito della sua notorietà, Beccaria divenne funzionario dell'amministrazione asburgica, presso la quale ricoprì diversi incarichi, occupandosi, tra le altre cose, di agricoltura e commercio, fino alla sua morte, avvenuta il 24 novembre 1794.

## Critica alla violenza epistemologica e politica delle pratiche penali

Beccaria sviluppa una critica radicale del diritto penale del suo tempo, che è insieme epistemologica e politica. È epistemologica perché riguarda il modo in cui il sapere giuridico classifica, giudica e conosce i comportamenti umani; è politica perché mostra come quel sapere venga concretamente utilizzato per esercitare potere. In questo senso si può parlare di **violenza epistemologica**, cioè di una violenza che non passa soltanto attraverso la forza fisica, ma anche attraverso categorie, definizioni, procedure e giudizi prodotti dal diritto. Secondo Beccaria, il diritto di punire, così come si è storicamente formato, è fragile e ingiustificato. Le classificazioni dei reati, le istituzioni e le procedure penali non sono naturali né necessarie: sono arbitrarie, spesso inutili e soprattutto strumentali, perché costruite per favorire pochi e per modellare le sensibilità e i comportamenti di molti. Il diritto, dunque, non si limita a reprimere: educa, abitua, plasma.

Per Beccaria il diritto legittimo non può mai coincidere con la forza, anche se una certa quota di forza è inevitabile. Proprio per questo la forza deve essere ridotta al minimo indispensabile. Ma anche il diritto illegittimo, arbitrario o dispotico, non si regge principalmente sulla forza: si fonda piuttosto sull'opinione e sull'abitudine. Gli individui obbediscono non solo perché temono la pena, ma perché si abituano a considerare "normale" ciò che il diritto impone. L'ordinamento giuridico è quindi una macchina politica complessa: può servire la forza materiale e simbolica dei dominanti, producendo disuguaglianza e privilegi, oppure può servire la giustizia, promuovendo l'uguaglianza e l'utilità comune. Tutto dipende da come è costruito.

Un ruolo decisivo è svolto da opinioni e abitudini. **L'opinione governa gli animi e orienta i costumi; l'abitudine rende gli uomini imitatori e conformisti.** La natura umana, per Beccaria, non è qualcosa di fisso: è una seconda natura, costruita socialmente. Quasi tutto nell'uomo è acquisito, pattizio, frutto di consuetudini. Opinion e abitudini rendono l'ambiente sociale regolare e prevedibile, ma sono anche il mezzo attraverso cui il potere si consolida. Da qui la critica storica di Beccaria: **le leggi, che dovrebbero essere patti tra uomini liberi, sono diventate nel tempo strumenti delle passioni e degli interessi di pochi.** Chi osserva i codici con occhio filosofico scopre che ciò che viene chiamato "virtù" o "vizio", "delitto" o "buon comportamento", muta continuamente nei secoli, a seconda degli errori e delle passioni dei legislatori. Non si tratta di criteri oggettivi, ma storicamente variabili. I cattivi governi e le cattive leggi hanno distribuito premi e castighi in modo parziale, creando artificialmente categorie di vizi e di delitti. Molte azioni sono state definite "delitti" non perché contrarie all'interesse pubblico, ma perché contrarie all'interesse dei dominanti. Il diritto penale emerge così come uno strumento di conservazione del potere. Su queste basi, Beccaria denuncia la violenza nascosta nelle classificazioni giuridiche, nei giudizi, nelle procedure e nelle pene. La sua è una vera e propria lotta politica contro l'eterogeneità e l'arbitrarietà del sistema penale dell'Antico Regime. Egli critica, ad esempio:

- il criterio dell'intenzione, che spostava la valutazione dal fatto alle presunte intenzioni morali dell'individuo;

- l'idea di peccato, fondata sulla malizia del cuore, che giustificava pene espiatorie e penitenziali;
- la dignità della persona offesa, che permetteva di punire diversamente lo stesso delitto a seconda del rango sociale, fino a trasformare i poveri in "cose" e a consentire ai ricchi di riscattare i propri crimini con il denaro.

Beccaria critica anche le classificazioni dei reati fondate su interessi di classe, come il furto punito con la morte, e la codificazione religiosa dei delitti, che portava a punire comportamenti non dannosi per la società, come il suicidio, o a reprimere condotte private come l'adulterio, l'infanticidio o l'omosessualità. Un altro bersaglio centrale è l'interpretazione delle leggi da parte dei magistrati. Da un lato essa genera incertezza, perché dipende dalle passioni del giudice, dalle sue relazioni personali e dal suo stato d'animo; dall'altro trasforma la giurisprudenza in uno strumento nelle mani dei potenti. Beccaria smonta anche le procedure probatorie dell'epoca: le semiprova, la tortura, le accuse segrete. Si tratta di pratiche ingiustificate, fondate sulla forza e non sulla verità, che producono paura, paranoia e disgregazione sociale. Gli individui finiscono per vivere sospettosi, ossessionati dal rischio di essere accusati. Infine, Beccaria affronta il rapporto tra violenza giuridica e violenza sociale. La penalità crudele e retributiva del suo tempo non riduce la violenza, ma la alimenta. Influenzato da Rousseau, egli sostiene che la violenza nasce dalle disuguaglianze sociali che il diritto riflette e consolida. Il criminale è spesso un soggetto socialmente ed economicamente svantaggiato, i cui calcoli razionali risultano distorti dall'assenza di prospettive, prodotta da cattive leggi e cattivi governi. La giustizia penale rinvia quindi ai problemi della giustizia sociale, più che a quelli della morale o del diritto naturale. Alla radice dei crimini Beccaria non individua la malvagità umana o una presunta anormalità morale, ma la struttura diseguale della società. Il crimine viene così politicizzato e la responsabilità della violenza ricade sul potere. La conclusione è netta: **non sono gli individui a dover essere riformati, ma il diritto e la società**.

## LA FONDAZIONE DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

A partire dal 18 secolo l'espressione *diritto filosofico* viene progressivamente sostituita da quella di *filosofia del diritto*. Questo cambiamento terminologico non è affatto neutro: riflette una **crisi profonda del concetto tradizionale di diritto naturale**. La prima attestazione esplicita del termine *filosofia del diritto* si fa risalire a **Gustav Hugo**, mentre la sua definitiva affermazione avverrà con **Georg Wilhelm Friedrich Hegel**. Il contesto in cui matura questo passaggio è **quello del dibattito giuridico-filosofico di area tedesca**, centrato su un problema cruciale: come pensare un diritto naturale che sia distinto dalla morale, ma che al tempo stesso possa convivere e dialogare con la scienza positiva del diritto, cioè con la dottrina del diritto vigente. In altre parole, il problema non è più solo "quale sia il diritto giusto", ma che rapporto debba esistere tra filosofia e diritto positivo.

Una svolta decisiva si ha con **Immanuel Kant**. Con Kant si produce una **rottura radicale** rispetto alla tradizione del diritto naturale. Egli introduce una separazione netta tra **moralità e legalità**: la morale riguarda la sfera interna dell'intenzione e della coscienza, mentre il diritto riguarda la sfera esterna delle azioni e della loro regolazione coercitiva. Questa distinzione incide profondamente sulla funzione stessa del diritto naturale. Molti giuristi accolgono l'impostazione kantiana, accettando la separazione tra diritto e morale. Tuttavia, proprio **questa separazione rende difficile individuare con precisione il confine tra i due ambiti**. Se la morale appartiene chiaramente alla sfera interna, la sfera esterna del diritto risulta più problematica da definire. Entra così in crisi **l'identità stessa del diritto naturale** e, soprattutto, la sua capacità di vincolare il diritto positivo. Il rischio è duplice. Da un lato, il diritto naturale può ridursi a una **pura esigenza di razionalità**, priva di garanzie di applicazione concreta. Dall'altro lato, può trasformarsi in una **mera giustificazione ideologica del diritto positivo esistente**, perdendo ogni funzione critica. In questo scenario si colloca lo storismo giuridico di Hugo. Da una parte, il suo rigido empirismo lo porta a negare che i contenuti del diritto positivo possano essere dedotti da principi a priori. Il diritto è il prodotto della storia, non della ragione astratta. Dall'altra parte, però, l'influenza di Kant lo induce a conservare

l'idea di un **diritto ideale, perentorio**, di un diritto giusto che non si esaurisce nella mera fattualità storica. Su questo punto Hegel entrerà in forte contrasto con Hugo.

La **filosofia del diritto** nasce così come disciplina autonoma, distinta dalla filosofia morale. Proprio perché il soggetto giuridico è autonomo e responsabile, la filosofia del diritto non può coincidere con l'etica. Allo stesso tempo, però, viene ribadita con forza l'esigenza di **non ridurre la filosofia del diritto a una semplice descrizione del diritto positivo**, cioè delle leggi vigenti. Kant chiarisce bene questa distinzione. Studiare il diritto vigente significa rispondere alla domanda: *che cosa prescrivono le leggi in un determinato ordinamento?* Ma la filosofia del diritto si pone una domanda diversa e più radicale: **quid iuris?** Che cos'è il diritto in generale? Che cosa fa sì che quelle norme possano essere chiamate "diritto"? L'oggetto della filosofia del diritto non è dunque il diritto positivo in quanto tale, ma **il concetto stesso di diritto**. Essa riflette su ciò che rende il diritto positivo effettivamente diritto e non semplice esercizio di potere. In questo modo il diritto naturale viene **ricollocato**, non semplicemente abbandonato. Esso cessa di indicare un diritto ideale separato e contrapposto a quello positivo, ma sopravvive nell'idea che **il concetto di diritto non coincide mai completamente con il diritto vigente**. Il diritto positivo deve sempre essere giustificato, fondato, spiegato. Per questo, anche se l'espressione "diritto naturale" viene criticata, non viene del tutto eliminata l'idea di una **natura del diritto**. La filosofia del diritto non consiste più nel dedurre un diritto ideale dalla natura o dalla ragione, contrapposto al diritto positivo, ma nel **riflettere sul fondamento del diritto**, su ciò che rende il diritto positivo qualcosa di più di un fatto, cioè qualcosa che pretende validità. Quindi, la filosofia del diritto nasce come disciplina che **non produce un altro diritto**, ma **interroga il diritto esistente sul suo senso, sulla sua legittimità e sulla sua razionalità**.

## Immanuel Kant

Nasce nella Prussia orientale nel 1724 e muore quasi ottantenne nel 1804. Insegna all'Università Albertina dal 1755 al 1796 dopo averla frequentata come studente dal 1740 al 1746. Però la sua prima formazione è data al collegio Federici anno in cui convivono due indirizzi culturali che influenzano profondamente il suo pensiero: da un lato il pietismo, un movimento religioso e intimistico che avrà conseguenze sul rigorismo dell'etica Kantiana. Dall'altra parte il razionalismo di Leibniz e di Wolf, il maggior rappresentante dell'Illuminismo tedesco. Tuttavia, il razionalismo di Leibniz e di Wolf sarà corretto da Kant in direzione dell'empirismo sia attraverso l'influenza di alcuni filosofi wolffiani sia attraverso la conoscenza diretta dell'empirismo inglese.

Kant dirà di essere stato svegliato dal sonno dogmatico da David Hume, ciò che Kant chiama "sogno" dogmatico è la concezione tradizionale secondo cui la conoscenza consiste nella proiezione dell'oggetto conosciuto sul soggetto conoscente. Kant invece inverte il rapporto conoscitivo tra soggetto e oggetto: non è l'oggetto determinare il soggetto ma viceversa in quanto è il soggetto a costruire l'oggetto secondo le proprie strutture conoscitive, forme a priori della conoscenza. Nella percezione gli oggetti vengono adattati alle forme sensibili dello spazio e del tempo che non sussistono fuori del soggetto.

La produzione filosofica di Kant viene distinta in due fasi: pre critica e critica, a seconda che le opere recedano o seguano il 1770, anno nel quale Kant pubblica la diserzione: *De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis*. Opera che costituisce la sua prima manifestazione di pensiero critico, ancora incompleto. La piena consapevolezza critica aveva tramite la pubblicazione dell'opera **critica della ragion pura**, in cui espone la sua nuova concezione della conoscenza.

L'evento più importante della vita di Kant è costituito probabilmente dalle difficoltà avute con la censura, nel 1786 Federico Secondo di Prussia viene sostituito da Federico Guglielmo Secondo che conduce a una politica conservatrice in tutti i campi, compreso quello dell'educazione e della cultura. Kant incorre nelle maglie della censura e gli viene proibito di scrivere di argomenti politici o religiosi pur difendendo la sua posizione, egli si sottopone all'ingiunzione fino alla morte del sovrano e alla sostituzione del ministro in carica, non solo per convenienza ma era convinto che le

leggi imposte dal potere costituito non possono essere infrante in quanto ciò equivarrebbe a non riconoscere la validità del diritto in generale.

## Il diritto trascendentale

Per **Immanuel Kant**, il diritto è **l'insieme delle condizioni** attraverso le quali l'arbitrio di ciascuno può accordarsi con l'arbitrio di tutti gli altri **secondo una legge universale della libertà**. Il punto decisivo di questa definizione è il concetto di **libertà**, che però non va inteso in senso morale o interiore, bensì come **libertà esterna**. La libertà giuridica non riguarda ciò che l'individuo vuole interiormente o le sue intenzioni morali, ma il suo **arbitrio**, cioè la possibilità concreta di fare ciò che vuole nel mondo esterno. Essa consiste nell'**indipendenza dalla costrizione dell'arbitrio altrui**: è lo spazio entro il quale ciascuno deve poter agire per realizzare la propria volontà senza essere impedito dagli altri. Questa libertà è, per Kant, **l'unico diritto innato dell'uomo**. Essa appartiene costitutivamente alla natura umana e non ha bisogno di essere giustificata. È proprio la libertà che **rende necessario il diritto**, perché senza un ordine giuridico la libertà resterebbe solo formale e continuamente minacciata. Il problema centrale non è dunque giustificare la libertà, ma **renderla compatibile con la libertà di tutti gli altri**. Da qui nasce l'esigenza di un **sistema universale della libertà**, in cui l'esercizio della libertà di ciascuno non ostacoli quello altrui. Poiché questo sistema deve valere per tutti, non può essere fondato su criteri empirici o sulle particolarità delle singole situazioni. Deve invece derivare da una funzione conoscitiva **per definizione universale**, cioè dalla **ragione**. Il diritto è quindi necessariamente **diritto razionale**.

Affermando la coessenzialità tra diritto e ragione, Kant si colloca nella tradizione del **giusnaturalismo**, in particolare di quello moderno. **Ugo Grozio**, ad esempio, definiva il *ius naturale* come ciò che è conforme o difforme alla **natura razionale dell'uomo**. Il giusnaturalismo moderno, però, si distingue profondamente da quello medievale. Nella prospettiva tomistica, infatti, l'ordine giuridico è una *lex naturalis* inscritta nella natura come riflesso della *lex divina*, impressa da Dio al momento della creazione. Il diritto naturale è una realtà oggettiva fondata sulla volontà divina, che l'uomo conosce tramite la ragione. Il giusnaturalismo moderno riduce, invece, il concetto di natura alla **natura razionale dell'uomo**. Il fondamento del diritto naturale non è più la volontà di Dio, ma la sua conformità alla ragione umana. Non a caso Grozio afferma che il diritto naturale varrebbe **anche se si negasse l'esistenza di Dio**. Tuttavia, anche in questa versione moderna, la ragione è ancora intesa come una facoltà che **conosce un ordine oggettivo già dato**, indipendente dal soggetto. L'ipotesi della non esistenza di Dio è solo un'ipotesi per assurdo e non mette realmente in discussione l'idea di una realtà oggettiva nella quale il diritto si iscrive. Questa concezione viene respinta da Kant come **dogmatica**. Per Kant, la ragione non si limita mai a registrare un ordine già esistente: in ogni ambito del suo esercizio, essa **pone le condizioni a priori** della possibilità di ciò che conosce. Nella prima parte della *Metafisica dei costumi*, la ragione trascendentale determina quali siano le condizioni razionali affinché il diritto possa darsi. Il diritto non è quindi un fatto naturale da scoprire, ma una **norma** che deve essere posta dalla **ragione pura**. Il sistema delle libertà che rende possibile il diritto non è qualcosa che si trova nella natura, ma qualcosa che deve essere costruito razionalmente. Il diritto nasce così come **prodotto di un imperativo della ragione giuridica**, che riproduce, nella sfera esterna, la struttura dell'imperativo categorico della ragione morale. Non nel contenuto, ma nella forma: universalità, necessità, validità a priori. La connessione tra diritto e ragione va quindi intesa in questo senso preciso: **il diritto è una produzione della ragione, una sintesi a priori**, non una semplice descrizione di fatti sociali né la scoperta di un ordine naturale preesistente.

## Dal diritto naturale al diritto pubblico

Nel pensiero di **Kant** la distinzione tra **diritto** e **morale** è netta e strutturale. I due ambiti non si sovrappongono e non hanno gli stessi criteri di valutazione delle azioni. La **moralità** di un'azione non dipende solo dalla sua conformità esteriore alla legge morale, ma soprattutto dall'**intenzione**

con cui essa viene compiuta. Un'azione è autenticamente morale solo se è realizzata **esclusivamente per dovere**, cioè in obbedienza alla legge morale della ragione. In questo senso l'azione morale è **autonoma**: il soggetto non obbedisce ad impulsi, interessi o fini esterni, ma si dà da sé la legge razionale che segue. Se un'azione è conforme alla legge morale **ma viene compiuta per motivi diversi dal puro dovere** (ad esempio per interesse personale, paura di una sanzione o ricerca di approvazione), essa non è morale. È, al massimo, **legalmente corretta**, ma non moralmente valida. Qui si inserisce il concetto di *legalità*, che Kant *contrappone alla moralità*. Nel diritto non conta l'intenzione interiore del soggetto, ma **solo la conformità esteriore dell'azione alla legge**. Per il diritto è irrilevante perché una norma viene rispettata; ciò che conta è che venga rispettata effettivamente. Proprio per questo il diritto deve essere **costrittivo**. Kant afferma esplicitamente che **diritto e facoltà di costringere coincidono**. Un comando giuridico che non possa essere imposto con la forza non è un vero diritto, ma una semplice *raccomandazione*. Il diritto autentico è quello che Kant chiama **diritto stretto**, cioè un diritto accompagnato dalla possibilità di coercizione. A questo punto emerge un problema: il **diritto naturale**, in quanto diritto puramente razionale, non è ancora in grado di costringere, indica ciò che è giusto secondo la ragione, ma non dispone dei mezzi per imporre il proprio rispetto. Per questo Kant lo definisce, in questa fase, come **diritto privato**. Affinché il **diritto diventi effettivo**, occorre che venga **esercitato da un'autorità dotata di potere coercitivo**. Questa autorità è lo **Stato**. Solo quando il diritto naturale viene assunto e garantito dall'autorità statale esso diventa **diritto pubblico**, cioè diritto valido in modo perentorio e coercitivo. Il passaggio decisivo è dunque quello da una condizione in cui il diritto è solo **pensato dalla ragione** a una condizione in cui il diritto **vale coercitivamente**. È il passaggio dal diritto naturale, o razionale, al diritto pubblico. Diversamente da Rousseau, Kant non contrappone allo stato di natura uno stato sociale, ma uno **stato civile**, fondato sull'efficacia giuridica e sulla coercizione legittima. È importante notare che **il contenuto del diritto naturale e del diritto pubblico è lo stesso**. Ciò che cambia non è ciò che è giusto, ma il **modo in cui esso vale**. Il contenuto centrale del diritto, per Kant, è la **proprietà**, che egli definisce come il *“mio e il tuo esterni”*. La proprietà è l'espressione materiale dell'esercizio della libertà esteriore: attraverso di essa l'individuo dispone di una sfera di azione nel mondo. Nel diritto naturale la proprietà esiste solo in modo **provvisorio**, perché manca una garanzia coercitiva. Nel diritto *pubblico*, invece, la proprietà diventa **perentoria**, cioè **viene fatta rispettare mediante la forza legittima dello Stato**. Solo in questo momento la proprietà diventa pienamente **diritto stretto**. In conclusione, per Kant il diritto non ha il compito di rendere gli uomini virtuosi o morali, ma di garantire, attraverso la coercizione legittima, le condizioni esterne che rendono possibile la coesistenza delle libertà. La moralità resta una questione interna alla coscienza; il diritto opera invece nello spazio pubblico, esterno e coercitivo.

## Diritto pubblico: il diritto statale

I **contenuti del diritto non cambiano nel passaggio dal diritto naturale a quello positivo**, ma semplicemente gli **obblighi giuridici** definiti idealmente dalla ragione nel diritto naturale acquistano, nel diritto positivo, **potere coercitivo attraverso la forza delle istituzioni**. Le relazioni che **definiscono le strutture istituzionali pubbliche sono tre**:

1. il rapporto tra gli individui all'interno della società civile *[diritto statale]*
2. il rapporto tra gli Stati *[diritto internazionale]*
3. il rapporto tra i cittadini di uno Stato e uno Stato straniero. *[diritto cosmopolitico]*

A questi tre tipi di relazioni **corrispondono tre livelli di diritto positivo**: il **diritto statale**, il **diritto internazionale** (il «*diritto dei popoli*») e il **diritto cosmopolitico**. Di queste tre forme di diritto positivo, **solo la prima si avvale di un'istituzione che impone coercitivamente il diritto e realizza quindi pienamente il diritto stretto, lo Stato**. Kant parte dalla definizione di Hobbes dello stato di natura come **condizione di guerra**, solo potenziale e non combattuta effettivamente:

*bellum omnium contra omnes*. Lo stato di natura è una **condizione priva di diritto dalla quale la ragione comanda di uscire**. Le modalità per compiere questo passaggio sono quelle indicate da **Hobbes**: l'istituzione di una società civile attraverso un contratto, mediante il quale tutti si sottopongono all'autorità di un unico sovrano, rinunciando al loro diritto naturale e alla guerra. Successivamente Kant si rifà a **Rousseau** per quanto riguarda la **forma costituzionale dello Stato**. La **sola forma di governo** che realizza completamente la condizione giuridica è rappresentata dalla **costituzione repubblicana**, in cui il potere è esercitato dal sovrano in maniera legittima, in quanto la sovranità è detenuta dal popolo. In altre parole, nella costituzione repubblicana ogni individuo è sia *suddito*, sottoposto al potere del sovrano, sia *cittadino*, partecipe della sovranità. **Kant si differenzia rispetto a Rousseau nel definire la struttura costituzionale dello Stato**, in particolare nella modalità della partecipazione del cittadino alla sovranità. Kant teme la decadenza della democrazia verso la tirannia della maggioranza e sostiene che la **sovranità repubblicana debba essere esercitata attraverso forme rappresentative di esercizio del potere**, che si avvicinano a istituti di rappresentanza parlamentare. Occorre ricordare **due questioni** di particolare rilevanza giuridica. Entrambe riguardano la concezione di Kant secondo cui determinati obiettivi giuridico-politici possono considerarsi attuati anche quando siano solo intenzionali, senza avere ancora ricevuto piena attuazione *de facto*.

1. Il primo punto è che per Kant il **contratto originario è soltanto un modello teorico**, in base al quale il sovrano e i cittadini si comportano «*come se*» (*als ob*) vi fosse stato un simile contratto, che in realtà non comporta alcuna stipulazione, né esplicita né tacita.
2. Il secondo punto è che da ciò consegue che può essere **considerato repubblicano lo Stato il cui sovrano opera in base a quell'idea razionale**, opera come se il suo potere derivasse dalla volontà unitaria del popolo, anche se di fatto il potere è esercitato in maniera assoluta o dispotica.

Kant parla di una *lex permissiva* della ragione, per la quale è possibile procrastinare la realizzazione di un comando giuridico razionale quando non sussistono ancora le condizioni oggettive per la sua attuazione e la sua applicazione immediata potrebbe risultare controproducente. È evidente che non vi saranno mai evidenze chiare del carattere antirepubblicano del comportamento del sovrano, in quanto anche atteggiamenti dispotici *de facto* potrebbero essere animati da una volontà repubblicana non palese. Kant attribuisce quindi ai sudditi un solo diritto, che chiama diritto di penna, ossia il diritto all'uso pubblico della ragione. I sudditi devono avere la libertà di discutere pubblicamente di tutte le questioni politiche e religiose, ma devono attenersi scrupolosamente al rispetto delle norme vigenti, includendo anche il divieto di espressione a mezzo stampa, qualora venga imposto da un governo. Questa posizione richiama la situazione storica in cui Kant si trovava: Federico Guglielmo II gli impedì di discorrere pubblicamente di politica e religione e, nonostante Kant ne fosse contrariato, egli obbedì. Opporsi a qualunque genere di Stato, infatti, significherebbe opporsi all'idea stessa di diritto, avviando un percorso inverso rispetto a quello del contratto sociale e promuovendo il ritorno all'illegalità.

## Diritto pubblico: Diritto internazionale e il diritto cosmopolitico

Per quanto riguarda il **diritto internazionale**, Kant concorda con Thomas Hobbes nel ritenere che gli individui debbano uscire dallo stato di natura attraverso il contratto sociale ma se ne differenzia nell'estendere questo discorso dal piano individuale a quello statale. Per Kant sussiste un'analogia tra la condizione degli individui e quella degli Stati e dello stato di natura, in entrambi i casi si tratta di una condizione di assenza di diritto che deve essere abbandonata in base a un dovere razionale. quindi anche gli Stati devono stabilire tra di loro un rapporto contrattuale che li faccia uscire dallo stato di guerra naturale e instauri una condizione di pace permanente. L' obiettivo prefissato da Kant all'interno dello scritto "Progetto di pace perpetua" del 1795. Questa analogia tra la condizione degli individui e quella degli Stati nello stato di natura può essere letta in due modi:

1. **Analogia perfetta:** gli Stati devono entrare in uno "*Stato di popoli*" mondiale che sia fornito di un governo centrale con poteri coercitivi. Lo stato di popoli elimina definitivamente la guerra ma implica la rinuncia alla sovranità statale dei singoli membri.
2. **Analogia imperfetta:** l'istituzione internazionale per la pace può essere rappresentata da una "*Federazione di popoli*", ovvero una lega o associazione che è priva di poteri coercitivi e funge da organo di coordinamento per evitare la guerra e promuovere la pace. La federazione dei popoli conserva l'autonomia ma non può garantire in maniera assoluta la Pace.

Kant opta per la **seconda lettura dell'analogia**, quella *imperfetta*, ritenendo la federazione di popoli comunque un semplice *surrogato negativo* della vera soluzione che, però, ritiene irrealistica. La motivazione di questa scelta è che **uno stato di popoli contraddirebbe l'idea stessa di un diritto internazionale**, che prevede una pluralità di Stati *liberi* e *sovra**n*ti. Kant non può rinunciare all'idea per cui la sovranità statale o è assoluta o è nulla: una sovranità limitata, come quella riservata ai membri di uno Stato federale, vista l'esperienza degli Stati Uniti d'America che Kant utilizza come esempio *negativo*, non è una vera sovranità.

L'ultima forma di diritto pubblico è il **diritto cosmopolitico** che riguarda i **rapporti tra un individuo e uno Stato straniero**. Kant limita questo diritto alle condizioni dell'ospitalità universale. Egli specifica che si tratta solo di un **diritto di visita** e non del diritto di essere ospitati, ovvero del **diritto di avere contatti con tutti gli Stati della terra** ma non di risiedere permanentemente in quello Stato. Impropriamente il diritto cosmopolitico di Kant è stato recentemente usato per difendere il diritto all'immigrazione, in realtà Kant, però, sostiene il contrario: in quanto il significato ultimo del diritto cosmopolitico per Kant, pur essendo un diritto non scritto, può rafforzare la consuetudine a considerare ciascun individuo come un cittadino del mondo, la sua speranza che il rispetto per ora fondata soltanto sulla consuetudine, ovvero che uno straniero non ha nessun diritto effettivo di fronte agli altri Stati nei quali si trova, possa progressivamente essere consolidato in accordi formali che promuovono la progressiva estensione di un diritto effettivo tra le nazioni.

## Hegel e l'idea del diritto

Per Hegel il diritto non si esaurisce nel **diritto positivo**, cioè nell'insieme delle leggi effettivamente vigenti in uno Stato. Esiste infatti una dimensione del diritto che precede o oltrepassa il diritto positivo, perché quest'ultimo può essere razionale, ma può anche non esserlo. Il fatto che una norma sia posta e vigente non garantisce di per sé che essa sia giusta. È proprio questo scarto tra positività e razionalità a costituire l'oggetto della **filosofia del diritto**. Ciò non significa che diritto positivo e diritto naturale siano necessariamente in opposizione. In Hegel non c'è una contrapposizione rigida tra i due: il diritto positivo è la forma storica e concreta in cui il diritto si realizza, ma resta sempre sottoposto a un criterio razionale. Proprio per questo può essere giudicato come conforme o meno alla libertà. La filosofia del diritto non propone norme alternative, ma valuta razionalmente quelle esistenti. Il punto di partenza dell'analisi hegeliana è il **diritto astratto**, che coincide con il diritto privato. Qui il soggetto del diritto è la **persona**, considerata nella sua astratta universalità come titolare di una volontà libera. In questa prima sfera Hegel analizza le categorie giuridiche fondamentali della **proprietà**, del **contratto** e dell'**illecito**. La persona, in quanto soggetto giuridico, si rapporta alle cose e agli altri attraverso queste forme elementari del diritto. All'interno della Lineamenti di filosofia del diritto, Hegel rifiuta la tradizionale separazione tra "diritti della persona" e "diritti delle cose". Non esistono diritti delle cose in senso proprio, perché solo la persona può essere titolare di diritti. I cosiddetti diritti sulle cose derivano sempre dalla personalità giuridica: è la persona, in quanto tale, ad avere diritti su cose, direttamente o indirettamente. Il diritto delle azioni, che riguarda la tutela processuale dei diritti, resta in parte separato, ma non incide su questo impianto concettuale. Il tema del diritto non si esaurisce però nel diritto astratto. Esso riappare nella seconda sezione dell'eticità, dedicata alla **società civile**, in particolare nella parte relativa all'**amministrazione della giustizia**. Qui il diritto astratto diventa

diritto concreto e positivo, e la legge assume un ruolo centrale. Anche il diritto penale non è trattato in un unico luogo: oltre a comparire nel diritto astratto e nello Stato, viene affrontato nella società civile, soprattutto attraverso il tema giuspenalistico dell'**imputazione**, cioè dell'attribuzione della responsabilità giuridica al soggetto. Il **diritto pubblico**, sia nella forma del diritto costituzionale sia in quella del diritto internazionale, viene invece discusso nella sezione dell'eticità dedicata allo **Stato**. In questa parte Hegel distingue le funzioni fondamentali del potere statale. Il potere giudiziario viene sottratto allo Stato in senso stretto e collocato nella società civile; il potere legislativo è trattato nel diritto statale interno, ma resta in rapporto anche con la società civile; il potere governativo viene analizzato sia come potere statale interno sia, nella società civile, sotto la forma della **polizia**, intesa come amministrazione e regolazione dell'interesse generale. Da questo quadro emerge che Hegel utilizza il termine "diritto" in più accezioni. Per comprenderne il significato fondamentale occorre però guardare alla sua definizione generale. Il diritto è definito come **il regno della libertà realizzata**, una sorta di **seconda natura**. Con questa espressione Hegel intende dire che il diritto non è qualcosa di esterno o artificiale, ma una realtà oggettiva in cui la libertà prende forma. Il diritto coincide con la libertà in quanto **idea**. Per Hegel l'idea è l'unità di concetto e oggettività. Ciò significa che la libertà non è solo un principio astratto o un dover essere, ma qualcosa che si realizza effettivamente nel mondo. Il diritto è quindi l'**esserci della volontà libera**, della libertà autocosciente. In questo senso il diritto non è una semplice prescrizione, ma una realtà già esistente, ed è per questo che Hegel lo considera qualcosa di "sacro". Questo "esserci" del diritto implica fin dall'inizio un rapporto tra soggetti. Il diritto esiste solo laddove vi sono più volontà libere che si riconoscono reciprocamente. Da qui deriva la norma fondamentale del diritto hegeliano, il suo **imperativo giuridico**: *sii una persona e rispetta gli altri come persone*. Essere titolari di diritti significa riconoscere gli altri come titolari di diritti e assumere nei loro confronti obblighi corrispondenti. Il diritto è dunque un **rapporto di reciproco riconoscimento** tra persone che si pongono come soggetti giuridici. La celebre lotta per il riconoscimento descritta nella *Fenomenologia dello spirito* trova una soluzione stabile nel rapporto giuridico, che garantisce un riconoscimento uguale e universale. In quanto persone giuridiche, gli individui si riconoscono prescindendo da tutte le loro particolarità concrete. A questo livello conta l'io astratto, un io in cui tutti possono riconoscersi come uguali davanti al diritto.

## AFFERMAZIONE E CRISI DEL POSITIVISMO GIURIDICO

La nascita e l'affermazione del positivismo giuridico è il tratto che caratterizza maggiormente la scienza giuridica del XIX secolo anche se l'indagine storiografica, ovvero quando nasce il positivismo giuridico, ha portato a diverse risposte, le quali dipendono da ciò che per giuspositivismo si intende. Alcuni fanno partire il positivismo giuridico proprio da Hobbes mentre per altri esso si costruirebbe nel momento in cui vi è stata la perdita radicale dell'importanza del ricorso al diritto naturale, costituendosi una scienza giuridica che si afferma come una teoria del diritto positivo, assumendo che il diritto positivo sia l'unico ed esclusivo diritto esistente.

In ambito giuridico il termine positivismo è stato introdotto non prima della fine del XIX secolo ed è divenuto abbastanza comune riferirlo ad una serie di correnti dottrinali dell'ottocento, ispirate ad una serie di principi tra cui:

1. La convinzione che **non esista altro diritto che il diritto positivo**.
2. **L'identificazione del diritto con la legge**: il cosiddetto *legalismo*, la legge è la sola fonte del diritto. Ogni legge è sempre diritto prescinde dal suo contenuto.
3. Concezione della **legge intesa come comando**, il cosiddetto *imperativismo*
4. L'idea per la quale ciò che rende una **norma tale sia la sua validità**, ovvero il suo dover essere applicata in quanto conforme ai criteri che ne regolano la produzione. Distinto dalla sua effettività, ossia dal suo essere o meno effettivamente osservate e applicata.

In più è importante differenziare il positivismo della scuola dell'esegesi, francese, e tedesco sviluppato dall'esperienza della scuola storica, dalla giurisprudenza analitica inglese, Jeremy Bentham e John Austin. Nel corso del novecento molti interpreti hanno insistito sul logoramento l'ambiguità della locuzione positivismo giuridico che la quale avrebbe, alla fine, assunto **significati**

**diversi e molto spesso anche in contrasto tra di loro.** Quindi sono state fatte delle **distinzioni interne al Gius-positivismo**, con lo scopo di distinguerne i caratteri e gli aspetti che esso può assumere: più autori hanno sentito la necessità di **separare il positivismo ideologico** con il **positivismo metodologico**. Il positivismo *ideologico* è inteso come quella dottrina morale, secondo la quale **ogni diritto positivo sarebbe di per sé giusto**, quindi obbligherebbe ad obbedire adesso; il positivismo *metodologico* consiste in un metodo per lo studio del diritto, prevede che ci si debba accostare ad esso **in modo valutativo**, ovvero **senza formulare giudizi di valore sui suoi contenuti**, attenendosi all'idea che oggetto della conoscenza del giurista è il diritto per come esso è non per come dovrebbe essere o si vorrebbe che fosse.

La filosofia del diritto che va dal XIX secolo ai primi due decenni del XX secolo può essere letta anche attraverso i principali indirizzi che hanno segnato la ricezione critica del positivismo e il confronto con esso:

1. L'area **tedesca**: una cultura giuridica che ha ereditato il problema di come **conciliare la considerazione storica del diritto e quella che potremmo definire dogmatica**, per la quale il diritto è innanzitutto un sistema ovvero un'unità d'istituti e di norme logicamente coordinate tra di loro. Questa duplice esigenza è in corrispondenza col processo di **unificazione tedesco** che giungerà al suo compimento nel 1870 e che lascerà ai giuristi il compito di costruire il sistema del diritto tedesco. La svolta, rispetto alla tradizione della scuola storica e della pandettistica, avverrà con la pubblicazione nel 1877 del primo volume *"Lo scopo del diritto"* che segnerà il passaggio verso una scienza giuridica pragmatica e costituisce l'avvio di quella che sarà conosciuta come la *giurisprudenza degli interessi*.
2. Il **realismo giuridico in area americana e nei paesi scandinavi**: in realtà si tratta di due movimenti profondamente differenti che risponderanno a esigenze diverse e che hanno uno sviluppo diverso. Essi sono accomunati da una serie di assunti teorici come la **critica al diritto naturale e al positivismo giuridico**, cui i realisti si oppongono. I realisti credono nell'idea per la quale **il diritto non sarebbe una realtà separata da quella dei fatti**, anzi.
  1. Secondo i realisti **scandinavi** il positivismo penserebbe il diritto ricorrendo a dei concetti come quelli di «dovere» e di «obbligo» eccetera, che non indicano nulla di specifico o di reale, anzi tendono ad occultare la realtà che è ad essi sottostanti. Hanno una **concezione realista del diritto**, sostituiscono l'affermazione: "ho il dovere di adempiere la promessa che ho fatto", frase che per loro non significa nulla di realmente esistente, con una seconda frase che invece **descrive una sensazione che provo e quindi un fatto psichico che certamente esiste**, ovvero: "sento di dover rispettare la promessa che ho fatto". Il diritto per i realisti scandinavi è un fatto, ovvero riguarda fatti sociali e psicologici che sono verificabili e empiricamente.
  2. Il **realismo statunitense**, invece, accusa il positivismo di considerare il diritto nel suo momento meramente astratto senza invece **rendersi conto di come l'unico diritto esistente sia quello che è effettivamente osservato** e applicato nella realtà concreta. Sicuramente influenzati dal loro sistema di Common Law gli statunitensi considerano la **giurisprudenza**, più che la legislazione, **centrale**, in quanto ritenuta l'unico ed autentico campo in cui norme giungono ad esistere e regolare effettivamente i rapporti sociali.
  3. **Istituzionalismo francese e italiano**: l'idea per la quale il diritto prima di essere un insieme di norme sia innanzitutto un'organizzazione, struttura e posizione della società in cui esso si articola. Il diritto quindi è un'istituzione che precede le norme che pure pone e di cui si avvale. Secondo **Romano**, filosofo italiano, se ogni ordinamento giuridico è un'istituzione vale anche che ogni istituzione è un ordinamento giuridico, e che quindi vi sono molti ordinamenti giuridici quanti istituzioni: il cosiddetto **pluralismo giuridico**.

## Realismo giuridico americano

Il realismo giuridico americano si sviluppa negli Stati Uniti d'America negli anni 20/30 del novecento, intorno a un gruppo di giuristi impegnati in un'opera di rinnovamento che origina dalla critica alla declinazione assunta dal formalismo giuridico nel Common Law statunitense. È possibile isolare tre prospettive coltivate dai suoi autori:

1. Una tesi di tipo ontologico, riguardante la definizione del diritto.
2. Una riflessione di ordine metodologico, attinente all'isolamento giuridico e specialmente alla logica della decisione giudiziale.
3. Una teoria epistemologica, concentrata sui criteri e sui modelli di conoscenza proprie della scienza giuridica.

Il realismo americano viene ridotto entro due diverse prospettive ritenute idonee a offrire una rappresentazione delle diverse proposte avanzate dai soli tori sulle tre questioni:

1. Si è isolato un realismo di matrice istituzionalistica, pragmatistica o sociologica. Esso ebbe come premessa una concezione della normatività giuridica prossima, facendo penetrare questo assunto nell'ambito della riflessione sulla logica del ragionamento giudiziale e sul modello stesso di una scienza giuridica aperta ai canoni di conoscenza propri delle altre scienze sociali. Questa tendenza sviluppò una riflessione concentrata sul rapporto tra normatività giuridica e normatività sociale.
2. Un'ala più radicale del movimento fu impegnata a denunciare il carattere eminentemente autoritativo del diritto come prodotto dell'attività dei giudici, cercando di comprendere i fattori che intervengono nella formazione della decisione e della ricostruzione dell'evidenze fattuali in sede processuali anche attraverso l'apporto in psicologia. Questa tendenza sviluppò una riflessione concentrata nel rapporto tra la dimensione giuridica e la dimensione politica, elaborando strategie atte a definire canoni in trasparenza e controllabilità ai quali sottoporre l'attività della giurisprudenza.

## Il pragmatismo americano: Oliver Wendell Holmes e John Dewey

Sul finire dell'Ottocento, il progressismo di Holmes si sviluppò a partire da due contributi fondamentali: *The Common Law* del 1881 e *The Path of the Law* del 1897. Queste opere costituiscono la principale ispirazione dell'atteggiamento antiformalistico che connota la giurisprudenza americana tra il XIX e il XX secolo. Con Holmes si afferma una considerazione politica della giurisprudenza come attività chiamata a perseguire gli scopi emergenti del contesto sociale e storico, muovendo dalla convinzione secondo **cui la vita del diritto non è logica, ma esperienza**. Holmes pone così le basi per il superamento del formalismo e indica, al contempo, che i canoni di scientificità della conoscenza giuridica debbano fondarsi sull'osservazione dell'esperienza, cosicché **l'attività del giurista consista nella previsione di ciò che le corti fanno concretamente**. Nel campo della dottrina giuridica, un'ulteriore influenza su Holmes fu esercitata dalla scuola pragmatistica sviluppatasi a Cambridge tra il 1871 e il 1872, che vide Holmes tra i protagonisti insieme, tra gli altri, al filosofo William James. Questa esperienza rappresentò uno dei momenti della nascita di una scuola filosofica che avrebbe poi visto tra i suoi esponenti più significativi **John Dewey**. Il pragmatismo americano offrì un contributo rilevante al pensiero giuridico statunitense dell'inizio del Novecento, in particolare **grazie all'opera di Dewey**. Pur contestando la concezione del diritto come mera regola formale, pur riconoscendo il ruolo decisivo che essa riveste nella logica del ragionamento del giudice, Dewey sviluppa un **orientamento capace di suggerire alla dottrina giuridica spunti di innovazione** non incompatibili con i canoni classici dell'interpretazione giudiziaria. L'idea era che la **giurisprudenza** svolgesse una **funzione di mediazione tra il diritto e la società**, attraverso una forma di bilanciamento tra la generalizzazione delle regole di interpretazione dei casi e le esigenze emergenti a livello delle istituzioni politiche, sociali ed economiche. In questi termini **al diritto veniva riconosciuto**, da un lato, **un ruolo di stabilizzazione delle aspettative dei membri della società**; dall'altro lato, esso

**continuava a operare come premessa maggiore della logica del giudizio.** Il suo richiamo nella motivazione del giudice consentiva così di istituzionalizzare e fissare le regolarità sociali e le attese di comportamento che si formano nella dinamica dei rapporti intersoggettivi.

## Il realismo giuridico scandinavo: Half Ross

Half Ross è considerato il più autorevole rappresentante del realismo giuridico novecentesco e scandinavo. Docente di discipline giuridiche presso l'Università di Copenhagen diviene quei professori di diritto internazionale e conseguì nel 1950 la cattedra di filosofia del diritto. Ross prese parte la stesura della costituzione danese, lo copi l'incarico di segretario della Camera di Commercio e rivestì la funzione di giudici della corte europea dei diritti dell'uomo Strasburgo.

Il pensiero di Ross passa attraverso tre fasi:

La prima fase inizia con la conoscenza di Ross con Kelsen a Vienna, e ne divenne suo allievo. Ross aderì agli assunti fondamentali della sua dottrina in particolare la distinzione tra Sein e Sollen, che però criticò in merito alla rigida separazione tra quelli e specialmente all'incongruenza nell'impianto argomentativo di Kelsen tra validità ed efficacia del diritto. Questa critica è presente all'interno della sua opera dottorale *Theorie*, che fu rigettata dall'Università di Copenhagen in quanto valutata come pedissequa produzione della dottrina di Kelsen ed estranea alla tradizione di realismo giuridico danese.

Seconda fase del suo pensiero traspare una chiara adesione alla filosofia morale giuridica di Hagerstrom, superando così il giupositivismo kelsiano. Ross demolisce la conoscenza pratica in quanto conoscenza non autentica: sostenendo che "bene", valore, e a "dovere" non si dicono né vere né false, in quanto non razionalmente conoscibili o dimostrabili. Nella conoscenza del valore è presente un sentimento, impulso, di aspirazione o di piacere associato alla rappresentazione di un oggetto, invece nella conoscenza del dovere è presente un sentimento di impulso associato al rappresentazione di un'azione. Ross rivendica la necessità di rimpiazzare la scienza morale come una scienza naturalistica. Questa teoria getta le basi per la costruzione della sua nuova concezione di diritto e scienze giuridica elaborata nel *Towards a realistic jurisprudence*, con cui riesce a conseguire il titolo di vettori di ricerca Copenhagen. Ross si propone di risolvere e superare il dualismo di realtà e validità implicita il concetto di diritto. Non dandosi alcuna validità, il diritto va collocato nella sfera della realtà e, a differenza del realismo giuridico americano, egli non rimuove l'elemento della validità dal concetto di diritto. Egli offre una reinterpretazione realista in chiave psicologica: dovere e valore anche la validità, e gli enunciati normativi, non significano nulla. La validità è un'espressione di modalità pratica, Ross mostra la non esistenza della conoscenza pratica ma anche che dietro ha validità si danno dei fatti, attitudini di comportamento, da cui esistenza in organismi psicofisici è tale da rendere validità un fenomeno appartenente alla realtà realtà psicosociale. Anche la scienza giuridica deve essere intesa come scienza del comportamento umano, in quanto branca della sociologia e della psicologia adotta il metodo induttivo ed indaga le norme giuridiche in termini di fatti psico linguisti.

La terza fase del suo pensiero coincide con la pubblicazione della sua opera più muta, tradotta in italiano col titolo diritto di giustizia. Il nuovo programma Rossiano si può su una rigorosa adesione alle premesse dell'empirismo logico: anzitutto il metodo. Se la scienza è l'unica fonte di conoscenza, la filosofia è logica della scienza, allora la filosofia del diritto è analisi logica del linguaggio della scienza giuridica. L'obiettivo della filosofia del diritto è di fondare la scienza giuridica sui principi di verificabilità e empirica al modo delle scienze fattuali.

Per Ross, la norma giuridica è un enunciato senza significato rappresentativo con la funzione di esercitare un'influenza sui comportamenti. Il diritto è un insieme di direttive aventi come contenuto classe di destinatari e classi di azioni, distinguibili in norme di condotta (riferita alle classi dei privati cittadini) e norme di competenze (che stabiliscono organi e procedure per l'emanazione di una norma di condotta). Per Ross le seconde sono riducibili alle prime in quanto norme

indirettamente formulate mentre le norme di condotta sono al contempo direttive per i giudici affinché questi esercitano le loro azioni di forza. Da questo consegue che il diritto è un insieme di norme non sostenute dalla forza e tuttavia concernenti il suo uso, ma anche i destinatari delle direttive sono in primo luogo giudici. Ross non riduce il diritto al mero comportamento esteriore del giudice, diritto esistente, quindi quello attualmente vigente ed efficace in quanto fatto sociale e empiricamente osservabile, è quel diritto che è seguito da applicato dei giudici, ma solo in quanto sperimentato e sentito da questi come socialmente vincolante. Quindi una norma giuridica è valida se serve come schema di interpretazione dei fenomeni giuridici ed è vigente se è sentita come psicologicamente socialmente vincolante dai giudici. Ross adotta un metodo introspettivo necessario alla comprensione del diritto e non meno indispensabile la scienza giuridica, il cui ufficio esclusivo consiste nella formulazione di previsioni circa il futuro comportamento di giudici. Una norma giuridica è valida se serve come schema di interpretazione dei fenomeni giuridici ed è efficace se sentita in maniera introspettiva come psicologicamente e socialmente vincolante dei giudici. Ross adotta il metodo introspettivo necessario alla comprensione del diritto e indispensabile alla scienza giuridica, il cui funzionamento consiste nella formulazione di previsioni circa il futuro comportamento dei giudici, che si fondano sul presupposto di un'ideologia normativa che *anima il giudice nella sua vita spirituale*, quando agisce nelle vesti di giudice, e *motiva* le sue azioni nel **processo decisionale**.

Per Ross, la verità di una proposizione dottrinale va verificata tramite osservazioni empiriche, ovvero in base alla corrispondenza fra il suo contenuto descrittivo ed un fatto il cui oggetto è la dottrina delle fonti del diritto, esse sono parti costruttive di un'unica fonte sovrana e non sono classificabili gerarchicamente. le fonti del diritto si configurano come fattori motivazionali che guidano il giudice verso la sua decisione agendo direttamente in virtù del loro contenuto. le fonti del diritto possono essere ricostruite distinguendo in: legislazione, fonte completamente oggettiva; consuetudine e precedente, fonti parzialmente oggettivate; tradizione culturale e natura del caso, fonti libere.

## Ross: Directives and Norms

Nel suo lavoro successivo, **Alf Ross** approfondisce l'analisi delle norme giuridiche concentrando sul loro carattere linguistico. In particolare, studia il linguaggio direttivo partendo da una distinzione concettuale fondamentale tra **frastico** e **neustico**, che gli consente di individuare le diverse componenti del significato degli enunciati direttivi.

**1. Frastico:** È la parte descrittiva dell'enunciato. Dentro il *frastico* c'è:

- l'**argomento** (topic)
- il **contenuto concettuale** (idea)

*“Pagare le tasse entro il 30 giugno”*: Sta solo descrivendo un comportamento possibile, **senza dire se è obbligatorio, permesso o vietato**.

**2. Neustico:** È la **forza dell'enunciato**, ciò che lo rende una direttiva.

Il neustico contiene l'**operatore**, che qualifica il frastico:

- Negli enunciati direttivi: **“così deve essere”**
- Negli enunciati descrittivi: **“così è”**

Esempio: *“Pagare le tasse entro il 30 giugno è obbligatorio”*

Ogni enunciato direttivo, secondo Ross, presenta infatti **due componenti di significato**.

1. La prima è una **componente descrittiva**, che riguarda il contenuto dell'enunciato ed è costituita da un *topic*, cioè l'argomento di cui si parla, e da un'*idea*, ossia il concetto che viene espresso in relazione a quell'argomento. Questa parte serve a descrivere ciò a cui l'enunciato si riferisce.
2. Accanto a questa componente descrittiva vi è una **componente non descrittiva**, rappresentata dall'**operatore direttivo**. È proprio questo elemento che conferisce all'enunciato la sua forza normativa e che può essere espresso nella forma “**così deve essere**”. L'operatore non aggiunge nuovi contenuti descrittivi, ma qualifica il contenuto già espresso, indicando che esso deve essere realizzato. Ross osserva che anche gli **enunciati indicativi**, cioè quelli che descrivono fatti, presentano un operatore, sebbene di tipo diverso. In questo caso l'operatore è esprimibile come “**così è**”.

Sia negli enunciati direttivi sia in quelli indicativi, dunque, **vi è un contenuto di significato**, anche se espresso attraverso forme linguistiche differenti. In entrambi i casi è presente una parte significativa chiamata **phrase**, vale a dire una **parola o una combinazione di parole che descrive un determinato argomento**. Da questa analisi linguistica Ross ricava una conseguenza importante per la teoria del diritto: **se le direttive sono fenomeni linguistici dotati di significato**, allora anche le **norme giuridiche**, in quanto direttive, **sono portatrici di significato**. Esse diventano quindi uno specifico oggetto di studio non solo per la dogmatica giuridica, ma anche per le scienze sociali. La norma giuridica, per Ross, è un **contenuto di significato**, non è un semplice enunciato astratto. Essa è una direttiva che corrisponde a determinati fatti sociali in un modo particolare. La **condizione fondamentale dell'esistenza di una norma** è che il modello di comportamento, il **pattern prescritto dalla direttiva**, venga **effettivamente seguito dai membri della società** e venga sperimentato e sentito come **socialmente vincolante**. Una norma, dunque, esiste realmente solo se **opera nella pratica sociale**. Infine, Ross collega queste riflessioni alla sua concezione della **democrazia**. La democrazia, intesa come procedura, presuppone necessariamente un nucleo di diritti di libertà affinché possa funzionare. Di fronte all'alternativa tra comunismo e capitalismo, Ross propone una concezione distinta di democrazia, quella **nordica**, che si fonda su un modello di **liberalismo sociale compiuto**, capace di coniugare istituzioni democratiche, diritti di libertà e intervento sociale.

## POLEMICHE DEI PRIMI DEL '900

Cos'è il diritto? È norma o decisione? Che rapporti ha il diritto con la morale? Vi sono due diverse polemiche durissime che trattano di queste questioni:

1. La prima è quella italiana dettata da Bernardo Croce e Giovanni Gentile, descritta e denominata come l'opposizione tra lo storicismo crociano e l'attualismo gentiliano. La critica di Bernardo Croce scatenò una reazione senza precedenti tra i filosofi del diritto, da quando, nel 1907, Croce sosterrà il totale annullamento del diritto come oggetto della filosofia, i filosofi del diritto non riuscirono ad esprimersi dall'opposizione e non riuscirono a confutare le sue argomentazioni. Giuseppe Rensi nel 1912 affermò che non c'erano possibilità di evitare il problema che egli aveva sollevato la filosofia del diritto. Si trova dunque ora davanti come una barriera, dottrina di croci. A Croce replicarono allora i principali filosofi del diritto italiani dell'epoca Cesarini, Sforza, Solari, Maggiore, eccetera ma la risposta teoreticamente più fondata verrà da Giovanni Gentile il quale pubblicherà nel 1916 i fondamenti della filosofia del diritto, un'altra opera che sferrava un attacco radicale al modo tipico dei giuristi di pensare alla loro materia. Gentile propone un'altra via insistendo sulla necessità che la filosofia del diritto sia anzitutto filosofia. E anche per l'influenza esercitata dalla distinzione introdotta da Bobbio tra la filosofia del diritto dei filosofi e la filosofia del diritto dei giuristi.
2. La seconda polemica è il confronto, sicuramente più noto, tra la dottrina pura di Kelsen ed il decisionismo di Schmida. È intorno al concetto del diritto che si definiscono le corrispondenze, e le divergenze, tra i due giuristi. Vi è un problema di fondo che gli accomuna ed è quello del tentativo di salvare il diritto al di là del positivismo giuridico e del giusnaturalismo. Non esiste

altro diritto che il diritto positivo non c'è nessun diritto aldilà del diritto esistente, in Kelsen è molto evidente questo concetto mentre in Smith è un tratto meno accentuato, ma chiaro sin dai primi scritti in cui la separazione che gli pone tra idee realtà del diritto lo costringe ad ammettere che la decisione che realizza il diritto non ha bisogno del diritto, non ha necessità di essere autorizzata da esso. Entrambi i filosofi rifiutano l'idea del positivismo per cui il diritto non sarebbe nient'altro che il comando dell'autorità, il fatto che qualcosa venga prescritto, la volontà del legislatore.

## Hans Kelsen

Nato a Praga segue da bambino alla propria famiglia a Vienna, città nella quale compirà i suoi studi, ottenendo la laurea in giurisprudenza e insegnerebbe nella facoltà viennese come professore ordinario dal 1919 al 1930. I suoi lavori fondamentali sono stati dedicati al diritto pubblico e costituzionale, il diritto internazionale ma anche la teoria della democrazia e della giustizia ma anche alla dottrina pura del diritto che il nome della sua filosofia del diritto, nonché sua prima opera pubblicata nel 1934 nella teoria giuridica pura Kelsen proponeva di fornire una breve chiara ed esaustiva introduzione alla propria concezione del diritto e conservava con l'esigenza di purezza metodologica indispensabile alla scienza giuridica che il filosofo dichiarava di aver trovato nella contrapposizione tra essere e dover essere, che nessun filosofo aveva formulato con più rigore di Kant. È Kant, infatti, che Kelsen si ispira, come egli stesso scriverà: fin dall'inizio la filosofia di Kant fu la mia stella polare. La locuzione dottrina cura del diritto infatti richiama immediatamente il retroterra Kantiano su cui Kelsen si è formato.

La **dottrina pura del diritto**, elaborata dal filosofo di Praga **Hans Kelsen**, è una teoria **relativistica** del diritto. Con ciò Kelsen intende affermare che l'ordinamento giuridico non è un insieme di fatti o di valori assoluti, ma consiste nell'**unità di una pluralità di norme**, considerate esclusivamente dal punto di vista giuridico. Kelsen si pone anzitutto una domanda fondamentale: **che cos'è una norma giuridica e in cosa consiste la sua giuridicità?** La risposta principale è che una norma giuridica è il **significato di una disposizione prescrittiva**, cioè di una disposizione che afferma che qualcosa **deve accadere**. Tuttavia, è necessario evitare una possibile confusione. Anche la natura conosce delle "leggi" che sembrano formulare un "dover essere", come quando si dice che se un corpo metallico viene riscaldato esso deve dilatarsi, oppure che se l'acqua raggiunge i 100 gradi *deve* bollire. La differenza tra queste leggi e una norma giuridica, ad esempio "se qualcuno ruba, allora *deve* essere punito", è però radicale. Le **leggi naturali**, come quelle della fisica, non prescrivono ciò che si deve fare, ma **descrivono ciò che accade necessariamente**. In esse vi è un rapporto di **causalità** tra un evento e un altro, come tra il calore e la dilatazione del metallo. La **norma giuridica**, invece, non descrive ciò che accade necessariamente nella realtà. Essa non afferma che, se qualcuno ruba, allora verrà sicuramente punito. Il verbo che Kelsen utilizza è *sollen*, che non indica un accadere reale, ma un **dover essere**. Le norme giuridiche non dicono che qualcosa accadrà inevitabilmente, ma che **deve accadere nel senso che è prescritto**, anche se poi, di fatto, potrebbe non verificarsi. La caratteristica essenziale della norma giuridica è quindi quella di esprimere un **dover essere**, e non una relazione necessaria tra causa ed effetto. Questa particolare relazione viene definita da Kelsen come **imputazione**. Le norme giuridiche **collegano due fatti** non tramite la causalità, ma **tramite l'imputazione**: la pena è *imputata* all'illecito, la sanzione è riferita al verificarsi dell'illecito. Una norma è giuridica perché collega un comportamento illecito a una sanzione attraverso un rapporto di dover essere. La norma viene percepita come tale solo quando si comprende questa relazione di imputazione, in base alla quale l'illecito è tale perché deve essere sanzionato e la sanzione è prevista proprio in quanto riferita all'illecito, quindi **una norma giuridica esiste in quanto collega l'illecito alla sanzione mediante un rapporto di imputazione**: l'illecito implica il dover essere sanzionato e la sanzione è imputata all'illecito. Nel lessico di Kelsen, però dovremmo parlare non di norma giuridica ma di proposizione giuridica, che egli distingue da ciò che lui chiama la disposizione, o la norma per come la si incontra studiando il diritto positivo. La norma giuridica non corrisponde al modo in cui solitamente sono formulate le disposizioni del legislatore, esse ci appaiono nella forma di prescrizioni, di divieti, di obblighi, non

di proposizioni ipotetiche. Secondo Kelsen, il **compito della scienza giuridica** è quello di passare dalla norma alla proposizione giuridica, di *trasformare* la disposizione in una **proposizione che esprima una relazione di dover-essere**: se si ruba allora si deve essere puniti. Occorre capire che non siamo di fronte a una semplice riformulazione ma di una **migliore descrizione**, in maniera più precisa, ciò che già nella disposizione. Per come viene data dal legislatore, infatti, una norma non appare affatto come una relazione dover-essere, ma come un **semplice comando**, che pone il dovere di compiere o no una certa azione. Ma il suo essere una norma consiste nell'esprimere una relazione di imputazione, soltanto la scienza giuridica rende possibile una conoscenza scientifica del diritto della norma giuridica, ovvero una conoscenza della norma per ciò che essa è realmente: una relazione dover-essere tra due termini. **La dottrina pura del diritto** è una teoria del **diritto positivo**, non esiste altro diritto che non sia quello positivo. Essa non è una teoria del diritto positivo di un particolare ordinamento giuridico **ma del diritto positivo in quanto tale**. La dottrina pura del diritto è la teoria delle condizioni alle quali è possibile terminare e conosce il diritto positivo per commesso è, in ciò che lo rende diritto. Non è il semplice fatto di essere stato posto da un'autorità, ma è il suo esprimere relazioni di imputazione tra fattispecie. La scienza giuridica non decide il contenuto del diritto delle norme. **La scienza giuridica trasforma queste norme in proposizioni giuridiche, rendendo possibile conoscerle in quanto norme e non in quanto semplici iscrizioni, divieti e comandi.**

## La dottrina pura del diritto

Perché Kelsen chiama il diritto puro? Ci sono due ragioni:

1. Pura significa «depurata», ovvero che la dottrina deve limitarsi a **conoscere il diritto per come obiettivamente** è, al di là di ogni considerazione su come **dovrebbe essere**, ciò significherebbe sovrapporre impropriamente la conoscenza del diritto alla sua valutazione.
2. Pura ha anche un significato filosofico, dettato da Kant, per indicare ciò che è **a priori**. Tutto ciò che conosco lo conosco attraverso l'esperienza, ogni conoscenza è a posteriori ottenute attraverso l'esperienza. La dottrina è pura in quanto essa contiene le condizioni a priori che consentono di fare esperienza di conoscere il diritto in quanto tale.

La domanda che si pone Kelsen è *a che condizioni è possibile conoscere il diritto scientificamente, ossia per come esso obiettivamente realmente è?*

La dottrina delle condizioni a priori che permettono di **determinare e di fare esperienza del diritto per ciò che è, non** è una dottrina del **diritto puro**, non è a priori, ma è sempre solo il diritto positivo ovvero il diritto che la **scienza giuridica conosce in quanto lo trova nell'esperienza**, in quanto le è già dato dal legislatore. «*Pura*» è la **dottrina**, non il diritto, essa esprime le **condizioni, a priori, alle quali è possibile conoscere quel diritto che le è dato come diritto**, dal legislatore. Compito della scienza giuridica è quello di chiedersi a che condizioni sia possibile conoscere la disposizione in quanto norma giuridica, tali condizioni sono quelle espresse con la proposizione giuridica: quindi si tratterà di riformulare la disposizione in modo tale che essa possa essere conosciuta come una relazione di imputazione, e tale riformulazione avviene attraverso il ricorso alla categoria trascendentale, ossia a priori del dover-essere.

Es. Vietato rubare: non consente alcun modo di conoscere il furto per ciò che esso giuridicamente è, ossia un illecito. Rimanendo a livello della disposizione il furto appare semplicemente come un'azione vietata, ma non è il fatto di essere vietato a costituire il furto per ciò che esso è, per l'illecito che è. Ciò che rende un illecito tale e il suo dover essere sanzionato. Se si ruba allora si deve essere puniti, diventa possibile conoscere il furto nella sua giuridicità nel suo non essere semplicemente un'azione che è vietata, ma ciò che deve essere punito.

## L'ordinamento giuridico

Per Kelsen il concetto di validità non ha nulla a che vedere con la giustizia, l'efficacia sociale o il contenuto morale di una norma. **Dire che una norma è valida significa semplicemente affermare che essa appartiene a un determinato ordinamento giuridico**, cioè che esiste come norma di quell'ordinamento. Poiché, per Kelsen, non esiste altro diritto se non il diritto positivo, una norma può esistere solo se è stata posta, cioè se è il risultato di un atto di volontà di un potere. Tuttavia, il semplice fatto che qualcuno **impartisca un ordine non è sufficiente a trasformare quel comando in una norma giuridica**. Da qui nasce il problema fondamentale: *perché dovrei obbedire a quell'ordine?* Il fatto che un sovrano comandi qualcosa non basta, di per sé, a fondare il dovere di obbedienza. Affermare che un comando debba essere rispettato implica **sempre il riferimento a una norma che stabilisce che a quel comando si deve obbedire**. In altre parole, dal fatto che qualcosa sia comandato non segue mai automaticamente il dovere di fare ciò che è comandato. Un dovere può derivare solo da un altro dovere, così come un fatto può derivare solo da un altro fatto. Questa distinzione è centrale nella teoria di Kelsen e si fonda sulla separazione radicale tra l'essere e il dover-essere. Il diritto appartiene interamente alla sfera del dover essere e non può essere fondato su un fatto. Ne consegue che una **norma è valida solo se è stata posta da un potere che è autorizzato a produrla da un'altra norma di grado superiore**. L'ordinamento giuridico assume così la forma di una struttura gerarchica, in cui **ogni norma trae la propria validità da una norma superiore**. Questo ragionamento, però, conduce inevitabilmente a un problema: *se la validità di ogni norma dipende da un'altra norma superiore, dove si ferma questa catena?* Se sopra la costituzione non esiste alcuna norma positiva, allora la costituzione sembrerebbe non avere un fondamento di validità e, quindi, dovrebbe essere considerata invalida. Ma se la costituzione fosse invalida, tutte le norme che da essa derivano dovrebbero essere invalide a loro volta, con la conseguenza di negare l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico. Per risolvere questo problema, Kelsen introduce il concetto di **norma fondamentale, o Grundnorm**. La ricerca del fondamento di validità di una norma non può procedere all'infinito e deve arrestarsi in un punto che non sia a sua volta fondato su un'ulteriore norma positiva. La *Grundnorm* è proprio questo punto di arresto: una **norma che non è posta da alcun potere e la cui validità non può essere dedotta da un'altra norma**, ma che, proprio per questo, **non è invalida**. Essa non è una norma dell'ordinamento nel senso ordinario del termine e non è una norma di cui possiamo fare esperienza come facciamo esperienza delle altre norme giuridiche. La **funzione** della norma fondamentale è quella di **conferire alla costituzione il senso di una norma giuridica**. Se assumiamo che l'ordinamento giuridico che conosciamo sia valido, e cioè che le norme di cui la scienza giuridica si occupa siano effettivamente norme giuridiche, dobbiamo necessariamente presupporre anche la **condizione che rende possibile questa validità**. La *Grundnorm* svolge esattamente questa funzione: è il **presupposto necessario che consente di considerare la costituzione come una norma valida e, di conseguenza, di ricondurre a essa la validità di tutte le altre norme dell'ordinamento**.

La norma fondamentale non è dunque una norma esistente, ma un **presupposto ipotetico**. Essa opera come **condizione trascendentale dell'ordinamento giuridico**, cioè come una **condizione a priori della possibilità di conoscere l'ordinamento come un sistema di norme valide**. Ogni volta che ci riferiamo all'ordinamento giuridico come a un insieme di norme vincolanti, presupponiamo implicitamente la *Grundnorm*, anche se non ne facciamo esperienza diretta. Il punto decisivo è che la **Grundnorm riesce a fondare l'ordinamento proprio perché non esiste come fatto**. Se fosse una norma esistente, sarebbe essa stessa un fatto, il fatto dell'esistenza di una certa norma, e non potrebbe fondare il dover essere delle altre norme senza violare il principio secondo cui dall'essere non può derivare il dover essere. La norma fondamentale afferma, in modo implicito, che il **fondamento del diritto non può consistere in un fatto, ma solo in un dover essere**. Essa rende possibile derivare il dover essere esclusivamente da un altro dover essere e, proprio attraverso questa "assenza di esistenza", consente di fondare l'ordinamento giuridico come sistema normativo.

## Carl Schmitt

Nasce l'11 luglio del 1888 a Plettemberg, cresce in una famiglia cattolica dotata di scarsi mezzi economici. Studia alla facoltà di giurisprudenza nel 1907 a Berlino, trasferendosi poi all'Università di Monaco e infine all'Università di Strasburgo dove si laurea il 24 giugno del 1910. Alla fine degli anni 20 sostiene tesi estremamente critiche verso la Repubblica di Weimar, incontrando il favore di esponenti politici conservatori. Nel 1933 si iscrive però al partito nazionalsocialista viene nominato consigliere di Stato prussiano, successivamente divenne professore universitario a Berlino fino al 1945. Nel 1934 scrive un articolo che viene interpretato da molti come un ambigua giustificazione del colpo di Stato ordinato da Adolf Hitler, però viene duramente criticato dalle S.S. per aver sostenuto tesi inconciliabili con la dottrina nazionalsocialista. viene quindi rimosso da tutte le sue cariche e temendo per la propria vita decide di occuparsi di questioni diritto e di politica interna. A seguito della sconfitta tedesca nel 1945 viene arrestato prima sovietici e poi dagli statunitensi, viene detenuto in prigione per oltre un anno e verrà nuovamente arrestato nel 1947 per essere processato a Norimberga, verrà prosciolto e rilasciato da ogni accusa. si ritira nella natia Plattenberg dove morirà nel 1985.

---

## Temi sulla sovranità

Dopo la fine della Prima guerra mondiale, la Germania è attraversata da una profonda crisi politica, istituzionale e sociale. È in questo contesto di instabilità che **Carl Schmitt** concentra la propria riflessione sui temi della sovranità, del potere costituente e dello Stato di eccezione. La sua analisi prende le mosse dalla convinzione che i momenti di crisi estrema rivelino la struttura profonda dell'ordine giuridico e dello Stato moderno. In un testo del 1921 dedicato al tema della dittatura, Schmitt afferma che la storia di questo concetto è in grado di chiarire la genesi dello Stato moderno. Alla base della sua impostazione vi è l'eredità del giusnaturalismo scientifico, sviluppato in particolare da **Thomas Hobbes**, secondo cui **non esiste alcun diritto al di fuori di quello creato dallo Stato**. In questa prospettiva, **ciò che** conta non è il contenuto di giustizia della decisione, ma il **fatto stesso che una decisione venga presa**. La decisione, in quanto tale, possiede una forza ordinatrice: è capace di porre fine al disordine semplicemente perché è legittima, non perché è giusta in senso morale. Questo nucleo teorico viene ripreso e **radicalizzato nel 1922 in Teologia politica**, celebre per il suo *incipit*: «*Sovrano è chi decide sullo Stato di eccezione*». Con questa formula Schmitt intende affermare che la sovranità non consiste primariamente nell'esercizio ordinario del potere secondo le regole, ma si manifesta in modo pieno proprio quando l'ordine giuridico è minacciato da pericoli tali da rendere impossibile la sua normale sopravvivenza. La sovranità è dunque un potere supremo che emerge nel momento della crisi. Sovrano è colui che ha il potere di stabilire se esista una situazione eccezionale e, allo stesso tempo, di decidere come affrontarla. Egli può sospendere temporaneamente l'ordine giuridico per poi restaurarlo, oppure dissolverlo e creare uno nuovo. In questo senso, il sovrano esercita un duplice potere: determina l'esistenza dello Stato di eccezione e individua i mezzi per superarlo. **L'eccezione non è quindi un evento puramente fattuale, ma una situazione che esiste in quanto viene riconosciuta e dichiarata da una decisione sovrana**. Per Schmitt, l'ordinamento giuridico non si fonda su una norma, ma su una decisione. Le norme, infatti, possono essere applicate solo all'interno di un ordine stabile, ma questo ordine non è garantito dalle norme stesse. Quando l'ordine viene meno, le norme diventano inefficaci e occorre una decisione che ristabilisca le condizioni della loro validità. La decisione sovrana **crea la situazione di normalità di cui le norme hanno bisogno per poter operare**. Lo Stato di eccezione, tuttavia, non coincide con l'anarchia. Al contrario, attraverso la decisione il sovrano governa l'emergenza e impedisce che essa degeneri nel caos. **L'eccezione** è una sospensione dell'ordine giuridico, ma non una sua distruzione immediata e incontrollata. In essa, **l'autorità mostra di non aver bisogno del diritto per creare diritto**: la decisione precede la norma e rende possibile il ritorno dell'ordine normativo. Un ulteriore elemento centrale del pensiero di Schmitt è il legame tra **teologia e teoria politico-giuridica**. Secondo il giurista tedesco, la **scienza giuridica moderna si è formata attraverso una serie di analogie con la teologia**. Nella

sua *Teologia politica*, Schmitt sostiene che i **concetti fondamentali dello Stato moderno sono concetti teologici secolarizzati**. Il miracolo diventa lo stato di eccezione, Dio si trasforma nel legislatore sovrano, capace di sospendere l'ordine naturale per ristabilirlo. La sovranità, in quanto espressione di un potere originario, conserva sempre qualcosa che eccede le forme giuridiche in cui si manifesta ordinariamente. Per questo la sua massima espressione si dà nell'eccezione, cioè nel momento in cui la sovranità dà forma a una realtà che, di per sé, è priva di forma. In ogni ordinamento giuridico esiste sempre un elemento ulteriore rispetto alle norme positive: un nucleo decisionale che resta in parte trascendente rispetto al diritto, ma che è proprio ciò che rende possibile l'ordine giuridico stesso.

## Il concetto di «Politico»

Nel 1928 Smith pubblica il concetto di politico, il suo testo più famoso. Il saggio aveva l'obiettivo di inquadrare teoricamente, da una parte, il problema del rapporto tra il concetto di politico e quello di statale da un'altra parte, il concetto di guerra e quello di nemico.

L'impostazione del problema del rapporto tra Stato e politico è esplicita già nell'incipit del saggio: il concetto di Stato presuppone quello di politico. Lo Stato rappresenta un modello di unità politica particolarmente efficace ma l'epoca della statua, in cui lo Stato è titolare del monopolio della decisione politica, è un'esperienza storicamente indeterminata. Il concetto di politico non è un'esperienza storica ma è una categoria concettuale applicabile a tutte le epoche. La tesi è che il criterio del politico sia la distinzione tra Amico e nemico. Questa antitesi è autonoma, ovvero non è riconducibile ad altre contrapposizioni. Il nemico politico non è necessariamente cattivo sul piano morale o brutto sul piano estetico, è semplicemente l'altro. **Nemico è soltanto il nemico pubblico, colui che ci sfida in guerra.** La concezione del politico è chiaramente connotata da un pessimismo antropologico, che potrebbe evocare la guerra di tutti contro tutti della sua di natura di Hobbes. Il politico coincide non con la lotta ma solo con la possibilità concreta di un conflitto. Proprio il politico garantisce la possibilità di distinguere il piano politico da quello morale, religioso, economico e così via, quindi la guerra contro la guerra propugnata da sedicenti pacifisti finisce con la squalificare il nemico sotto tutti i profili trasformandolo in un mostro disumano che non può essere solo sconfitto, ma che deve essere definitivamente distrutto. Le guerre vengono condotte degli uomini esclusivamente per combattere un nemico che minaccia la loro esistenza, tutto il resto è retorica. In questo senso una guerra umanitaria è un'impostura: l'umanità in quanto tale non può condurre nessuna guerra, poiché essa non ha nemici, quantomeno non su questo pianeta. Il concetto di umanità esclude quello di nemico poiché anche il nemico non cessa di essere uomo. Nella sua prospettiva di realismo politico l'idilliaca visione di pace perpetua si traduce nel suo contrario: se il concetto di umanità esclude quello di nemico nel momento in cui era stato combatte il nome dell'umanità, è inevitabile che agli avversari sia negata la qualifica di esseri umani.

## L'ordinamento concreto

Lo Stato è la massima espressione della modernità sul piano politico però Smith si mostra consapevole della profondissima crisi che esso stava attraversando. Con la crisi del dogma statale, Smith prova dunque a individuare una terza via, rispetto al Gius naturalismo e al positivismo, fondata su una visione ordinamentale della società. Una società intesa come realtà mediata, pacificata e giuridicamente strutturata sulla quale già si è impresso il segno distintivo del diritto. Il concetto di istituzione elaborato in quegli anni da santi Romano, giurista siciliano, il diritto non è la mera somma di regole ma è organizzazione complessa delle innumerevoli istanze e connessioni delle autorità o del potere statale. Smith recupera questa dottrina era declina in termini di ciò che chiama l'ordinamento concreto. Ogni ordinamento è legato a un concetto di normalità che non deriva da norme generali ma che generato dall'ordinamento stesso per garantire la propria sopravvivenza.

L'elaborazione da parte di Smith di una prospettiva istituzionalista produce due esiti teorici fondamentali:

1. *Dopo lo Stato*: diventa il punto di partenza per una critica dello Stato liberal-democratico e del nesso ottocentesco tra Stato e società, volta immaginare una nuova formazione politica. In stato, movimento, popolo (opera di Smith) egli cerca di costruire un modello costituzionale per il terzo Reich. Pur considerando regime di Hitler legittimo, sul piano giuridico, egli rimaneva radicalmente ostile a forme di governo che non assicurassero l'ordine interno. infatti ritiene che la carica rivoluzionaria del nazionalsocialismo dovesse essere in qualche modo limitata anche attraverso la rivalutazione del ruolo di istituzioni e organizzazioni tradizionali. questo pensiero ha agli occhi di teorici nazisti fu una tesi pericolosa della difesa del vecchio Stato, Schmidt veniva considerato dai nazisti un cattolico conservatore che aveva aderito al nazismo solo per opportunismo, quindi fu messo sotto sorveglianza dal servizio delle s.s.
2. *Oltre lo Stato*: formulazione di una teoria dei grandi spazi come risposta alla crisi della sovranità statale. Smith propone un'interpretazione del diritto internazionale come ordinamento concreto, basato sul suo nesso con uno spazio definito. Per almeno tre secoli lo Stato fra la massima espressione di questa relazione politica spaziale, tenendo conto del tramonto dello Stato moderno egli ritenne che lo Stato moderno europeo fosse riuscito nell'impresa di garantire una limitazione effettiva della conflittualità bellica sul suolo europeo, allontanando così lo spettro della guerra giusta, illimitata e discriminatoria. Smith propone quindi un nuovo assetto politico il cui globo è diviso in grandi spazi, ognuno dei quali trova in un Reich il proprio centro di riferimento. Il Reich pacifica il proprio interno gli assicura una prospettiva di pace all'esterno prefigurando un equilibrio tra potenze omogenee. Anche questa proposta di Schmitt ricevette fredde accoglienze dagli ufficiali nazisti e accreditò Smith, nei paesi anglosassoni, come il teorico ufficiale delle tesi espansionistiche della Germania nazionalsocialista.

---

## Nomos della terra

Nel 1950 Schmitt pubblica *Il nomos della terra*, un testo in cui prova a ricostruire la nascita, l'ascesa e la crisi dell'ordine giuridico internazionale moderno. Il concetto centrale dell'opera è quello di **nomos**, termine greco che non significa semplicemente "legge", ma racchiude insieme **norma, decisione e ordinamento**. Il nomos non è quindi una regola astratta, ma l'atto originario che dà senso all'intero ordine giuridico. Per Schmitt, il nomos precede la legge ed è, in un certo senso, anche sopra la legge. Non è una norma scritta, ma un atto di legittimità originario, non mediato da regole preesistenti, dal quale tutte le norme successive traggono la loro forza. In questo senso, il diritto non nasce dalla legge, ma da un gesto fondativo che stabilisce chi comanda, su cosa e entro quali confini. Il nomos rappresenta l'equilibrio concreto tra decisione e norma, e la sua espressione visibile è l'ordinamento giuridico. Schmitt è fermamente convinto che il diritto abbia un'origine **spaziale**. Secondo lui, la storia del diritto coincide con la storia delle **occupazioni della terra**. Ogni grande ordine giuridico nasce da un atto di presa di possesso di uno spazio, da una delimitazione che stabilisce un dentro e un fuori, un amico e un nemico, un ordine e un caos. In questa prospettiva, la scoperta dell'America rappresenta un evento di rottura radicale, capace di produrre un nomos completamente nuovo rispetto a quello antico e medievale. Il nuovo nomos che nasce con l'espansione europea si fonda su titoli giuridici sconosciuti al Medioevo cristiano, in particolare **la scoperta e l'occupazione**. La creazione di uno spazio extraeuropeo destinato alla conquista produce un effetto decisivo: consente di **limitare la violenza all'interno dell'Europa**. Al di fuori dell'Europa, la guerra resta una guerra di annientamento contro un nemico considerato ingiusto o criminale; all'interno dell'Europa, invece, la guerra diventa un confronto tra Stati che si riconoscono reciprocamente come soggetti giuridici. Nasce così il diritto internazionale moderno europeo, fondato sull'idea di **justus hostis**: il nemico è legittimo, non è un criminale. La guerra non viene abolita, ma viene **umanizzata**, cioè limitata. Essa diventa un duello regolato tra avversari con pari status giuridico, che combattono in spazi delimitati, secondo regole condivise e sotto lo sguardo

di Stati neutrali. Schmitt arriva a sostenere che queste guerre non rappresentavano il disordine, ma al contrario una delle forme più alte di ordine politico che l'umanità sia riuscita a costruire. Dopo la conquista delle Americhe, le potenze europee individuano nuovi confini per spartire il mondo. I primi modelli sono la **raya ispano-portoghese** e le **linee di amicizia inglese**. La raya separava gli Stati cristiani che si riconoscevano all'interno di un ordinamento comune; le linee di amicizia, invece, delimitavano uno spazio in cui non valeva alcun diritto comune. Al di là di quelle linee non esistevano limiti giuridici alla violenza, né un'autorità superiore riconosciuta. Nel tempo, però, il significato simbolico di Europa e America si rovescia. L'occupazione violenta del Nuovo Mondo, giustificata in nome della fede cristiana, viene progressivamente condannata come disumana. Al contrario, le dichiarazioni dei diritti dell'uomo americane della fine del Settecento vengono celebrate come atti di rinascita dell'umanità. Secondo Schmitt, questo rovesciamento semantico permette all'America di presentarsi come la patria della libertà naturale, un nuovo Eden che rivendica l'isolamento per difendersi dalla corruzione europea. Così, mentre in origine l'America era lo spazio privo di diritto e di limiti alla guerra, e l'Europa il simbolo della civiltà giuridica, nell'Ottocento la rappresentazione si inverte. L'Europa diventa lo scenario di un **bellum omnium contra omnes**, mentre l'America assume il ruolo di asilo della giustizia. Questa autoesclusione americana dai conflitti europei termina, secondo Schmitt, nel 1917, con l'intervento degli Stati Uniti nella Prima guerra mondiale. Con quell'intervento, la guerra europea si trasforma in una guerra mondiale, combattuta in nome dell'umanità. L'incriminazione del Kaiser Guglielmo II per guerra di aggressione rappresenta un precedente decisivo: il nemico non è più un avversario legittimo, ma un criminale. Da qui prende forma quella giustizia politica internazionale che troverà piena espressione nei tribunali di Norimberga e di Tokyo. A partire dal 1919 si afferma l'idea che la guerra sia un crimine. Schmitt critica duramente questa concezione, perché essa introduce una **discriminazione del nemico**: l'avversario non è più un *justus hostis*, ma un colpevole da punire. La guerra smette di essere un conflitto tra Stati e si trasforma in un'azione di polizia, potenzialmente illimitata. Schmitt non commenta direttamente gli eventi della Seconda guerra mondiale, ma lascia intendere che il mondo si stia avviando verso una sorta di guerra civile globale, una "guerra civile fredda" che divide il pianeta in blocchi contrapposti. In questo senso, *Il nomos della terra* si presenta come una critica radicale dell'ordine internazionale nato sotto l'egida delle Nazioni Unite, accusato di aver distrutto il vecchio equilibrio senza riuscire a creare un nuovo nomos capace di limitare la violenza.

## Giovanni Gentile

Giovanni Gentile nasce a Castelvetrano, un comune siciliano, nel 1875 e muore a Firenze nel 1944. Gli inizi della filosofia gentile sono strettamente intrecciati all'amicizia con Benedetto Croce e dalla collaborazione di Gentile alla rivista alla critica fondata e diretta da Croce nel 1903. Nel 1911, però, con l'atto del pensare come atto puro, prende forma l'idealismo attuale o attualismo di Gentile che si imporrà presto come una delle filosofie più importanti e il panorama italiano, ma anche in quegli anni nel 1913 ci fu la riforma della dialettica Hegeliana, che segna l'inizio della polemica con Croce, iniziata come discussione tra amici finita con l'insanabile contrasto alle loro prospettive filosofiche. Nel 1922 Gentile viene chiamato da Mussolini a ricoprire la carica di ministro della pubblica istruzione fino al 1924, farà parte del gran consiglio del fascismo e si impegnerà nelle istituzioni culturali del nuovo regime ricoprendo la presidenza dell'Istituto nazionale fascista di cultura e la direzione dell'Encyclopædia Italiana Treccani. Scrisse il manifesto degli intellettuali fascisti nel 1925 a cui il suo ex amico Croce replicherà con il suo anti-manifesto. Gentile non smise mai di auto presentarsi come il filosofo del fascismo, di vedere nel fascismo qualcosa con cui l'attualismo non poteva non concordare. Gentile aderì alla Repubblica di Salò e accettò di presiedere l'Accademia d'Italia. Il 15 aprile del 1944 venne assassinato a Fiesole mentre rincasava da un gruppo di partigiani comunisti. La vicenda del suo assassinio creò a lungo uno dei misteri italiani, in quanto non si seppe in realtà mai le sue reali motivazioni, in quanto Gentile venne dichiarato un traditore volgarissimo e un bandito politico. Gentile sarà ucciso poi una seconda volta, quando nell'immediato dopoguerra il disagio provocato dalla sua morte, la vergogna di essere stati allievi o amici di un fascista fece sì che la cultura filosofica italiana si affrettasse a cercare di dimenticare le sue opere.

Eppure negli ultimi decenni si è riconosciuto apertamente gentile una centralità decisiva nella filosofia del diritto, Emanuele Severino dichiarerà: «gentile fu assassinato perché era la voce più autorevole e convincente del fascismo. Eppure la sua filosofia è la negazione più radicale di ciò che il fascismo ha inteso essere. Non lo sa la cultura filosofica oggi dominante, che mai riconoscerebbe a un italiano così alto rilievo.».

## Ius e lex

Nel pensiero di **Giovanni Gentile** la distinzione tra *ius* e *lex* è centrale per comprendere il significato stesso del diritto. Gentile rifiuta sia l'idea tradizionale di un diritto naturale inteso come insieme di norme preesistenti alla legge positiva, sia una concezione rigidamente positivistica che identifichi il diritto esclusivamente con la legge scritta. La sua riflessione si colloca in una prospettiva idealistica e attualistica, secondo cui il diritto non è una realtà oggettiva e data una volta per tutte, ma un fenomeno che esiste solo nell'atto in cui viene posto e riconosciuto come tale. La *lex* rappresenta, in questo quadro, la legge positiva: l'insieme delle norme formalmente prodotte dall'ordinamento, fissate in testi, codici, provvedimenti. **La legge, considerata in sé, è qualcosa di oggettivato, di esterno, un prodotto già compiuto.** Tuttavia, per Gentile, la *lex* non coincide ancora con il diritto in senso pieno. Essa è una **forma**, un **enunciato normativo** che, se isolato dall'esperienza concreta, rimane inerte, privo di reale efficacia giuridica. La legge scritta, da sola, non basta a fondare il diritto. Lo *ius*, invece, è **il diritto in atto, il diritto vivente**. Esso non è un insieme di regole anteriori alla legge né un contenuto materiale distinto dalla *lex*, ma **coincide con il momento in cui la norma viene riconosciuta, applicata e vissuta come vincolante**. Il diritto esiste solo nel momento in cui una coscienza lo assume come tale. In questo senso, lo *ius* non precede la *lex*, ma neppure la segue come qualcosa di separato: **esso nasce nell'atto stesso in cui la legge viene posta come valida**. Senza questo atto, la legge resta una semplice formulazione astratta. Il rapporto tra *ius* e *lex* è dunque un rapporto tra atto e forma. La *lex* fornisce la forma oggettiva del diritto, ma lo *ius* ne **rappresenta la realtà effettiva**, che si realizza solo nell'esperienza concreta dei soggetti.

Gentile insiste sul fatto che **il diritto non può essere concepito come qualcosa di esterno alla coscienza**: esso è sempre un **prodotto dell'attività spirituale**, un fenomeno che vive nell'attualità dell'agire umano. Di conseguenza, **non ha senso parlare di diritto come di una realtà puramente oggettiva**, separata dai soggetti che la riconoscono e la fanno valere. In questo contesto si comprende il riferimento a **Thomas Hobbes**, che Gentile riprende in modo **critico**. Hobbes è importante perché rompe con la tradizione del diritto naturale classico e **mostra come il diritto non derivi da un ordine naturale, ma da un atto costitutivo**. Nel pensiero hobbesiano, la legge nasce dal comando del sovrano e vale in quanto è espressione di un potere che garantisce l'ordine e la pace. Il diritto, dunque, non precede lo Stato, ma è il risultato della sua autorità. **Gentile** riconosce in Hobbes un'intuizione fondamentale: **il diritto non è un dato naturale, ma il prodotto di un atto umano**. Tuttavia, egli ritiene che Hobbes si fermi a una concezione ancora esteriore del diritto, legata al comando e all'obbedienza. Se in Hobbes la legge vale perché è imposta dal sovrano, per Gentile questo non è sufficiente. **La validità del diritto non può dipendere solo da un potere esterno, ma richiede il riconoscimento attivo dei soggetti**. Il comando diventa diritto solo quando viene interiorizzato e assunto come vincolante. In questo modo Gentile supera Hobbes, spostando il **fondamento del diritto dall'autorità esterna all'atto interno della coscienza**. Il vero momento costitutivo dello *ius* non è semplicemente l'emanazione della *lex*, ma il suo essere riconosciuta come legge. Il diritto non vive nel testo normativo né nel comando in quanto tale, ma nell'atto spirituale che lo pone come valido. Senza questo atto, non esiste diritto, ma solo una norma priva di vita. Quindi, la distinzione tra *ius* e *lex* in Gentile serve a mostrare che il diritto non è né un sistema di norme naturali né un insieme di regole formalmente valide indipendentemente dai soggetti. Il diritto è un'esperienza viva, che si realizza nell'attualità dell'agire umano. **La *lex* fornisce la struttura formale, ma lo *ius* è l'atto che la rende effettiva**.

## Il diritto e il suo negarsi

Gentile approfondisce l'idea che **il diritto esista solo negando se stesso**. Questa affermazione, che a prima vista sembra paradossale, è in realtà la conseguenza diretta della concezione attualistica del diritto come *dover-essere* e non come semplice fatto. Gentile parte dall'idea che il diritto non sia un essere, ma un *farsi*, un dover-essere. Il diritto, infatti, non è qualcosa che semplicemente “è” nella realtà come un oggetto naturale o un fatto già compiuto. Esso **esiste solo nella misura in cui tende a realizzarsi, cioè nel suo porsi come norma che deve essere attuata**. Tuttavia, nel momento stesso in cui questo dover-essere si realizza, esso cessa di essere tale: ciò che è realizzato non è più dover-essere, ma fatto. Ed è proprio qui che nasce il problema centrale. **Quando il diritto viene attuato, quando diventa un fatto presente nella realtà**, non è più diritto in senso proprio, perché il diritto, in quanto diritto, non può coincidere con il suo fatto. Se coincidesse con esso, perderebbe la sua natura normativa. Per questo Gentile afferma che **il diritto viene ad esistenza realizzandosi come fatto, ma nello stesso tempo proprio quando è fatto, non è più diritto**. Il diritto non può essere il proprio fatto, perché il fatto è ciò che deve essere negato affinché il diritto continui a esistere come dover-essere. Da qui deriva una conseguenza fondamentale: non esiste prima il diritto e poi il fatto. Il diritto non precede il fatto come un contenuto già dato, ma **si pone solo come negazione del fatto**. Il diritto è tale solo nella misura in cui non è ancora realizzato, solo nella misura in cui si oppone al proprio essere già posto. In altre parole, il diritto vive nella tensione, nella contraddizione tra ciò che deve essere e ciò che è. Gentile arriva così a una formulazione estrema: **il diritto è il suo stesso negarsi**. Non nel senso che si annulli, ma nel senso che si afferma soltanto negando di essere già compiuto. Il diritto non è una realtà stabile, ma un processo continuo. Esso si realizza solo negando continuamente il proprio fatto, riaffermando incessantemente la differenza tra sé come dover-essere e il suo essere come fatto. Questo porta al cuore dell'attualismo gentiliano. La differenza tra diritto e fatto non è una differenza esterna, tra due cose separate, ma una differenza interna al diritto stesso. Il diritto non è mai qualcosa di dato una volta per tutte, ma è sempre atto, sempre farsi. Non c'è un “essere” del diritto inteso come sostanza o realtà oggettiva: il diritto è processo, attività dello spirito, costruzione continua. In questo quadro, anche il diritto positivo viene reinterpretato. Non esiste un “altro” diritto rispetto al diritto positivo, se per diritto positivo si intende il diritto posto. Tuttavia, il diritto è tale non perché è posto, ma **in quanto si pone**. Quando è ormai posto, quando è semplicemente dato come fatto, non è più diritto in senso proprio. Il diritto è diritto solo nel momento dinamico del suo porsi, non nel suo essere ormai stabilizzato. Gentile chiarisce infine la circolarità apparente di questo discorso. Da un lato, la *lex*, cioè la legge posta, è il fatto del diritto e sembra precedere lo *ius*. Dall'altro lato, però, ciò che è già voluto e già posto non è davvero antecedente al volere, perché è il volere stesso che lo pone come “già voluto”. Il porre non può essere separato da ciò che è posto: se fosse separato, non sarebbe più un porre. Ma allo stesso tempo il porre esiste solo nella misura in cui si pone, e quindi si realizza negando di essere un semplice fatto. Per questo Gentile arriva a una conclusione radicale: **il diritto non è mai diritto “prima” di realizzarsi, perché non esiste; ma non è neppure diritto “dopo”, perché a quel punto è un fatto**. Il diritto esiste solo nel processo che lo costituisce, nella differenza interna tra ciò che deve essere e ciò che è. Questa differenza non è un difetto del diritto, ma è esattamente il modo in cui il diritto vive.

## DAL SECONDO DOPOGUERRA AD OGGI

Nel secondo dopoguerra la filosofia del diritto è chiamata a ripensare profondamente se stessa, i propri metodi e le proprie basi teoriche. Il trauma storico del nazismo e della Seconda guerra mondiale rende evidente che molte certezze della tradizione giuridica precedente non sono più sostenibili. In particolare, comincia a pesare una grave accusa nei confronti del positivismo giuridico: quella di aver favorito una cultura giuridica disposta, di fatto, a obbedire a qualsiasi potere, purché formalmente legale, incluso quello nazista. Secondo questa critica, il positivismo avrebbe consentito di giustificare un ordinamento come quello del Terzo Reich sulla base del principio secondo cui “la legge è legge”, indipendentemente dal suo contenuto. Il problema emerge in modo drammatico nei processi di Norimberga, dove si pone una questione fondamentale: come condannare imputati per fatti che, al momento in cui erano stati commessi, non costituivano reato

secondo la legislazione vigente? Come potevano le potenze vincitrici rendere giustizia senza violare il principio **nullum crimen, nulla poena sine lege**? Di fronte a questi interrogativi, appare chiaro che la cultura positivista tradizionale fatica a fornire risposte convincenti. La sconfitta della Germania nazista, la decisione di punire la guerra di aggressione come crimine e la riaffermazione dei diritti fondamentali universali dell'individuo impongono ai giuristi una profonda revisione teorica. Il diritto non può più essere pensato solo come insieme di norme valide, ma deve confrontarsi con il problema della giustizia. In questo contesto si spiega anche la cosiddetta rinascita del giusnaturalismo. In realtà, forme di diritto naturale erano già presenti all'inizio del Novecento, come nel giusnaturalismo cattolico, il che dimostra che il positivismo non era stato così dominante come talvolta si è sostenuto. Tuttavia, Norimberga segna una svolta perché rinnova il significato stesso del diritto naturale, che viene sempre più riletto all'interno del rapporto tra diritto e morale, piuttosto che come un sistema rigido di norme eterne. Parallelamente, anche il positivismo giuridico inizia a rimettere in discussione alcune delle proprie posizioni. A partire dagli anni Sessanta si sviluppa un processo di revisione interna che porta a prendere le distanze da quello che viene definito **positivismo ideologico**. Questo tipo di positivismo si fonda su due tesi problematiche: da un lato, l'idea che il diritto positivo abbia forza obbligatoria per il solo fatto di esistere e debba quindi essere sempre obbedito; dall'altro, l'idea che il diritto positivo, proprio perché tale, sia anche giusto, facendo coincidere validità giuridica e giustizia. Su questo punto **Alf Ross** parla di "quasi-positivismo", per indicare una posizione che, pur dichiarandosi positivista, finisce in realtà per sostenere una tesi morale: l'esistenza di un dovere morale, e non giuridico, di obbedire al diritto per il solo fatto che esiste. A questa impostazione **Norberto Bobbio** contrappone una distinzione fondamentale. Egli difende un positivismo di tipo metodologico, che non afferma alcun obbligo incondizionato di obbedienza al diritto, ma si limita a una tesi concettuale: il diritto deve essere definito in termini non valutativi, facendo riferimento a proprietà fattuali. La scienza giuridica, secondo Bobbio, deve descrivere il diritto per ciò che è, non per ciò che dovrebbe essere. Gli enunciati dei giuristi non esprimono giudizi di valore, ma proposizioni descrittive, verificabili sul piano empirico. A partire dalla metà degli anni Sessanta, infine, si afferma un terzo indirizzo nel dibattito giusfilosofico contemporaneo, legato alla cosiddetta **riabilitazione della filosofia pratica**. Questo orientamento riporta al centro la riflessione sui valori, sulla responsabilità morale e sul rapporto tra diritto, etica e politica, segnando un ulteriore superamento delle rigidità del positivismo tradizionale.

## Halbert Lionel Adolphus Hart

**H. L. A. Hart** nasce nel 1907 in Inghilterra, in una famiglia ebrea medio-borghese attiva nel settore dell'abbigliamento e del commercio sartoriale. È uno studente liceale brillante e nel 1926 ottiene una borsa di studio per il **New College di Oxford**, dove segue un percorso di studi classici che comprende greco, latino, filosofia e storia antica. In quegli anni la scena filosofica di Oxford è ancora fortemente influenzata dal pensiero di **John Cook Wilson**, rappresentante di un realismo filosofico attento all'analisi rigorosa dei concetti. Dopo la laurea, conseguita nel 1929, Hart supera l'esame di abilitazione forense. All'epoca non era necessario aver studiato giurisprudenza per diventare avvocato. Esercita quindi la professione legale a Londra, occupandosi soprattutto di diritto fiscale e tributario. Negli anni Trenta conosce anche la futura moglie, Jennifer Williams, con la quale resterà sposato fino alla sua morte nel 1992. Durante la Seconda guerra mondiale Hart abbandona la professione forense e viene arruolato. Al termine del conflitto manifesta una profonda riluttanza a tornare a fare l'avvocato. In una lettera del 1944 esprime addirittura disgusto e nausea all'idea di riprendere quella carriera. Decide così di tornare a Oxford, dove ottiene inizialmente una borsa di studio in filosofia al New College. Nel 1952 viene nominato professore di filosofia del diritto. In questo periodo il dibattito filosofico oxoniense è segnato dalla contrapposizione tra sostenitori e critici della cosiddetta svolta linguistica. Hart si schiera chiaramente con i primi ed è particolarmente influenzato dal pensiero di **J. L. Austin**, da cui riprende l'attenzione per l'analisi del linguaggio ordinario. Questa impostazione avrà un ruolo decisivo nello sviluppo della sua teoria del diritto. Hart si ritira dall'insegnamento universitario nel 1969, prima del tempo. In quell'occasione convince i colleghi di Oxford a indicare come suo successore **Ronald Dworkin**,

che diventerà anche il suo principale critico teorico. Nonostante il ritiro, Hart continua a svolgere attività di ricerca e a partecipare a seminari e conferenze. Muore nel 1992.

## Il diritto tra forza e morale

**Il concetto di diritto**, pubblicato nel 1961 e ripubblicato postumo nel 1994, è l'opera più importante di **H. L. A. Hart**. Questo libro rappresenta, allo stesso tempo, il punto più alto del positivismo giuridico e l'inizio della crisi di questa tradizione teorica. Hart prende le distanze dall'impostazione di **Hans Kelsen**, secondo cui tutte le norme giuridiche impongono obblighi. Un modello di questo tipo ha il pregio di essere estremamente ordinato e uniforme, ma secondo Hart paga un prezzo troppo alto: **quello di semplificare eccessivamente la realtà del diritto**. Il diritto, nella pratica, è più complesso di quanto questo schema lasci intendere. Le domande di fondo che si pongono Kelsen e Hart sono infatti diverse. Kelsen si chiede che cosa sia il diritto positivo e a quali condizioni sia possibile una conoscenza scientifica di esso. Hart, invece, con *Il concetto di diritto* tenta di rispondere a un altro interrogativo: *quali sono i rapporti tra il diritto, da un lato, e la coercizione e la morale, dall'altro? Si tratta di semplici affinità, di connessioni necessarie o addirittura di un'identità? E fino a che punto queste relazioni si spingono?*

Questo problema nasce da due intuizioni apparentemente contrastanti. Da una parte, è evidente che **il diritto ha un legame molto stretto sia con la coercizione sia con la morale**, tanto che, a seconda del punto di vista adottato, si è tentati di identificare il diritto con la forza o con la morale. Dall'altra parte, però, proprio **la sua vicinanza alla coercizione sembra allontanarlo dalla morale**, e viceversa. Da qui nasce il sospetto che la nostra concezione comune del diritto sia incoerente o addirittura contraddittoria. Hart affronta questo nodo già nelle prime righe della prefazione: lo scopo del libro è chiarire il rapporto tra diritto, coercizione e morale, considerandoli come fenomeni sociali distinti, anche se tra loro connessi. Da un lato, **Hart ridimensiona il ruolo della coercizione nel diritto**; dall'altro, diversamente da positivisti come Kelsen o Alf Ross, **non assume un atteggiamento ostile verso il giusnaturalismo**, arrivando anzi a **riconoscere l'esistenza di un contenuto minimo di diritto naturale**. L'autonomia del diritto rispetto alla morale e alla forza può essere analizzata su due piani distinti. Il primo riguarda **l'identificazione del diritto**; il secondo concerne **la giustificazione della sua normatività**, cioè del perché il diritto obblighi.

Sul **primo piano** si pongono due questioni principali:

1. È possibile identificare il diritto *senza ricorrere a valutazioni morali?*
2. *La sanzione è un elemento essenziale del diritto?*

Sostenere l'autonomia del diritto implica accettare **tre tesi fondamentali**:

1. Non è una verità necessaria che il **diritto rispecchi determinati valori morali**;
2. L'esistenza del diritto **dipende da fatti sociali**;
3. È concettualmente possibile un **diritto privo di sanzioni**.

Le prime due tesi sono condivise dalla maggior parte delle teorie positivistiche; la terza, invece, è molto più controversa. Il **secondo piano** riguarda la **giustificazione dell'obbligo di obbedire al diritto**. Qui le possibilità sono tre:

1. L'obbligo giuridico deriva dalla **minaccia della sanzione**;
2. L'obbligo di obbedire al diritto **coincide con un obbligo morale**;
3. L'obbligo giuridico è **autonomo sia rispetto alla coercizione sia rispetto alla morale** e si fonda su ragioni propriamente giuridiche.

Le prime due opzioni negano l'autonomia del diritto, riducendolo a un fenomeno spiegabile attraverso altri ambiti, come la forza o la morale. Il *modello morale* è tipico del giusnaturalismo, ma compare anche in alcune versioni del positivismo. Il *modello dell'autonomia*, invece, è quello

difeso da Hart. Il progetto di Hart, che mira a fondare una concezione del diritto autonoma sia dalla morale sia dalla forza, è ambizioso e rischioso. Se questo tentativo fallisse, il pericolo sarebbe quello di compromettere dalle fondamenta l'intero impianto teorico del positivismo giuridico. *Detto altrimenti: se il diritto non riesce a reggersi sulle proprie gambe, tutto il castello teorico rischia di crollare.*

## Il diritto dalla prospettiva del partecipante

Hart elabora la sua concezione del diritto a partire da una **critica all'imperativismo**. Secondo questa teoria, fondata su concetti come ordine, obbedienza, abitudine e minaccia, il diritto viene ridotto a un sistema di comandi sostenuti dalla forza. Il problema, per Hart, è che questi elementi non riescono a spiegare la **nozione di norma**, che è invece essenziale per comprendere anche le forme più semplici di diritto. Nell'impostazione di **John Austin**, il diritto è l'insieme degli ordini del sovrano, e il sovrano è colui al quale tutti obbediscono abitualmente. Hart contesta questa visione sostenendo che **il diritto non si fonda su una semplice abitudine sociale**, ma su **regole sociali**. È vero che abitudini e regole presentano una somiglianza esterna, cioè una regolarità nei comportamenti osservabili, ma limitarsi a questo aspetto non consente di coglierne la differenza fondamentale. La differenza decisiva è che le **regole sociali**, a differenza delle abitudini, **possiedono un aspetto interno**. Chi segue una regola non si limita a comportarsi in un certo modo, ma adotta un atteggiamento critico e riflessivo verso quel comportamento, considerandolo un criterio comune di condotta. Questo atteggiamento si manifesta nella critica delle deviazioni, nelle richieste di conformità e nel riconoscimento che tali richieste siano giustificate. È qui che compare **il linguaggio normativo del dovere, dell'obbligo, del giusto e dello sbagliato**. Il punto di vista interno non è una semplice emozione, ma un **atteggiamento razionale e condiviso**. Hart chiarisce questa distinzione con l'*esempio degli scacchi*: dire che i giocatori hanno l'abitudine di muovere i pezzi in un certo modo non descrive adeguatamente ciò che fanno. I giocatori non solo compiono mosse regolari, ma hanno convinzioni su ciò che è permesso o vietato dalle regole, come mostrano espressioni del tipo “questa mossa è sbagliata” o “non avresti dovuto fare così”. La nozione di **regola sociale** permette a Hart di affrontare, in modo più convincente di **Hans Kelsen**, il problema della **validità del diritto**. Una norma giuridica è **valida se soddisfa i criteri stabiliti dalla regola di riconoscimento**, che è essa stessa una regola sociale. La regola di riconoscimento costituisce il criterio supremo che consente di unificare l'ordinamento giuridico e di distinguere le norme giuridiche da quelle morali o di semplice etichetta. Una regola di riconoscimento esiste quando un gruppo di persone, in particolare i funzionari e i giudici, **la accetta dal punto di vista interno**. Questa accettazione **non richiede necessariamente un'adesione morale ai valori del sistema giuridico**, ma un atteggiamento **critico-riflessivo empiricamente osservabile**, che emerge sia nel linguaggio utilizzato sia nel comportamento conforme alle regole. Accettare il diritto significa, dunque, **considerare le norme giuridiche come modelli comuni di comportamento**. L'obiettivo di Hart è **difendere l'autonomia del diritto rispetto alla morale**. Tuttavia, questa posizione presenta una difficoltà. Se le ragioni dell'accettazione del diritto sono irrilevanti o tutte equivalenti, è possibile **immaginare che il diritto venga accettato solo per conformismo**, cioè per timore della riprovazione sociale. In questo caso, però, il diritto rischia di essere riassorbito nella sfera della coercizione. Per evitare questo esito, Hart e alcuni suoi seguaci **ammettono che almeno alcuni accettino il diritto per ragioni morali**. Ma questa concessione spinge pericolosamente il diritto verso la morale, mettendo in discussione la sua autonomia. Hart si trova così in una posizione problematica: se insiste su un'accettazione debole e non morale, la sua teoria rischia di ricadere nell'imperativismo; se invece riconosce una dimensione morale nell'accettazione del diritto, deve rinunciare alla pretesa di separare nettamente diritto e morale. In entrambi i casi, il progetto di autonomia del diritto appare meno solido di quanto ambisse a essere.

## Obbligo morale e giuridico

Hart elabora la sua concezione dell'obbligo a partire dalla teoria delle **regole sociali**. L'esistenza di una regola sociale è una condizione necessaria, ma non sufficiente, perché un comportamento possa essere considerato obbligatorio. Per parlare di **obbligo**, secondo **H. L. A. Hart**, devono concorrere, insieme alla regola, tre ulteriori condizioni. In primo luogo, deve esistere una **richiesta generale e persistente di conformità** al comportamento prescritto, accompagnata da una forte pressione sociale nei confronti di chi devia dalla regola. In secondo luogo, la regola deve essere considerata **importante**, cioè necessaria per il mantenimento della vita sociale o di qualche suo aspetto ritenuto fondamentale. In terzo luogo, l'adempimento dell'obbligo deve implicare un **sacrificio o una rinuncia**, rendendo strutturalmente possibile un conflitto tra l'obbligo e l'interesse personale. Sia le norme giuridiche sia le norme morali rientrano nella categoria delle regole sociali che generano obblighi. Tuttavia, gli obblighi giuridici e quelli morali sono distinguibili: i primi dipendono dalla **regola di riconoscimento**, i secondi da una **regola morale**. Hart individua quattro caratteristiche tipiche degli obblighi morali che li differenziano da ogni altro tipo di obbligo. La prima è l'**importanza**, particolarmente elevata nel caso delle norme morali. La seconda è l'**immunità da mutamenti deliberati**: le norme morali, a differenza di quelle giuridiche, non possono essere modificate tramite decisioni formali. La terza è il **carattere volontario delle violazioni morali**, poiché in ambito morale non vi è spazio per forme di responsabilità oggettiva. Infine, la **pressione sociale** che accompagna la violazione delle norme morali assume la forma di appelli alla coscienza e richiami al valore morale dell'azione. Questa impostazione è stata oggetto di critiche rilevanti. In particolare, si contesta a Hart di ricondurre ogni obbligo a una regola sociale e di ritenere così garantita l'autonomia dell'obbligo giuridico rispetto a quello morale. Secondo i critici, la vera fonte degli obblighi non sarebbero le regole sociali, ma le **regole morali**, intese come espressione della moralità critica degli individui, che non coincidono necessariamente con regole socialmente accettate. Ne deriverebbe che gli unici obblighi autentici sono quelli morali e che non sia possibile distinguere in modo netto l'obbligo giuridico dall'obbligo morale, contrariamente a quanto sostiene Hart. Anche qui, dunque, il tentativo di fondare l'autonomia del diritto rispetto alla morale e alla forza si rivela fragile e fortemente problematico.

## La teoria mista dell'interpretazione

L'intento di **H. L. A. Hart** è quello di elaborare una teoria dell'interpretazione giuridica che si collochi tra il **formalismo interpretativo** e lo **scetticismo sulle regole** (tipico di alcune correnti realiste). Il formalismo sostiene che per ogni enunciato giuridico esista sempre un'unica interpretazione corretta. Il significato della norma sarebbe già completamente determinato prima dell'attività interpretativa, per cui l'interprete, salvo errore, non eserciterebbe alcuna discrezionalità. L'interpretazione avrebbe quindi natura puramente cognitiva. Lo scetticismo sulle regole, al contrario, afferma che i testi normativi non determinano mai la soluzione dei casi concreti e che l'interprete esercita sempre discrezionalità, rendendo l'applicazione del diritto sostanzialmente creativa. Hart rifiuta entrambe le posizioni e propone una soluzione intermedia fondata sull'idea della **struttura aperta (open texture)** del linguaggio giuridico. Egli distingue tra una **zona chiara (core of certainty)** e una **zona di penombra (penumbra of doubt)**. Nella zona chiara rientrano i casi ordinari, nei quali i termini generali della norma si applicano senza difficoltà e l'attività dell'interprete è prevalentemente conoscitiva. Nella zona di penombra, invece, rientrano i casi dubbi, nei quali il linguaggio normativo non fornisce una risposta univoca. Nei casi di penombra la norma non cessa di svolgere una funzione, ma agisce come **guida** dell'interpretazione senza eliminarne la discrezionalità. In queste situazioni, l'interprete deve integrare il diritto attraverso una scelta, che non è arbitraria ma nemmeno rigidamente determinata dalla norma stessa. La distinzione tra casi facili e casi difficili non è accompagnata, in Hart, dall'idea che esista un confine preciso e formalmente individuabile tra le due categorie. Ciò dipende dalla **vaghezza inevitabile del linguaggio**, che rende impossibile prevedere in anticipo tutte le possibili applicazioni future delle norme. Tuttavia, questa vaghezza non elimina la distinzione tra casi chiari e casi dubbi, né implica che ogni applicazione del diritto sia discrezionale. In questo senso, la discrezionalità riconosciuta da

Hart è **limitata e residuale**: essa emerge solo nei casi di penombra e non investe l'intero ambito dell'applicazione del diritto. L'assenza di un confine preciso tra la zona chiara e quella di penombra rende impossibile stabilire con certezza quando l'interpretazione smetta di essere un'attività conoscitiva e diventi un'attività creativa. Questa difficoltà emerge chiaramente attraverso il cosiddetto **paradosso del sorite**. Si immagini una norma che prevede una sanzione per gli organizzatori di eventi musicali che, a causa del volume eccessivo della musica, provochino "seri danni" alle persone. Un organizzatore di rave party viene condannato perché il volume molto alto ha causato tali danni. Alla festa successiva, egli riduce leggermente il volume, ma la differenza è impercettibile, e viene condannato di nuovo. Proseguendo con riduzioni minime e progressive, l'organizzatore potrebbe continuare a essere condannato anche quando il volume diventa quasi impercettibile. Il paradosso nasce dalla vaghezza dell'espressione "*seri danni*": non esistendo un confine preciso, sarebbe arbitrario, alla luce del principio di uguaglianza, considerare lecito un comportamento in un caso e illecito in quello immediatamente precedente. Il paradosso del sorite mostra quindi che la vaghezza del linguaggio giuridico non produce soltanto una distinzione tra casi facili e casi difficili, come vorrebbe Hart, ma mette in crisi la stessa possibilità di distinguere in modo netto. In altri termini, la distinzione tra casi facili e difficili non è il presupposto dell'interpretazione, ma il suo risultato. Tuttavia, nella prospettiva di Hart, la presenza di casi difficili non comporta l'abbandono del positivismo giuridico, ma ne mostra piuttosto i limiti strutturali legati all'uso del linguaggio.

## Norberto Bobbio

**Norberto Bobbio** nasce a Torino nel 1909 ed è considerato il più importante filosofo italiano della seconda metà del Novecento. Il suo percorso intellettuale è lungo e complesso e non è facile ricondurlo a una linea perfettamente unitaria, poiché si sviluppa attraverso fasi tra loro molto diverse. Tuttavia, a rimanere costanti sono alcune domande di fondo che orientano l'intera sua riflessione. Queste domande riguardano soprattutto il **diritto** e la **scienza giuridica**: che cos'è il diritto, quale ne sia la natura e quali siano i compiti della giurisprudenza. Tali interrogativi accompagnano tutti i momenti del magistero bobbiano e costituiscono il filo conduttore della sua produzione teorica. Il percorso di Bobbio può essere suddiviso in **tre grandi fasi**.

La prima è caratterizzata da una **critica al positivismo giuridico tradizionale e allo statualismo legalistico**, ossia a una concezione del diritto rigidamente identificata con la legge statale.

La seconda fase segna una **adesione convinta al positivismo giuridico**, in particolare alla **teoria pura del diritto di Kelsen**, che Bobbio assume come modello di scientificità del discorso giuridico. La terza fase è invece quella di una **revisione del positivismo più rigido**, in direzione di una scienza giuridica più attenta ai temi del **potere**, della **società civile** e del contesto politico-sociale in cui il diritto opera. In questo modo, pur attraversando posizioni teoriche differenti, Bobbio mantiene sempre al centro della sua riflessione il problema del diritto, della sua struttura e della sua funzione all'interno della società.

---

## Critica del positivismo giuridico

Per **Norberto Bobbio**, il problema centrale delle riflessioni giuridiche è quello della **scienza del diritto**. Non si tratta di una questione astratta o puramente teorica: il modo in cui si concepisce la scienza giuridica incide direttamente sul **ruolo del giurista nella società**. In altre parole, capire che cos'è la scienza del diritto significa stabilire che tipo di contributo il giurista può dare alla vita collettiva. Se il diritto viene considerato come un sistema chiuso, autosufficiente e dotato di caratteristiche rigidamente definite, allora anche la scienza giuridica tenderà a essere vista come una disciplina separata dalle altre scienze sociali. Al contrario, una concezione meno rigida del diritto porta inevitabilmente a una scienza giuridica più aperta, capace di dialogare con la politica, la sociologia e la teoria del potere. Per Bobbio, delimitare lo spazio di scientificità della giurisprudenza significa anche delimitare lo spazio entro cui i giuristi possono intervenire in modo legittimo nella vita pubblica. Nella **prima fase del suo pensiero**, che si colloca tra gli anni Trenta e Quaranta, Bobbio critica l'idea che il diritto possa essere definito solo attraverso **caratteri formali**,

come se fosse un contenitore vuoto da riempire di volta in volta con contenuti decisi dal potere politico. Questa impostazione, secondo Bobbio, rischia di ridurre il diritto a un semplice prodotto della volontà politica. Nel saggio del 1934 *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Bobbio adotta un approccio **fenomenologico**, cercando di individuare i **caratteri essenziali del diritto** indipendentemente dall'esperienza storica contingente. Il diritto viene così analizzato nella sua struttura fondamentale, che Bobbio individua nella **reciprocità** e nella **correlazione tra diritti e doveri**. Per comprendere davvero il diritto, la scienza giuridica deve elevarsi a un livello teorico, capace di coglierne l'essenza e non solo le manifestazioni mutevoli.

Nel lavoro del 1938 *L'analogia nella logica del diritto*, Bobbio sottolinea il ruolo della **razionalità** nel diritto e difende il valore della **certezza giuridica**. Il diritto, per lui, non può essere ridotto interamente alla volontà o all'autorità, perché una simile riduzione lo avvicinerebbe a una concezione quasi teologica del potere, fondata solo sul comando. Nel saggio del 1942 *La consuetudine come fatto normativo*, Bobbio affronta in modo critico il tema delle **fonti del diritto**, mostrando che esistono forme normative, come la **consuetudine**, che sfuggono alla visione dominante dello **statual-legalismo**, centrata esclusivamente sulla legge dello Stato. Il diritto viene definito come l'insieme delle norme che una comunità riconosce come **necessarie alla convivenza e alla conservazione del gruppo**. È giuridica quella regola che rende possibile la vita comune. Questa impostazione porta Bobbio a individuare il carattere della giuridicità **nel contenuto delle norme**, e non soltanto nella loro forma. Egli arriva così a sostenere l'esistenza di **regole giuridiche essenziali**, comuni a tutti i gruppi sociali, grandi o piccoli, statali o non statali, primitivi o evoluti. Si tratta di principi giuridici fondamentali, storicamente riscontrabili in ogni ordinamento. Nel testo sulla consuetudine emergono **due aspetti particolarmente rilevanti**. Da un lato, Bobbio **rifiuta l'idea che la natura del diritto possa essere spiegata in base alla sua quantità o complessità normativa**. Dall'altro, rivendica una **scienza giuridica capace di guardare oltre il diritto formale e oltre lo Stato**, cogliendo ciò che di normativo nasce direttamente dalla società e dai fatti sociali. Negli anni Quaranta, infine, Bobbio sviluppa una visione **personalistica della giustizia**, centrata sui valori della **libertà** e dell'**uguaglianza**, temi che emergono anche nei corsi tenuti all'Università di Padova. Anche in questa fase, il diritto resta per lui uno strumento essenziale della convivenza umana, ma sempre da comprendere nel suo legame con la società e con i valori fondamentali.

## Difesa del positivismo giuridico

Con l'affermarsi della **Repubblica** e l'entrata in vigore della **Costituzione italiana**, in un contesto segnato da una forte spaccatura politico-ideologica, **Norberto Bobbio** individua nello **studio del diritto positivo** un punto fermo a cui il giurista può guardare con fiducia. Il diritto positivo rappresenta infatti sia il modo concreto con cui il giurista può contribuire alla costruzione del nuovo ordine giuridico, sia uno dei pochi terreni comuni su cui rendere possibile un dialogo razionale e pacifico tra posizioni politiche contrapposte. Secondo Bobbio, in ambito giuridico è necessario **abbandonare le dispute sui valori** e concentrarsi sui **dati dell'esperienza**, ossia sulle norme del diritto positivo. Più che una filosofia generale applicata al diritto, serve una **teoria generale ricavata dal diritto stesso**. In questa prospettiva si colloca il saggio del 1950 *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, dal quale nascerà la **scuola analitica italiana del diritto**. Qui Bobbio assegna al giurista un compito preciso: non quello di interrogarsi su ciò che sta fuori dal diritto, ma di lavorare "dentro casa", contribuendo al corretto funzionamento dell'ordinamento. Il giurista deve quindi collaborare con il legislatore, chiarendo, sistematizzando e interpretando il diritto vigente.

In questo contesto Bobbio introduce la distinzione tra una **filosofia del diritto dei filosofi** e una **filosofia del diritto dei giuristi**. Ciò di cui l'Italia ha bisogno, secondo Bobbio, non è una teoria astratta e dogmatica, ma una teoria costruita in modo **pragmatico**, a partire dal lavoro concreto che i giuristi svolgono quotidianamente sul diritto. Per questo la filosofia del diritto dovrebbe trasformarsi in **teoria generale del diritto**, privilegiando l'analisi rispetto alle grandi sintesi speculative. Nel 1954 Bobbio difende in modo esplicito la **teoria pura del diritto** di **Hans Kelsen**, diventando uno dei principali rappresentanti del positivismo giuridico a livello internazionale. In

questa fase il confronto con il **giusnaturalismo** si sviluppa su tre piani distinti, che Bobbio invita a non confondere mai: **metodologico, teorico e ideologico**. Sul piano **metodologico**, Bobbio sostiene con decisione il principio dell'**avalutatività**: la scienza del diritto deve occuparsi del diritto così com'è, non di come dovrebbe essere. Questo è, per Bobbio, il requisito minimo per dirsi giuspositivisti e rappresenta il fondamento della distinzione tra **diritto e morale**. Solo mantenendo **separati i giudizi di fatto dai giudizi di valore** è possibile garantire la scientificità della conoscenza giuridica. Sul piano **teorico**, il positivismo giuridico si fonda sull'individuazione di criteri oggettivi per stabilire che cosa sia diritto. Il diritto è un insieme di **norme positive**, la cui validità deriva dall'appartenenza a un ordinamento fondato sulla **possibilità della coazione**. Normatività e coercibilità sono quindi elementi essenziali del fenomeno giuridico, in una concezione vicina a quella kelseniana. Tuttavia, Bobbio va oltre Kelsen: il diritto non è solo norma, ma prima ancora **ordinamento**, e può essere visto anche come **rapporto giuridico**. L'esperienza giuridica appare così come un insieme stabile di rapporti tra soggetti organizzati in società attraverso regole di condotta. Il terzo piano è quello **ideologico**, che riguarda il problema dell'obbedienza al diritto. Bobbio distingue tra posizioni radicali e moderate. Da un lato vi è il positivismo radicale, secondo cui si deve obbedire al diritto perché il diritto è sempre giusto, posizione esemplificata da **Thomas Hobbes**. All'estremo opposto vi è il giusnaturalismo radicale, secondo cui si deve sempre disobbedire alle leggi ingiuste. Tra questi estremi si collocano posizioni moderate: per il **positivismo moderato** l'obbedienza è giustificata da esigenze di ordine, sicurezza e certezza; per il **giusnaturalismo moderato** la disobbedienza è ammessa solo nei casi di ingiustizia estrema. Bobbio aderisce a una forma di **positivismo ideologico moderato**, ma riconosce che solo l'appello a valori ultimi, che trascendono il diritto positivo, può salvaguardare la libertà della coscienza morale. Bobbio critica il giusnaturalismo soprattutto perché l'uso del concetto di **natura** applicato al diritto genera ambiguità e conflitti interpretativi tali da compromettere ogni pretesa di scientificità. Centrale, infine, è il rapporto tra **diritto e forza**. Per Bobbio la forza svolge ruoli diversi a seconda del livello dell'ordinamento: essa è lo strumento attraverso cui il diritto garantisce la propria efficacia, ma allo stesso tempo è la forza a stabilire ciò che vale come diritto. In questo senso, è il diritto a essere strumento della forza, più che il contrario.

## Ripensamento del positivismo giuridico

Nella **terza fase del pensiero di Norberto Bobbio** emergono tre questioni centrali: la **definizione del diritto**, il **rapporto tra diritto e potere** e la **natura della scienza giuridica**.

1. Per quanto riguarda la **definizione del diritto**, Bobbio giunge alla conclusione che il modo più corretto di intendere il rapporto tra diritto e forza non è quello di opporli, ma di considerare la **forza come contenuto del diritto**. Il diritto non elimina la forza, ma la regola: stabilisce **quando, chi, come e in che misura** la forza può essere legittimamente utilizzata. In questo senso, il diritto può essere definito come un insieme di regole sull'uso della forza.
2. Il secondo nodo riguarda il **rapporto tra diritto e potere**, che Bobbio stringe in modo particolarmente stretto. Diritto e potere sono presentati come **due facce della stessa medaglia**: non può esistere diritto senza potere, ma nemmeno potere senza diritto. Analizzando i diversi momenti della vita del diritto e quelli della vita del potere, Bobbio mostra come l'ordinamento giuridico sia attraversato da una dialettica costante, in cui tutti i momenti sono indispensabili. La domanda cruciale diventa allora: **al vertice di un ordinamento c'è il diritto o il potere?** Bobbio riconosce il ruolo fondamentale del potere, ma non arriva mai a sostenere che possa esistere un potere completamente sciolto dal diritto. Al contrario, è proprio il diritto a rendere il potere qualcosa di diverso dalla **forza bruta**. Il potere può assumere forme diverse, democratiche o autoritarie, ma non può mai fare a meno della mediazione giuridica, se vuole essere riconosciuto come tale.
3. Il terzo tema riguarda la **scienza giuridica**. Nel saggio del 1967 *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, Bobbio osserva che una concezione rigidamente ispirata alla teoria pura del

diritto rischia di trasformarsi in una **prescrizione** su ciò che i giuristi dovrebbero fare, più che in una descrizione di ciò che essi fanno realmente. In questo senso, la teoria pura finisce per assumere i tratti di una sorta di **ideologia della scienza giuridica**, piuttosto che di una scienza effettiva. Per Bobbio, una vera teoria della scienza giuridica deve partire dalla **realità del lavoro dei giuristi**. Osservando la pratica giuridica concreta, emerge chiaramente che i giuristi non si limitano a descrivere norme o a ricostruirne il contenuto, ma svolgono continuamente **attività interpretative e valutative**. Il loro ruolo non è meramente servente rispetto al legislatore: essi contribuiscono in modo attivo alla costruzione dell'ordinamento giuridico. In questa fase Bobbio dedica inoltre grande attenzione al tema della **società civile**, che incide profondamente anche sulla sua teoria del diritto. Tra la fine degli anni Sessanta e la metà degli anni Settanta, egli insiste sulla necessità di non guardare solo alla **struttura** del diritto, ma anche alla sua **funzione**. La teoria del diritto deve adeguarsi alle trasformazioni della società contemporanea, in particolare al passaggio dallo **Stato garantista** allo **Stato dirigista**. Questo mutamento comporta anche una trasformazione del diritto: da strumento prevalentemente di **controllo sociale** a strumento di **direzione sociale**. In una società industriale avanzata, il diritto tende sempre meno a limitarsi a vietare e punire e sempre più a **orientare e promuovere comportamenti**. In questo contesto acquistano crescente importanza le **sanzioni positive**, che affiancano e talvolta sostituiscono quelle negative. Pur senza abbandonare l'analisi strutturale del diritto, Bobbio richiama così l'attenzione su un aspetto spesso trascurato: il diritto non è solo un sistema di norme, ma anche uno strumento dinamico che interviene attivamente nella trasformazione della società.

## Robert Alexy

**Robert Alexy** è una delle voci più rilevanti del dibattito giusfilosofico degli ultimi quarant'anni. La sua riflessione si concentra su questioni fondamentali mai risolte in modo definitivo: il rapporto tra **diritto e morale**, la tensione tra **giuspositivismo e giusnaturalismo**, la **giustificazione dei diritti fondamentali** e la teoria del **costituzionalismo democratico**. Il concetto di diritto elaborato da Alexy si presenta come **non positivistico** e fortemente **discorsivo**. Al centro della sua teoria vi è l'idea che il diritto avanzi sempre una **pretesa di correttezza**: non si limita a esistere come fatto o comando autoritativo, ma pretende anche di essere giusto. Il diritto è quindi inseparabile dall'**argomentazione giuridica**, che Alexy interpreta come un caso particolare dell'**argomentazione pratica**. Alexy è un sostenitore della **tesi della connessione tra diritto e morale**. Egli rifiuta l'idea positivistica della loro separazione necessaria, secondo cui una norma può essere giuridica indipendentemente da ogni considerazione morale. Tuttavia, non aderisce a un giusnaturalismo forte: la sua è una **connessione moderata**, secondo cui parlare di diritto implica sempre un qualche punto di sovrapposizione con la morale, anche se limitato. La sua concezione della giustizia è di tipo **procedurale**. I principi di giustizia non pretendono validità universale perché derivano da una moralità oggettiva e data una volta per tutte, ma perché possono essere **giustificati attraverso buone ragioni**. Questa impostazione consente di accogliere una pluralità di concezioni morali, escludendo però quelle che risultano irrazionali o intolleranti.

Nato in Germania nel 1945, Alexy è stato per trent'anni professore di diritto pubblico e filosofia del diritto presso l'Università di Kiel, di cui oggi è professore emerito. Nel saggio del 1992 *Concetto e validità del diritto*, egli propone una definizione del diritto articolata in **tre elementi costitutivi**:

1. la **dimensione autoritativa o istituzionale**,
2. l'**efficacia sociale**,
3. la **correttezza o legittimazione morale**.

Ciò che distingue Alexy dal positivismo non è il rifiuto del ruolo delle istituzioni o dell'efficacia, ma l'idea che il concetto stesso di diritto debba includere anche un **elemento morale**. Da qui deriva il principio secondo cui esistono casi estremi in cui una norma, pur formalmente valida ed efficace, può perdere la sua qualità giuridica quando supera una **soglia di ingiustizia intollerabile**. In questi casi, l'ingiustizia estrema può privare il diritto della sua validità. Alexy sintetizza la propria posizione affermando che, per fondare una relazione necessaria tra diritto e morale, non è richiesta

l'esistenza di una moralità oggettiva condivisa da tutti. È sufficiente una **moralità corretta in senso procedurale** e la possibilità di costruire una **razionalità pratica** fondata sull'argomentazione. In questo modo, il diritto resta un fenomeno istituzionale e sociale, ma non rinuncia alla sua dimensione normativa e morale.

## LA FILOSOFIA PER IL DIRITTO

Negli anni 60 Norberto Bobbio distingue tra filosofia del diritto dei giuristi e la filosofia del diritto dei filosofi, questa separazione consentiva ai filosofi del diritto provenienti da una certa tradizione e formazione di escludere dalla filosofia del diritto una serie di autori, opere, studi in quanto non strettamente giuridici va espressione di speculazioni metafisiche tipiche dei filosofi puri che nulla sapevano di diritto. La filosofia del diritto contemporanea, inteso proprio quella dei giuristi, è stata ed è costantemente influenzata, e spesso anticipata, da quanto avviene nel campo della filosofia e dal modo in cui essa pensa il diritto. la distinzione tracciata da Bobbio quindi è ormai stata criticata da più parti e ha mostrato ormai suo carattere ideologico, le necessità pratiche che la ispirano e tutta la sua debolezza e fragilità teorica. I criteri per definire che cosa sia la filosofia del diritto non sono esterni ad essa ma il prodotto della sua stessa riflessione del tuo stesso istruirsi come tali. Per valorizzare, quindi i filosofi contemporanei che hanno trattato del diritto viene utilizzata la terminologia di filosofia per il diritto.

### Sigmund Freud

**Sigmund Freud**, sviluppando suggestioni già presenti in **Friedrich Nietzsche** e **Arthur Schopenhauer**, affronta inizialmente il problema dell'isteria da un punto di vista clinico e terapeutico. Da questa indagine prende avvio un progetto molto più ambizioso: l'analisi della psiche umana attraverso la messa in discussione della tradizionale distinzione tra **normale e patologico**, e l'esplorazione delle profondità della coscienza. Il risultato più rivoluzionario del pensiero freudiano è la crisi dell'**io cartesiano**, concepito come centro unitario, razionale e trasparente a se stesso. Ancora più destabilizzante è il ruolo centrale attribuito alle **pulsioni**, in particolare alla **sessualità**, mentre l'aspetto forse più inquietante è l'uso di una capacità analitica radicale, realistica e spietata, ma non cinica. L'obiettivo di Freud non è distruttivo: egli intende estendere la **valenza terapeutica della conoscenza** dall'individuo alla società nel suo complesso. In questa prospettiva, Freud mostra come **ordine e disordine** siano strutturalmente intrecciati. Da un lato, l'origine del diritto è legata al **crimine**: il diritto nasce dal delitto. Dall'altro, l'ordine sociale contiene sempre in sé la possibilità del disordine, sia come fattore di cambiamento sia come elemento rimosso e dissimulato. In entrambi i casi, la **violenza** è una costante ineliminabile, ed è proprio questa presenza a costituire il nucleo del **disagio della civiltà**, e quindi anche del diritto. In **Totem e tabù**, Freud affronta il tema dell'origine della società attraverso quello che definisce un **mito scientifico**. Egli ipotizza che la prima "festa" dell'umanità sia stata la commemorazione di un atto criminoso originario: il **parricidio**. I figli, scacciati da un padre autoritario e geloso, si alleano, lo uccidono e lo divorano. Da questo gesto nascono le principali istituzioni umane: l'organizzazione sociale, le restrizioni morali e la religione. Il **senso di colpa** e il rimorso per l'uccisione del padre-Dio danno origine ai **tabù**, a partire dal divieto dell'incesto fino al comandamento "non uccidere". Il sovrano diventa oggetto di rituali religiosi che celebrano il suo **doppio corpo**, quello vivo e quello morto. Sebbene Freud privilegi il tema del parricidio rispetto al fratricidio, egli sottolinea anche l'importanza decisiva dell'**accordo tra i fratelli**, che si garantiscono reciprocamente la vita per evitare che uno di loro subisca la stessa sorte del padre. Qui si colloca l'origine della legge come patto contro la violenza assoluta. Da *Totem e tabù* emerge così la **relazione oscura e originaria tra omicidio, politica e diritto**, e la **doppia natura del diritto**, che nasce dalla violenza ma tende progressivamente a separarsene, almeno formalmente. Questo nodo viene ripreso anche da **Elias Canetti**, per il quale nella condanna a morte sospesa, ritenuta la forma più alta di giustizia, riemerge il problema del fondamento del diritto. Dopo il trauma della Prima guerra mondiale, Freud formula un'affermazione decisiva: lo Stato ha interdetto al singolo l'uso dell'ingiustizia non perché intenda sopprimerla, ma perché vuole monopolizzarla.

Qui si manifesta la **logica della sovranità assoluta**, che giustifica il crimine attraverso il potere. La pena di morte diventa l'espressione più chiara di questa logica, fondata sull'**autoconservazione del corpo politico**. Si aprono allora due possibilità radicali sul fondamento del diritto:

- o il fondamento del diritto è **esterno al diritto stesso** (forza, potere, violenza, decisione), e allora il diritto può in ogni momento rovesciarsi, diventando strumento degli abusi del potere e negazione di sé;
- oppure il fondamento del diritto è **vuoto**, nel senso di non sacralizzabile: il diritto è un **costrutto sociale**, prodotto da uomini per altri uomini, privo di giustificazioni teologiche e fondato sulla responsabilità politica delle decisioni.

In questa ricerca di rigore metodologico si incontrano **giurista e psicoanalista**: entrambi isolano il proprio oggetto di studio e lo analizzano nella sua realtà nuda. Diritto, civiltà, forma e organizzazione appaiono allora come **modalità di contenimento** di un nucleo originario di violenza, che non scompare mai del tutto ma continua ad agire come forza dinamica all'interno dell'ordinamento.

## Perché la guerra?

Nel saggio **Perché la guerra?**, **Sigmund Freud** risponde a una domanda posta da **Albert Einstein** sul problema della guerra e della violenza nella storia umana. Questo scambio avviene in un momento storico drammatico, pochi mesi prima della presa del potere da parte di **Adolf Hitler**, e ne risente profondamente per urgenza e lucidità. Freud parte dall'idea che il **diritto nasca dalla potenza di una comunità**. In questo senso, il diritto può essere definito "democratico", perché sostituisce l'arbitrio del singolo con regole condivise e limita il conflitto interno. Tuttavia, il diritto non elimina la violenza: ne è anzi **intrinsecamente attraversato**. Esso rappresenta una forza che prende il posto della violenza individuale, organizzandola, incanalando e regolando i rapporti di forza all'interno della comunità e tra comunità diverse. L'edificazione di un sistema di regole non cancella il conflitto, ma **riduce la possibilità che esso si risolva attraverso la violenza diretta**. Per questo motivo, secondo Freud, è necessario liberarsi dall'illusione che il diritto coincida automaticamente con la giustizia o che rifletta un ordine naturale già dato. Il diritto è piuttosto il risultato di una **faticosa e mai definitiva ricerca dell'ordine**, che non può essere immediatamente né definitivamente legittimata. La legittimazione del diritto deve quindi essere **dinamica e democratica**, affinché il conflitto politico rimanga agonismo e non degeneri in antagonismo distruttivo, capace di dissolvere ogni forma di ordine. Freud è consapevole dei limiti della psicoanalisi: essa non pretende di offrire soluzioni definitive al problema della violenza nella storia. Può però contribuire a **far luce sulle sue origini**, individuandole nell'**inclinazione umana all'aggressività**, che appartiene tanto al singolo quanto ai gruppi. Proprio per questo, la semplice **coercizione** non può essere una risposta sufficiente. La repressione violenta delle esplosioni individuali o collettive di forza bruta è essa stessa una manifestazione di aggressività e rischia di riprodurre il problema che vorrebbe risolvere. In conclusione, per quanto fragile e incerta, l'unica via possibile indicata da Freud è la **civilizzazione della forza**: trasformare l'aggressività in regole, istituzioni e pratiche giuridiche orientate a una **giustizia egualitaria**, nella speranza che questa possa un giorno estendersi su scala universale. Non una soluzione definitiva, ma l'unico antidoto umano pensabile contro la proliferazione incontrollata della violenza.