

LOGON DIDONAI

Filosofia e teoria del diritto

interpretazione e argomentazione giuridica

Collana diretta da Angelo Abignente, Fabio Ciaramelli, Ulderico Pomarici

TESTI

1

VALIDITÀ, DIRITTI, EFFETTIVITÀ

Pagine di filosofia del diritto del Novecento

a cura di

Angelo Abignente
Fabio Ciaramelli
Ulderico Pomarici

Editoriale Scientifica
Napoli

Ristampa 2016

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2010
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-161-3

I N D I C E

VII Introduzione
Il diritto come prassi di una società democratica

PARTE PRIMA

FILOSOFIA E TEORIA DEL DIRITTO

- 3 Hans Kelsen
Lineamenti di dottrina pura del diritto
- 21 Herbert L.A. Hart
Il diritto come unione di norme primarie e secondarie
- 41 Ronald Dworkin
Che cos'è diritto?
- 69 Karl Olivecrona
Il diritto e la forza

PARTE SECONDA

DAL DIRITTO AI DIRITTI

- 91 John M. Finnis
Legge naturale e diritti naturali
- 107 Carlos Santiago Nino
Diritto come morale applicata
- 119 Jürgen Habermas
Ragione e positività. L'intreccio di diritto, politica e morale
- 131 John Rawls
Una teoria della giustizia

- 147 Niklas Luhmann
Stato di diritto e sistema sociale
- PARTE TERZA
SOCIETÀ FORZA POTERE
- 169 Max Weber
Il carattere formale del diritto oggettivo
- 189 Hermann Heller
Democrazia politica e omogeneità sociale
- 201 Carl Schmitt
Il concetto di costituzione
- 219 Santi Romano
Il concetto di ordinamento giuridico
- 241 Norberto Bobbio
Governo degli uomini o governo delle leggi?

INTRODUZIONE

Il diritto come prassi di una società democratica

La struttura antologica del presente volume mira a fornire un percorso tematico attraverso alcuni momenti particolarmente significativi della filosofia del diritto novecentesca. L'intento che ci ha guidati nella scelta degli Autori, che non esiteremmo a definire "classici", di ciascuno dei quali ci si è limitati a riportare un capitolo o un insieme di passi di lunghezza equivalente, è stato quello di offrire agli studenti una visione d'insieme delle principali problematiche poste dalla filosofia del diritto contemporanea.

Non abbiamo la pretesa, nelle poche pagine di questa introduzione, di fornire una presentazione e un commento esaustivi dei brani antologizzati, che si presentano essenzialmente come uno strumento didattico, destinati perciò ad essere letti e approfonditi nel corso delle lezioni. Intendiamo, invece, mettere in luce il tipo di riflessione filosofica sul diritto che le pagine seguenti e la loro stessa scansione concettuale permettono di delineare.

La tripartizione del volume – che si riflette nel suo stesso titolo – indica un percorso attraverso tre luoghi teorici fondamentali. L'intento è quello di mettere in luce una comprensione filosofica del diritto contemporaneo inteso come prassi sociale, in cui il momento astratto della validità giuridica propriamente detta, attraverso il riconoscimento, l'implementazione e la rivendicazione dei diritti individuali, viva nell'organizzazione effettiva d'una società democratica. Questi luoghi teorici – validità, diritti, effettività – non possono essere pensati come separati, ma vivono uno *nell'altro*, uno *per* l'altro. Anche nella costruzione teorica kelseniana, tutta tesa a sostenere l'autonomia del Giuridico, è possibile intravederlo: il *primum* è l'obbligo – che 'porta' la sanzione – da cui scaturisce tutto il 'movimento' del diritto. Kelsen, infatti, invertendo l'ordine dei fattori (per prima viene la sanzione giuridica, ovvero la norma "secondaria", che esprime in

modo *specificamente giuridico* le condizioni della sanzione e solo dopo il comando, la norma “primaria”, imperativa) costruisce un’idea di norma che si distacca per sempre da ogni naturalismo. L’obbligo contiene in sé peraltro – in quanto espressione dell’autorità garante, Terzo superiore – non solo la sanzione, ma anche i diritti, ovvero l’effettività dell’ordinamento giuridico. Così che a partire dal solo elemento dell’obbligo si svolge tutta la costruzione. Solo in quanto nell’obbligatorietà sono pensati come ‘validi’ sia i diritti che la sanzione, l’ordinamento si presenta come garanzia, dunque effettività, ed è solo così che può dirsi legittimato.

1. *Nascita e caratteristiche dello spazio giuridico*

La prima sezione del volume analizza lo statuto teorico del diritto inteso nella sua forma più generale, come sistema di norme giuridicamente valide e dunque sanzionabili attraverso procedure determinate. Sembra una definizione scontata, ma – per comprenderla bene nella necessità della sua articolazione – bisogna fare molta attenzione ai suoi presupposti e alle sue implicazioni.

Nella nostra esperienza quotidiana e nel corso dell’esperienza storica dell’umanità, in ogni forma di vita umana associata, sono presenti le norme che regolano il nostro modo di parlare, vestire, alimentarci, comportarci e via di seguito. E tuttavia non tutte le norme che conosciamo e osserviamo (o trasgrediamo) costituiscono il diritto. È per noi oggi del tutto evidente la distinzione tra un *peccato* (trasgressione d’una norma religiosa) e un *reato* (trasgressione d’una norma prevista dal codice penale). Non sempre è stato così; non dovunque è (ancora) così. Vale perciò la pena di riflettere attentamente sulle premesse concettuali di queste distinzioni.

Nella democrazia moderna, che proprio per questa ragione ha reciso il suo legame con un fondamento trascendente, cioè extra-sociale, sono coattive e sanzionabili solo le norme poste autonomamente dall’ordinamento giuridico.

La teoria pura del diritto, elaborata nei primi decenni del Novecento da Hans Kelsen a partire dall’esperienza storica della positivizzazione del diritto, attribuisce una portata decisiva alla demarcazione tra norma giuridica e legge naturale. Scrive Kelsen: “La norma giuridica non deve, come la legge naturale, spiegare ciò che è; essa deve

creare un qualcosa di nuovo, produrre un evento”¹. La distinzione fra essere e dover essere, cardine della dottrina kelseniana, si riferisce a questa differenza specifica. Il diritto *costruisce* una dimensione normativa che si eleva sul ‘fatto’ e in quanto tale è un valore. Produce un significato, prima inesistente, che qualifica il fatto e lo rende soggetto a una prescrizione. Il diritto infatti, in quanto diritto positivo, vige, e in tal senso *prescribe* un comportamento determinato costituito nella norma giuridica.

Proprio da questa distinzione tra l’ambito dei “fatti naturali” e quello dei “significati”, prende le mosse l’analisi di Kelsen riportata nel primo capitolo dell’antologia. Ciò che gli sta a cuore è la determinazione dell’oggetto proprio della conoscenza giuridica: ebbene, il diritto non si occupa delle cose umane in quanto tali, nella loro realtà di fatto; suo oggetto non è neanche il loro significato soggettivo, cioè l’autoqualificazione dell’atto da parte dell’agente a partire dalle sue intenzioni e attraverso le sue enunciazioni. L’unico oggetto possibile del diritto è quello specifico significato oggettivo che, aggiungendosi ad alcuni atti sociali, si mostra capace di costituirne la rilevanza giuridica. Questo significato giuridico è posto dall’ordinamento in quanto istituzione di norme giuridiche. La qualificazione giuridica dei fatti, prodotta da un atto giuridico a sua volta reso significativo da un altro atto, è da intendersi come l’operazione collettiva attraverso cui la società democratica regola riflessivamente la dimensione normativa dell’istituzione dei significati sociali fondamentali che sorreggono la vita collettiva.

Il “*quid novum*” è dunque la produzione di una norma giuridica, ovvero di uno “schema qualificativo” che sottrae ogni ‘fatto’ alla sua *naturalità*, ogni ‘situazione di vita’ alla sua soggettività, riducendo una serie precostituita di comportamenti in fattispecie e sottoponendoli esclusivamente alla ragione giuridica, così da includerli nell’ordinamento.

La qualificazione giuridica dei fatti, la loro validità in quanto norme, è affidata in ultima istanza a una norma che, in quanto “fondamentale”, non risulta “posta” dall’ordinamento alla stregua delle altre norme, ma è invece “presupposta”. Un “protocollo” che chiude

¹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (1911), a cura di A. Carrino, vol. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 44.

il sistema giuridico: il meccanismo di delegazioni che autorizza ogni norma inferiore tramite la superiore deve infatti trovare in alto un punto d'arresto. Così, questa prima norma autorizza senza essere autorizzata, e dunque appare un congegno che rivela la propria natura *eccezionale*, non formale, affondando le sue radici nell'istituzione complessiva della società. A questo limite extra-giuridico, ma non extra-sociale, fa allusione Kelsen quando dice che “il contenuto della norma fondamentale è specialmente chiaro nel caso in cui un ordinamento giuridico non viene mutato per via legale, ma viene sostituito per mezzo di una rivoluzione; analogamente l'essenza del diritto e la comunità da questo costituita si presentano nel modo più chiaro quando è posta in questione la loro esistenza”². Il contenuto della norma fondamentale riposa, dunque, “su quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento cui corrisponde”³. È evidente il carattere *strumentale* di questa norma: essa deve, *allo stesso tempo*, ‘chiudere’ l'ordinamento sul piano della scienza giuridica (farne un modello) e ‘aprire’ alle norme – che digradano l'una dall'altra costituendo l'ordinamento – nella loro validità.

Ma il nostro percorso antologico vuole ripercorrere e sottolineare le *vicissitudini* del positivismo giuridico, così come si sono venute evidenziando nel corso del secolo qui preso in esame: il passaggio dalla teoria giuridica di Kelsen a quella di Hart è di importanza decisiva per la filosofia del diritto del '900. La complessità della costruzione sociale che matura nel corso del '900 porta infatti a ripensare criticamente le tesi imperativistiche fondate sul meccanismo della coazione vincolante i sudditi al sovrano, come nelle rappresentazioni dello Stato autoritario fra '800 e '900. E spinge i teorici del diritto a mettere in discussione l'idea “pura” della scienza giuridica evidenziandone il limite di fondo: che la sfera dell'effettività viene celata, in un certo senso, dietro quella della validità. Del resto nelle parole dello stesso Kelsen ciò emerge già limpida mente: “secondo la norma fondamentale di un ordinamento giuridico statale, il governo legittimo dello stato è il governo effettivo che, sulla base di una costituzione, statuisce efficaci norme generali e individuali”⁴.

² H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1960, p. 237.

³ H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 99.

⁴ Ivi, p. 100.

Il positivismo giuridico di Hart si differenzia da quello kelseniano nell'assumere la validità dell'ordinamento giuridico come una questione di fatto. La norma di riconoscimento si differenzia dalla norma fondamentale kelseniana di natura puramente ipotetica, costituendo un potere di verifica che incardina nella pratica sociale le norme facenti parte dell'ordinamento. La forza della norma di riconoscimento sta nella accettazione – da parte dei funzionari in tutte le fasi del procedimento – dei criteri giuridico-sociali e giuridico-morali che la uniformano. Non un atto di subordinazione, ma una condivisione razionale dovrebbe essere alla base, peraltro, dei meccanismi di legittimazione del sistema sociale.

La raffinatezza della posizione hartiana sta nel tentativo di non tenere più separate – come accadeva in Kelsen – teoria e prassi del diritto, validità ed effettività. Al contrario, ponendo al centro l'idea del diritto come linguaggio, viene esaltata la funzione *pratica, sociale del diritto* come elemento nel quale validità ed effettività finalmente si incontrino. L'idea hartiana del “punto di vista interno”, che costituisce uno dei passi della nostra antologia, tende proprio a illustrare questo punto cruciale. È qui presupposto un salto dalla normatività sociale genericamente convenzionale alla normatività propriamente giuridica. La prima è presente in qualunque tipo di società umana, al cui interno le norme costituiscono “un prodotto più o meno spontaneo, più o meno cosciente, più o meno artificiale della vita associata”⁵. Viceversa, solo nelle società che istituiscono nella sua autonomia uno spazio giuridico propriamente detto, la produzione normativa diventa esplicita e viene istituzionalizzata. È questo processo di istituzionalizzazione della produzione normativa che rende coattive sezioni più o meno ampie della stabilizzazione della vita sociale operata in maniera non formalizzata dalla normatività sociale generica, unica forma di normatività in atto nelle società pre-giuridiche.

Il passaggio dal pre-giuridico al giuridico è stata una conquista epocale, la cui posta in gioco non è consistita soltanto nell'esplicitazione della genesi sociale delle norme – e quindi nella realizzazione di un'autonomia normativa – ma al tempo stesso nel riconoscimento

⁵ N. Bobbio, “Norma”, *Encyclopedie Einaudi*, vol. IX, Torino, Einaudi, 1980, p. 898 (ripubblicato in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994).

della sua necessaria regolamentazione formale, di cui il diritto in senso proprio entra a far parte integrante.

Di questa transizione al mondo giuridico, Hart ha acutamente colto il carattere fondamentale in quella pagina de *Il concetto di diritto*, in cui s'annuncia per la prima volta la famosa tesi dell'ordinamento giuridico come unione di norme primarie e norme secondarie (su cui si veda il cap. 2 della prima parte). Scrive Hart: “L'introduzione nella società di norme che permettono ai legislatori di fare mutamenti e aggiunte alle norme che impongono obblighi, e ai giudici di determinare quando queste norme sono state violate, è un passo avanti importante per la società come l'invenzione della ruota. Non è stato soltanto un passo importante; ma [...] può giustamente essere considerato il passaggio dal mondo pregiuridico a quello giuridico”⁶.

È qui in gioco uno sdoppiamento metodologico della normatività, comportante un vero e proprio passaggio di fase storica. Per la prima volta viene sottoposta a regolazione sociale esplicita l'attitudine umana a produrre norme, che invece nelle forme pregiuridiche di convivenza veniva monopolizzata, in modo insindacabile e arbitrario, dai detentori del potere.

Il passaggio dal mondo pre-giuridico al mondo giuridico ha come diretta conseguenza la partecipazione più o meno attiva dei consociati alla produzione normativa istituzionalizzata. Ovviamente i livelli di consapevolezza e formalizzazione di questa partecipazione di massa alla produzione delle norme sono molto variabili, e dipendono da una serie innumerevole di fattori storici. C'è però un elemento decisivo che l'avvento del diritto comporta, ed è la capacità collettiva di produrre un disciplinamento delle pratiche umane, non più derivante dalla costrizione materiale o dalla subordinazione al più forte, ma da condizioni e regole istituite dalla collettività.

In tal modo, grazie alla creazione dello spazio giuridico, la normatività smette di permeare in maniera irriflessa e anonima l'intero campo della vita sociale e dei rapporti di potere che la strutturano, e viceversa si ritaglia un suo ambito autonomo, in cui le regole e i principi che danno ordine ai comportamenti si scoprono radicati nell'elaborazione sociale di significati, valori e norme, capaci di dare identità

⁶ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 2002, p. 51.

e concretezza alla convivenza umana. Il punto di vista interno di cui si è detto a proposito di Hart – l’assunzione razionale della norma da parte almeno dei funzionari, ovvero degli attori del diritto (avvocati, giudici, amministratori ecc.) – costituisce il presupposto di ogni possibile idea di diritto come argomentazione. Per argomentare nel diritto è infatti necessario pensarla innanzitutto come linguaggio, dunque pratica sociale, prodotto sociale condiviso, comprensibile ai destinatari delle norme giuridiche.

2. *Significato e salvaguardia dei diritti individuali*

La nozione di validità giuridica, svolta rigorosamente in tutte le sue implicazioni, rimanda dunque a una società che espliciti e istituzionalizzi la propria attitudine a produrre comportamenti autoregolati. L’istituzione dello spazio giuridico comporta una delimitazione reciproca di diritto e potere, che non va tuttavia considerata come una necessità logica intemporiale ma come una conquista storica. Si cederebbe infatti all’illusione oggettivistica o scientistica se s’interpretasse l’insieme di questo processo come una riconduzione delle cose al loro “ordine naturale” o alla loro “verità oggettiva” o a una qualche “realità in sé”.

È solo attraverso l’istituzione di procedure determinate che affidano il compito della produzione di norme giuridiche ad assemblee legislative, legittimate dal consenso popolare, che la società moderna finisce col rappresentarsi come artefice della propria autodeterminazione. La considerazione propriamente moderna del diritto in termini di “leggi” emanate dall’autorità competente e sostenute dalla volontà collettiva, nonché l’importanza crescente attribuita al momento procedurale della produzione legislativa, sono una spia significativa di questa tendenza. Ne sono un’ulteriore conferma le solenni “dichiarazioni dei diritti” che dall’età delle rivoluzioni in poi costellano l’esperienza giuridico-politica moderna, rendendo esplicita la consapevolezza della società come fonte e origine di quello stesso diritto che la legittima e la stabilizza.

Dietro questo *duplice passaggio dal diritto alla legge e dal diritto ai diritti*, si scorge in filigrana la storicità del fenomeno giuridico, cioè la sua adattabilità alle mutate circostanze sociali. In altri termini, alla concezione di un diritto monumentale, radicato in contesti secolari e

consuetudini immemorabili, di cui il senso comune ignora l'origine, tendendo perciò a sottolinearne l'immodificabilità e a rimuoverne la dimensione storica e istituita, la modernità sostituisce una pratica collettiva basata su una nuova concettualizzazione del rapporto tra la società e le sue istituzioni. Il fatto che il diritto viva nella promulgazione delle leggi e nelle dichiarazioni dei diritti – leggi e diritti che recano in maniera sempre più evidente nella loro stessa formulazione i segni della società che li ha prodotti – attesta l'intima connessione tra diritto e processo storico.

È l'istituzione e la salvaguardia dei diritti individuali che consente allo spazio giuridico – come sistema normativo non solo di regole, ma soprattutto di principi, secondo l'importante precisazione di Dworkin – di continuare ad alimentarsi al patrimonio di significati, valori e ideali che costituiscono lo specifico della morale, della politica e della stessa esperienza religiosa (cfr. capp. 1-3 della seconda parte).

Senza dubbio, dunque, il diritto moderno, come edificio normativo, affonda le sue radici in un terreno culturale in cui molteplici istanze valoriali, spesso, ma non sempre, di origine etico-religiosa, concorrono a costituire gli orizzonti e le motivazioni. La relazione fra ordinamenti giuridici e struttura sociale è stata mediata – nella filosofia del diritto del Novecento – essenzialmente dal linguaggio. Ma si può porre il linguaggio al centro della costruzione formale del dispositivo sociale – quella convenzione di cui il diritto è espressione – *almeno* in due modalità, profondamente differenti fra loro. Ovvero: il modo in cui il diritto si costituisce come linguaggio può dare luogo a due immagini della struttura sociale molto differenti fra loro. Vorremmo esemplificare quest'opposizione attraverso due dei maggiori filosofi del diritto contemporanei, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Il primo costruisce l'idea di sistema sociale mutuandola dalla cibernetica. Il linguaggio cibernetico è in grado di ridurre il disordine e la contingenza che regnano nella società – la mole soverchiante delle informazioni che quotidianamente ci colpiscono e condizionano – attraverso la creazione di una struttura comunicativa che ha il suo punto di forza nel separarsi da ogni riferimento ai valori, così da rendersi impermeabile ai conflitti strutturandosi normativamente. Quindi la potenza del diritto nell'idea di Luhmann si fonda nella separazione della società da ogni altro contesto (è in un certo senso l'operazione di *purificazione* operata da Kelsen) e affida al diritto e al

suo linguaggio il compito di realizzare un sistema autopoietico, ovvero un sistema in grado di riprodursi da sé perché null'altro deve controllare e organizzare se non le forme prodotte dal proprio linguaggio specialistico. Del tutto autonomo, dunque, dalle spinte esterne legate ai conflitti sociali: morali, politici, religiosi, che rendono sempre precaria e fragile la struttura produttiva (in senso ampio) della società. Il linguaggio giuridico funziona come istanza di riduzione, ovvero di razionalizzazione della complessità sociale, ma ci riesce solo se viene pensato come un meccanismo ‘immunitario’, che produce sviluppo nella stessa misura in cui si emancipa dai contesti assiologici che ne minacciano la fisiologia utilizzandoli solo nella misura in cui riesce a elaborarli *normativamente*. Il prezzo da pagare – che anticipa in modo profetico questi nostri anni – è la messa fra parentesi degli individui nella relazione sociale complessa che essi stessi continuamente costituiscono. Se il linguaggio cibernetico è il *medium* che realizza l’indipendenza della società da ogni altro contesto che potrebbe inficiarne il funzionamento, ciò che conta è solo la comunicazione con le sue operazioni. Gli individui – ovvero i valori, la politica, la morale, il linguaggio nella sua *complessità* – appaiono *sospesi* nel meccanismo giuridico, e l’agire sociale viene ridotto a un “dato di fatto”, una catena informativa che solo così – nella sua neutralità formale – può funzionare in modo pienamente *efficace*.

Come peraltro sostiene Luhmann (cfr. cap. 5 della seconda parte), lo Stato di diritto è la conseguenza d’un processo storico attraverso il quale è la stessa società moderna che s’istituisce in sfere o in sotto-sistemi relativamente autonomi, i quali “spezzano i vecchi legami *impliciti* nel dominio politico, legami che agivano allo stato latente ancorati, per esempio, all’identità dei ruoli”, per sostituirli con “limiti *esplicati*”⁷.

Il più importante di questi limiti che si esplicano dalla società nei confronti del potere e del suo esercizio indiscriminato è costituito dall’affermazione positiva di diritti umani universali, che lo stesso Luhmann invita a pensare attraverso il concetto d’istituzione in cui sembra che l’impostazione rigidamente formalistica della sua teoria si stemperi. La nozione d’istituzione, infatti, “non indica semplicemente un complesso di norme, ma un complesso di reali aspettative di com-

⁷ N. Luhmann, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, Guida Editori, 1984, p. 37.

portamento, che sono attualizzate nel contesto di un ruolo sociale e che possono contare sul consenso sociale”⁸.

Ciò significa innanzitutto, per riprendere un ossimoro reso famoso da Norberto Bobbio, che “i diritti naturali sono diritti storici”, in quanto effetto d’un processo storico che li ha resi possibili. Ma non è tutto. Nel loro essere *istituzioni* non c’è solo il risultato di un atto che li precede e di cui sono il prodotto: c’è anche e soprattutto la loro appartenenza al campo socio-storico, e quindi la permanente possibilità di riattivare la forza istituente del loro principio generale.

La riflessione di Habermas sembra avere un obiettivo più ambizioso: porre il linguaggio giuridico come una struttura razionale (dunque universale, potenzialmente comprensibile da tutti) che, tramite questa sua razionalità, non solo non rinunci a rappresentare la società, ma tenti di esprimerla attraverso l’impianto normativo *nella sua complessità*. In uno stato costituzionale il pluralismo diventa il presupposto fondamentale. Il che significa che la costituzione giustifica, legittima e garantisce le differenze: che non devono essere un ostacolo ma un’opportunità. Nel senso che esse non incidono *in nulla* sull’uguaglianza e la dignità sociale degli individui ritenuti uguali in costituzione *attraverso le proprie diversità* (“di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”, come recita l’art. 3 della nostra Costituzione). Il principio di uguaglianza radicato nel ‘fatto’ del pluralismo consente così un’immagine dell’ordinamento giuridico come cardine dei diritti fondamentali. Esso diventa il fulcro del nuovo patto sociale, per cui le differenti culture non rappresentano più un disvalore da *escludere*, ma il punto di partenza di una condivisione attraverso il confronto e il conflitto. Il diritto come linguaggio è per Habermas *capacità argomentativa* e dunque “inclusione dell’altro”: la democrazia si costruisce, si rafforza e si legittima a partire dalla differenza attraverso la comune condivisione principiale dei diritti inviolabili. Come articolare questi diritti nelle differenze sociali è oggetto, appunto, di discussione e argomentazione, è prassi sociale, la dimensione dinamica del diritto.

⁸ N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), a cura e con Introduzione di L. Palombella e L. Pannarale, Bari, Dedalo, 2002, pp. 44-45.

3. *La forza sociale e l'effettività del diritto*

Guardando al diritto come effettività, emerge in primo piano la rete di rapporti istituzionali, che costituisce la struttura normativa della nostra vita sociale. L'intreccio tra norme e istituzioni vi si rivela centrale e indissolubile, e mostra tutta la sua concretezza.

“L’istituzione da cui derivano le norme giuridiche conferisce a queste ultime una effettiva e obiettiva persistenza oltre il momento in cui in esse si concreta la volontà che le pone. È proprio in questa persistenza che si rivela la funzione e, quindi, l’essenza del diritto”⁹.

Perché le norme giuridiche siano effettive, è indispensabile che esse siano sostenute dalla forza sociale, la cui natura reale va colta assumendo a base i comportamenti delle singole entità di fatto comprese o ricomprese nell’istituzione. L’elemento costitutivo delle istituzioni normative è dunque la forza sociale del diritto: non si tratta di una nozione astratta, ma dell’effettiva osservanza delle norme da parte dei consociati.

Per quanto fondamentale, non basta la forza organizzata allo scopo di ottenere comportamenti conformi alle norme: è indispensabile il consenso sociale come fenomeno preliminare alla tenuta delle istituzioni.

Grandi pagine sul problema – e sulla problematicità – del consenso e della legittimazione sono state scritte da Max Weber e dal suo allievo più geniale, Carl Schmitt. In realtà, l’adeguamento effettivo a un modello socialmente valorizzato, capace di suscitare comportamenti conformi da parte degli individui attraverso forme diversificate di incentivazioni e sanzioni, in nessun tipo di aggregato umano si presenta come un semplice dato di fatto, spiegabile unicamente in base a una considerazione quantitativa dei rapporti di forza. Per quanto necessario, infatti, il riferimento della normatività alla “forza” non è mai sufficiente a spiegare la genesi dell’ordine costituito; a maggior ragione, perciò, si rivela inadeguato a comprenderne la tenuta e a fondarne la legittimazione.

E tuttavia, pur senza ridursi ad essa, il diritto non solo non esclude la forza effettiva – nelle sue varie specificazioni: forza fisica,

⁹ S. Romano, “Diritto (funzione del)”, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano. Giuffrè, 1983, p. 85.

forza materiale, forza tecnica, forza economica – ma la presuppone, la comprende al suo interno e la orienta verso la realizzazione di obiettivi concreti che, da sola, essa non sarebbe in grado di darsi.

In tal senso, la forza sociale effettiva non è solo un ingrediente, ma innanzitutto una condizione indispensabile della normatività giuridica, di cui però la mera forza non esaurisce la determinazione. Tra la realtà materiale della forza e il *dover essere* proprio dell'ordine normativo c'è uno scarto che non è mai possibile colmare in modo definitivo. Entrambi i fattori sono essenziali nella loro reciprocità: la sola forza, infatti, manca della legittimazione capace di fondare e giustificare l'ordine costituito. Così come la legittimazione priva di forza è destinata presto a decadere.

La stabilizzazione normativa comporta sempre l'istituzione della forza legittima. In questo senso, il “problema” della legittimazione della forza effettiva che necessariamente sostiene l'ordine pubblico, ogni società lo ha sempre già posto e “risolto” non in termini teorici, bensì con la sua stessa istituzione, ossia attraverso gli atteggiamenti concreti degli individui sociali che la compongono.

Come ha dimostrato, da ultimo, il ruolo capitale dell'ideologia nelle esperienze totalitarie del ventesimo secolo, neanche nei regimi più autoritari, dispotici e violenti l'ordine costituito riesce a dominare i comportamenti individuali e collettivi senza un discorso pubblico che abbia la pretesa di costituirne ed espornne la legittimazione, cioè l'accettabilità morale e sociale. Non è vero, infatti, che qualunque apparato coercitivo, purché sia capace di uniformare efficacemente le prassi umane rispetto a modelli di comportamento predeterminati, possa fregiarsi del nome di “diritto”.

Deriva da qui la permanente modificabilità come caratteristica fondamentale dei regimi democratici: in quanto caratterizzati dal governo delle leggi alle quali deve sottostare lo stesso governo degli uomini (cfr. Bobbio, cap. 5 della terza parte). Ma deriva anche da qui la necessità di mantenere sempre aperta l'interrogazione sulla giustizia della stessa normatività istituita. Infatti, che le norme democratiche restino sempre trasformabili e non possano mai essere considerate definitive, apre il dibattito interminabile sulla legittimità delle decisioni legali o sulla giustizia delle leggi vigenti.

Per questo motivo, come ha scritto Juan-Ramón Capella, “qualsiasi decisione politica, indipendentemente dai mezzi attraverso i quali sia stata legittimata, è aperta alla critica, ed eventualmente può

arrivare ad essere considerata illegittima. Deve sempre rimanere in piedi la possibilità di dubitare di decisioni che, nonostante siano legali, possono rivelarsi illegittime. Si tratta di un assunto antico quanto *l'Antigone* di Sofocle”¹⁰.

La domanda sulla giustizia delle leggi vigenti – una domanda destinata a restare sempre aperta – non costituisce soltanto lo specifico della filosofia del diritto: essa costituisce innanzitutto la risorsa segreta che tiene in vita il diritto. Ritorna qui il senso delle tre parole-chiave scelte come titolo di questa antologia: *validità, diritti, effettività*. Non di tre differenti ambiti si tratta, come si è detto, ma di un unico processo sempre in atto, quello che deve assicurare i diritti, per così dire, *dentro e fuori* dell’ordinamento giuridico. La validità è il presupposto necessario dell’effettività e viceversa. Hanno bisogno l’una dell’altra perché i diritti possano continuare a esistere *in una giusta misura*, mai acquisita per sempre, ma sempre di nuovo da concretizzare¹¹.

A. A., F. C., U. P.

¹⁰ J.-R. Capella, *La nuova barbarie. La globalizzazione come controrivoluzione conservatrice*, trad. ital., Bari, Dedalo, 2008, p. 88.

¹¹ I curatori ringraziano Antonella Argenio, Ferdinando Menga e Valerio Nitrato Izzo per il prezioso lavoro redazionale da loro svolto con competenza e diligenza.

PARTE PRIMA
FILOSOFIA E TEORIA DEL DIRITTO

HANS KELSEN

Lineamenti di dottrina pura del diritto^{*}

1. *Causalità e imputazione*

1.1. *Natura e società*

Comunemente le scienze naturali e le scienze sociali si distinguono per i loro due diversi oggetti: la natura e la società. Ma natura e società sono realmente due diversi oggetti?

La natura, secondo una delle tante definizioni, è un particolare ordinamento di cose, o sistema di elementi, connessi l'un l'altro come causa ed effetto, vale a dire secondo il così detto principio specifico della «causalità». Le così dette «leggi della natura» con le quali la scienza naturale descrive il proprio oggetto (come per esempio l'affermazione: «se un corpo metallico viene scaldato si dilata») sono applicazioni di questo principio. La relazione tra calore e dilatazione nel nostro esempio è appunto relazione di causa ed effetto.

Se esiste una scienza sociale diversa dalla scienza naturale, questa dovrà pure descrivere il proprio oggetto in base a un principio diverso da quello della causalità. La società è un ordinamento della condotta umana. Non vi sono però ragioni sufficienti per non considerare il comportamento umano come un elemento della natura, cioè come determinato dalla legge di causalità; e in quanto il comportamento umano è concepito come determinato dalla legge di causalità, una scienza che riguarda il reciproco comportamento degli uomini, e che per questa ragione è classificata come una scienza sociale, non è sostanzialmente diversa dalla fisica o dalla biologia. Se, d'altra parte, noi analizziamo le nostre proposizioni concernenti il comportamento

^{*} Da H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000.

umano, noi troviamo che colleghiamo gli atti degli esseri umani l'un l'altro e con altri fatti non solo ed esclusivamente secondo il principio di causalità, cioè di causa ed effetto, ma anche secondo un altro principio completamente diverso da quello di causalità, un principio per il quale la scienza non ha ancora stabilito un termine generalmente riconosciuto. Soltanto se sarà possibile comprovare l'esistenza di questo principio nel nostro pensiero, e la sua applicazione nelle scienze che riguardano il comportamento umano, noi saremo autorizzati a considerare la società come un ordinamento o come un sistema diverso da quello della natura e le scienze riguardanti la società come diverse dalle scienze della natura.

1.2. *La struttura della regola giuridica*

Il diritto è un fenomeno sociale molto caratteristico e sommamente importante e la scienza del diritto è probabilmente la più antica e la più sviluppata scienza sociale. Nell'analizzare il pensiero giuridico, io ho dimostrato¹ che un principio diverso da quello della causalità si applica per l'appunto nelle regole con le quali la giurisprudenza descrive il diritto, sia il diritto in generale, sia un ordinamento giuridico concreto, come il diritto particolare di uno stato determinato o il diritto internazionale. Questo principio, nelle regole giuridiche, ha una funzione analoga a quella che il principio di causalità ha nelle leggi naturali con le quali la scienza naturale descrive la natura. Una regola giuridica è per esempio la proposizione che, se un uomo ha commesso un delitto, gli deve essere inflitta una pena; o proposizione che, se un uomo non paga un debito che ha contratto, un atto esecutivo deve aver luogo contro la sua proprietà. Più generalmente si può dire: se un illecito è stato commesso, deve essere applicata una sanzione. Così come avviene nella legge della natura, così anche la regola giuridica collega reciprocamente fra loro due elementi. Ma la connessione descritta nella regola giuridica ha un significato totalmente diverso da quello della causalità. È evidente che l'illecito penale non è connesso con la pena e che l'illecito civile non è in connessione con l'esecuzione nello stesso modo con cui una causa è connessa col suo effetto. La connessione tra causa ed effetto è indi-

¹ Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, pp. 45 sgg., e p. 92.

pendente dall'atto di un essere umano o superumano. Invece la connessione tra un illecito e la sanzione *giuridica* è stabilita da un atto, o da atti umani, da un atto che produce diritto, cioè da un atto il significato del quale è una norma.

Questo atto può consistere nel fare un segno, o nel pronunciare o nello scrivere parole, o in qualcos'altro. Usando una figura retorica, noi diciamo che con un tale atto una norma è «costruita» o «creata», il che equivale a dire che il significato di quell'atto è una norma. Se noi descriviamo quel significato con parole del nostro linguaggio, noi diciamo: il significato è che qualcosa è prescritta o autorizzata; o, usando un termine che comprende i due significati, che qualcosa deve o non deve essere fatta. Se noi presupponiamo una norma che prescriva o autorizzi un determinato comportamento umano, noi possiamo qualificare il comportamento che è conforme alla norma presupposta, come corretto (giusto, buono), e il comportamento che non è conforme a quella norma, come non corretto (erroneo, cattivo). Se queste asserzioni sono giudizi di valore, la norma presupposta costituisce il valore. Se noi presupponiamo una norma che prescriva o autorizzi un determinato comportamento umano, noi possiamo definire come comportamento corretto quello che è conforme alla norma presupposta, e come comportamento non corretto quello che non è conforme a quella norma. Noi possiamo quindi dire di un comportamento umano concreto che cade o non cade nella definizione di comportamento corretto, e che perciò è o non è un comportamento corretto. Ma cade in quella definizione soltanto se è conforme alla norma presupposta. Soltanto la proposizione, il cui scopo è di indicare che il comportamento è o non è conforme alla norma presupposta, è un giudizio di valore; non lo è invece la proposizione che afferma che un comportamento concreto cade o non cade nella definizione. Per conseguenza la norma non è, come a volte si asserisce², una definizione; è parte del contenuto di una definizione, la definizione di un comportamento corretto o non corretto. Definizione indica un atto di conoscenza. Gli atti che hanno per oggetto una norma non sono atti di conoscenza; sono atti di volontà. La funzione delle autorità giuridiche non è quella di conoscere e di descrivere il diritto, ma quella di prescrivere o di autorizzare comportamenti umani e di produrre il di-

² Felix Kaufmann, *Methodology of the Social Sciences*, 1944, pp. 48 sgg.

ritto. Nel conoscere e nel descrivere il diritto consiste la funzione della scienza del diritto.

1.3. *Il principio d'imputazione*

Poiché la connessione tra illecito e sanzione è stabilita da atti che indicano una prescrizione oppure una autorizzazione, o, ciò che è lo stesso, una norma, la scienza del diritto descrive i suoi oggetti con delle proposizioni in cui l'illecito è connesso alla sanzione per mezzo della copula «deve essere». Io ho suggerito di qualificare questa connessione come «imputazione». Questo termine è la traduzione del termine tedesco *Zurechnung*. L'affermazione che un individuo è *zurechnungsfähig* (responsabile) significa che si può applicargli una sanzione se commette un illecito. L'affermazione che un individuo è *unzurechnungsfähig* (irresponsabile) in quanto per esempio è un bambino o un insano di mente, significa che non gli si può applicare una sanzione se egli commette un illecito. Per formulare quest'idea in modo più preciso, noi possiamo dire che nel primo caso una sanzione è connessa con un determinato comportamento considerato come un illecito, mentre nel secondo caso una sanzione non è connessa con quel determinato comportamento. L'idea dell'imputazione (*Zurechnung*) come connessione specifica dell'illecito colla sanzione è implicita nel giudizio, proprio della scienza giuridica, per cui un individuo è o non è legalmente responsabile del suo comportamento. Così possiamo dire: la sanzione è imputata all'illecito; non è l'effetto dell'illecito. È evidente che la scienza del diritto non deve tendere a una spiegazione causale dei fenomeni, e che nella proposizione con cui la scienza del diritto descrive i suoi oggetti viene applicato il principio dell'imputazione e non quello della causalità³.

[...]

³ L'imputazione che indica la connessione tra condizione e conseguenza nella regola giuridica deve essere distinta dalla attribuzione ad una persona giuridica di un atto compiuto da un individuo, attribuzione che viene chiamata anch'essa talvolta «imputazione».

1.4. Prima differenza tra il principio di causalità e quello d'imputazione

La forma grammaticale del principio di causalità così come quella del principio di imputazione è un giudizio ipotetico (proposizione) che collega un fatto considerato come condizione a un fatto considerato come conseguenza. Ma il significato del collegamento, nei due casi, è diverso. Il principio di causalità afferma: se c'è *A*, c'è (o ci sarà) *B*. Il principio di imputazione afferma: se c'è *A* deve esserci *B*. Per ciò che riguarda l'applicazione del principio di causalità alle leggi di natura, mi riferisco all'esempio che ho già dato, cioè alla legge che descrive l'effetto del calore sui corpi metallici. Se un corpo metallico è riscaldato, è (o sarà) dilatato. Sono esempi del principio di imputazione applicato alle leggi sociali i seguenti: se qualcuno ti ha fatto un favore, devi essergli grato; oppure, se un uomo sacrifica la sua vita per il suo paese, la sua memoria deve essere onorata (leggi morali); se un uomo commette un peccato, deve farne penitenza (legge religiosa); se un uomo commette un furto, deve essere imprigionato (legge giuridica). La differenza tra la causalità e l'imputazione è che la relazione tra la condizione che nella legge di natura è presentata come causa, e la conseguenza che è presentata come effetto, è indipendente da ogni atto umano o sovrumanico, mentre la relazione tra la condizione e la conseguenza che si trova in una legge morale, religiosa o giuridica, è stabilita da atti di esseri umani o sovrumanici; è appunto quello specifico carattere della connessione fra condizione e conseguenza che viene espresso dal termine «dover essere».

1.5. Seconda differenza tra il principio di causalità e quello d'imputazione

Un'altra differenza fra causalità e imputazione è che ogni causa concreta deve essere considerata come l'effetto di un'altra causa e ogni effetto concreto come la causa di un altro effetto; così che la catena delle cause e degli effetti è, per definizione, infinita. Inoltre ogni evento concreto è l'intersezione di un numero infinito di serie causalì. La condizione a cui è imputata la conseguenza di una legge morale, religiosa, o giuridica, come per esempio il morire per la salvezza della patria, a cui è imputata la gratitudine, il peccato a cui è imputata la penitenza, il furto a cui è imputato l'imprigionamento, non sono ne-

cessariamente, allo stesso tempo, conseguenze imputabili a un'altra condizione. E le conseguenze come, per esempio, l'onore alla memoria, imputato alla salvezza della patria, la gratitudine, imputata all'aver fatto il bene, la penitenza, imputata al peccato, le reclusione, imputata al furto, non sono necessariamente, allo stesso tempo, una condizione alla quale sia imputabile un'altra conseguenza. La catena dell'imputazione non ha, come quella della causalità, un numero infinito di anelli, ma ha soltanto due anelli. Se noi diciamo che una determinata conseguenza è imputata a una determinata condizione, per esempio, una ricompensa a un merito, e una punizione a un illecito, la condizione, vale a dire il comportamento umano che costituisce il merito o l'illecito, è il punto finale dell'imputazione. L'assunzione di una causa prima, di una *prima causa*, che è l'*analogon* del punto finale di imputazione, è incompatibile con l'idea della causalità, per lo meno con l'idea della causalità implicita nelle leggi della fisica classica. L'idea di una causa prima è anche un residuo di quello stadio del pensiero in cui il principio della causalità non si era ancora emancipato da quello dell'imputazione.

1.6. *Libertà e necessità*

È proprio questa differenza tra l'imputazione e la causalità, cioè il fatto che esiste un punto finale dell'imputazione, e non già un punto finale della causalità, è proprio questa fondamentale differenza quella che costituisce il contrasto tra ciò che si chiama «necessità», prevalente nella natura, e ciò che si chiama «libertà», essenziale nella società, essenziale cioè per l'uomo nei suoi rapporti normativi con gli altri uomini. Il fatto che l'uomo come parte della natura non sia considerato libero, significa che il suo comportamento, quando è concepito come un fatto naturale, secondo la legge di natura, deve essere determinato da altri fatti, così come un effetto è determinato dalle sue cause. Ma se in base a una regola morale, religiosa o giuridica, noi interpretiamo un determinato comportamento umano come merito, peccato o delitto, noi imputiamo le conseguenze determinate da una regola morale, religiosa o giuridica; noi imputiamo cioè la ricompensa al merito, la penitenza al peccato, il castigo al delitto, senza imputare con ciò il merito, il peccato, il delitto a qualcos'altro o a qualcun altro. Si suol dire che imputiamo il merito, il peccato, il delitto alla persona responsabile del comportamento così caratterizzato. Il vero signifi-

cato della proposizione per cui il merito è imputato a una persona, è che quella persona deve essere ricompensata per il suo merito; il vero significato della proposizione per cui il peccato è imputato a una persona, è che quella persona deve fare penitenza per il suo peccato; il vero significato della proposizione per cui un delitto è imputato a una persona, è che questa persona deve essere punita per il suo delitto. Ciò che viene imputato non è il comportamento umano che costituisce il merito, il peccato, il delitto: quel comportamento non può essere separato dal suo soggetto. Per ciò che concerne l'imputazione, quando viene compiuto un atto moralmente meritorio oppure viene fatto un peccato o commesso un delitto, la questione non è: chi ha commesso questi atti? Questo è un dato di fatto. La questione morale, religiosa o giuridica dell'imputazione è: chi è responsabile di questi atti? E ciò significa: chi deve essere ricompensato? chi deve fare penitenza? chi deve essere punito? Sono la ricompensa, la penitenza, il castigo che devono essere imputati come una determinata conseguenza a una determinata condizione, alla loro specifica condizione. E la condizione è appunto l'atto che costituisce il merito, il peccato o il delitto. L'imputazione della ricompensa al merito, della penitenza al peccato, del castigo al delitto, implica l'imputazione alla persona, cioè al soggetto dell'atto che costituisce il merito, il peccato, il delitto, essendo questo soggetto parte inseparabile dell'atto considerato come un atto del comportamento umano. Ciò che è decisivo è il fatto che l'imputazione, a differenza della causalità, giunge a un termine, cioè, a quel comportamento umano, che secondo una legge morale, religiosa o giuridica, è la condizione della conseguenza determinata da quella stessa legge: la condizione della ricompensa, della penitenza, del castigo.

1.7. Rapporto tra libertà e imputazione

Questo è il vero significato della affermazione che l'uomo, come soggetto a un ordinamento morale, religioso, o giuridico, cioè l'uomo come membro della società, come persona morale, religiosa o giuridica, è libero. Libertà è generalmente intesa come esenzione dal principio di causalità, e causalità è (o era in origine) interpretata come espressione di assoluta necessità. Si suol dire: il fatto che un essere umano è libero, o ha una volontà libera (e ciò significa, secondo quanto generalmente si pensa, che non è soggetto a leggi causali che

determinano il suo comportamento) costituisce la ragione per cui egli è capace di una imputazione morale, religiosa o giuridica: soltanto in quanto un uomo è libero può essere considerato responsabile di certi atti, può essere ricompensato per il merito, può far penitenza per il peccato, può essere punito per il delitto. Generalmente si afferma che soltanto la sua libertà, cioè la sua esenzione dal principio di causalità, rende possibile l'imputazione. È invece giusto l'opposto. Gli esseri umani sono liberi perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo come conseguenza, al comportamento umano come condizione, malgrado la sua determinazione in base a leggi causali, perché questo comportamento umano è il punto finale dell'imputazione.

[...]

2. *Diritto e natura*

2.1. *La «purezza»*

La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali.

Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto.

Se viene indicata come dottrina «pura» del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei. Questo è il suo principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti. Uno sguardo alla scienza tradizionale del diritto nel suo sviluppo durante il corso dei secoli XIX e XX dimostra però chiaramente quanto questa sia ancor lontana dal rispondere a una tale esigenza di purezza. In modo del tutto acritico la giurisprudenza si è infatti mescolata con la psicologia e la biologia,

con l'etica e la teologia. Oggi non esiste quasi più una scienza speciale nella quale il giurista non si creda competente; anzi, egli crede di poter accrescere la sua fama scientifica col prendere appunto in prestito elementi da altre discipline. Con ciò, naturalmente, la vera e propria scienza giuridica va perduta.

2.2. Fatto naturale (atto) e significato

La dottrina pura del diritto cerca di delimitare chiaramente l'oggetto della sua conoscenza nelle due direzioni in cui è compromessa la sua autonomia per il dominante sincretismo metodologico. Il diritto è un fenomeno sociale, la società è però un oggetto completamente diverso dalla natura, perché è una connessione di elementi del tutto diversa. Se la scienza del diritto non deve risolversi nella scienza della natura, il diritto deve essere allora staccato il più chiaramente possibile dalla natura. Questo è però difficile per il fatto che il diritto, o ciò che si suole chiamare anzitutto come tale, pare che, almeno per una parte del suo essere, stia nel campo della natura e abbia una esistenza del tutto naturalistica. Se si analizza cioè un qualsiasi fatto considerato come diritto, per esempio una deliberazione parlamentare, un atto amministrativo, una sentenza giudiziaria, un negozio giuridico, un delitto, si possono distinguere due elementi: l'uno è un atto sensibilmente percepibile il quale procede nello spazio e nel tempo, un accadimento esteriore, per lo più un comportamento umano, l'altro è un significato, uno specifico significato quasi immanente o aderente a quest'atto o accadimento. In una sala si riuniscono degli uomini, tengono dei discorsi, gli uni si alzano dai loro posti, gli altri rimangono seduti: questo è un accadimento esteriore. Il suo senso è che una legge è stata votata. Un uomo in toga pronuncia da un seggio elevato determinate parole a un uomo che gli sta dinanzi. Questo accadimento esteriore significa una sentenza. Un commerciante scrive una lettera con un determinato contenuto a un altro, l'altro invia una risposta: ciò significa che hanno conchiuso un contratto. Qualcuno cagiona con un'azione qualsiasi la morte di un altro: ciò giuridicamente significa un omicidio.

2.3. L'autoqualificazione del materiale sociale. (Il significato soggettivo e oggettivo)

Questo «significato» non può essere rilevato o sentito senz'altro

nell'atto come un fatto esteriore, così come si percepiscono in un oggetto le sue qualità e funzioni naturali quali il colore, la durezza, il peso. Certamente l'atto, in quanto si esprime a voce o per iscritto, di per sé può dire qualcosa attorno al suo significato, può dichiarare il suo proprio senso. In ciò risiede anche una speciale caratteristica del materiale oggetto della conoscenza sociale e particolarmente della conoscenza giuridica. Una pianta non può comunicare allo studioso che cerca di darle una determinazione scientifica nulla attorno a se stessa. Essa non fa nessun tentativo per spiegare se stessa nella forma delle scienze naturali. Ma un atto sociale può invece benissimo portare con sé una qualificazione di se stesso, cioè una enunciazione di ciò che significa. L'uomo che agisce annette infatti al suo stesso atto un significato determinato che si esprime in un modo qualsiasi e che viene inteso da coloro cui l'atto è rivolto. Uomini riuniti in parlamento possono dichiarare esplicitamente di votare una legge, due privati possono esprimere l'intenzione di voler contrarre un negozio giuridico. La conoscenza relativa al diritto trova quindi, per lo più, una autoqualificazione del materiale che precede la qualificazione che deve effettuare la scienza giuridica. Da ciò risulta la necessità di distinguere il significato soggettivo da quello oggettivo di un atto. Il significato soggettivo può, ma non deve coincidere col significato oggettivo che spetta a quest'atto nel sistema di tutti gli atti giuridici, cioè nel sistema del diritto. Ciò che fece il celebre capitano von Koenen era un atto che, nel suo significato soggettivo, voleva essere un ordine amministrativo. Oggettivamente però non lo era; era invece un delitto. Quando un'organizzazione segreta diretta a liberare la patria da gente pericolosa, condanna a morte un individuo da essa ritenuto traditore, e fa eseguire da un uomo di fiducia ciò che essa stessa soggettivamente ritiene e chiama una sentenza di morte, questa è oggettivamente, cioè nel sistema del diritto oggettivo, non già un'esecuzione di una sentenza capitale, ma bensì un assassinio della santa Veme, quantunque l'aspetto esteriore di questo non si distingua per nulla dall'esecuzione di una sentenza capitale.

2.4. La norma come schema qualificativo

Questo aspetto esteriore è ora, in tutti i casi, un fatto sensibilmente percepibile perché si svolge nel tempo e nello spazio, è un frammento di natura che, come tale, è determinato secondo la legge

di causalità. Ma questo fatto, in quanto tale, come elemento del sistema della natura, non è oggetto specifico della conoscenza giuridica e in generale non è nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in un atto giuridico (in un atto illecito) è, non già la sua realtà di fatto, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato causalmente, ma è bensì il senso oggettivo che è unito a questo atto: il suo significato. Il fatto in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato giuridico, per mezzo di una norma che nel suo contenuto vi si riferisce e gli impatisce il significato giuridico di modo che l'atto possa essere qualificato secondo questa norma. La norma funziona così come schema qualificativo. Essa viene prodotta da un atto giuridico che da parte sua riceve di nuovo il suo significato da un'altra norma. La qualificazione di un fatto come esecuzione di una sentenza capitale e non come omicidio non risulta affatto da una percezione sensibile, ma soltanto da un processo di pensiero: dal riferimento al codice penale e di procedura penale. Che il surricordato scambio di lettere significhi conclusione di contratto, risulta esclusivamente e solo dal fatto che questo evento cade sotto certe determinate disposizioni del codice civile. Che un'adunanza di uomini sia un parlamento e che il risultato della loro attività sia una legge, in altre parole: che questi fatti abbiano questo «significato», vuol dire soltanto che tali fatti nella loro totalità corrispondono a determinate disposizioni della costituzione; che il contenuto di un avvenimento effettivo coincida cioè col contenuto di una norma in qualsiasi modo presupposta.

2.5. La norma come atto e struttura qualificativa

La conoscenza giuridica è ora rivolta a queste norme che danno o non danno a certi fatti il carattere di atti giuridici (o illeciti) e che sono esse stesse prodotte da tali atti giuridici. Con ciò, bisogna osservare che la norma, come specifica struttura qualificativa, è qualcosa di diverso dall'atto psichico col quale essa è voluta o rappresentata. Quando si parla di «produzione» di una norma, si pensa con ciò sempre a eventi naturali che portano la norma come struttura qualificativa. La dottrina pura del diritto non si rivolge né ai processi spirituali né ai fatti fisici quando cerca di conoscere le norme e di comprendere giuridicamente una cosa qualsiasi. Comprendere qualcosa giuridicamente non può significare altro che comprendere qualcosa come di-

ritto. Con la tesi per cui soltanto le norme giuridiche possono essere oggetto di conoscenza giuridica, si cade in una tautologia. Infatti il diritto, l'unico oggetto della conoscenza giuridica, è una norma; ma la norma è una categoria che non trova applicazione nel campo della natura. Quando certi atti naturali vengono qualificati come processi giuridici, ciò non significa altro che è loro attribuito un valore da norme il cui contenuto sta in una determinata corrispondenza con l'avvenimento effettivo. Quando il giudice stabilisce come accaduto un fatto concreto, per esempio un delitto, egli rivolge anzitutto la sua conoscenza a un ente naturale. La sua conoscenza diventerà però giuridica soltanto quando collegherà il fatto constatato con la legge che egli deve applicare, quando lo qualificherà come «furto o frode». E lo può qualificare come tale solo quando il contenuto di questo fatto è specificamente riconosciuto come contenuto di una norma. (Con ciò bisogna osservare che l'attività del giudice non si esaurisce per nulla in un atto conoscitivo; questo è soltanto la preparazione di un atto volitivo per mezzo del quale vien posta la norma individuale della sentenza).

2.6. Validità e sfera di validità della norma

Quando, nelle pagine precedenti, si è parlato di una «validità» della norma, non si è voluto indicare con ciò altro che l'esistenza specifica della norma, il modo particolare con cui si presenta a differenza dell'essere della realtà naturale che procede nello spazio e nel tempo. La norma, come tale, non deve essere confusa con l'atto con cui è stabilita, non sta nello spazio e nel tempo perché non è un fatto naturale. Ma poiché il contenuto possibile della norma è lo stesso del contenuto possibile dell'accadere effettivo, e poiché la norma si riferisce col suo contenuto a questo accadere effettivo, soprattutto al comportamento umano, è necessario che tanto lo spazio quanto il tempo in cui il comportamento umano determinato da una norma si realizza (o deve essere realizzato nel senso di una norma) siano determinati nel contenuto dalla norma stessa. La validità delle norme che regolano il comportamento umano in generale e quindi anche in particolare la validità delle norme giuridiche, è una validità spaziale e temporale in quanto queste norme hanno per contenuto dei fatti spaziali e temporali. Che la norma valga, significa sempre che vale per un determinato spazio e per un determinato tempo, cioè che si riferisce a fatti che

possono soltanto succedere in un qualche luogo e in un qualche tempo.

[...]

3. *L'ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi*

3.1. *L'ordinamento come sistema di norme*

Il diritto come ordinamento, o l'ordinamento giuridico, è un sistema di norme giuridiche. E la prima domanda alla quale si tratta qui di rispondere è stata posta dalla dottrina pura del diritto nel modo seguente: su che cosa è fondata l'unità d'una pluralità di norme giuridiche? perché una determinata norma giuridica appartiene a un determinato ordinamento giuridico?

Una pluralità di norme forma un'unità, un sistema, un ordinamento quando la sua validità può essere ricondotta a un'unica norma come fondamento ultimo di questa validità. Questa norma fondamentale (*Grundnorm*), come fonte comune, costituisce l'unità nella pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento. L'appartenenza di una norma a un determinato ordinamento dipende solo dal fatto che la sua validità possa essere ricondotta alla norma fondamentale che costituisce questo ordinamento. Secondo la specie della norma fondamentale, cioè secondo la natura del superiore principio di validità, si possono distinguere due diverse specie di ordinamenti (sistemi normativi). Le norme di una delle due specie sono «valide», cioè il comportamento umano da esse determinato è da considerarsi come dovuto, in forza del loro contenuto, perché il loro contenuto ha una qualità immediatamente evidente che gli attribuisce validità. E le norme ottengono questa qualificazione di contenuto in quanto sono riferibili a una norma fondamentale, sotto il contenuto della quale si può sussumere il contenuto delle norme che costituiscono l'ordinamento, così come il particolare si assume sotto l'universale. Le norme della morale appartengono a questa specie. Le norme: tu non devi mentire, tu non devi ingannare, tu devi mantenere la tua promessa ecc., sono dedotte dalla norma fondamentale della veridicità. Alla norma fondamentale: tu devi amare il tuo prossimo, si possono ricordurre le norme: tu non devi offendere gli altri, tu devi assisterli nel

bisogno ecc... Qui non si considera ulteriormente quale sia la norma fondamentale di un determinato sistema morale. Ciò che interessa è il conoscere che le numerose norme di una morale sono già contenute nella loro norma fondamentale, così come appunto il particolare è contenuto nell'universale, e che perciò tutte le norme morali particolari possono essere tratte dalla norma fondamentale universale a mezzo di un procedimento logico, cioè mediante una deduzione dall'universale al particolare. La norma fondamentale ha qui un carattere statico materiale.

3.2. L'ordinamento giuridico come concatenazione produttiva

Di diversa specie le norme giuridiche. Queste non sono valide in forza del loro contenuto. Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto: non vi è nessun comportamento umano che, come tale, in forza del suo contenuto, non possa diventare contenuto di una norma giuridica. Una norma vale come norma giuridica, sempre e soltanto perché si è presentata in un modo particolarmente stabilito, è stata prodotta secondo una regola del tutto determinata, è stata posta secondo un metodo specifico. Il diritto vale soltanto come diritto positivo, cioè come diritto posto. In questa necessità di esser posto e nell'indipendenza implicita della sua validità di fronte alla morale e ai sistemi normativi della medesima specie, consiste la positività del diritto; in ciò consiste la differenza essenziale fra il diritto positivo e il così detto diritto naturale, le cui norme, come quelle della morale, sono dedotte da un norma fondamentale che si considera immediatamente evidente in forza del suo contenuto come emanazione della volontà divina, della natura o della pura ragione. La norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo invece non è altro che la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico, la posizione della fattispecie fondamentale della produzione del diritto. Essa è il punto di partenza di un procedimento; ha un carattere assolutamente dinamico-formale. Da questa norma fondamentale non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico. Esse debbono essere prodotte da un particolare atto che le pone, atto non di pensiero, ma di volontà. La posizione di norme giuridiche ha luogo in diverse forme: per mezzo della consuetudine o col procedimento della legislazione quando si tratta di norme generali, per mezzo di atti di giurisdizione e di negozi giuridici quando si tratta

di norme individuali. Alla produzione consuetudinaria del diritto si contrappongono tutte le altre forme di posizione legale del diritto, la consuetudine è pertanto un caso speciale di posizione del diritto.

Se si riferiscono le singole norme di un sistema giuridico a una norma fondamentale, questo avviene in quanto si mostra che la produzione delle norme particolari è avvenuta conformemente alla norma fondamentale. Se si chiede perché un determinato atto coattivo, ad esempio il fatto che un uomo toglie la libertà a un altro rinchiudendolo in carcere, è un atto giuridico e appartiene quindi a un determinato ordinamento giuridico, si deve avere la risposta seguente: questo atto è stato prescritto da una determinata norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Se si chiede inoltre perché questa norma individuale sia valida e sia valida come parte d'uno speciale ordinamento giuridico, si deve avere la risposta: essa è stata posta conformemente al codice penale. E se ci si chiede quale sia il fondamento della validità del codice penale si giunge a toccare la costituzione dello stato, secondo le cui disposizioni è stato compilato il codice penale da parte di un organo competente e a mezzo d'un procedimento prescritto dalla costituzione stessa.

Se ci si chiede però quale sia il fondamento della validità della costituzione, su cui poggiano tutte le classi e gli atti giuridici compiuti sulla base della legge, si giunge forse a una costituzione più antica e così infine a quella storicamente originaria che fu promulgata da un singolo usurpatore o da un'assemblea formatasi in un modo qualsiasi. Questo è il presupposto fondamentale da cui parte tutta la conoscenza dell'ordinamento giuridico fondato su questa costituzione; è il presupposto per cui deve valere come norma tutto ciò che l'organo costituente, storicamente originario, ha manifestato come propria volontà. La formulazione schematica della norma fondamentale di un ordinamento giuridico (nel senso di ordinamento giuridico statale particolare di cui qui appunto si parla) è la seguente: «la coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati».

3.3. Il significato della norma fondamentale

La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, è valido anche l'ordinamento giuridico che si fonda

su di essa. La norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione è legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica è la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico. Soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico. Essa è soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivisticamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo. Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza. Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per lo più incoscientemente quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono però questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso all'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico-trascendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridica positiva.

[...]

3.4. La costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico

a) La costituzione

L'analisi della coscienza giuridica positiva che rivela la funzione della norma fondamentale, pone in evidenza anche una particolare

caratteristica del diritto, cioè che il diritto regola la sua propria produzione, in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta, e regola anche in grado diverso il contenuto della norma che deve essere prodotta. Dato che per il carattere dinamico del diritto una norma vale perché e in quanto è stata prodotta in una forma determinata, determinata cioè da altra norma, quest'ultima rappresenta il fondamento di validità della prima. Il rapporto fra la norma che determina la produzione di altra norma e la norma prodotta nel modo esaminato può essere rappresentato con l'immagine spaziale dell'ordinamento superiore e inferiore. La norma che determina la produzione è la più alta e quella prodotta nella forma stabilita è la più bassa. L'ordinamento giuridico non è pertanto un sistema di norme giuridiche di egual gerarchia e che si trovino situate l'una vicino all'altra a un medesimo livello, ma è un ordinamento a gradi, composto di differenti strati di norme giuridiche. La sua unità è data dalla concatenazione risultante dal fatto che la produzione e quindi la validità dell'una risale all'altra la cui produzione è a sua volta determinata da un'altra, un regresso che sbocca infine nella norma fondamentale, nella regola ipotetica fondamentale e quindi nel fondamento supremo di validità che costituisce la base dell'unità di questa concatenazione produttiva.

La costruzione a gradi (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico (e con ciò si pensa innanzi tutto all'ordinamento giuridico dello stato singolo) può forse essere rappresentata schematicamente nel modo seguente: al di sotto del presupposto della norma fondamentale (il significato di questo presupposto è già stato precedentemente indicato) il più alto grado del diritto positivo è rappresentato dalla costituzione, dalla costituzione nel senso materiale della parola la cui funzione essenziale consiste nel regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione. La costituzione può però anche determinare il contenuto delle leggi future e non è per nulla infrequente il caso che le costituzioni positive facciano ciò in modo da prescrivere o escludere certi contenuti. Nel primo caso, il più delle volte, esiste solo una promessa solenne di emanare certe leggi, dato che per ragioni tecnico-giuridiche non si può agevolmente collegare una sanzione al fatto che non si siano emanate delle leggi di un contenuto prescritto. Con maggior efficacia si possono invece impedire per mezzo della costituzione le leggi di un contenuto determinato. L'enunciazione dei diritti fondamentali e di libertà che costitui-

sce la parte integrante e tipica delle costituzioni moderne non è essenzialmente altro che una di tali determinazioni negative. La garanzia costituzionale della eguaglianza dinanzi alle leggi o della libertà della persona e della coscienza non è altro che il divieto di leggi che trattino in modo disuguale i sudditi in determinati rapporti o invadano una determinata sfera di libertà. Dal punto di vista tecnico-giuridico tali divieti possono essere resi efficaci con l'attribuire la responsabilità personale per la emanazione di una legge incostituzionale a determinati organi che vi partecipano (capo di stato, ministro) o col dare la possibilità di impugnare o abrogare tali leggi. Questo in base al presupposto che la legge ordinaria non abbia la forza di derogare alla legge costituzionale che determina la sua produzione e il suo contenuto, perché quest'ultima può essere modificata o abrogata soltanto in base a condizioni che rendono ciò più difficile, come sarebbe una maggioranza qualificata, «un *quorum*» più elevato ecc. Ciò significa che la costituzione deve prescrivere necessariamente per la sua propria modificazione o abrogazione un procedimento più difficile, diverso dal procedimento legislativo ordinario; deve esserci necessariamente accanto alla forma legale una specifica forma costituzionale.

[...]

HERBERT L.A. HART

Il diritto come unione di norme primarie e secondarie^{*}

1. *Un nuovo punto di partenza*

[...] I concetti di ordine, obbedienza, abitudine, minaccia, non includono, e non possono produrre con la loro combinazione, il concetto di norma, senza il quale non si può sperare di spiegare nemmeno le forme più elementari di diritto. È vero che il concetto di norma non è affatto semplice: [...] è necessario distinguere tra due tipi diversi, anche se connessi, di norme, se si vuole rendere giustizia alla complessità dell'ordinamento giuridico. Le norme del primo tipo, che si può considerare il tipo fondamentale e primario, impongono agli uomini di compiere o di astenersi dal compiere certe azioni, che lo vogliono o no. Le norme dell'altro tipo sono in un certo senso sussidarie o secondarie rispetto a quelle del primo tipo; infatti esse stabiliscono che gli uomini possano, mediante certi atti o certe parole, introdurre nuove norme del tipo primario, abrogarne o modificarne delle antiche, determinare in vari modi la loro incidenza o controllare le loro operazioni. Le norme del primo tipo impongono obblighi: quelle del secondo tipo attribuiscono poteri, pubblici o privati. Le norme del primo tipo riguardano azioni che implicano movimenti o mutamenti fisici, le norme del secondo tipo danno disposizioni relative ad attività che non conducono soltanto a un movimento o mutamento fisico, ma alla creazione o modifica di obblighi o doveri.

Abbiamo già compiuto una certa analisi preliminare delle implicazioni contenute nell'asserzione che norme di questi due tipi esistono in un dato gruppo sociale, e in questo capitolo non soltanto svi-

^{*} Da H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, introd. e trad. di M.A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 2002.

lupperemo ulteriormente quest'analisi, ma rivendicheremo il diritto di dire che nella combinazione di questi due tipi di norme sta ciò che Austin, errando, proclamava di aver trovato nella nozione di ordine coattivo, e cioè «la chiave della scienza del diritto».

2. *Il concetto di obbligo*

La teoria la quale concepisce il diritto come un insieme di ordini coattivi parte, nonostante i suoi errori, dalla valutazione perfettamente corretta del fatto che, dove esiste il diritto, il comportamento umano è reso in un certo senso non-facoltativo od obbligatorio. Nel scegliere questo punto di partenza quella teoria aveva avuto una buona ispirazione, e nel costruire una nuova concezione in termini di relazioni reciproche fra norme primarie e secondarie partiremo anche noi dalla stessa idea. È tuttavia qui, in questo primo fondamentale passo, che possiamo imparare di più dagli errori della teoria.

Ricordiamo la situazione del bandito. *A* ordina a *B* di consegnargli il denaro e minaccia di sparargli se non obbedisce. Secondo la teoria degli ordini coattivi questa situazione spiega la nozione di obbligo o dovere in generale. L'obbligo giuridico si può trovare in questa situazione ingrandita: *A* deve essere il sovrano abitualmente obbedito e gli ordini devono essere generali, in quanto prescrivono delle classi di comportamenti e non delle singole azioni. La plausibilità della tesi secondo cui la situazione del bandito spiega il significato del concetto di obbligo sta nel fatto che riguardo ad essa si direbbe certamente che *B*, se ha obbedito, è stato «obbligato» a consegnare il proprio denaro. È ugualmente certo, però, che si traviserebbe la situazione se si dicesse, in relazione a questi fatti, che *B* «aveva un obbligo» o un «dovere» di consegnare il denaro. Così è chiaro fin dall'inizio che ci occorre qualcosa di diverso per comprendere il concetto di obbligo. Vi è una differenza, che deve essere ancora spiegata, tra l'asserzione che qualcuno *era obbligato* a fare qualcosa e l'asserzione che egli *aveva un obbligo* di farlo. La prima è spesso un'affermazione che riguarda le opinioni e i motivi per cui un'azione è compiuta: dire che *B* era obbligato a consegnare il proprio denaro può significare semplicemente, come nel caso del bandito, che egli credeva che un danno o qualche altra conseguenza spiacevole gli sarebbe capitata in caso di rifiuto, e che ha consegnato

il denaro per evitare queste conseguenze. In casi simili la prospettiva di ciò che sarebbe capitato all'interessato, se avesse disobbedito, gli ha reso meno desiderabile qualcosa che altrimenti egli avrebbe preferito fare (tenere il denaro).

Due elementi ulteriori complicano leggermente la spiegazione della nozione dell'essere obbligati a fare qualcosa. Appare chiaro che noi non considereremmo *B* obbligato a consegnare il denaro se il male minacciato fosse, per comune giudizio, insignificante in confronto agli svantaggi o alle serie conseguenze che deriverebbero, per *B* o per altri, dall'obbedienza agli ordini, come sarebbe il caso, per esempio, se *A* si limitasse a minacciare di pizzicare *B*. E neppure diremmo che *B* era obbligato, se non vi fossero dei motivi ragionevoli per ritenere che *A* potesse o volesse mandare a effetto la minaccia di un danno relativamente serio. Tuttavia, benché questi riferimenti a giudizi comuni sul danno comparativo e sui ragionevoli calcoli di probabilità siano impliciti in questa nozione, l'affermazione che una persona era obbligata a obbedire a qualcuno è, essenzialmente, una osservazione psicologica relativa alle opinioni e ai motivi per cui una data azione è stata compiuta. Ma l'affermazione che qualcuno *aveva un obbligo* di fare qualcosa è di un tipo assai diverso, e vi sono molti segni di questa differenza. Perciò non solo è vero che i fatti relativi all'azione di *B* e alle sue opinioni e ai suoi motivi nel caso del bandito, benché sufficienti per giustificate l'affermazione che *B* era obbligato a consegnare la borsa, *non sono sufficienti* per giustificare l'asserzione che egli aveva un obbligo di fare questo; ma è anche vero che fatti di questo tipo, cioè fatti relativi a opinioni e motivi, *non sono necessari* per rendere vera l'affermazione che una persona aveva un obbligo di fare qualcosa. Così l'asserzione che una persona aveva l'obbligo, ad esempio, di dire la verità o di presentarsi per fare il servizio militare, rimane vera anche se essa credeva (ragionevolmente o meno) che non sarebbe mai stata scoperta e non aveva perciò nulla da temere dalla disobbedienza. Inoltre, mentre l'affermazione che una persona aveva quest'obbligo è del tutto indipendente dalla questione se si sia presentata realmente per il servizio militare o no, l'asserzione viceversa che qualcuno è stato obbligato a fare qualcosa implica normalmente la conseguenza che egli l'abbia realmente fatto.

Alcuni studiosi, Austin compreso, considerando forse la generale irrilevanza delle opinioni, dei timori e dei motivi di una persona per la questione se essa abbia l'obbligo di fare qualcosa, hanno definito

questa nozione non sulla base di tali fatti oggettivi, ma sulla base della *possibilità* o *probabilità* che la persona soggetta all'obbligo soffra una pena o un «male» da parte di altri in caso di disobbedienza. Questa teoria, in realtà, considera le asserzioni normative non come delle affermazioni psicologiche ma come delle previsioni o degli accertamenti della possibilità di ricevere una pena o un «male». A molti autori posteriori quest'idea è apparsa come una rivelazione, che ha riportato sulla terra una nozione sfuggente e l'ha riformulata con gli stessi termini chiari, precisi, empirici usati nella scienza. Essa è stata talvolta, in verità, accettata come la sola alternativa alle concezioni metafisiche dell'obbligo o del dovere intesi come entità invisibili esistenti misteriosamente «sopra» o «dietro» il mondo dei comuni fatti osservabili. Ma vi sono molte ragioni per respingere questa interpretazione delle proposizioni normative come predizioni, e questa non è, in realtà, la sola alternativa alla metafisica oscura.

L'obiezione fondamentale consiste nel dire che l'interpretazione basata sulla predizione rende oscuro il fatto che, dove le norme esistono, le deviazioni da queste non sono soltanto dei motivi per predire che ad esse seguirà una reazione ostile o che un tribunale applicherà delle sanzioni a chi viola tali norme, ma costituiscono anche una ragione o giustificazione di tale reazione e dell'applicazione delle sanzioni.

Vi è, tuttavia, una seconda, e più semplice, obiezione da svolgere nei confronti dell'interpretazione del concetto di obbligo basata sull'elemento della predizione. Se fosse vero che l'affermazione che un individuo aveva un obbligo significa che *egli* avrebbe probabilmente sofferto in caso di disobbedienza, sarebbe una contraddizione dire che egli aveva un obbligo, ad esempio, di presentarsi per il servizio militare, ma che, dato che è sfuggito alla giurisdizione dei tribunali o che è riuscito a corrompere la polizia o il tribunale, non vi è stata la minima possibilità di catturarlo o di farlo soffrire. In realtà non vi è contraddizione nel dire questo, e spesso si fanno e si capiscono simili affermazioni.

È vero, naturalmente, che in un normale ordinamento giuridico, in cui si infliggono sanzioni per una gran parte dei reati, un colpevole rischia di solito di essere punito: così, di solito l'affermazione che una persona ha un obbligo e l'affermazione che è probabile che essa soffra a causa della disobbedienza, sono entrambe vere. In verità, il legame tra queste due affermazioni è un po' più stretto di quello ora menzionato: almeno in un ordinamento giuridico statale può ben es-

sere vero che, a meno che *in generale* non sia probabile che le sanzioni vengano inflitte ai colpevoli, vi sarebbero poche o nessuna ragione per fare delle affermazioni particolari sugli obblighi di una persona. In questo senso, si può dire che simili asserzioni presuppongono la fiducia nella continua normale operazione del sistema di sanzioni, così come l'espressione «fallò laterale» nel gioco del calcio presuppone, benché non lo asserisca, che i giocatori, l'arbitro e i segnalinee probabilmente prenderanno le consuete misure. Tuttavia per capire il concetto di obbligo è essenziale rendersi conto che nei casi individuali l'affermazione che una persona ha un obbligo in base a una certa norma e la predizione che essa probabilmente soffrirà a causa della disobbedienza possono divergere.

È chiaro che non esiste obbligo nel caso del bandito, per quanto il concetto più semplice dell'essere obbligati a fare qualcosa possa ben essere definito in base agli elementi che sono ivi presenti. Per capire il concetto generale di obbligo quale necessario elemento preliminare per la comprensione di esso nella sua forma giuridica, dobbiamo rivolgerci a una situazione sociale diversa che, a differenza della situazione del bandito, implica l'esistenza di norme; infatti questa situazione contribuisce in due modi a dare un significato all'affermazione che una persona ha un obbligo. In primo luogo, l'esistenza di simili norme, che fanno di certi tipi di comportamento un modello da seguire, costituisce il normale, benché non specificamente affermato, sfondo o contesto specifico di tale asserzione: e, in secondo luogo, la funzione precipua di questa affermazione è quella di applicare una simile norma generale a una persona particolare richiamando l'attenzione sul fatto che il suo caso ricade sotto quella norma. [...] Benché la conoscenza degli elementi che differenziano in generale le norme sociali dalle mere abitudini sia certamente indispensabile per comprendere la nozione di obbligo o dovere, essa non è di per sé sufficiente.

L'affermazione che qualcuno ha o è soggetto a un obbligo implica in verità l'esistenza di una norma; e tuttavia non è sempre vero che dove esistono norme il criterio di comportamento da esse richiesto viene concepito in termini di obbligo. «Avrebbe dovuto» e «Aveva un obbligo di» non sono sempre espressioni intercambiabili, anche se hanno in comune il fatto di contenere un implicito riferimento a criteri esistenti di condotta o di essere usate per trarre conclusioni relative a casi particolari da una norma generale. Le norme di etichetta o quelle sul modo di parlare corretto sono certamente delle norme:

sono qualcosa di più di abitudini convergenti o di comportamenti regolari; si insegna a osservarle e si fanno sforzi per mantenerle; vengono usate per criticare il comportamento nostro o di altri nella caratteristica terminologia normativa. «Avresti dovuto toglierti il cappello», «È sbagliato dire "voi eri"». Ma il fatto di usare le parole «obbligo» e «dovere» in rapporto a norme di questo tipo sarebbe fuorviante e non soltanto stilisticamente bizzarro. Significherebbe descrivere male una situazione sociale; infatti, benché la linea che separa le norme che impongono obblighi dalle altre sia in certi punti vaga, la ragione essenziale della distinzione è abbastanza chiara.

Si concepiscono le norme e si parla di esse come di qualcosa che impone degli obblighi, quando è persistente la generale richiesta di conformità e quando è grande la pressione sociale che si fa sentire su coloro che deviano da esse. Queste norme possono avere un'origine del tutto consuetudinaria; può non esistere nessun sistema centralmente organizzato di sanzioni per la violazione delle norme; può darsi che la pressione sociale assuma soltanto la forma di una reazione ostile o critica generalmente diffusa, che può non arrivare alle sanzioni fisiche. Essa può limitarsi a manifestazioni verbali di disapprovazione o a richiami al rispetto degli individui per la norma violata: può dipendere molto dai sentimenti di vergogna, di rimorso e di colpa. Quando la pressione è del tipo ora menzionato possiamo essere inclini a classificare le norme come parte della moralità del gruppo sociale, e l'obbligo derivante dalle norme come un obbligo morale. Viceversa, se tra le forme di pressione sono preminenti o comuni le sanzioni fisiche, anche se non vengono definite in modo preciso né vengono applicate da funzionari ma sono lasciate alla comunità nel suo complesso, saremmo inclini a classificare le norme come una forma primitiva e rudimentale di diritto. È possibile, naturalmente, trovare entrambi questi tipi di pressione sociale alla base di quella che è, in un ovvio significato, la medesima norma di condotta; qualche volta questo può capitare senza che si possa riconoscere se una di esse sia particolarmente adatta come norma primaria e l'altra come secondaria, e allora la questione se ci troviamo di fronte a una norma morale o a una rudimentale norma giuridica può non essere suscettibile di soluzione. Ma per il momento non è necessario che ci soffermiamo sul problema della possibilità di tracciare una linea divisoria fra diritto e morale. Ciò che bisogna notare è che l'insistenza sull'importanza o *serietà* della pressione sociale dietro le norme è il fattore primario che

determina la possibilità di pensare che esse facciano sorgere degli obblighi.

Due altre caratteristiche dell'obbligo si uniscono naturalmente a questo elemento primario. Le norme sostenute da questa seria pressione vengono considerate importanti perché sono ritenute necessarie per il mantenimento della vita sociale o di qualche caratteristica di questa altamente apprezzata. Delle norme così ovviamente essenziali come quelle che limitano l'uso indiscriminato della violenza sono concepite tipicamente in termini di obbligo. Così anche le norme che impongono l'onestà o la sincerità o esigono il mantenimento delle promesse, o stabiliscono ciò che deve fare una persona che esercita una funzione speciale nel gruppo sociale vengono concepite in termini di «obbligo» o, forse più spesso, in termini di «dovere». In secondo luogo, si ammette generalmente che la condotta richiesta da queste norme, benché benefica per gli altri, può essere in conflitto con i desideri della persona soggetta all'obbligo. Perciò si pensa agli obblighi e ai doveri come a concetti che implicano tipicamente un sacrificio o una rinuncia, e la permanente possibilità di conflitto tra l'obbligo o dovere e l'interesse è, in tutte le società, una delle idee più ovvie espresse tanto dai giuristi che dai moralisti.

La figura di un *legame* che vincola la persona obbligata, che è nascosta nella parola «obbligo», e l'analoga nozione di debito latente nella parola «dovere», possono venire spiegate sulla base di questi tre fattori, che distinguono le norme di obbligo e di dovere dalle altre norme. In questa figura, che tormenta gran parte del pensiero giuridico, la pressione sociale appare come una catena che lega coloro che sono soggetti a degli obblighi, in modo tale che essi non sono più liberi di fare quello che vogliono. L'altro capo della catena è tenuto talvolta dal gruppo o dai rappresentanti ufficiali di questo, che richiedono l'obbedienza o infliggono la sanzione: qualche volta questo viene affidato dal gruppo a un individuo privato il quale può scegliere tra l'esecuzione in forma specifica e quella per equivalente. La prima situazione caratterizza i doveri od obblighi del diritto penale e la seconda quelli del diritto civile in cui si parla di individui privati che hanno diritti correlativi agli obblighi.

Per quanto queste figure e metafore siano naturali e forse illuminanti, non dobbiamo permettere loro di intrappolarci in una concezione fuorviante dell'obbligo, inteso come consistente essenzialmente in qualche sentimento di pressione o di costrizione provato dagli ob-

bligati. Il fatto che le norme che impongono obblighi siano generalmente sostenute da una seria pressione sociale non comporta la conseguenza che avere un obbligo in base alle norme significhi provare dei sentimenti di costrizione o pressione. Perciò non vi è contraddizione nel dire che un incallito imbroglione, e questo può essere spesso vero, aveva un obbligo di pagare l'affitto ma non sentiva nessun senso di costrizione quando scappò senza farlo. *Sentirsi obbligati* e avere un obbligo sono cose diverse benché spesso concomitanti.

Certamente, l'aspetto interno delle norme è un elemento a cui dobbiamo riferirci di nuovo prima di respingere definitivamente le tesi della teoria della predizione. Infatti un sostenitore di quella teoria potrebbe chiedere come mai, se la pressione sociale è una caratteristica così importante delle norme che impongono obblighi, ci siamo così dilungati a sottolineare l'inadeguatezza della teoria della predizione; infatti quest'ultima attribuisce una posizione fondamentale proprio a questa caratteristica, definendo il concetto di obbligo sulla base della probabilità che la pena minacciata o la reazione ostile succedano alla deviazione da certe linee di condotta. Può sembrare che vi sia una differenza lieve tra l'analisi della concezione dell'obbligo come predizione, o come asserzione della possibilità di una reazione ostile alla deviazione, e la nostra idea che, benché questa asserzione presupponga un ambiente in cui alle deviazioni dalle norme seguono generalmente delle reazioni ostili, tuttavia la sua funzione caratteristica non consiste nel predire ma nell'affermare che il caso di una data persona rientra nell'ambito di una simile norma. Di fatto, tuttavia, la differenza non è lieve. Veramente, finché non ci si rende conto della sua importanza, non si può capire esattamente tutto quell'aspetto peculiare del pensiero, del discorso e delle azioni umane che è implicito nell'esistenza delle norme e che costituisce la struttura normativa della società.

Il seguente contrasto, anch'esso formulato in termini di aspetto «interno» ed «esterno» delle norme, può servire a mettere in evidenza ciò che rende questa distinzione di grande importanza per la comprensione non solo del diritto ma anche della struttura di qualsiasi società. Quando un gruppo sociale ha certe norme di condotta, questo fatto ci permette di svolgere delle osservazioni strettamente connesse ma di tipo diverso; infatti è possibile occuparsi delle norme, sia soltanto come osservatore che non le accetta egli stesso, sia come membro del gruppo che le accetta e le usa come criteri di condotta. Pos-

siamo chiamare questi due punti di vista rispettivamente « esterno» e « interno». Le osservazioni svolte dal punto di vista esterno possono a loro volta essere di tipi diversi. Infatti l'osservatore può, senza accettare egli stesso le norme, asserire che il gruppo accetta le norme, e così può riferirsi dall'esterno al modo in cui *i membri del gruppo* si occupano delle norme dal punto di vista interno. Ma, qualunque siano le norme, siano le regole di un gioco, come gli scacchi o il calcio, o siano le norme morali o giuridiche, è possibile, se si vuole, assumere l'atteggiamento di un osservatore che non si riferisce nemmeno in questo modo al punto di vista interno del gruppo. Un simile osservatore si accontenta di registrare la regolarità del comportamento osservabile in cui consiste in parte l'osservanza delle norme, e quell'ulteriore regolarità di comportamento, in forma di reazioni ostili, rimproveri o pene, che segue alle deviazioni dalle norme. Dopo un certo tempo l'osservatore esterno può, sulla base delle regolarità osservate, porre in rapporto la deviazione con la reazione ostile, ed essere in grado di predire con una certa misura di successo, e di asserire la possibilità, che a una deviazione dal normale comportamento del gruppo segua una reazione ostile e una pena. Una simile conoscenza può non soltanto rivelare molte cose sul gruppo, ma anche mettere l'osservatore in grado di vivere all'interno di questo senza conseguenze spiazzanti, che potrebbero capitare invece a chi tentasse di fare questo senza avere quelle cognizioni.

Se, tuttavia, l'osservatore realmente si mantiene strettamente su questo estremo punto di vista esterno e non dà nessuna relazione circa il modo in cui i membri del gruppo, che accettano le norme, considerano il proprio regolare comportamento, allora la sua descrizione della loro vita non può essere affatto compiuta in termini di norme, e quindi sulla base delle nozioni normative di obbligo o dovere. Viceversa, questa descrizione sarà compiuta in termini di regolarità osservabili di condotta, di prescrizioni, probabilità e indizi. Per un osservatore di questo tipo, le deviazioni, da parte di un membro del gruppo, dalla condotta normale, costituiranno il segnale della probabilità dell'avverarsi della reazione ostile, e nulla di più. La sua prospettiva sarà simile a quella di chi, avendo osservato per un po' di tempo il funzionamento di un semaforo in una strada piena di traffico, si limita a dire che quando la luce diventa rossa vi è una forte probabilità che il traffico si arresti. Questi considera la luce semplicemente come un *indizio* naturale *del fatto che* la gente si comporterà in

certi modi, così come le nuvole sono un *indizio del fatto* che verrà la pioggia. In questo modo gli sfuggirà un'intera dimensione della vita sociale di coloro che sta osservando, dato che per loro la luce rossa non è semplicemente un indizio del fatto che gli altri si fermeranno: essi la considerano come un *avviso per loro* di fermarsi, e perciò una ragione per fare questo in conformità alle norme che rendono la fermata quando la luce è rossa un criterio di condotta e un obbligo. Dire questo significa mostrare come il gruppo considera il proprio comportamento. Significa riferirsi all'aspetto interno delle norme considerate dal loro punto di vista interno.

Il punto di vista esterno può rappresentare quasi perfettamente il modo in cui le norme operano nella vita di certi membri del gruppo, e cioè di quelli che rifiutano le sue norme e si preoccupano di esse soltanto quando e perché ritengono che probabilmente certe conseguenze spiacevoli succederanno alla violazione. Per esprimere questo punto di vista bisognerà dire: «Sono stato costretto a farlo», «Probabilmente soffrirò del male se...», «Soffrirai probabilmente del male se...», «Ti faranno questo se...» Ma non ci sarà bisogno di espressioni come «Avevo un obbligo» oppure «Hai un obbligo», dato che queste si richiedono solo da parte di coloro che considerano la propria condotta e quella degli altri dal punto di vista interno. Quello che il punto di vista esterno, che si limita alle regolarità di comportamento osservabili, non può rappresentare, è il modo in cui le norme operano in qualità di norme regolanti la vita di coloro che costituiscono normalmente la maggioranza della società. Si tratta dei funzionari, degli avvocati, dei privati che usano le norme, di volta in volta, come guida della loro condotta nella vita sociale, o come il fondamento di pretese, richieste, concessioni, critiche o sanzioni, cioè in tutti i comuni rapporti della vita regolati da norme. Per costoro la violazione di una norma non è soltanto la base per la predizione che seguirà una reazione ostile, ma è una *ragione* per questa ostilità.

In ogni dato momento la vita di qualsiasi società regolata da norme, giuridiche o no, può probabilmente consistere in una tensione tra coloro che, da un lato, accettano le norme e cooperano volontariamente al loro mantenimento, e perciò giudicano il proprio comportamento e quello di altre persone in rapporto a queste norme, e coloro che, dall'altro, rifiutano le norme e si occupano di esse soltanto dal punto di vista esterno, considerandole cioè come il segnale di una possibile sanzione. Una delle difficoltà che deve affrontare ogni teo-

ria giuridica desiderosa di rendere giustizia alla complessità dei fatti consiste nel ricordare la presenza di entrambi questi punti di vista e nel non definirne uno dei due come non esistente. Forse tutte le nostre critiche alla teoria della predizione si possono riassumere nel modo migliore nell'accusa di prendere questo atteggiamento nei confronti dell'aspetto interno delle norme obbligatorie.

3. *Gli elementi del diritto*

E possibile, naturalmente, immaginare una società senza un potere legislativo, senza tribunali o funzionari di qualsiasi tipo. Infatti, vi sono molti studi di comunità primitive che non solo pretendono che questa possibilità sia realizzata, ma descrivono nei particolari la vita di una società il cui solo mezzo di controllo sociale è quel generale atteggiamento verso i propri criteri di comportamento, sulla base del quale abbiamo caratterizzato le norme che impongono obblighi. Una struttura sociale di questo tipo viene spesso considerata come basata sulla «consuetudine»: noi però non useremo questo termine, dato che esso spesso implica che le norme consuetudinarie siano molto antiche e sostenute da una pressione sociale più debole di quella che sostiene le altre norme. Per evitare queste implicazioni intenderemo una simile struttura come composta da norme primarie che impongono obblighi. Se una società deve vivere sulla base soltanto di queste norme primarie, vi sono certe condizioni le quali, ammesse alcune fra le più ovvie verità sulla natura umana e sul mondo in cui viviamo, devono chiaramente venire soddisfatte. La prima di queste condizioni è che le norme devono contenere in qualche forma dei limiti all'uso indiscriminato della violenza, del furto, dell'inganno, comportamenti ai quali gli esseri umani vengono tentati ma dai quali devono, in generale, astenersi, se vogliono coesistere in stretta vicinanza gli uni con gli altri. Queste norme si trovano di fatto sempre nelle società primitive di cui abbiamo conoscenza, insieme con una varietà di altre norme che impongono agli individui vari obblighi positivi di compiere dei servizi o di dare dei contributi alla vita comune. In secondo luogo, anche se in una tale società può apparire la tensione, già descritta, tra coloro che accettano le norme e coloro che le rifiutano, tranne quando il timore della pressione sociale li spinge a conformarsi ad esse, è chiaro che il secondo gruppo di persone non può essere che

una minoranza, se una società di persone, approssimativamente della stessa forza fisica, organizzata in modo così vago, deve durare: altrimenti per coloro che rifiutano le norme la pressione sociale sarebbe troppo debole. Anche questo fatto è confermato da ciò che sappiamo delle comunità primitive, nelle quali, benché vi siano i dissidenti e i malfattori, la maggioranza vive secondo norme considerate dal punto di vista interno.

Più importante per il nostro scopo attuale è la considerazione seguente. È evidente che soltanto una comunità strettamente legata da vincoli di parentela, sentimenti e credenze comuni, e situata in un ambiente stabile, potrebbe resistere con successo, con un simile regime di norme non ufficiali. In ogni altra condizione una simile semplice forma di controllo sociale si mostra per forza insufficiente e richiede di essere integrata in diversi modi. In primo luogo, le norme in base alle quali questo gruppo vive non formano un sistema, ma stabiliscono una serie di separati criteri di condotta, privi di un elemento comune che li individua, eccetto naturalmente il fatto che si tratta delle norme accettate da un particolare gruppo di esseri umani. Sotto questo aspetto assomigliano alle nostre regole di etichetta. Perciò se sorgono dei dubbi circa la natura delle norme o circa l'ambito preciso di una data norma, non vi sarà nessun procedimento per risolverli, in riferimento sia a un testo dotato di autorità sia a un funzionario le cui dichiarazioni relativamente a questo punto siano dotate di autorità. Infatti è chiaro che un simile procedimento e il riconoscimento di testi o di persone dotate di autorità implicano l'esistenza di norme di un tipo diverso dalle norme che impongono obblighi, le quali *ex hypothesi* sono tutto ciò che il gruppo possiede. Questo difetto di una struttura sociale semplice, composta soltanto di norme primarie, può essere chiamato la sua *incertezza*.

Un secondo difetto è il carattere *statico* di queste norme. Il solo metodo di mutamento delle norme noto a una simile società è il lento processo di crescita, mediante il quale tipi di condotta un tempo ritenuti facoltativi diventano prima abituali o consueti, e poi obbligatori, e il processo inverso di decadenza, per cui le deviazioni, una volta punite severamente, prima vengono tollerate e poi passano inavvertite. Non vi è nessun mezzo, in una tale società, per adattare deliberatamente le norme alle mutevoli circostanze, abrogando le vecchie norme o introducendone delle nuove: infatti, di nuovo, tale possibilità presuppone l'esistenza di norme di un tipo diverso da quello delle

norme primarie che impongono obblighi, in base alle quali soltanto questa società vive. In un caso estremo le norme possono essere statiche in un senso più drastico. Questo caso, sebbene non si verifichi forse mai pienamente in una comunità esistente, è degno di essere considerato perché il rimedio che ad esso si offre è qualcosa di assai caratteristico del diritto. In questo caso estremo non soltanto non vi sarebbe modo di mutare con atto deliberato le norme generali, ma gli obblighi che sorgono dalle norme in casi particolari non potrebbero essere variati o modificati dalla scelta deliberata di un individuo. Ogni individuo avrebbe semplicemente degli obblighi o doveri fissi di fare o di astenersi dal fare certe cose. Potrebbe davvero darsi molto spesso il caso che altri vengano a beneficiare di questi obblighi: tuttavia se vi sono solo norme primarie che impongono obblighi i beneficiari non avrebbero facoltà di liberare le persone obbligate dal dovere della prestazione o di trasferire ad altri i benefici che deriverebbero dall'adempimento di questa. Infatti tali attività di liberazione o trasferimento creano dei mutamenti nella posizione iniziale degli individui secondo le norme primarie che impongono obblighi, e perché esse siano possibili è necessaria la presenza di norme di un tipo diverso da quello delle primarie.

Il terzo difetto di questa semplice forma di vita sociale è l'*inefficienza* della pressione sociale diffusa dalla quale queste norme sono sostenute. Delle controversie, relative alla questione se una data norma sia o non sia stata violata, sorgeranno sempre e, in ogni società, tranne che in quelle più piccole, dureranno in modo interminabile, se mancherà un organo specialmente autorizzato ad accettare, in modo decisivo e con autorità, il fatto della violazione. La mancanza di simili decisioni definitive e dotate di autorità deve essere distinta da un altro difetto che ad essa si accompagna. Questo consiste nel fatto che le sanzioni per la violazione delle norme, e le altre forme di pressione sociale che implicano uno sforzo fisico o l'uso della forza, non sono inflitte da un organo apposito, ma vengono lasciate agli individui i cui interessi sono stati lesi o al gruppo nel suo complesso. È ovvio che la perdita di tempo dovuta ai tentativi disorganizzati del gruppo di catturare e punire i colpevoli, e il pericolo latente di vendette che può derivare dall'autodifesa in mancanza di un monopolio ufficiale delle «sanzioni», possono essere gravi. La storia del diritto, tuttavia, ci dice chiaramente che la mancanza di organi ufficiali che determinino d'autorità il fatto della violazione delle norme è un difetto molto più

grave; infatti molte società hanno trovato rimedi per questo difetto molto prima che per l'altro.

Il rimedio per ciascuno di questi tre principali difetti di questa semplicissima forma di struttura sociale consiste nell'integrare le norme *primarie* che impongono obblighi con le norme *secondarie* che sono di diverso tipo. L'introduzione del rimedio per ciascun difetto potrebbe, da solo, essere considerato un passo dal mondo pregiuridico a quello giuridico; infatti ogni rimedio porta con sé molti elementi che permeano il diritto: certamente tutti e tre i rimedi insieme sono sufficienti per trasformare il regime di norme primarie in quello che è indiscutibilmente un ordinamento giuridico. Considereremo successivamente ciascuno di questi rimedi e mostreremo perché il diritto possa nel modo più chiaro venire caratterizzato come l'unione delle norme primarie che impongono obblighi con queste norme secondarie. Prima di fare questo, tuttavia, dovremo notare i seguenti punti generali. Benché i rimedi consistano nell'introdurre norme che sono certamente differenti fra loro, come pure dalle norme primarie che esse integrano, queste hanno delle importanti caratteristiche comuni e sono connesse in vari modi. Così si può dire che esse stanno su un livello diverso da quello delle norme primarie, dato che sono *relative a* queste norme; ciò significa che, mentre le norme primarie riguardano le azioni che gli individui devono fare o non fare, tutte queste norme secondarie riguardano le norme primarie stesse. Esse specificano i modi in cui si possono in modo decisivo accertare, introdurre, eliminare, variare le norme primarie, e determinare il fatto della loro violazione.

La forma più semplice di rimedio per l'*incertezza* del sistema di norme primarie è l'introduzione di quella che chiameremo una «norma di riconoscimento». Questa specifica alcune caratteristiche, il cui possesso da parte di una certa norma è considerato come un'indicazione affermativa e decisiva circa la sua qualificazione come una norma del gruppo che deve essere sostenuta dalla pressione sociale esercitata da questo. L'esistenza di una simile norma di riconoscimento può assumere una qualsiasi di un'enorme varietà di forme, semplici o complesse. Può essere, come nel diritto antico di molte società, nulla di più del fatto che un elenco o un testo di leggi, dotati di autorità, si trova contenuto in un documento scritto o inciso in un monumento pubblico. Senza dubbio come fatto storico questo passaggio dal mondo pregiuridico a quello giuridico può compiersi in di-

verse fasi, la prima delle quali è la mera riduzione alla scrittura di norme fino a quel momento tramandate oralmente. Questo non è di per sé il passaggio essenziale, benché sia un passaggio molto importante: ciò che è essenziale è il riconoscimento del riferimento alla scrittura o alla iscrizione come *dotate di autorità*, cioè come il modo *proprio* per risolvere i dubbi relativi all'esistenza della norma. Dove esiste un simile riconoscimento siamo in presenza di una forma molto semplice di norma secondaria: una norma per la individuazione decisiva delle norme primarie che impongono obblighi.

In un ordinamento giuridico progredito le norme di riconoscimento sono naturalmente più complesse: invece di individuare le norme esclusivamente mediante il riferimento a un testo o a un elenco, esse le individuano mediante il riferimento a qualche caratteristica generale posseduta dalle norme primarie. Questa può consistere nel fatto che tali norme sono state emanate da un organo specifico, o nella loro lunga pratica consuetudinaria, o nella loro relazione con le decisioni dei giudici. Inoltre, quando più di una di queste caratteristiche generali viene considerata come criterio di riconoscimento, è possibile prendere disposizioni per il possibile caso di un conflitto fra di loro ponendole in un ordine gerarchico, come si fa con la comune subordinazione della consuetudine o del precedente giudiziario alla legge, quest'ultima venendo considerata una «fonte superiore» di diritto. Una simile complessità può far apparire le norme di riconoscimento in un ordinamento giuridico moderno assai diverse dalla semplice accettazione di un testo dotato di autorità: tuttavia, anche in questa sua semplicissima forma, una simile norma contiene molti elementi caratteristici del diritto. Col provvedere un elemento di autorità essa introduce, se pure in forma embrionale, il concetto di ordinamento giuridico: infatti le norme ora non formano una serie slegata, ma sono, in un modo semplice, unite. Inoltre, nella semplice operazione consistente nel riconoscere che una norma possiede la caratteristica richiesta di essere compresa in un elenco di norme dotato di autorità, è contenuto il germe del concetto di validità giuridica.

Il rimedio per il carattere *statico* del sistema di norme primarie consiste nell'introdurre quella che chiameremo «norma di mutamento». La forma più semplice di questa norma è quella che attribuisce a un individuo o a un gruppo di persone il potere di introdurre nuove norme primarie per la condotta della vita del gruppo, o di qualche classe nell'ambito di questo, e di abrogare delle norme antiche.

[...] È sulla base di questa norma, e non degli ordini sostenuti da minacce, che si possono comprendere i concetti di emanazione e abrogazione legislativa. Questa norma di mutamento può essere molto semplice o molto complessa: i poteri conferiti possono essere illimitati o limitati in vari modi; e la norma, oltre a designare le persone legittimate a legiferare, può definire in termini più o meno rigidi i procedimenti da seguire nella legislazione. È chiaro che vi è un legame assai stretto tra la norma di mutamento e la norma di riconoscimento: infatti dove esiste la prima la seconda incorporerà necessariamente un riferimento alla legislazione come elemento di individuazione delle norme, benché non sia necessario che essa si riferisca a tutti i particolari del procedimento legislativo. Di solito alcuni attestati o copie ufficiali saranno assunti, sulla base della norma di riconoscimento, come una prova sufficiente della legittima emanazione. Naturalmente se la struttura sociale è così semplice che la sola «fonte del diritto» è la legislazione, la norma di riconoscimento stabilirà semplicemente che l'emanazione legislativa è l'unico criterio di individuazione o di validità delle norme. [...]

Abbiamo già descritto in modo abbastanza particolareggiato le norme che attribuiscono agli individui il potere di variare la loro posizione iniziale secondo le norme primarie. Senza queste norme che conferiscono poteri privati la società sarebbe priva di uno dei più importanti strumenti che il diritto le attribuisce. Infatti le attività rese possibili da queste norme sono la formazione di testamenti, contratti, il trasferimento della proprietà, e molte altre strutture di diritti e doveri volontariamente create che caratterizzano la vita sotto il diritto, anche se naturalmente una forma rudimentale di norma attributiva di potere sta pure alla base dell'istituto morale della promessa. La parentela di queste norme con le norme di mutamento contenute nella nozione di legislazione risulta chiara, e, come hanno mostrato dottrine recenti quale quella di Kelsen, molte difficoltà relative a istituti come il contratto o la proprietà vengono risolte se si considera l'attività della stipulazione di un contratto o del trasferimento della proprietà come l'esercizio di limitati poteri legislativi da parte degli individui.

La terza integrazione del semplice sistema di norme primarie volta a rimediare all'*inefficienza* della sua diffusa pressione sociale, consiste in norme secondarie che legittimano gli individui a risolvere d'autorità la questione se, in una particolare occasione, una norma

primaria sia stata violata. La forma minima di giudizio consiste in simili decisioni, e chiameremo perciò le norme secondarie che conferiscono il potere di compierle « norme di giudizio ». Oltre a individuare le persone che devono giudicare, queste norme stabiliscono anche la procedura che deve essere seguita. Come le altre norme secondarie esse si trovano a un livello diverso da quello delle norme primarie: benché possano venire rafforzate da altre norme che impongono ai giudici il dovere di giudicare, queste norme non stabiliscono doveri ma attribuiscono poteri giudiziari e uno *status* speciale alle dichiarazioni giudiziali relative alla violazione degli obblighi. Anche queste norme, come le altre norme secondarie, definiscono un gruppo di importanti concetti giuridici: in questo caso i concetti di giudice o tribunale, giurisdizione e giudizio. Oltre a queste somiglianze, le norme di giudizio hanno anche stretti legami con le altre norme secondarie. Infatti un ordinamento che contenga norme di giudizio deve anche possedere una norma di riconoscimento di un tipo rudimentale o imperfetto. Questo avviene perché, se i tribunali sono autorizzati a pronunciarsi d'autorità sul fatto che una norma è stata violata, le loro decisioni devono per forza essere assunte come pronunce dotate di autorità relativamente all'individuazione delle norme stesse. Così la norma che conferisce la giurisdizione sarà anche una norma di riconoscimento, che individua le norme primarie per mezzo dei giudizi dei tribunali, per cui questi diventano una «fonte» del diritto. È vero che questo tipo di norma di riconoscimento, inseparabile da una forma minima di giurisdizione, è assai rudimentale. A differenza di un testo dotato di autorità o di un codice di leggi, i giudizi non possono venire espressi in termini generali e il loro uso come guida alle norme, dotata di autorità, dipende da una deduzione un po' fragile dalle decisioni particolari, e la fondatezza di questa deduzione può variare con l'abilità dell'interprete e la coerenza dei giudici.

È superfluo ricordare che in pochi ordinamenti giuridici i poteri dei giudici sono limitati alla determinazione d'autorità del fatto della violazione delle norme primarie. Molti ordinamenti si sono resi conto, con qualche ritardo, dei vantaggi derivanti da un ulteriore accentramento della pressione sociale; e hanno proibito parzialmente l'uso delle sanzioni fisiche o l'autodifesa violenta da parte dei privati. A questo scopo essi hanno integrato le norme primarie che impongono obblighi con altre norme secondarie, che specificano o almeno limitano le sanzioni per la violazione, e hanno attribuito ai giudici, una

volta che questi abbiano accertato il fatto della violazione, il potere esclusivo di dirigere l'applicazione delle sanzioni da parte di altri funzionari. Queste norme secondarie stabiliscono le «sanzioni» ufficiali accentrate dell'ordinamento.

Se ci tiriamo indietro e osserviamo la struttura che risulta dalla combinazione delle norme primarie di obbligo con le norme secondarie di riconoscimento, di mutamento e di giudizio, è chiaro che non soltanto siamo penetrati nel cuore di un ordinamento giuridico, ma anche ci siamo provveduti di uno strumento molto potente per l'analisi di molti problemi che hanno reso perplesso sia il giurista sia lo studioso di teoria politica.

Per mezzo di questa combinazione di elementi non vengono soltanto chiariti meglio i concetti specificamente giuridici di cui si occupa professionalmente il giurista, come quelli di obbligo e diritto soggettivo, validità e fonte del diritto, legislazione e giurisdizione, e sanzione. I concetti (che stanno a cavallo tra il diritto e la teoria politica) di stato, autorità, funzionario, richiedono una simile analisi se si vogliono dissipare le incertezze che ancora gravano su di loro. Non si deve cercare lontano la ragione per cui un'analisi compiuta mediante le nozioni di norme primarie e secondarie abbia questo potere di chiarimento. Molte ambiguità e distorsioni attinenti ai concetti giuridici e politici derivano dal fatto che questi implicano essenzialmente un riferimento a quello che abbiamo chiamato il punto di vista interno: cioè il punto di vista di coloro che non si limitano a registrare e predire il comportamento conforme alle norme, ma *usano* le norme come criteri di valutazione del comportamento proprio e di quello degli altri. Questo fatto richiede, nell'analisi dei concetti giuridici e politici, un'attenzione maggiore di quella che ha ricevuto di solito. Nel sistema semplice, composto solo di norme primarie, il punto di vista interno si manifesta nella sua forma più semplice, cioè nell'uso di quelle norme come criteri di critica, e come la giustificazione per richiedere conformità, pressione sociale, e sanzioni. Un riferimento a queste manifestazioni estremamente rudimentali del punto di vista interno è necessario per l'analisi dei concetti fondamentali di obbligo e dovere. Con l'aggiunta, a questo sistema, delle norme secondarie, vengono molto estese o diversificate le osservazioni svolte e le azioni compiute dal punto di vista interno. Con questa estensione sorge un'intera nuova serie di concetti che richiedono, per la loro analisi, un riferimento al punto di vista interno. Tra questi sono compresi i concetti di

legislazione, giurisdizione, validità e, in generale, di poteri giuridici, privati e pubblici. Vi è una tendenza costante verso una analisi di questi concetti in termini di discorso ordinario o «scientifico», fattuale o predittivo. Ma questo tipo di discorso può riprodurre soltanto l'aspetto esterno di queste norme: per rendere giustizia al loro essenziale aspetto interno, dobbiamo considerare i diversi modi in cui l'attività normativa del legislatore, il giudizio di un tribunale, l'esercizio di poteri privati o ufficiali, e altri atti giuridici, stanno in rapporto con le norme secondarie.

RONALD DWORKIN

Che cos'è diritto?^{*}

[...]

Il diritto è, naturalmente, un fenomeno sociale. Tuttavia, la sua complessità, la sua funzione e le sue conseguenze dipendono da una caratteristica specifica della sua struttura. Al contrario di molti altri fenomeni sociali, la prassi giuridica possiede una natura *argomentativa*. Ogni attore della prassi giuridica è consapevole del fatto che ciò che essa permette o richiede dipende dalla veridicità di certe proposizioni che hanno senso solo all'interno di essa; la prassi consiste in gran parte nello sviluppare e discutere queste proposizioni. Laddove esiste un diritto le persone rivendicano e discutono ciò che esso permette o proibisce, atteggiamento, questo, che non potrebbe verificarsi – perché privo di senso – in mancanza del diritto, e gran parte di ciò che il diritto rivela su di loro può essere scoperto solo prendendo in esame il modo in cui essi fondano e difendono queste pretese. Questo cruciale aspetto argomentativo della prassi giuridica può essere analizzato con due modalità o da due punti di vista diversi. Il primo, è il punto di vista esterno del sociologo o dello storico che si interroghano, per esempio, sulle ragioni per cui certe caratteristiche dell'argomento giuridico si sviluppano in alcuni periodi o circostanze piuttosto che in altre. Il secondo, è il punto di vista interno di coloro che avanzano pretese di natura giuridica. La natura del loro interesse non è ultimamente storica, sebbene essi possano attribuire una certa importanza alla storia, bensì pratica proprio nell'ottica ridicolizzata dall'obiezione che stiamo confutando. Non desiderano profezie sulle pretese giuridiche che avanzeranno, ma argomenti che spieghino

* Da R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989.

quale delle loro pretese è valida e perché; non desiderano teorie che studino il modo in cui la storia e l'economia hanno formato la loro coscienza, ma vogliono che dalle discussioni emerga chiaramente il ruolo che il diritto attribuisce a queste discipline nel momento in cui regola la loro esistenza e le loro proprietà.

Entrambi i punti di vista, quello esterno e quello interno, rivestono un'importanza fondamentale, e ciascuno dei due deve integrarsi o tenere conto dell'altro. Il punto di vista di chi è partecipe si compenetra con quello dello storico ognqualvolta la rivendicazione di un diritto dipende da un fatto storico: per stabilire se la segregazione razziale è illegale, per esempio, bisogna risalire sia alle motivazioni che hanno ispirato gli statisti che scrissero la costituzione, sia a quelle che hanno dato vita ad un sistema scolastico segregato. La prospettiva dello storico coincide con quella del partecipante, in quanto lo storico non può considerare il diritto come una prassi sociale di natura argomentativa, neppure al punto da rifiutarla in quanto illusoria, finché non adotta il punto di vista del partecipante, finché non raggiunge una percezione personale della validità o dell'invalidità di un argomento all'interno di questa prassi. Per questa ragione abbiamo bisogno di una teoria sociale del diritto di tipo giurisprudenziale. Le teorie che ignorano la struttura dell'argomento giuridico in favore di una presunta maggiore importanza attribuita a questioni storiche e sociali sono, di conseguenza, errate. Esse ignorano le questioni inerenti il carattere interno dell'argomento giuridico, per questo motivo le spiegazioni che offrono risultano povere e lacunose al pari di innumerevoli storie della matematica scritte nel linguaggio di Hegel o di Skinner.

[...]

Il mondo reale

Liberiamoci per un attimo dell'astrattezza opprimente di queste considerazioni preliminari. Cercherò di mostrare in quale misura la tesi del diritto come dato di fatto fornisce un resoconto distorto della prassi giuridica, ed inizierò col descrivere alcune controversie reali verificatesi negli Stati Uniti ed in Gran Bretagna. Si tratta di casi famosi, quantomeno tra gli studenti di giurisprudenza, che costituiscono tutt'ora oggetto di discussione durante le lezioni. I motivi che mi hanno

spinto ad esporli insieme in questo libro sono i più diversi. Innanzitutto, essi introducono una terminologia giuridica tecnica che potrà servire ai lettori che non posseggono conoscenze giuridiche. Inoltre, forniscono copioso materiale per le argomentazioni dei capitoli seguenti. Spero che essi possano in generale rendere chiari il tono e la concretezza dell'argomento giuridico. Quest'ultimo è il motivo più importante poiché, in ultima analisi, tutti i miei argomenti sono ostaggio di ciò che ciascun lettore percepisce accada o possa accadere al cospetto delle corti.

IL CASO ELMER Elmer uccise il proprio nonno – avvelenandolo – a New York nel 1882. Egli sapeva che, in circostanze normali, suo nonno gli avrebbe lasciato la maggior parte dell'eredità, e temeva che l'uomo ormai anziano, il quale di recente si era risposato, cambiasse il testamento e non gli lasciasse nulla. Elmer fu scoperto, dichiarato colpevole e condannato ad alcuni anni di prigione. A questo punto Elmer aveva ancora diritto all'eredità che l'ultimo testamento del nonno gli lasciava? Gli ultimi legatari del testamento, ossia le persone che avevano diritto all'eredità nel caso in cui Elmer fosse morto prima del proprio nonno, erano le figlie di quest'ultimo. I loro nomi non sono noti, le chiamerò così Goneril e Regan. Esse citarono in giudizio l'esecutore testamentario, chiedendo che l'eredità fosse concessa a loro e non a Elmer. Era loro opinione che, dal momento che Elmer aveva ucciso il testatore, loro padre, il diritto non lo riconoscesse più come beneficiario dell'eredità. Il diritto testamentario è in gran parte contenuto in documenti legislativi specifici, chiamati *statute of wills*, che stabiliscono quale forma un testamento deve avere per essere riconosciuto giuridicamente valido: quanti e quali testimoni devono firmare, quale deve essere la condizione mentale del testatore, come un testamento valido, una volta eseguito, possa essere revocato o modificato dal testatore, e così via. Lo *statute of wills* di New York, come molti altri documenti legislativi allora in vigore, non affermava nulla di esplicito in merito al caso in cui una persona nominata in un testamento e che avesse ucciso il testatore potesse ereditare secondo i termini stabiliti dal testamento stesso. L'avvocato di Elmer affermò che, poiché non violava nessuna delle disposizioni esplicite del documento legislativo, il testamento era legittimo ed il suo cliente doveva entrare in possesso dell'eredità, essendo egli nominato in un testamento valido. Egli affermò che se la corte avesse sostenuto la causa di Goneril

e Regan, avrebbe di fatto modificato il testamento e imposto le proprie convinzioni morali alle disposizioni stabilite dal diritto. I giudici della corte di più alto grado di New York si dichiararono concordi sul fatto che la loro decisione dovesse essere conforme al diritto. Nessuno di loro criticò il fatto che se lo *statute of wills*, propriamente interpretato, concedeva l'eredità ad Elmer, essi dovevano ordinare all'esecutore di agire in questo senso. Nessuno affermò che in un caso simile fosse indispensabile riformare il diritto nell'interesse della giustizia. Essi non erano concordi per quanto concerneva questo caso sulla correttezza del risultato, ma il loro disaccordo – come appare dalla lettura delle loro opinioni in proposito – verteva su ciò che fosse diritto in quel caso, su ciò che il documento legislativo, correttamente interpretato, esigeva.

Com'è possibile che, di fronte al testo di un documento legislativo, alcune persone non concordino sul suo significato reale, sul diritto che esso sancisce? E necessario distinguere tra due significati della parola «documento legislativo». Essa può descrivere un'entità fisica di un certo tipo, un documento che reca stampate delle parole, quelle stesse parole che i membri del Congresso o del Parlamento avevano di fronte quando votarono in favore di questo documento. Essa può essere anche usata, però, per descrivere il diritto che quel documento sancisce, e questa rappresenta una questione di gran lunga più complessa. Prendiamo come esempio la differenza tra un poema concepito come una serie di parole che possono essere enunciate o scritte ed un poema concepito come l'espressione di una specifica teoria metafisica o di un punto di vista particolare. I critici letterari sono concordi nell'affermare in che cosa consiste il poema *Sailing to Byzantium* secondo la prima accezione. Essi sostengono di comune accordo che si tratta di un insieme di parole designate come poema da W.B. Yeats. Tuttavia, essi non concordano su ciò che il poema esprime nella seconda accezione, su ciò che realmente dice o significa. Essi divergono su come interpretare il «vero» poema, nella seconda accezione, partendo dal testo, ossia dal poema nella prima accezione.

Allo stesso modo, i giudici che si trovano di fronte ad un documento legislativo devono costruirne uno «reale» – che stabilisca quale differenza produce tale documento legislativo ai fini dei diritti giuridici delle varie persone – partendo dal testo nella raccolta dei documenti legislativi in esame. Così come i critici letterari hanno bisogno di una teoria operativa, o quanto meno di una linea interpretativa, per

costruire il poema a partire dal testo, allo stesso modo i giudici hanno bisogno di qualche cosa di simile ad una teoria legislativa che consenta loro di costruire documenti legislativi. Ciò può sembrare ovvio qualora si riscontrino difetti semantici nelle parole contenute nel documento legislativo; per esempio, quando esse si dimostrano ambigue o vaghe. Tuttavia, l'esistenza di una teoria legislativa si rivela necessaria anche quando le parole sono, da un punto di vista strettamente linguistico, ineccepibili. Le parole contenute nello *statute of wills* a cui si è fatto ricorso durante il caso Elmer non erano né vaghe né ambigue. I giudici non concordavano sulla rilevanza di tali parole ai fini di stabilire i diritti giuridici di Elmer, Goneril e Regan, perché divergevano sul modo di costruire il documento legislativo effettivo secondo le circostanze specifiche del caso.

L'opinione dissidente, nella persona del giudice Gray, si dichiarava in favore di una teoria legislativa allora maggiormente popolare rispetto ad oggi. Si tratta della cosiddetta teoria a volte definita come «letterale», anche se questa definizione non è particolarmente illuminante. Essa propone di attribuire alle parole di un documento legislativo il loro significato cosiddetto a-contestuale, ossia quel significato che attribuiremmo loro se non avessimo informazioni adeguate sul contesto del loro uso o sulle intenzioni dell'autore. Questo metodo di interpretazione richiede che l'interpretazione del linguaggio nel suo significato generico non faccia riferimento ad alcun contesto o intenzione inespressa; in questo senso, il giudice Gray insistette sul fatto che il vero documento legislativo, propriamente costruito, non conteneva alcuna eccezione riguardante gli assassini. Egli votò infatti in favore di Elmer.

Gli studenti di diritto che oggi leggono l'opinione del giudice Gray sono per la maggior parte molto critici di questo metodo di costruzione di un documento legislativo partendo da un testo; sostengono che questo modo di procedere rappresenta un esempio di giurisprudenza meccanica. Tuttavia, l'argomento del giudice Gray non aveva nulla di meccanico. Gli argomenti in favore del suo metodo di costruzione di un documento legislativo, quanto meno nel caso dello *statute of wills*, sono numerosi (ed egli ne sostenne alcuni). I testatori dovrebbero sapere come verranno trattati i loro beni quando non saranno più in vita, per poter così dare chiarificazioni in merito. Forse il nonno di Elmer, nel caso in cui Elmer lo avesse avvelenato, avrebbe preferito lasciare i suoi beni a Goneril e Regan. O forse, invece,

avrebbe potuto ritenere che Elmer, pur essendosi macchiato di un omicidio, meritasse la sua generosità più delle sue figlie. I giudici dovrebbero, nel lungo periodo, garantire ai testatori che lo *statute of wills* verrà interpretato letteralmente cosicché essi possano disporre la propria volontà certi che le loro disposizioni, quantunque stravaganti, verranno rispettate. Inoltre, se Elmer avesse perso la propria eredità per il solo fatto di essere un omicida, egli avrebbe subito, oltre alla detenzione, un'ulteriore punizione per il crimine commesso. Un principio fondamentale della giustizia sostiene che il corpo legislativo deve stabilire in anticipo la pena da infliggere al responsabile di un determinato crimine e non permettere ai giudici di renderla più pesante una volta che il crimine sia stato consumato. Tutto ciò (ed altro ancora) esemplifica la teoria del giudice Gray sul modo di leggere uno *statute of wills*.

Il giudice Earl, tuttavia, nel redigere l'opinione della maggioranza, fece ricorso ad una diversa teoria legislativa che conferisce un'influenza decisiva alle *intenzioni* dell'autore del documento legislativo reale. Earl scrisse che: «una cosa che è rinvenibile nelle intenzioni degli autori di un documento legislativo è rinvenibile tanto nel documento legislativo stesso quanto nella sua lettera; e una cosa che è rinvenibile nella lettera di un documento legislativo non lo è altrettanto nel documento legislativo stesso a meno che essa non sia rinvenibile nelle intenzioni dei suoi autori». (Si noti come egli insista sulla distinzione tra il testo, che egli chiama «lettera» del documento legislativo, e il documento legislativo effettivo, che chiama «documento legislativo».) Egli riteneva fosse assurdo pensare che i legislatori di New York autori dello *statute of wills* avessero voluto concedere agli assassini il diritto di ereditare; per questo motivo il documento legislativo da loro promulgato non poteva produrre conseguenze del genere.

Dobbiamo essere molto cauti nell'interpretare l'opinione del giudice Earl in merito al ruolo che l'intenzione dovrebbe svolgere nella costruzione dei documenti legislativi. Egli non intendeva affermare che un documento legislativo non può sortire effetti che non erano nelle intenzioni dei legislatori. Si tratta di una regola generale troppo rigida: nessun legislatore può prevedere tutte le conseguenze del documento legislativo in favore del quale ha votato. I legislatori di New York non potevano avere contemplato il fatto che le persone potessero lasciare in eredità degli elaboratori elettronici; tuttavia, sarebbe

assurdo giungere alla conclusione che il documento legislativo non contempla questo tipo di lasciti. Allo stesso modo, egli non intendeva affermare semplicemente che un documento legislativo non può contenere nulla che vada contro le intenzioni dei legislatori. Questa considerazione sembra più plausibile, ma è troppo debole per essere di qualche aiuto nel caso Elmer. Di fatto, i legislatori di New York non sembravano aver preso in considerazione il caso degli assassini. Non era loro intenzione permettere agli assassini di ereditare, ma non era loro intenzione neppure impedirlo. Non si erano pronunciati né in un senso, né nell'altro. Earl intendeva far riferimento ad un principio che potremmo definire intermedio tra il principio troppo rigido e quello troppo debole: un documento legislativo non può avere conseguenze che i legislatori avrebbero rifiutato qualora le avessero prese in esame.

Il giudice Earl non faceva riferimento esclusivamente al principio dell'intenzione legislativa; la sua teoria conteneva un altro importante principio. Egli sosteneva che i documenti legislativi dovrebbero essere elaborati partendo da testi considerati nel loro contesto storico e sulla base di quelli che chiamava principi generali del diritto: egli intendeva affermare che i giudici dovrebbero costruire un documento legislativo in modo tale da renderlo il più possibile conforme ai principi di giustizia contenuti negli altri luoghi del diritto. Egli forniva due spiegazioni in proposito. In primo luogo, è logico supporre che la tendenza generale e più diffusa tra i legislatori, a meno che essi non affermino chiaramente il contrario, sia quella di rispettare i principi tradizionali di giustizia. In secondo luogo, dal momento che un documento legislativo è parte di un più ampio «corpus» intellettuale, ossia del diritto nel suo insieme, esso dovrebbe essere costruito coerentemente ai suoi propri principi. Earl affermava che altrove il diritto rispetta il principio secondo il quale nessuno dovrebbe trarre vantaggio dai propri crimini; in tal senso lo *statute of wills* dovrebbe negare l'eredità ad un individuo che per ottenerla abbia commesso un omicidio.

Gli argomenti del giudice Earl riuscirono a prevalere e convinsero altri quattro giudici, mentre il giudice Gray riuscì a conquistare un solo alleato. Elmer non ottenne così la sua eredità. Mi servirò di questo caso per le sue numerose analogie con quello successivo, tuttavia l'aspetto chiave che va sottolineato è il seguente: la disputa sul caso Elmer non mirava a stabilire se i giudici dovessero ubbidire al diritto o modificarlo nell'interesse della giustizia. Questo è, perlomeno, il senso del discorso se attribuiamo un valore reale alle opinioni che ho

appena riferito e (come sosterrò più avanti) non abbiamo motivo di attribuire loro un valore diverso. La disputa verteva su ciò che fosse realmente diritto, cioè su ciò che affermava realmente il documento legislativo promulgato dai legislatori.

IL CASO DELLO SNAIL DARTER Mi accingo ora a descrivere, per sommi capi, una controversia più recente, allo scopo di mostrare come questo tipo di disputa continui ad occupare i giudici.

Nel 1973, durante un periodo di intensa preoccupazione nei confronti della tutela e della protezione degli animali, il Congresso degli Stati Uniti promulgò l'Endangered Species Act. Esso conferisce al ministro degli interni il potere di stabilire quelle specie che, a suo parere, potrebbero subire danni dalla distruzione dell'ambiente naturale necessario alla loro sopravvivenza, ed obbliga tutte le agenzie e istituzioni di governo a prendere «le misure necessarie a garantire che tutte le azioni da loro autorizzate, finanziate o realizzate non mettano a repentaglio l'esistenza delle specie in pericolo».

Un gruppo di protezionisti del Tennessee si opponeva ai progetti della Tennessee Valley Authority per la costruzione di una diga non perché questa costituisse una minaccia per le specie, ma perché tali progetti modificavano la geografia dell'area: trasformando gli alvei dei fiumi in stretti, orribili collettori, per produrre un aumento inutile (secondo l'opinione dei protezionisti) di potenza idroelettrica. Gli oppositori del progetto avevano scoperto che, una volta terminata, la diga della TVA, del costo di oltre cento milioni di dollari, avrebbe distrutto l'habitat dello *snail darter*, un pesce di pochi centimetri non particolarmente bello e privo di interesse biologico o di importanza zoologica generale. Essi convinsero il ministro degli interni a dichiarare l'animale specie in pericolo ed avviarono le procedure per impedire che la diga fosse completata ed attivata.

L'Autorità affermò che il documento legislativo non doveva essere interpretato in modo da impedire la realizzazione o la messa in opera di un progetto che era sostanzialmente terminato all'epoca in cui il ministro degli interni aveva inoltrato la sua richiesta. La frase «azioni autorizzate, finanziate o realizzate» doveva essere intesa come riferita all'inizio di un progetto, e non al completamento di progetti già avviati. L'Autorità sostenne la propria posizione facendo riferimento a numerosi atti del Congresso posteriori alla dichiarazione del ministro degli interni relativa alla paventata estinzione dello *snail darter*, pro-

vando in tal modo che, nonostante tale istanza, il Congresso desiderava che la diga fosse realizzata. Il Congresso aveva concesso finanziamenti specifici per la prosecuzione dei lavori successivamente alla dichiarazione del ministro degli interni, ed alcuni dei suoi membri avevano specificamente e ripetutamente dichiarato di non condividere il punto di vista del ministro, di accettare l'interpretazione del documento legislativo avanzata dall'Autorità, e di essere favorevoli alla realizzazione del progetto.

Ciò nonostante, e malgrado lo spreco enorme di fondi pubblici, la Corte suprema ordinò l'arresto dei lavori della diga. (Il Congresso emanò, allora, un nuovo documento legislativo che stabiliva una procedura generale di esenzione dal provvedimento legislativo, sulla base dei risultati d'indagine di un comitato di revisione). Il giudice della Corte suprema Warren Burger espresse l'opinione della maggioranza dei giudici. Egli affermò, con parole che ricordano l'opinione del giudice Gray nel caso Elmer, che quando il testo è chiaro, la Corte non ha il diritto di rifiutarsi di applicarlo soltanto perché ritiene che le conseguenze potranno essere assurde. I tempi, però, cambiano, e l'opinione del giudice supremo era in un certo senso profondamente diversa da quella del giudice Gray. Burger riconobbe l'importanza dell'intenzione congressuale nel momento in cui giudicò la natura del documento legislativo promulgato dal Congresso. Tuttavia egli non accettò il principio di Earl sul *modo* in cui acquista importanza l'intenzione congressuale. Si rifiutò di prendere in considerazione la prova controfattuale resa decisiva dall'analisi di Earl. «Non spetta a noi» diceva, «speculare, e ancor meno agire, sull'eventualità che il Congresso avrebbe modificato la propria posizione se avesse avuto modo di prevedere gli eventi specifici del caso».

Egli, invece, adottò quella che, nel discutere l'opinione di Earl, ho chiamato la versione eccessivamente debole dell'idea, secondo cui i giudici che costruiscono un documento legislativo devono rispettare l'intenzione dei legislatori. Tale versione comporta le seguenti conseguenze: se il significato a-contestuale delle parole contenute nel testo è chiaro – se la parola «realizzare» significa di regola sia la continuazione che l'inizio di un progetto – la Corte deve, in questo caso, attribuire tale senso a queste parole a meno che non sia possibile dimostrare che i legislatori intendevano qualche cosa di diverso od opposto. La storia legislativa culminata nell'emanazione dell'Endangered Species Act non garantiva tale risultato poiché il Congresso intendeva

assicurare un elevato grado di protezione alle specie in pericolo anche se a detrimento di altri scopi sociali, ed era certo possibile, anche se non probabile, che i legislatori che si erano prefissi tale scopo avrebbero voluto salvare lo *snail darter* anche al costo esorbitante di una diga inutilizzata. Egli respinse le prove fornite successivamente dal comitato di revisione e dalle azioni del Congresso nell'approvazione di finanziamenti che consentissero di proseguire la costruzione della diga, azioni che potevano essere considerate indicative di una ferma intenzione di non sacrificare la diga ad una particolare specie ittica. Egli affermò che i comitati di revisione che si erano dichiarati favorevoli alla diga non erano gli stessi che all'inizio avevano sostenuto quel provvedimento legislativo, e che spesso i membri dei comitati votavano gli stanziamenti senza studiare a fondo se, in base alle precedenti decisioni del Congresso, le spese proposte erano legittime.

Il giudice Lewis Powell espresse il suo dissenso per quanto lo riguardava e per conto di un altro giudice. Egli affermò che la decisione della maggioranza costruiva sulla base del testo dell'Endangered Species Act un documento legislativo reale assurdo. «Non è di nostra competenza», egli affermò, «rettificare la politica o i giudizi politici del corpo legislativo, per quanto possano nuocere all'interesse pubblico. Tuttavia, laddove, come in questo caso, non è necessario interpretare la storia legislativa e dell'emanazione dei documenti legislativi per giungere ad un simile risultato, ritengo che questa Corte abbia il dovere di adottare una linea interpretativa tollerabile dotata di un po' di buon senso e che tenga conto del bene pubblico». Questa tesi introduce un'altra teoria legislativa, una teoria riguardante il modo in cui l'intenzione legislativa al di sotto del testo influenza il documento legislativo, e questa differisce profondamente dalla teoria di Burger. Burger sosteneva che il significato a-contestuale del testo dovrebbe essere rispettato, per quanto strane o assurde possano essere le sue conseguenze, a meno che la Corte possa dimostrare in maniera inconfutabile che il Congresso intendeva sostenere il contrario. Powell affermava che le corti dovrebbero accettare un risultato assurdo solo se è possibile dimostrare che *tale esito* era stato esplicitamente preso in considerazione. La teoria di Burger è identica a quella di Gray, anche se la sua forma meno rigida permette all'intenzione legislativa di giocare un certo ruolo. La teoria di Powell è simile a quella di Earl, sebbene in questo caso essa sostituisca il buon senso ai principi di giustizia incorporati negli altri luoghi del diritto.

Ancora una volta, se consideriamo solo l'aspetto esteriore delle opinioni di questi due giudici, possiamo affermare che essi non erano di parere discordi su alcuna questione storica di fatto. Non erano discordi riguardo lo stato mentale dei membri del Congresso che avevano promulgato l'Endangered Species Act. Entrambi sostenevano che la maggior parte dei membri del Congresso non aveva mai preso in considerazione l'eventualità che tale provvedimento legislativo potesse essere utilizzato per interrompere la costruzione di una costosa diga ormai quasi ultimata. E non erano discordi sulla questione della fedeltà. Entrambi accettavano il fatto che la corte dovesse rispettare i dettami del diritto. Essi dissentivano su di una questione di diritto, cioè sul modo in cui i giudici dovrebbero stabilire quale forma conferisce al diritto un testo specifico proposto dal Congresso quando i membri del Congresso stesso dimostrano di condividere opinioni ed intenzioni identiche a quelle dei giudici citati in questo esempio.

MCLOUGHLIN Il caso Elmer ed il caso del *snail darter* riguardano entrambi documenti legislativi. In ciascuno dei due casi la decisione finale dipendeva dalla migliore costruzione di un documento legislativo reale muovendo da un testo legislativo specifico. Tuttavia, in numerose controversie l'attore non si appella a qualche documento legislativo bensì alle decisioni precedenti della corte. Egli sostiene che, nel suo caso personale, il giudice dovrebbe rispettare le regole stabilite in casi precedenti, regole che gli garantirebbero un verdetto favorevole. *McLoughlin* rappresenta uno di questi casi.

Il 19 ottobre 1973 in Inghilterra, verso le quattro del pomeriggio, il marito e quattro figli della signora McLoughlin rimasero feriti in un incidente automobilistico. La signora fu informata dell'incidente da un vicino di casa alle sei e si precipitò all'ospedale, dove apprese che una figlia era morta e poté constatare le gravi condizioni in cui versavano suo marito e gli altri figli. Fu colpita da uno shock nervoso e più tardi citò in giudizio il conducente la cui negligenza aveva provocato l'incidente e altre parti che avevano avuto in qualche modo un ruolo nell'accaduto chiedendo di essere risarcita per i danni nervosi subiti. Il suo avvocato fece riferimento a numerose decisioni precedenti delle corti inglesi che avevano concesso un risarcimento a persone che avevano subito danni di ordine nervoso nel vedere un proprio parente gravemente ferito. Tuttavia, in ognuno di questi casi colui che aveva subito il danno era presente sulla scena dell'incidente oppure vi era

arrivato pochi minuti più tardi. In un caso del 1972, per esempio, una moglie ottenne un risarcimento per danni di ordine nervoso perché vide il corpo del marito subito dopo l'incidente che gli fu fatale. Allo stesso modo nel 1967, fu concesso un risarcimento ad un uomo privo di qualsiasi rapporto di parentela con le vittime di un incidente ferroviario che lavorò per ore nel tentativo di salvare i superstiti e in conseguenza di questa esperienza subì uno shock nervoso. L'avvocato della signora McLoughlin presentò questi casi come precedenti, ovvero come decisioni che rendevano legittimo il diritto al risarcimento per le persone che si trovavano nelle stesse condizioni.

[...]

Le differenze di opinione in merito al carattere della dottrina rigida ed alla forza della dottrina moderata spiegano perché alcuni casi sono controversi. I giudici che si occupano dello stesso caso non si trovano d'accordo nello stabilire se sia loro dovere seguire le precedenti decisioni concernenti il caso all'ordine del giorno. Tuttavia, non era questo il problema della controversia del caso McLoughlin. Qualunque sia l'opinione che i giuristi si fanno del carattere e della forza della dottrina dei precedenti, questa si applica soltanto alle decisioni precedenti sufficientemente simili al caso in esame o, come affermano i giuristi, «pertinenti ad esso». A volte, una delle parti sostiene che alcune decisioni precedenti sono perfettamente pertinenti al caso in esame, mentre quella avversa replica che esse sono «distinguibili», ovvero si differenziano dal caso all'ordine del giorno, al punto da non rientrare nell'ambito d'applicazione della dottrina. Il giudice al quale per primo la signora McLoughlin si era rivolta, ossia il giudice d'istanza, stabilì che i precedenti citati dall'avvocato della signora, concernenti altre persone che erano state indennizzate per i danni nervosi subiti nel vedere le vittime di incidenti, erano differenti poiché in tutti quei casi lo shock era sopravvenuto sulla scena dell'incidente, mentre la signora McLoughlin aveva riportato uno shock due ore più tardi ed in un luogo diverso. Naturalmente, non tutti gli aspetti che differenziano tra di loro i fatti comuni ai due casi rendono distinguibile quello più recente: non è pensabile immaginare che il risultato sarebbe stato diverso se la signora McLoughlin fosse stata più giovane degli attori dei casi precedenti.

Il giudice d'istanza affermò che il danno riportato lontano dalla

scena dell'incidente costituiva una differenza fondamentale, in quanto, in questo caso, il danno subito dalla signora McLoughlin non era «prevedibile» come lo erano stati invece i danni riportati da altri attori.

I giudici britannici ed americani seguono il principio giuridico secondo il quale le persone che agiscono in modo avventato sono responsabili nei riguardi di terzi soltanto dei danni nervosi ragionevolmente prevedibili, ovvero di quei danni che una persona prudente potrebbe prevedere, se riflettesse su tale eventualità. La dottrina dei precedenti obbligava il giudice d'istanza ad ammettere che il danno emotivo subito dai parenti delle vittime, intervenuti sulla scena dell'incidente è ragionevolmente prevedibile, tuttavia egli affermò che il danno subito da una madre che aveva visto le conseguenze dell'incidente solo in un secondo tempo non era altrettanto prevedibile. Egli, dunque, ritenne di poter distinguere in tal senso i reputati precedenti e deliberò contro la richiesta della signora McLoughlin.

La signora si appellò contro questa decisione alla Corte superiore nella gerarchia britannica, la Corte d'Appello. Questa confermò la decisione del giudice d'istanza – rigettò il ricorso dell'attore e non modificò la decisione del giudice – adducendo però una diversa motivazione. La Corte d'Appello affermò che era ragionevolmente prevedibile che una madre si precipitasse in ospedale per assistere la propria famiglia vittima di un incidente e che riportasse un danno nervoso nel vedere i propri cari nelle condizioni in cui la signora McLoughlin li trovò. La Corte non distinse i precedenti in base a questi principi; mosse da una ragione diversa, secondo cui la cosiddetta «politica» giustificava una distinzione di questo tipo. I casi precedenti stabilivano la responsabilità per danni nervosi causati a terzi in un numero molto ristretto di circostanze; tuttavia, la Corte d'Appello affermò che ampliare l'ambito delle responsabilità, inclusi i danni nervosi subiti da parenti non presenti sul luogo dell'incidente, avrebbe implicato una serie di conseguenze dannose per la comunità: ad esempio, avrebbe incoraggiato un aumento delle controversie per danni nervosi, aggravando così il problema della congestione delle corti; avrebbero trovato maggior spazio pretese fraudolente di persone che, pur non avendo subito danni nerosi reali, avrebbero potuto trovare medici disposti a certificare il contrario; sarebbero aumentati i costi della guida, impedendo forse ai più poveri di guidare; sarebbe diventato più difficile dimostrare l'autenticità delle richieste di coloro che ave-

vano riportato un danno nervoso lontano dal luogo del fatto, e le incertezze della controversia legale avrebbero rischiato di complicare le loro condizioni e di ritardare la loro guarigione.

La signora McLoughlin fece ancora una volta ricorso alla Camera dei Lords, che revocò la decisione della Corte d'Appello ed ordinò fosse celebrato un nuovo processo. La decisione fu unanime, ma i Lords non trovarono un punto d'accordo sullo stato reale del diritto in questo caso. Alcuni di essi sostenevano che ragioni che fanno riferimento ad una politica, come quelle addotte dalla Corte d'Appello, potrebbero, in certe circostanze, essere sufficienti ad individuare una linea specifica di precedenti e quindi a giustificare il rifiuto di un giudice di estendere il principio applicato in quei casi ad un ambito di responsabilità più ampia. Tuttavia, essi non ritenevano che queste ragioni di politica fossero sufficientemente plausibili o valide nel caso della signora McLoughlin. Non erano persuasi che il rischio di una moltiplicazione delle controversie costituisse una seria minaccia, ed affermarono che le corti dovrebbero essere capaci di distinguere una pretesa autentica da una fraudolenta, persino tra coloro i quali hanno subito un presunto danno alcune ore dopo l'incidente. Non si preoccuparono di definire quei casi in cui valide ragioni di politica potrebbero servire a limitare l'entità del risarcimento per danni nervosi; lasciarono in sospeso, per esempio, l'eventualità che un'ipotetica sorella australiana della signora McLoughlin potesse ottenere un risarcimento per lo shock che avrebbe potuto subire leggendo in una lettera, alcune settimane o mesi più tardi, la notizia dell'incidente.

Due membri della Camera dei Lords espressero un'opinione molto diversa. Essi affermarono che le corti avrebbero sbagliato a negare il risarcimento ad un attore altrimenti meritevole basandosi sul tipo di argomenti addotti dalla Corte d'Appello e riconosciuti sufficienti in alcune circostanze dagli altri membri della Camera dei Lords. I casi precedenti avrebbero dovuto essere considerati come distinguibili, affermarono, soltanto nel caso in cui, per qualche motivo, i principi morali ammessi nei casi precedenti non fossero stati per qualche ragione applicabili all'attore di questo caso. Una volta ammesso che un conducente imprudente può ragionevolmente prevedere il danno che subirà una madre in ospedale alcune ore dopo un incidente, non sussiste più alcuna differenza morale di principio tra i due casi. Essi affermarono che un'eventuale congestione delle corti o un aumento del costo dell'assicurazione automobilistica contro gli in-

fortuni, per quanto possano causare inconvenienti alla comunità, non possono giustificare il rifiuto di far rispettare i diritti e i doveri individuali riconosciuti ed imposti nei casi precedenti. Sostennero inoltre che questi argomenti non erano certamente i più adatti a costituire argomenti di diritto per i giudici, per quanto cogenti essi potessero essere agli occhi dei legislatori nella veste di argomenti la cui finalità era quella di modificare il diritto. (Su questo punto l'opinione di Lord Scarman fu particolarmente chiara e forte.) Questa argomentazione rivelò tra i membri della Camera dei Lords una notevole divergenza di opinioni sul ruolo appropriato da attribuire alle considerazioni riconducibili ad una determinata politica nel decidere quale esito della controversia è riconosciuto alle parti in causa.

BROWN Dopo la guerra civile americana, il Nord vittorioso modificò la Costituzione per porre fine alla schiavitù ed alle sue numerose conseguenze. Uno di questi emendamenti, il Quattordicesimo, stabiliva che nessuno stato può negare ad un individuo *equal protection of the laws*. Dopo la Ricostruzione*, gli stati del Sud, tornati in possesso del proprio controllo politico, introdussero la segregazione razziale in numerosi ambiti della vita pubblica. Le persone di colore dovevano viaggiare nella parte posteriore degli autobus ed avevano il diritto di frequentare soltanto scuole a loro riservate. Nel celebre caso *Plessy v. Ferguson* l'attore sostenne, di fronte alla Corte suprema, che simili forme di segregazione violavano la clausola dell'*equal protection of law*. La Corte non accolse tale richiesta; affermò che quanto previsto da quella clausola era soddisfatto quando i singoli stati fornivano eguali servizi a tutti anche se in modo segregato e che le forme di segregazione non incidevano sull'eguaglianza nella prestazione dei servizi.

Nel 1954 un gruppo di scolari di colore di Topeka, nel Kansas, sollevò nuovamente questo problema. Nel frattempo erano accadute molte cose negli Stati Uniti – per esempio, in anni recenti numerose persone di colore erano morte per il proprio paese nel corso di una

* Viene così denominato il periodo successivo al termine della guerra civile americana grosso modo dal 1865 al termine della presidenza Grant (1877) quando gli stati del Sud vennero posti sotto il controllo e la dominanza *de jure* e *de facto* del Nord (n.d.c.).

guerra – e un numero sensibilmente maggiore di cittadini consideravano la segregazione razziale profondamente iniqua rispetto a quando fu deciso il caso *Plessy*. Ciò nonostante, gli stati che la praticavano opposero una strenua resistenza all'integrazione razziale, soprattutto nelle scuole. I loro avvocati sostennero che, poiché la decisione sul caso *Plessy* era stata presa dalla Corte suprema, tale precedente non poteva non essere rispettato. Ma in questa occasione la Corte suprema si schierò dalla parte degli attori di colore. La decisione fu inaspettatamente unanime, anche se tale unanimità fu raggiunta su di un'opinione redatta dal giudice supremo Earl Warren, che, sotto molti aspetti, rappresentava una sorta di compromesso. Egli non rifiutò apertamente la formula «separato ma eguale» ma fece invece leva su di una controversa realtà sociologica per dimostrare che le scuole razzialmente segregate non potevano essere eguali proprio in virtù di tale segregazione. Egli neppure affermò che la Corte, con il suo comportamento, annullava la decisione del caso *Plessy*. Affermò semplicemente che se la decisione attuale si dimostrava in contrasto con il caso *Plessy*, allora la decisione precedente doveva essere annullata. L'aspetto più rilevante di tale compromesso, di ordine pratico, era però rinvenibile nel rimedio che l'opinione conteneva a beneficio degli attori. Esso non ordinava alle scuole degli stati del Sud di porre immediatamente fine alla segregazione razziale, bensì, con una frase che diventò emblema d'ipocrisia e di indugio, di porvi fine «con tutta la prudenza del caso».

La decisione fu estremamente controversa, il processo di integrazione razziale che ne seguì fu lento, e per ottenere qualche risultato importante furono necessarie molte altre battaglie giuridiche, politiche e persino fisiche. I critici della decisione della Corte suprema affermarono che la segregazione razziale, per quanto deplorevole dal punto di vista della morale politica, non era in contrasto con la Costituzione. Essi sostenevano che la frase *equal protection* di per sé non stabilisce se la segregazione razziale sia proibita o meno, che quei membri del Congresso e quei funzionari degli stati che avevano redatto, emanato e ratificato il Quattordicesimo Emendamento erano pienamente consapevoli dell'esistenza della segregazione razziale nell'ambito del sistema d'istruzione pubblica ma, evidentemente, pensavano che questo emendamento la rendesse perfettamente legale, e che la decisione della Corte suprema nel caso *Plessy* costituiva un precedente autorevole che non doveva essere annullato con troppa facilità.

Questi argomenti riguardavano i fondamenti propri del diritto costituzionale, e non la morale o i rimedi da apportarvi; molti tra coloro che li facevano propri erano concordi nel sostenere che la segregazione razziale era immorale e che la Costituzione avrebbe rappresentato un documento migliore se l'avesse proibita. Ma neppure lo erano gli argomenti di coloro che condividevano il parere della Corte suprema riguardo alla morale e al rimedio. Se come questione di diritto la Costituzione non proibiva la segregazione razziale ufficiale, allora la decisione del caso *Brown* altro non era che un emendamento costituzionale illecito, e solo pochi tra i sostenitori della decisione erano consapevoli di ciò. Questa controversia, come gli altri esempi che questo libro fornisce, fu combattuta su di una questione di diritto. Così almeno appariva dall'esame dell'opinione dei giudici, e agli occhi di coloro che la combatterono.

Teorie semantiche del diritto

[...]

I filosofi che insistono sul fatto che tutti i giuristi seguono determinati criteri linguistici nel giudicare le proposizioni giuridiche, hanno formulato, forse inconsapevolmente, numerose teorie che identificano questi criteri. Chiamerò l'insieme di queste teorie «teorie semantiche del diritto», tuttavia la denominazione stessa richiede un ulteriore approfondimento. Per lungo tempo i filosofi del diritto hanno presentato i loro risultati come definizioni del diritto. John Austin, per esempio, di cui descriverò brevemente la teoria, affermava di voler spiegare il «significato» del diritto. Quando i filosofi del linguaggio svilupparono teorie del significato più sofisticate, i filosofi del diritto si fecero più prudenti ed affermarono, invece, di voler descrivere «l'uso» dei concetti giuridici o, per dirla in altri termini, le circostanze che spingono i giuristi competenti a giudicare vere o false le proposizioni giuridiche. Ritengo che questo fosse più di un semplice cambiamento di presentazione; ad ogni modo, è mia intenzione includere nel gruppo delle teorie semantiche del diritto le teorie sull'«uso» e quelle precedenti che ingenuamente si proponevano di formularne la definizione.

Positivismo giuridico

Le teorie semantiche presuppongono che giuristi e giudici si servano essenzialmente di identici criteri (sebbene questi siano in gran parte nascosti ed irriconoscibili) per stabilire quando le proposizioni giuridiche sono vere o false; esse presuppongono anche che i giuristi riconoscano la validità delle basi del diritto. Queste teorie divergono sui criteri realmente condivisi dai giuristi e sulle basi stabilite da tali criteri. Gli studenti di diritto imparano a classificare le teorie semantiche secondo il seguente schema. Le teorie semantiche che hanno avuto maggiore influenza sostengono che i criteri comuni individuano l'origine della veridicità delle proposizioni giuridiche in alcuni avvenimenti storici specifici. Queste teorie positiviste, come vengono chiamate, sostengono la tesi del diritto come dato di fatto, secondo cui un disaccordo autentico su ciò che è diritto deve essere un disaccordo empirico riguardante la storia delle istituzioni giuridiche. Tuttavia, le teorie positiviste differiscono l'una dall'altra per l'importanza che attribuiscono agli eventi storici, e due sono le versioni che hanno particolarmente influenzato la giurisprudenza britannica.

John Austin, giurista e docente inglese del diciannovesimo secolo, riteneva che una proposizione giuridica acquista veridicità all'interno di una determinata comunità politica se comunica correttamente i comandi di una persona o di un gruppo sovrani in quella società. Egli definiva sovrani quella persona o gruppo i cui comandi vengono solitamente rispettati e che non ubbidiscono al comando di nessun altro. Questa teoria fu oggetto di intensi dibattiti all'interno della comunità accademica. I filosofi del diritto si chiedevano se alcune proposizioni giuridiche – riguardanti, per esempio, il numero di firme necessario per rendere giuridicamente valido un testamento – potessero essere considerate vere in virtù *dell'ordine* di una persona. (Dopo tutto, nessuno mi ha ordinato o vi ha ordinato di redigere un testamento, ancor meno un testamento valido.) Essi si chiedevano anche se un gruppo potesse essere considerato come sovrano in senso austiniano in una democrazia come gli Stati Uniti, dove la popolazione ha il potere di modificare radicalmente la forma di governo con una riforma della Costituzione. Tuttavia, sebbene la teoria di Austin si sia rivelata sotto certi aspetti incompleta, e nonostante siano state avanzate numerose proposte di miglioramento, l'idea centrale del filosofo, secondo cui il diritto è la risultante di decisioni storiche di persone che detengono il

potere politico, non ha mai perso la propria influenza sulla giurisprudenza.

Nella sua importante e fondamentale opera *Il concetto di diritto*, pubblicata per la prima volta nel 1961, H.L.A. Hart ha ripreso questa concezione. Hart rifiutava la teoria di Austin secondo cui l'autorità giuridica si fonda sull'abitudine ad obbedire ad un comando. Egli sosteneva che le vere basi del diritto dipendono dall'accettazione da parte dell'intera comunità di una regola suprema fondamentale (che egli chiamava «norma di riconoscimento») che conferisce ad individui o gruppi particolari l'autorità di imporre il diritto. In tal modo, le proposizioni giuridiche acquistano veridicità non tanto in virtù degli ordini di persone solitamente rispettate, quanto piuttosto in virtù i convenzioni sociali che derivano dall'accettazione da parte della comunità di un insieme di regole che conferiscono a queste persone o gruppi il potere di creare un diritto valido. Secondo Austin, la proposizione che stabilisce il limite di velocità in California a 55 miglia orarie è valida soltanto perché i legislatori che hanno emanato questa disposizione sono al potere; secondo Hart essa è valida perché la popolazione della California ha accettato, e continua ad accettare, il sistema dell'autorità in vigore nello Stato e nelle Costituzioni nazionali. Secondo Austin, la proposizione che impone ai conduceenti imprudenti di risarcire le madri che subiscono un danno nervoso sul luogo di un incidente è valida in Gran Bretagna perché coloro che detengono il potere politico hanno nominato i giudici loro luogotenenti e fanno tacitamente propri i loro ordini. Secondo Hart, questa proposizione è valida perché la norma di riconoscimento accettata dalla popolazione britannica converte in diritto le dichiarazioni dei giudici e al tempo stesso le rende giuridicamente soggette al potere di altri funzionari – i legislatori – che se lo desiderano le possono abrogare.

La teoria di Hart, così come quella di Austin, ha dato luogo ad un ampio dibattito tra coloro che ne condividono l'idea di fondo. In che cosa consiste l'«accettazione» di una norma di riconoscimento? Molti funzionari della Germania nazista ubbidivano agli ordini di Hitler come se questi si identificassero con il diritto, ma solo per paura di subire atti di rappresaglia. Ciò significa, forse, che essi accettavano la norma di riconoscimento che conferiva a Hitler il potere di legiferare? Se così fosse, la differenza tra la teoria di Hart e quella di Austin si assottiglierebbe, in quanto non si potrebbe distinguere fra un gruppo di persone che accetti una norma di riconoscimento ed uno che ubbidisci-

sca consapevolmente per timore di subire atti di rappresaglia. Al contrario, se l'accettazione richiede più di un semplice atto di ubbidienza, ne consegue che nella Germania nazista il diritto non esisteva, che nessuna proposizione giuridica era vera né in quel paese né in molti altri dove si affermava che il diritto, per quanto cattivo ed impopolare, esisteva realmente. Ed in questo caso, alla fine, la teoria di Hart non coglierebbe il significato che i giuristi attribuiscono alla parola «diritto». Gli studiosi si sono occupati di questo e di altri aspetti della teoria di Hart; ma ancora una volta, la sua idea di fondo, secondo cui la veridicità delle proposizioni giuridiche dipenderebbe in gran parte da modelli convenzionali in base ai quali si riconosce il diritto, ha incontrato un vasto consenso.

ALTRÉ TEORIE SEMANTICHE Nell'ambito della letteratura giuridica le teorie positiviste non sono state immuni da critiche; citerò altri due gruppi di teorie che vengono generalmente annoverate come critiche del positivismo giuridico. Il primo gruppo è rappresentato dalla cosiddetta scuola del diritto naturale, sebbene le varie teorie raggruppate sotto questa dicitura siano profondamente diverse l'una dall'altra, e questa non si adatti in particolare a nessuna di esse. Se analizzate come teorie semantiche [...] queste hanno in comune quanto segue: esse sostengono che i giuristi, per stabilire quali siano le proposizioni giuridiche vere, seguono in certa misura criteri morali, criteri quindi che non sono del tutto di natura fattuale. La teoria più estrema all'interno di questo gruppo insiste sul fatto che diritto e giustizia sono identici, e che quindi nessuna proposizione giuridica ingiusta può essere vera. Questa teoria estrema è poco plausibile da un punto di vista semantico poiché spesso le affermazioni dei giuristi stessi la contraddicono. Molti giuristi in Gran Bretagna e negli Stati Uniti sono convinti, per esempio, dell'ingiustizia della tassazione progressiva sul reddito, tuttavia nessuno di essi dubita del fatto che il diritto di questi paesi impone una tassazione di questo tipo. Alcune teorie meno estreme del «diritto naturale» sostengono soltanto che la moralità è attinente alla veridicità delle proposizioni giuridiche. Esse sostengono, per esempio, che quando un documento legislativo si apre ad interpretazioni diverse, come nel caso Elmer, o quando i casi precedenti non permettono di giungere ad alcuna conclusione, come nel caso della signora McLoughlin, l'interpretazione moralmente superiore rappresenta l'affermazione giuridica più accurata. Tuttavia,

anche questa versione più debole del diritto naturale non convince se la consideriamo come teoria semantica del significato che i giuristi attribuiscono alla parola «diritto»; il giudice Gray concordava con il giudice Earl nell'affermare che il diritto sarebbe stato migliore se avesse negato l'eredità ad Elmer, ma non concordava sul fatto che, per questo motivo, il diritto doveva negargliela.

Gli studenti apprendono che il secondo antagonista del positivismo è rappresentato dalla scuola del realismo giuridico. Le teorie realiste si svilupparono all'inizio di questo secolo, principalmente nelle Law Schools americane, ma con ramificazioni un po' ovunque. Dal punto di vista semantico, queste teorie sostengono che le regole linguistiche seguite dai giuristi attribuiscono alle proposizioni giuridiche un carattere strumentale e conferiscono loro un potere predittivo. L'interpretazione più accreditata sostiene che il significato esatto di una proposizione giuridica – ossia le condizioni che, secondo i giuristi, ne sosterranno la veridicità – dipende dal contesto. Se, per esempio, un avvocato informa un cliente che il diritto permette agli assassini di beneficiare di un'eredità, il cliente interpreterà questa affermazione come una predizione che tale sarà la decisione dei giudici che affronteranno tale questione. Invece, un giudice che sostenga questa tesi nell'esposizione della propria opinione, avanza una diversa ipotesi di previsione sul corso o sulla «linea di condotta» che il diritto seguirà nell'ambito generale delle sue decisioni. Alcuni realisti hanno espresso questi concetti con espressioni esageratamente scettiche. Essi affermavano che come tale il diritto non esiste, o che esso differisce a seconda di quello che il giudice ha mangiato a colazione. In altre parole, secondo i realisti non vi può essere diritto, ma solo diversi tipi di predizioni. Tuttavia, anche in quest'ottica il realismo come teoria semantica risulta poco plausibile. Infatti, non è raro – per non dire comune – che i giuristi pronostichino che i giudici interpreteranno il diritto in modo errato o che i giuristi stessi esprimano una loro valutazione sul diritto ed aggiungano di sperare e di aspettarsi che esso venga modificato.

DIPESA DEL POSITIVISMO Concentrerò ora la mia attenzione sul positivismo giuridico perché, come ho già avuto modo di sostenere, questa è la teoria semantica che sostiene la tesi del diritto come dato di fatto e l'asserzione che un autentico argomento giuridico deve essere di natura empirica e non teoretica. Se la teoria positivista è esatta,

l'esistenza di un disaccordo teoretico sulle basi del diritto nel caso *Elmer*, in quello *McLoughlin*, in quello dello *snail darter* e nel caso *Brown*, rischia di trasformarsi in qualche modo in un fatto che può indurre la discussione ad allontanarsi dal vero problema al centro dell'attenzione. In questi casi, le istituzioni giuridiche del passato non avevano espressamente stabilito il percorso da seguire né in un senso né nell'altro, e i giuristi che usavano la parola «diritto» secondo l'accezione positivista sarebbero stati concordi nel sostenere che non c'era alcun diritto da scoprire. Il loro disaccordo doveva vertere pertanto su ciò che il diritto dovrebbe essere. Tuttavia, possiamo riformulare questa conclusione in un senso contrario al positivismo. Infatti, per quale motivo giuristi e giudici dovrebbero simulare un disaccordo teoretico in casi come questi? Alcuni positivisti hanno pronta una spiegazione: i giudici tendono a simulare un disaccordo su ciò che è diritto perché il pubblico ritiene che il diritto non possa essere lacunoso, cioè che vi sia sempre un diritto, e che i giudici dovrebbero sempre rispettarlo. In quest'ottica, giuristi e giudici si alleano sistematicamente per non far emergere la verità in modo tale da non deludere le persone né alimentare il loro astio ignorante.

Questa risposta è poco persuasiva. Il motivo per cui tale simulazione dovrebbe essere necessaria o il modo in cui essa potrebbe realizzarsi restano senza spiegazione. Se i giuristi si dimostrano concordi nell'affermare che non esiste un diritto che regoli casi simili a quelli più sopra riportati, perché questa teoria non è ancora entrata a far parte della cultura politica comune? Ed in questo caso – cioè se la maggior parte delle persone ritiene che vi è sempre un diritto che i giudici devono rispettare – perché giuristi e giudici dovrebbero temere di correggere i propri errori nell'interesse di una prassi giuridica più onesta? Ma vediamo in che modo potrebbe realizzarsi questa simulazione. Non sarebbe forse facile per la parte lesa dimostrare che le basi del diritto non erano quelle universalmente riconosciute come corrette? E se è possibile simulare con tanta semplicità, non v'è motivo di continuare ad annoiarsi con questa sciarada. D'altra parte, dai nostri esempi neppure traspare che i giuristi o i giudici credessero nella validità di tale argomento in loro difesa. Numerose ragioni da essi avanzate in favore di un cambiamento o di un miglioramento del diritto sarebbero del tutto inadeguate; esse hanno senso solo in veste di argomenti riguardanti le azioni che i giudici devono compiere in virtù delle loro responsabilità per far rispettare il diritto come esso è.

La tesi che descrive Gray o Burger inclini alla riforma o ad un miglioramento del diritto, per esempio, è singolare: infatti entrambi ammettevano che il diritto dava adito a serie obiezioni in materia di equità e di saggezza. Essi sostenevano che il documento legislativo in questione doveva essere interpretato in un certo modo *nonostante* l'evidenza delle lacune che emergevano in seguito a quel tipo di interpretazione.

Tuttavia, una volta riconosciuto il tentativo di Gray di stabilire ciò che il diritto è e non ciò che doveva essere, il positivista deve anche riconoscere che le opinioni di Gray sulle basi del diritto erano controverse persino all'interno della sua corte. L'opposto punto di vista di Earl deve essere inteso anche come affermazione di ciò che prescrive il diritto – affermazione che stabiliva l'erroneità della tesi di Gray – e non come un'abile manovra per trasformare o modificare il diritto. Nel caso *McLoughlin*, i giudici della Corte d'Appello ritenevano che dal momento che i casi precedenti contemplavano soltanto il danno nervoso subito sul luogo di un incidente, non vi fosse alcun diritto che regolamentasse il danno subito lontano dal luogo dell'incidente, e che quindi, tutto considerato, fosse loro compito modificare o sviluppare il diritto nel miglior modo possibile. Questa non era certo l'opinione della Camera dei Lords, ed ancor meno quella di Lord Scarman che vedeva la propria sfera d'azione limitata dai principi della teoria dei precedenti. E noto che Lord Scarman era d'accordo con i giudici della Corte d'Appello nel sostenere che la concessione di un risarcimento in quelle circostanze avrebbe danneggiato la comunità. I diversi giudici che si pronunciarono sul caso della signora McLoughlin negavano la forza e la peculiarità della teoria dei precedenti come fonte del diritto, ed il disaccordo, per quanto sottile, riguardava ciò che doveva essere considerato diritto in quella circostanza e non il comportamento da adottare in sua mancanza.

Di fatto, nulla prova che, quando apparentemente vi è disaccordo sul diritto, giuristi e giudici tengano le dita incrociate con la speranza che in questo caso la loro responsabilità nel mentire sia in qualche modo alleviata. Non esiste alcun argomento in favore di questa visione del problema ad eccezione di quello prettamente elusivo secondo cui se la tesi del diritto come dato di fatto è valida, giuristi e giudici devono necessariamente simulare un dissenso che in realtà non esiste. Tuttavia, una difesa più sofisticata del positivismo ammette che i giuristi ed i giudici dei nostri esempi erano convinti del fatto che

il loro disaccordo vertesse sul diritto; allo stesso tempo, però, essa sostiene che per qualche altro motivo questa auto-descrizione non dovrebbe essere presa alla lettera. Questo nuovo argomento sottolinea l'importanza della distinzione tra un uso comune o centrale del termine «diritto», e un uso ai margini o in penombra. Esso sostiene che quando si servono del termine «diritto», giuristi e giudici seguono prevalentemente un'identica regola; di conseguenza essi accettano di comune accordo, per esempio, il limite di velocità imposto in California e la percentuale di base dell'imposizione fiscale in Gran Bretagna. Tuttavia, dal momento che le regole sull'uso delle parole non sono precise ed esatte, possono sorgere un'infinità di casi ai margini o in penombra in cui gli individui utilizzano gli stessi termini in accezioni diverse. Così, ad esempio, i giuristi possono attribuire un significato diverso alla parola «diritto» in quei casi marginali in cui solo alcune delle basi contemplate nella regola principale vengono applicate. Questo spiega, nell'ottica dell'argomento qui presentato, perché essi non trovano un accordo su casi controversi come quelli dei nostri esempi. Ciascuno si serve di una versione leggermente diversa della regola principale, e le differenze si evidenziano in particolare in questi casi. A questo proposito, prosegue il ragionamento, l'uso che facciamo della parola «diritto» non differisce dall'uso che facciamo di molti altri vocaboli che non sollevano alcun problema. Per esempio, siamo tutti d'accordo sul significato comune del termine «casa». Chi nega che le abitazioni uni-familiari situate sulle comuni strade urbane siano case, non capisce la lingua italiana. Ciò nonostante, esistono casi ai margini. Non tutti gli individui seguono esattamente un'identica regola; alcuni potrebbero sostenere che Buckingham Palace è una casa ed altri no.

Questa sottile difesa del positivismo colloca i casi da noi presentati in un'ottica diversa da quella della vicenda delle «dita incrociate». In base a questa nuova tesi, Earl e Gray e gli altri giudici e giuristi non intendevano ingannare il pubblico, né vi tentarono. Essi dissentivano su ciò che in quei casi doveva considerarsi diritto, tuttavia il loro disaccordo era «puramente verbale» così come è verbale il disaccordo se Buckingham Palace possa essere considerato una casa. Dal *nostro* punto di vista di critici, e sulla base di questa difesa del positivismo, è meglio considerare il loro argomento come un tentativo riguardante il rimedio, ovvero ciò che il diritto dovrebbe essere; potremo infatti comprendere più facilmente l'attività giuridica se utilizzeremo il ter-

mine «diritto» soltanto per delineare ciò che sta al centro di questo concetto, se lo utilizzeremo, cioè, per indicare soltanto quelle proposizioni giuridiche accettate da tutti come vere sulla base della regola principale sull'uso della parola «diritto», come avviene per le proposizioni del codice stradale. Tutto sarebbe molto più semplice se giuristi e giudici utilizzassero il termine «diritto» in questa accezione, e molti problemi verrebbero risolti alla radice se nessuno mettesse in discussione la corretta definizione di Buckingham Palace e se tutti attribuissero lo stesso significato al termine «casa» ogniqualvolta ne siano in grado. Il positivismo, alla luce di questa nuova tesi difensiva, rivela così un carattere sia descrittivo sia riformatore. Ed in ogni caso, tale difesa salvaguarda ancora la tesi del diritto come dato di fatto. Essa considera l'oggetto di ciascuno dei nostri esempi come un problema da risolvere (anche se i giudici, dal canto loro, concepiscono questa tesi difensiva in modo diverso) e ci invita a valutare le decisioni dei giudici chiedendoci in che modo questi ultimi dovrebbero sviluppare un nuovo diritto quando non è possibile risolvere un caso applicando le regole circa le basi del diritto accettate da tutti i giuristi.

La nuova vicenda, tuttavia, è per certi aspetti simile a quella delle dita incrociate: essa non spiega perché la professione legale abbia agito per così lungo tempo secondo quanto narrato da tale vicenda. Le persone dotate di buon senso non litigano per stabilire se Buckingham Palace sia effettivamente una casa; comprendono subito che non si tratta di un problema reale bensì di una scelta personale sull'uso di un vocabolo il cui significato non è rigidamente delimitato. Se quanto osservato per il termine «casa» vale anche per il termine «diritto», perché i giuristi dovrebbero continuare a discutere se il diritto conferisca effettivamente al ministro degli interni il potere di interrompere i lavori di una diga quasi terminata per salvare un piccolo pesce, oppure se proibisca la segregazione razziale nelle scuole? Come possono pensare di difendere una decisione fondamentalmente arbitraria come quella di utilizzare il termine in un modo piuttosto che in un altro? Come possono progettare di trasformare decisioni importanti sull'uso del potere dello stato in giochi di parole? Non serve dire che giuristi e giudici rischiano di ingannare se stessi perché l'oggetto della loro disputa è un altro: si tratta di una questione politica che vuole stabilire se al ministro degli interni debba essere concesso quel potere o se non sia opportuno proibire agli stati di ammettere la segregazione razziale nelle scuole. Abbiamo già avuto modo di

notare come numerosi degli argomenti che i giudici avanzano a conforto delle loro controverse teorie in materia di diritto non sono appropriati se rapportati a tali questioni più propriamente politiche. Per questo motivo, la nuova difesa del positivismo rappresenta una critica della prassi professionale più radicale di quanto possa sembrare. La difesa delle «dita incrociate» mostra come i giudici siano dei bugiardi bene intenzionati; la difesa dell’uso della terminologia ai margini della regola principale, invece, li rappresenta come dei semplici otti.

Quest’ultima, inoltre, non è solo offensiva: essa ignora una distinzione importante tra due tipi diversi di disaccordo, ossia la distinzione tra i casi ai margini e i casi esemplari o cardine. A volte le persone si contraddicono involontariamente esattamente come viene descritto dalla tesi dell’uso della terminologia ai margini della regola principale. Essi accettano di comune accordo il modo più corretto di applicare un determinato termine in quelli che considerano casi normali, ma utilizzano quello stesso termine in modo diverso in quelli che ritengono essere casi ai margini, come il caso di un palazzo. A volte, tuttavia, essi mettono in discussione la proprietà di una parola o di una definizione perché essi divergono sui criteri per l’uso corretto del termine in *tutte* le occasioni. Per capire meglio questa differenza, immaginiamo due argomenti oggetto di discussione tra i critici d’arte: la fotografia deve essere considerata una forma autonoma o una ramificazione dell’arte? Essi possono trovarsi d’accordo nello stabilire i modi in cui la fotografia corrisponde o meno alle manifestazioni «normali» universalmente riconosciute dell’arte quali la pittura e la scultura. Essi possono accettare di comune accordo il fatto che la fotografia non è a tutti gli effetti una forma d’arte così come lo sono invece queste altre attività; essi possono cioè essere concordi nel sostenere che la fotografia è, tutt’al più, un caso che si pone ai margini dell’arte. Infine, essi possono trovarsi d’accordo anche nell’affermare che la decisione di collocare la fotografia all’interno o all’esterno di questa categoria è del tutto arbitraria, che sarebbe necessario prendere questa decisione in un senso o nell’altro per comodità o facilità di esposizione, ma che in caso contrario non vi è interesse a discutere se la fotografia è «effettivamente» un’arte.

Consideriamo ora un dibattito di tipo completamente diverso. Un gruppo sostiene che (indipendentemente da altre opinioni altrui) la fotografia è arte a tutti gli effetti, e che qualsiasi altro diverso punto di vista dimostrerebbe di non aver compreso la natura intrinseca del-

l'arte. L'altro gruppo sostiene la tesi opposta: una piena comprensione del carattere dell'arte mostra come la fotografia non possa iscriversi al suo interno, e che le tecniche fotografiche sono del tutto estranee agli scopi dell'arte. In tali circostanze, sarebbe errato voler delimitare chiaramente l'argomento. Quest'ultimo verterebbe su ciò che l'arte propriamente detta è nella realtà; esso rivelerebbe che i due gruppi hanno idee ben diverse sulle ragioni per cui anche normali forme artistiche da entrambi riconosciute – quali la pittura e la scultura – possono rivendicare quel titolo.

Si potrebbe forse pensare che il secondo argomento illustrato sia del tutto irrilevante, espressione di una degenerazione del rigore della ricerca scientifica. Tuttavia, quale che sia la vostra opinione, gli argomenti di questo tipo esistono e sono diversi da quelli del primo tipo. Si potrebbe creare un grave malinteso se cercassimo di fondere i due argomenti o di sostenere che l'uno è soltanto un caso specifico dell'altro. La difesa «sofisticata» del positivismo frantende la pratica giuridica allo stesso modo. I giudici e i giuristi dei casi da noi citati come esempio non ritenevano di difendere pretese secondarie o ai margini del diritto. Il dissenso che li divideva riguardo la legislazione e la teoria dei precedenti aveva importanza fondamentale; gli argomenti da loro avanzati mostrarono che il loro disaccordo non mirava soltanto a stabilire se Elmer dovesse ricevere l'eredità del nonno, bensì a determinare perché un atto legislativo qualsiasi, compresi i codici stradali e il tasso del prelievo fiscale, impongano quei diritti e obblighi che tutti vi colgono; non mirava solo a stabilire se la signora McLoughlin dovesse ricevere il risarcimento dei danni subiti, bensì a determinare come e perché le decisioni precedenti modificavano il diritto del paese (*law of the land*). Essi non si trovavano d'accordo su ciò che rende profondamente e non solo superficialmente vera una proposizione giuridica. Tutti coloro che hanno discusso i casi nelle corti, nelle aule universitarie e nelle riviste di diritto, lo hanno fatto assumendoli come casi esemplari per mettere alla prova principi fondamentali dell'ordinamento e non come casi ai margini del diritto che necessitavano di qualche delimitazione più o meno arbitraria.

KARL OLIVECRONA

Il diritto e la forza^{*}

1. *L'uso attuale della forza all'interno dell'organizzazione statale*

In ogni comunità l'applicazione della forza avviene per opera di pubblici funzionari e si esplica principalmente attraverso le tre forme seguenti: misure di polizia contro eventuali disordini, applicazione delle sanzioni, ed esecuzione coattiva delle sentenze in materia civile. In ciascuno di questi casi si verifica il ricorso alla violenza fisica ed alla coercizione, sia pure come mezzo estremo. La forza viene impiegata non solo per sedare i tumulti pericolosi e per mantenere la pace e la tranquillità sociale, ma è anche uno strumento necessario per la regolare applicazione del diritto; in sede penale essa assume la forma della pena di morte e della reclusione, mentre in sede civile l'impiego della violenza fisica contro le persone rappresenta un'eccezione e si verifica soltanto in alcuni casi particolari, come ad esempio quando l'occupante venga privato del possesso con la forza e nel caso dell'imprigionamento per debiti. Tuttavia non bisogna dimenticare che la forza fisica sta alla base di qualsiasi procedimento esecutivo. I beni del debitore gli vengono sottratti mediante la coercizione se egli non li consegna spontaneamente per estinguere il suo debito. Persino nell'ambito del diritto amministrativo si può avere, se necessario, il ricorso alla forza. In tutto il dominio del diritto le disposizioni legislative vengono, in ultima analisi, applicate per mezzo della forza fisica e della violenza.

Occorre tuttavia notare che la violenza viene tenuta il più possibile nell'ombra. Quanto più è nascosta, tanto meglio la macchina

* Da K. Olivecrona, *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castiglione, Milano, Giuffrè, 1967.

della giustizia riesce a funzionare, dolcemente e senza scosse. Molti Stati moderni sono riusciti ad ottenere a questo proposito dei risultati che hanno del prodigioso, se si tien conto della natura degli uomini. In condizioni normali l'uso manifesto della violenza nel senso vero e proprio della parola è così ridotto da passare quasi inosservato.

Un simile stato di cose tende a creare la convinzione che il diritto rifugga dalla violenza, o quantomeno che quest'ultima abbia un'efficacia secondaria. Ma si tratta di una illusione fatale. Una delle condizioni essenziali per ridurre l'impiego della violenza a tali limitate proporzioni è proprio la possibilità da parte dei pubblici poteri di disporre di una forza organizzata molto superiore a quella degli eventuali oppositori e trasgressori delle leggi. Ed è precisamente questo che si verifica negli Stati moderni. Coloro che vanno contro le leggi sono già consapevoli in partenza della inutilità di qualsiasi resistenza nei confronti delle forze dell'ordine. È vero che il numero degli uomini che hanno il compito di applicare la forza è relativamente esiguo: ma essi fanno parte di una vasta organizzazione e inoltre in ciascun caso particolare si trovano a fronteggiare pochi individui. Se il pericolo proviene da un gruppo numeroso di elementi sovversivi entreranno allora in gioco le forze militari, il cui ruolo è analogo a quello della totalità della flotta che viene raramente usata al completo in combattimento aperto, ma che tuttavia domina i mari.

Nelle pagine che seguono userò il termine «forza» per indicare sia la violenza fisica vera e propria, sia l'influenza esercitata da quella concentrazione potenziale di forza organizzata che può, in caso di necessità, tramutarsi in effettiva violenza fisica. Il problema che intendo affrontare è la individuazione del ruolo esplicato dalla forza intesa in questo duplice senso all'interno del diritto.

2. *La contrapposizione diritto-forza*

Secondo una antica e ben nota tradizione il diritto e la forza vengono considerati come due opposti: la forza in quanto tale viene contrapposta al diritto. Ma se si tiene conto dell'impiego estensivo che viene fatto della forza, sotto il nome di diritto, da parte dell'organizzazione statale, tale contrapposizione appare illusoria e non rispondente alla realtà. L'applicazione del diritto nella vita concreta implica sempre un certo grado di forza, sia pure di una specie particolare:

quella che viene usata contro i criminali, i debitori ed altri ancora secondo le direttive impartite dal legislatore, è infatti una forza regolata ed organizzata. Ma nella sostanza non è possibile distinguerla dalla forza in genere. Il ladro e l'assassino usano la forza per commettere i loro delitti: ma non si può negare che la stessa forza viene diretta contro di loro al momento della punizione.

Il falso contrasto tra diritto e forza deriva da una concezione metafisica del diritto, dal diritto inteso come un potere sovrannaturale, come un potere vincolante che crea ed impone dei doveri. Questo potere vincolante superiore opposto alla forza, cioè al potere concreto.

Non appena ci si rende conto che il diritto non è altro che un insieme di fatti sociali, l'intera distinzione svanisce nell'aria. Il diritto include la forza, o meglio, in ogni Stato esiste un'organizzazione poderosa della forza che lavora secondo quelle regole che sono chiamate diritto. Per mezzo di tale organizzazione altre forme di forza vengono tenute a freno. La forza organizzata appare in una luce molto diversa da quella illegale: essa è sostenuta dall'opinione pubblica e circondata da un tradizionale senso di rispetto, perché è un elemento necessario per il nostro benessere e la nostra stessa esistenza. Ma è evidente che *tutte* queste considerazioni non alterano la sua natura oggettiva.

3. *È il diritto «garantito» dalla forza?*

La concezione metafisica del diritto è assunta come presupposto anche nel caso in cui si affermi che esso è «garantito» dalla forza. Infatti quale potrebbe essere il significato della parola diritto usata in tale contesto, se non quello di diritto in senso metafisico, che include cioè un potere ideale e sovrannaturale? Non sarebbe possibile sostenere che sono gli imperativi indipendenti in quanto tali ad essere garantiti dalla forza, che sono queste espressioni e le rappresentazioni di situazioni e azioni immaginarie da esse provocate ad essere protette, ad esempio, dalle misure di sicurezza adottate dalla polizia.

Da un punto di vista realistico è evidente che ciò che viene garantito dalla forza organizzata è un certo stato di fatto esistente nella società: tranquillità e pace in genere, una certa distribuzione della terra e della proprietà, e così via. Tale situazione è la conseguenza dell'uso continuo della forza entro gli schemi stabiliti dal diritto, e non

potrebbe venire conservata senza di esso. In questo senso è vero che è garantita dalla forza. Ma si tratta di una situazione, di uno stato di fatto, non del diritto: il diritto è qualcosa di diverso, è un insieme di norme che stabiliscono, secondo l'opinione tradizionale, come *deve* essere la situazione di fatto. Questo insieme di norme appare come provvisto di un potere vago ed indefinito, che risiede nella loro altrettanto misteriosa forza vincolante, e che è in definitiva il potere di creare diritti e doveri. Dire che il diritto è garantito dalla forza, in realtà significa dire che è questo potere che viene sorretto dall'impiego della forza.

È la stessa concezione che si manifesta nel modo di dire corrente che i *diritti* sono *protetti* dalla forza. L'espressione «diritto» non si riferisce alla posizione di favore di cui gode d'abitudine il titolare del diritto stesso, ma anche qui come sempre ad un potere immaginario, e si ritiene, sia pure in modo alquanto nebuloso, che esso venga protetto per mezzo delle sanzioni. Poiché il potere in questione esiste soltanto nell'immaginazione, non può in alcun modo venire protetto nel mondo reale. Ciò che si verifica è che si viene a creare una situazione di favore a vantaggio del titolare del diritto, come conseguenza dell'applicazione regolare della forza secondo le leggi. In altri termini il funzionamento della macchina della giustizia porta, nella maggioranza dei casi, ad una modificazione della realtà oggettiva in corrispondenza del potere immaginario. Ma questa è una cosa molto diversa dalla protezione effettiva di un potere inesistente. In conclusione, dire che la forza protegge dei diritti realmente esistenti equivale a dare una rappresentazione deformata della funzione e del ruolo della forza stessa.

4. *La distinzione tra norme primarie e norme secondarie*

In base all'idea che il diritto sia garantito dalla forza, si suole distinguere sia nel diritto penale che in quello civile tra due specie di norme, poste a livelli differenti: norme primarie o sostanziali, e norme secondarie. Le norme primarie sono quelle che stabiliscono i diritti e i doveri dei cittadini, dichiarando ad esempio che il compratore *acquista* il diritto di proprietà sulla cosa oggetto del negozio, o che il delitto e il furto sono proibiti. Le norme secondarie invece sono quelle che determinano le sanzioni che devono essere applicate in caso di

violazione delle norme primarie. Esse sono rivolte al giudice e ad altri pubblici ufficiali, e impongono al primo di decidere in merito alla sanzione, e ai secondi di eseguirla [...].

Ciò che conta è stabilire se tale divisione si fondi o no su di una differenza reale. La struttura del sistema giuridico giustifica oppure no la differenziazione delle norme in due gruppi posti a livelli diversi?

La risposta è negativa. Sia il diritto civile sia quello penale sono composti da norme che regolano al tempo stesso tanto la condotta dei privati quanto quella dei pubblici ufficiali. I legislatori si propongono lo scopo di imporre un certo comportamento agli uomini, e il mezzo indispensabile per raggiungere tale obiettivo consiste nell'emanazione di norme che regolino l'uso della forza da parte dei membri della organizzazione statale.

Quando il diritto civile stabilisce i diritti e i doveri dei cittadini non si limita ad indicare un certo modello di comportamento al pubblico in genere, ma *prescribe* anche il modo in cui devono essere risolte le controversie. Ora il significato di una sentenza, in quanto dà luogo a delle misure esecutive o ne esclude l'applicazione, consiste essenzialmente nel determinare le modalità dell'uso della forza in quel caso particolare. Il diritto civile quindi è un insieme di norme concernenti al medesimo tempo sia l'uso della forza da parte dei pubblici funzionari sia la condotta dei privati cittadini. Lo stesso dicasi del diritto penale.

Si capisce facilmente il motivo per cui le regole di condotta per i privati non sono formulate come norme prudenziali del tipo «se vuoi evitare la tale sanzione devi comportarti in un dato modo». Il legislatore non vuole che gli uomini rispettino le leggi soltanto per timore della sanzione. Occorre fare in modo che essi sentano il dovere *incondizionato* di obbedire alle norme, e a tale scopo viene usata la forma imperativa. Ma ciò non deve oscurare il fatto che si tratta in sostanza di regole concernenti l'uso della forza.

L'illusione che le norme primarie abbiano un significato indipendente dall'impiego della forza, si basa in ultima analisi sulla convinzione che esse siano veramente in grado di conferire un'esistenza reale a quei diritti e doveri di cui parlano. Questo è il motivo per cui si attribuisce loro un effetto peculiare, completamente svincolato dall'uso della forza. Secondo l'opinione corrente i diritti vengono in essere non appena si verificano i fatti previsti dalla legge. Essi sono antecedenti all'eventuale uso della forza per la loro «protezione».

Ora questo supposto effetto delle norme primarie è illusorio, perché in realtà non si dà luogo alla creazione di nessun diritto e di nessun dovere. Le norme esercitano semplicemente un'influenza psicologica sugli uomini, privati cittadini o pubblici funzionari. Le idee di diritti e di doveri sono usate come mezzi per descrivere le azioni desiderate, ed influenzare così i sentimenti degli uomini. Soltanto queste idee sono reali, e i poteri e vincoli immaginari chiamati diritti e doveri non hanno alcuna esistenza oggettiva. Concludendo, non è possibile da un punto di vista rigorosamente scientifico sostenere la distinzione tra norme primarie e norme secondarie sulla base del presupposto che alcune norme, a differenza di altre, diano origine a dei diritti e a dei doveri obiettivamente esistenti.

5. Le norme giuridiche come regole sull'uso della forza

Se ciò che abbiamo detto finora è vero, allora i modi tradizionali di definire il rapporto tra il diritto e la forza devono venire abbandonati. In una concezione realistica è impossibile sostenere che il diritto è garantito o protetto dalla forza. La situazione reale è che il diritto – vale a dire l'insieme delle regole chiamate diritto – si compone principalmente di norme sull'uso della forza.

[...] Nel diritto amministrativo si incontra un gran numero di norme che non riguardano direttamente l'uso della forza (ad esempio quelle sulla educazione e la salute pubblica, sulle comunicazioni, ecc.). In alcuni casi la forza è necessaria anche in questo campo, ma la maggior parte delle norme di diritto amministrativo viene applicata dai pubblici ufficiali con altri mezzi. Tuttavia anch'esse presuppongono l'esistenza della forza organizzata e applicata in base alle norme del diritto civile e penale. Per quanto grande sia l'importanza che esse hanno assunto nella nostra epoca devono venire considerate come un'appendice del corpo centrale costituito dalle norme che regolano l'uso della forza. Si può aggiungere che la costituzione è composta in parte da norme che riguardano l'uso della forza solo indirettamente (quelle sul modo di creazione delle leggi civili e penali), e in parte da norme che se ne occupano direttamente (vale a dire quelle sul comando delle forze, armate e della polizia).

6. *La necessità della forza organizzata*

È certo che la vita sociale si deve basare sul diritto. Ma non su di un diritto concepito in senso metafisico, cioè su di un diritto immaginario che stia al di sopra dei fatti con la sua «forza vincolante». La vita sociale si basa sul diritto concreto, sul diritto come fatto, sul diritto inteso nella sua accezione più ampia, comprendente cioè anche la forza organizzata per mezzo delle regole giuridiche, le quali costituiscono il diritto in senso stretto.

Questa forza organizzata costituisce l'ossatura, la spina dorsale della comunità, ed è assolutamente necessaria. Non è possibile concepire una società – perlomeno nel mondo attuale – che non si basi sull'organizzazione della forza. Senza di essa non si avrebbe la minima sicurezza neppure della propria vita ed integrità fisica. Le riserve latenti di odio, di sete di vendetta e di illimitato egoismo presenti negli uomini esploderebbero immediatamente in maniera distruttiva, se non fossero tenute a freno dalla presenza di una concentrazione di forza di gran lunga superiore a quella di qualsiasi singolo individuo o associazione privata. Gli uomini hanno bisogno della coercizione per vivere insieme pacificamente: ma la coercizione su di una scala così grande presuppone una forza invincibile.

Anche la divisione della proprietà non potrebbe essere mantenuta senza l'intervento della forza; è sufficiente una sia pur minima esperienza della lotta senza quartiere che si svolge incessantemente tra gli uomini per la potenza, il danaro o anche soltanto per la pura sopravvivenza, per rendersi conto della necessità imprescindibile della forza se si vuole mantenere la distinzione tra il tuo e il mio. La struttura economica esistente verrebbe inevitabilmente distrutta mediante uno sfrenato saccheggio se non fosse protetta dalla forza. Il potere effettivo di cui godono i proprietari terrieri, i creditori, i dirigenti delle grandi compagnie, gli azionisti ecc., dipende in modo diretto dall'applicazione continua della forza secondo le leggi, è una conseguenza del regolare funzionamento della macchina della giustizia nel suo complesso e cesserebbe immediatamente qualora quest'ultima si arrestasse.

Ma non è soltanto in una società a struttura capitalistica che la forza è necessaria per garantire la stabilità della proprietà. Anche se tutto appartenesse allo Stato, cioè se il complesso dei beni e della ricchezza sociale fosse sotto il diretto controllo dei funzionari pubblici,

essi non sarebbero in grado di svolgere il loro compito se non potessero disporre di una forza di molto superiore a quella di un qualsiasi individuo.

È parimenti un'illusione ritenere che l'*eguale* distribuzione della proprietà renderebbe superfluo l'impiego della forza. Anche se per ipotesi si potesse definire la nozione di egualanza in modo razionale ed accettabile da tutti e se si procedesse ad una distribuzione della proprietà secondo il modello così costruito, ciò nonostante la coercizione continuerebbe ad essere indispensabile. La nostra è una affermazione che non è sorretta dall'esperienza, in quanto finora una simile situazione non si è mai verificata: ma possiamo formularla egualmente con la più grande sicurezza, perché si basa su alcune considerazioni di psicologia elementare. Non c'è nessun motivo di credere che, se non vi fossero costretti, gli uomini accetterebbero docilmente una simile divisione della proprietà senza cercare di modificarla. Non è possibile sradicare dall'animo di ciascun uomo il desiderio di possedere ricchezza e potere in misura maggiore degli altri. Anzi sarebbe probabilmente più difficile mantenere una distribuzione *eguale* che non una ineguale della ricchezza, perché ciò presupporrebbe una limitazione finora impensabile dell'egoismo dei membri più forti, più coraggiosi e più intraprendenti della società.

Non abbiamo certo bisogno di ricorrere all'immaginazione per raffigurarci la situazione che si verrebbe a creare se il diritto non consistesse essenzialmente in un insieme di norme sull'uso della forza organizzata. Il campo internazionale ce ne offre un esempio esauriente. Il cosiddetto Diritto delle Nazioni è un diritto di questo tipo. [...]

L'assoluta necessità della forza organizzata per l'esistenza della società è dunque indiscutibile. Ma come agisce in pratica questa forza, in che modo esercita la sua influenza sulla vita sociale e attraverso quali mezzi, quali vie controlla le nostre azioni? Nelle pagine che seguono tenterò di passare in rassegna gli elementi principali di questo problema tanto complesso. Il punto centrale concerne le relazioni tra l'impiego regolare della forza e gli standard morali prevalenti. Prima però è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che i risultati più importanti dell'impiego della forza non sono da ricercarsi tra i suoi effetti immediati, bensì tra quelli mediati e indiretti.

7. *Gli effetti indiretti dell'uso della forza*

L'effetto immediato dell'impiego della forza consiste nella sofferenza inflitta ad un certo numero di persone che vengono imprigionate o punite in altri modi, oppure private del godimento e della proprietà di alcuni beni. Inoltre l'applicazione delle sanzioni procura soddisfazione agli altri membri del corpo sociale, appagandone l'istinto di vendetta e assicurando loro il pagamento dei crediti e l'adempimento delle obbligazioni. Tutti questi effetti immediati sono indubbiamente importanti per le persone interessate: ma sarebbe un grave errore ritenere che essi esauriscano l'importanza e il compito sociale della forza organizzata. Aderire a tale opinione equivarrebbe a capovolgere l'intera questione. L'uso continuato della forza ha effetti a lunga portata che vanno ben al di là e che rivestono una importanza molto più grande di quelli risentiti dalle persone direttamente implicite.

Ritenere che il significato sociale della forza organizzata consista soltanto negli effetti immediati delle sanzioni in un certo numero di casi individuali, implica partire dal presupposto che la condotta degli uomini in genere non sia affatto influenzata dalla esistenza di tale forza. Il che equivale a credere che gli uomini vivano in pace tra di loro e obbediscano alle leggi per motivi che non hanno niente a che vedere con l'intervento della coercizione. Le sanzioni si renderebbero necessarie solamente perché di tanto in tanto si verificano dei casi di comportamento illecito, e avrebbero la funzione di «restaurare la giustizia» e di «riparare ai torti» in tali occasioni sporadiche e individuali.

Ora questo è un grave errore. Per valutare nel suo giusto peso l'efficacia sociale della forza organizzata occorre guardare al di là delle sanzioni individuali e prenderne in considerazione gli effetti generali sulla comunità nel suo complesso, vale a dire sulla condotta di tutti gli associati.

Gli effetti immediati delle sanzioni individuali hanno relativamente poca importanza a paragone della pressione psicologica che l'esistenza della forza organizzata esercita sugli animi. La generale consapevolezza del fatto che una forza di gran lunga superiore a quella di qualsiasi individuo singolo viene regolarmente ed ininterrottamente applicata secondo il diritto esercita un'influenza di notevolissima portata su tutta la nostra condotta. Essa costituisce uno degli

elementi base su cui costruiamo la nostra intera esistenza. Ogni individuo è costretto a tener conto dell'applicazione continua della *forza*, applicazione che non dipende assolutamente dai suoi desideri, allo stesso modo in cui non può fare a meno di prendere in considerazione le condizioni climatiche del paese in cui vive o i mezzi di sussistenza che esso gli offre. Una totale noncuranza delle leggi – e si è visto come il diritto non sarebbe altro che un vuoto insieme di parole se non implicasse l'impiego della forza – sarebbe altrettanto pazzesca quanto indossare alla latitudine di Stoccarda gli stessi vestiti che usano gli abitanti delle isole del Pacifico. In realtà non ci soffermiamo a riflettere sulla necessità o meno di adeguarci alle prescrizioni della legge, così come non riflettiamo sulla necessità di indossare abiti adeguati. Tale necessità si fa sentire in maniera così imperiosa che non vi è in pratica nessuna possibilità di scelta.

Questa immensa pressione che si esercita su milioni e milioni di persone e che serve a trattenere le loro azioni entro certi limiti è infinitamente più importante per la vita sociale che non gli effetti immediati della applicazione delle sanzioni. Le sofferenze di alcune migliaia di criminali, i sia pur numerosi trasferimenti di proprietà dai debitori ai creditori, sono cosa di poco conto di fronte al fatto che gli uomini normalmente si astengono dal compiere quelle azioni che la legge qualifica come crimini, pagano i loro debiti e così via.

Questa influenza indiretta della forza organizzata viene invece facilmente sottovalutata, a causa di molteplici motivi. Specialmente nella giurisprudenza e nella filosofia del diritto l'attenzione si concentra soprattutto sulla sanzione presa isolatamente, mentre le conseguenze indirette vengono lasciate più o meno in ombra. La ragione principale di tale modo di pensare alquanto limitato dipende dal fatto che noi non siamo per niente convinti che la paura delle sanzioni sia il motivo principale della nostra obbedienza alle leggi. È opportuno perciò dedicare un'analisi approfondita al ruolo effettivo giocato dal timore delle sanzioni nella nostra condotta.

8. *Il timore delle sanzioni*

Se analizziamo i nostri sentimenti riguardo ai motivi che ci spingono ad obbedire alle leggi non troveremo di certo in primo piano il timore delle sanzioni. Questo vale soprattutto per ciò che riguarda le

norme fondamentali del diritto civile e penale. Altri motivi di diversa natura ci balzano incontro, almeno ad un primo approccio¹.

Si prenda ad esempio l'omicidio: se ci chiediamo il perché non commettiamo questo gravissimo crimine anche quando abbiamo buoni motivi per desiderare la morte di qualcuno, la risposta non sarà sicuramente «perché abbiamo paura della punizione». Anzi di primo acciò non pensiamo affatto al castigo. È l'atto in se stesso che ci ispira un tale orrore da farci apparire addirittura inconcepibile l'idea di compierlo. Non ci sembra neppure di essere posti dinanzi ad una scelta. L'omicidio è fuori questione, non rientra affatto nei nostri pensieri come una possibilità reale. Non nego naturalmente che ogni tanto qualcuno, in special modo se si tratta di individui nevrotici, possa sperimentare delle fantasie più o meno vaghe esprimenti desideri delittuosi. Ma nella realtà concreta l'omicidio vero e proprio non viene considerato in linea di massima come un comportamento possibile, tanto che non ci si sofferma neppure a misurarne i vantaggi e gli svantaggi. In conseguenza di tutto ciò il timore delle sanzioni non figura assolutamente come il motivo che ci impedisce di attentare alla vita altrui.

Allo stesso modo la paura della prigione non ci sembra per nulla il motivo che ci trattiene dal derubare il nostro prossimo. Non rubiamo per la semplice ragione che si tratta di una azione disonesta. Il furto normalmente non è contemplato nel novero delle azioni in cui si possa o meno concretizzare la nostra condotta, e perciò quando ci asteniamo dal toccare la proprietà altrui non proviamo affatto l'impressione di stare effettuando una scelta.

¹ Un motivo per cui gli effetti indiretti del diritto sono tanto trascurati è che il rapporto esistente tra il diritto stesso e le nostre azioni di ogni giorno nella maggior parte dei casi non è un rapporto diretto. Solitamente si interpongono uno o più anelli di congiunzione. Noi d'abitudine non impariamo le leggi a memoria per poter regolare il nostro comportamento secondo le loro prescrizioni, né consultiamo ogni giorno gli avvocati. L'influenza del diritto ci raggiunge attraverso molte altre vie. Una di queste è l'educazione che abbiamo ricevuto. Un'altra la stampa. Noi impariamo molto su ciò che è permesso o proibito attraverso i giornali. Talvolta viene usata la propaganda per divulgare qualche nuovo complesso di norme, ad esempio delle nuove regole sul traffico. Inoltre imitiamo le abitudini che si sono formate sulla base di qualche legge. Numerose abitudini di questa specie si sono sviluppate e sono state acquisite soprattutto nel campo del commercio e dell'industria. Facciamo anche uso di forme standardizzate per i contratti, le cambiali, ecc. Come si vede i canali di informazione sono perciò numerosi.

Tuttavia l'esame introspettivo su cui si basano le considerazioni fatte finora non è sceso abbastanza in profondità. È vero che il timore delle sanzioni non è apparso come il motivo immediato della condotta conforme alle leggi, ma questo non esclude affatto la possibilità che le sanzioni, o meglio la consapevolezza che esse vengano regolarmente applicate secondo le norme, non eserciti una influenza molto profonda sul nostro atteggiamento nei confronti delle norme stesse. Anzi sarebbe molto strano se ciò non si verificasse. Come potremmo sfuggire alla influenza del complesso meccanismo della forza organizzata che era già in funzione al momento della nostra nascita, e che ci ha circondato e continuerà a circondarci durante l'intero corso della nostra esistenza? Senza dubbio esso deve imprimere delle tracce profonde sul nostro animo. Ma il suo effetto non consiste esclusivamente nell'ispirare timore, e inoltre non è detto che anche quando il timore gioca un ruolo importante questo fatto sia riconosciuto.

Innanzi tutto il timore delle sanzioni non è mai totalmente assente dai nostri rapporti con il diritto, anche quando non costituisce il motivo immediato della sua osservanza. Basta pensare ad esempio alla preoccupazione dei genitori di instillare nei bambini il principio dell'obbedienza alle leggi. Si tratta di una preoccupazione di carattere esclusivamente morale? O non è invece più probabile che il timore delle conseguenze provocate da una condotta illegale giochi una parte considerevole? Se si tiene conto di quanto strenua sia la lotta per guadagnarsi e mantenere delle condizioni di vita decenti ed una buona reputazione, non è possibile negare che la paura delle sanzioni abbia un'importanza di primo piano nella nostra condotta.

Questo tuttavia non significa sostenere che noi viviamo costantemente sotto l'oppressione di un continuo senso di paura provocato dall'esistenza della forza giuridicamente organizzata. La situazione psicologica normalmente è molto diversa. La mente umana è dotata di una adattabilità meravigliosa: dato che sarebbe intollerabile vivere sotto l'assillo costante della paura, noi cerchiamo, più o meno consapevolmente, di evitare tale situazione adattandoci al modo di vivere richiesto dalle leggi.

Per sfuggire all'incubo della paura noi dobbiamo non soltanto astenerci dal compiere quegli atti illeciti che provocherebbero subito l'intervento della forza pubblica, ma addirittura bandire dalla nostra mente anche la semplice rappresentazione di tali atti. Occorre sottolineare l'importanza di questo punto. Se noi lasciassimo la nostra im-

maginazione libera di trastullarsi con le idee di azioni criminose (ad esempio con idee di vendetta o di arricchimento), subito verrebbe evocata anche la paura, perché l'idea della violazione delle leggi è strettamente connessa con quella della sanzione eseguita da una forza superiore ed irresistibile. La paura si innalza come una barriera contro la violazione delle leggi. Ma è evidente che non possiamo vivere alimentando da un lato dei desideri illegali, e combattendoli dall'altro lato con la paura. Ne seguirebbero degli effetti negativi ed altamente distruttivi sulla personalità, non potremmo resistere a lungo senza mettere a repentaglio il nostro equilibrio mentale, perché la tensione interna sarebbe insostenibile. Di conseguenza è necessario scacciare dalla mente i pensieri pericolosi: anche se non riusciamo ad eliminarli completamente occorre fare in modo che essi rimangano nella sfera dei castelli in aria, più o meno tagliati completamente fuori dalla vita quotidiana.

In questo modo si spiega come mai il timore delle sanzioni riesca ad esercitare un'influenza risolutiva sulla condotta umana senza tuttavia venire sperimentato in modo continuo e diretto. La paura rimane alla soglia della coscienza, pronta a fare la sua apparizione non appena si presentino dei desideri criminosi. La pace interiore dipende sia dall'assenza dei desideri delittuosi sia da quella della paura. Noi cerchiamo tale pace interiore istintivamente, e nel complesso si può dire che riusciamo a raggiungerla. È la nostra stessa struttura psicologica che lo richiede. Non sarebbe possibile neutralizzare la paura soltanto calcolando le probabilità di rimanere impuniti: tali calcoli non vanno mai esenti da un certo grado di incertezza. Una tranquillità interiore sicura nei confronti del diritto presuppone necessariamente che il nostro animo sia del tutto sgombro da quei pensieri che sono atti a suscitare il timore della punizione.

È superfluo aggiungere che questo risultato può essere conseguito soltanto se si verificano determinate condizioni. Innanzitutto ci devono essere delle ragioni generalmente accettate e condivise dalla maggioranza della popolazione che giustifichino l'applicazione delle sanzioni a determinati tipi di condotta. In caso contrario non sarebbe possibile allontanare l'assillo della paura. Infatti se viene a mancare questo consenso unanime sulla desiderabilità o meno di colpire certi comportamenti, si produce una frattura interna degli animi: numerose azioni ufficialmente dichiarate illegali si presenteranno agli uomini in una luce allettante, o potranno persino venire compiute per

motivi di risentimento o di orgoglio o simili. E contemporaneamente la paura del castigo sarà avvertita in modo immediato.

Quando una situazione psicologica del genere si è diffusa tra una parte abbastanza numerosa della popolazione, il regime politico esistente può a ragione venire considerato terroristico. Esso è caratterizzato dal fatto che il motivo immediato e dominante dell'obbedienza alle leggi consiste esclusivamente nella paura delle sanzioni. È ben noto a quale grado di crudeltà e di implacabilità debba arrivare un regime terroristico per riuscire a mantenersi in vita. La paura di per sé è una barriera insufficiente se non è sostenuta da misure drastiche ed inesorabili. Ma il successo ottenuto con tali procedimenti non è affatto certo, e in ogni caso è pagato a caro prezzo. Non mi riferisco soltanto alle sofferenze di coloro che vengono colpiti dalle punizioni: occorre includervi anche un indebolimento continuo dell'equilibrio mentale della popolazione che provoca a lungo andare un conseguente cedimento della struttura dello Stato.

Non credo sia possibile trovare un regime che sia terroristico al cento per cento: un simile stato di cose non potrebbe durare che per un periodo di tempo molto breve. In realtà anche nei regimi cosiddetti del terrore il nucleo centrale delle leggi, in special modo le norme fondamentali del diritto civile e penale, viene rispettato senza che il timore delle sanzioni costituisca il motivo immediato dell'obbedienza. La paura svolge questa funzione soltanto rispetto ad alcune parti dell'ordinamento giuridico, e precisamente a quelle che riguardano la sfera politica: e anche in tale campo i governi compiono grandi sforzi per ridurne l'importanza per mezzo della propaganda.

9. *I sentimenti morali e il diritto*

Non è necessario aggiungere altro a proposito del timore delle sanzioni. Si è visto come l'assenza relativa della paura in condizioni normali non significhi che essa sia priva di importanza nei confronti della condotta giusta degli uomini in genere. Al contrario è stato dimostrato che la sua influenza è molto forte, benché sia soprattutto indiretta e quindi sfugga facilmente ad una osservazione superficiale.

La pressione psicologica della forza organizzata assume anche forme diverse da quella appena descritta, e in modo particolare si esplica attraverso l'influenza che esercita sulle nostre valutazioni morali.

Come è stato osservato in precedenza, i nostri motivi immediati di obbedienza alle leggi rivestono quasi sempre carattere morale. Ci asteniamo dal compiere le azioni criminose innanzi tutto perché tali atti ci appaiono ingiusti. Inoltre sentiamo come un dovere morale l'obbligo di rispettare la parola data, di comportarci come richiedono le norme del diritto civile, di portare fedeltà e obbedienza alle autorità legittime, e infine di rispettare le leggi semplicemente perché sono leggi, anche se il loro contenuto ci è moralmente indifferente. Ora tutte queste idee morali sono in larga misura plasmate dal diritto, vale a dire dall'uso regolare della forza secondo le leggi.

[...] Si potrebbe, è vero, suggerire l'ipotesi che la relazione tra il diritto e le idee morali sia esattamente l'opposto di quella da noi prospettata: e cioè che siano le idee morali il fattore primario, e che il diritto tragga da esse la sua ispirazione. In effetti questa è la posizione generalmente accettata dalla giurisprudenza e dalla filosofia del diritto: le regole fondamentali del diritto sono concepite come fondate sulla «giustizia». Tale affermazione può significare soltanto due cose: o che esse si fondano su di una giustizia astratta, esistente *in nubibus*, oppure che il diritto dipende dalle idee che gli uomini hanno sulla giustizia. Ambedue queste posizioni sono errate.

Non credo sia necessario soffermarsi a motivare il rifiuto della teoria che fonda il diritto sulla giustizia astratta: è evidente che si tratta di pura superstizione. Rimane invece da discutere se siano le *idee* sulla giustizia il fattore primario rispetto al diritto, oppure se esse vengano plasmate e modellate dal diritto stesso.

Occorre innanzi tutto impostare il problema in modo da non trovarsi subito insabbiati in un groviglio inestricabile di difficoltà. In primo luogo bisogna tenere presente che il diritto non è qualcosa che esiste al di fuori delle menti e delle azioni degli uomini, ma è un complesso di «imperativi indipendenti» che guidano la condotta dei pubblici ufficiali e degli uomini in genere. Di conseguenza il problema del rapporto tra il diritto e le idee morali non può, da un punto di vista scientifico, venire considerato come un rapporto tra due entità distinte, da un lato il diritto esistente a sé, e dall'altro lato il complesso delle idee morali come qualcosa di completamente diverso. Le idee che noi chiamiamo «diritto» sono strettamente connesse con quelle dette «moralì». Vi è necessariamente uno scambio complesso e reciproco tra le idee, i sentimenti e le varie attività umane, una influenza vicendevole degli uomini tra di loro. Per poter trattare il problema in

maniera scientifica occorre quindi dividerlo in due parti distinte: la prima riguarda il modo in cui si formano i canoni di valutazione morale di ciascun individuo, per stabilire quale sia l'influenza che esercita su di essi l'applicazione della forza secondo le norme giuridiche. Ognuno di noi cresce in una comunità in cui il complesso meccanismo del diritto esiste ed è esistito sin dai tempi più remoti. Si tratta appunto di determinare quale sia la sua influenza sulle idee morali. Il secondo interrogativo riguarda il ruolo svolto dalle idee morali nel processo di formazione delle regole giuridiche nuove che si aggiungono al già esistente complesso normativo.

Cominciamo con l'esaminare la prima questione, vale a dire col chiederci come si formano le nostre idee morali. È evidente che la soluzione non potrà discostarsi dalle linee che abbiamo fin qui tracciato. Infatti l'educazione che riceviamo è determinante a questo proposito. Il carattere si forma sotto l'influenza diretta dell'ambiente in cui veniamo allevati, in special modo durante la nostra infanzia: la società che ci circonda traccia una impronta duratura sulle nostre idee, e tra le forze che agiscono all'interno della società il diritto è senza dubbio la più importante. Ora il diritto non può essere la proiezione di convinzioni morali innate nel fanciullo e nell'adolescente, dal momento che esisteva già prima della sua nascita; a mano a mano che il fanciullo cresce e prende contatto con le varie situazioni della vita si trova immerso nella influenza del diritto, dal quale riceve direttamente o indirettamente le prime indelebili impressioni concernenti i rapporti con gli altri uomini. L'effetto delle norme non consiste soltanto nel suscitare il timore delle sanzioni e di conseguenza nel far sì che gli individui riescano a condizionarsi psicologicamente in modo tale da poter vivere senza l'assillo della paura. Le norme hanno anche un effetto positivo, in quanto provocano il formarsi delle idee morali.

Le regole giuridiche sono degli imperativi indipendenti, e sotto tale forma vengano comunicare a tutti, vecchi e giovani. Proposizioni imperative del tipo «non si deve rubare» costituiscono le norme che regolano la nostra condotta: esse vengono poco alla volta assorbite, per così dire, dal nostro animo e diventano gradualmente parte del nostro bagaglio mentale. Una solida connessione psicologica si stabilisce tra le idee di certe azioni e alcune espressioni imperative che vietano le azioni stesse o ordinano che vengano compiute. Ad esempio l'idea di commettere un furto si associa automaticamente al comando

«non devi!», e ne nasce un imperativo morale dotato di «forza vincolante». Usiamo l'espressione «imperativo morale» nei casi in cui l'imperativo indipendente sia stato completamente oggettivato e perciò si imponga senza più nessun riferimento ad una qualsiasi autorità del mondo esterno. Tutti i principali imperativi giuridici subiscono generalmente questa trasformazione e solo al termine di tale processo il diritto può considerarsi stabilito su basi sicure.

Sottolineiamo «i principali imperativi giuridici»: infatti affinché il diritto sia efficace non è necessario, e non sarebbe del resto neppure possibile, che operi la trasformazione di tutte quante le norme in imperativi morali. Per la maggior parte di esse è sufficiente che venga sentito l'obbligo morale di rispettare il diritto in quanto tale, e che questo sentimento non venga indebolito da leggi assurde e da sentenze arbitrarie.

Numerosi fattori concorrono a far sì che gli imperativi giuridici vengano assimilati da tutta la popolazione. La suggestione che i comandi esercitano è enorme, quando sono spalleggiati da un potere: e in questo caso si tratta del potere maestoso dello Stato, che si impone con continuità e regolarità secondo le norme che regolano l'applicazione delle sanzioni, e che è circondato da solenni ceremonie e da un sentimento tradizionale molto profondo di reverenza. Tutto ciò concorre a produrre negli animi una forte impressione e spinge gli uomini a considerare i comandi giuridici come vincolanti oggettivamente, tanto più che essi ne avvertono quasi istintivamente la necessità agli effetti della pace e della sicurezza sociale.

L'assimilazione degli imperativi non può, evidentemente, effettuarsi senza il concorso di condizioni specifiche che meritano di essere studiate con attenzione. Il primo requisito, generalmente parlando, consiste nel fatto che le norme debbono apparire ragionevoli alla maggior parte della popolazione, vale a dire debbono servire a raggiungere degli scopi che siano generalmente desiderabili. In caso contrario le norme non riuscirebbero ad avere nessuna efficacia morale o anzi finirebbero col suscitare indignazione. In secondo luogo è necessario che l'applicazione delle sanzioni sia regolare ed imparziale al massimo grado.

Dopo tutte queste considerazioni credo sia impossibile negare che le relazioni tra il diritto e le idee morali degli individui siano del tipo da noi prospettato. Il diritto è il fattore primario: gli uomini vengono a trovarsi sotto il suo dominio fin dalla prima infanzia, e le loro

idee morali si sviluppano sotto la sua influenza. Il diritto – includendo nel significato di questo termine l’impiego regolare della forza secondo le norme – non è naturalmente un fattore isolato. Non vi è mai una sola causa per un fenomeno così complicato come le nostre idee morali. Le cause sono necessariamente numerose. Innanzitutto all’uso della forza deve venire associata la propaganda, la quale svolge il compito di preparare gli animi per accogliere gli imperativi; poi questi ultimi devono venire inculcati direttamente dai genitori, dai maestri, dai superiori e così via. L’ipotesi che viene qui avanzata consiste semplicemente nell’asserire che l’uso della forza è uno dei fattori principali che concorrono alla formazione dei nostri standard morali, e non viceversa.

[...] Un esempio è offerto dall’atteggiamento degli uomini nei confronti della proprietà altrui. È possibile affermare che essi hanno veramente una propensione innata, naturale ad astenersi dall’impadronirsi con la violenza o con l’astuzia delle ricchezze e dei beni che desiderano? Certamente no. A patto di poterlo fare impunemente la maggior parte della gente non ha niente in contrario ad arricchirsi a spese degli altri, e non va molto per il sottile nella scelta dei mezzi. In realtà la lotta per il denaro tra gli individui e i gruppi è terribile e viene contenuta entro limiti tollerabili soltanto per mezzo del diritto, e con gravi difficoltà. L’egoismo incontrollato porterebbe alla anarchia, se non fosse trattenuto dall’uso regolare della forza e della propaganda. Non appena la pressione di questi due fattori si allenta in qualche punto, subito gli uomini colgono senza la minima esitazione l’opportunità che viene loro offerta.

È impossibile pensare che l’attitudine generale di rispetto verso la proprietà altrui che prevale nelle nostre società non dipenda dall’esistenza del diritto. La divisione attuale della proprietà è determinata dalle leggi. Ovviamente non possiamo sostenere che vi sono delle inclinazioni naturali, indipendenti dalla pressione esercitata dal diritto, le quali ci portano ad accettare una distribuzione della proprietà così fortuita, che conferisce grande ricchezza agli uni ed estrema povertà agli altri. Nessuno può avere il minimo dubbio su ciò che accadrebbe se la pressione esercitata dal diritto venisse improvvisamente a cessare. Non ne deriva allora necessariamente che le idee morali che costituiscono l’ostacolo immediato alla violazione della proprietà altrui sono plasmate dal diritto?

Da tutto ciò risulta evidente che il meccanismo dell’applicazione

della forza non riguarda solamente i trasgressori delle norme, non serve esclusivamente per tenere tali individui sotto controllo, ma è necessario per formare la moralità del cittadino medio. Anche se il cittadino medio non lo sospetta minimamente, anche se l'insinuazione l'offende, in realtà il complesso delle sue idee morali, che egli si vanta di attribuire alle proprie eccellenti qualità naturali, dipende soprattutto dall'applicazione regolare delle sanzioni nella società in cui vive. Togliete le sanzioni, abolite il meccanismo della forza, e la sua moralità subirà una profonda modificazione adattandosi alla nuova situazione caratterizzata dalla mancanza di protezione da parte della forza organizzata. Le sue nuove convinzioni morali saranno rivolte a sostenerlo nella lotta per l'esistenza che si attua in condizioni completamente diverse da quelle per cui valevano i vecchi standard. Numerose azioni che nell'ambito pacifico di una società protetta dalle leggi gli erano sembrate orrende ed ignobili, appariranno ora come necessarie e permesse, anzi come mezzi moralmente accettabili e virtuosi per mantenere se stesso e la propria famiglia. Negare tutto ciò significherebbe avere una coscienza della propria rettitudine alquanto limitata e cieca. Ogni grande catastrofe, come una guerra o una rivoluzione ci fornisce materiale di prova più che abbondante.

10. *L'influenza delle idee morali sul diritto*

[...] È chiaro che anche quegli individui che hanno raggiunto delle posizioni di potere che permettono loro di influenzare l'attività legislativa o lo sviluppo della *case-law* hanno subito la pressione del diritto al pari di tutti gli altri. Il loro bagaglio iniziale è composto da un complesso di idee che si sono formate in questo modo. Allo stock delle concezioni morali derivate dal diritto se ne sono aggiunte man mano delle altre, suscite dalla propaganda religiosa o sociale, o nate spontaneamente dai sentimenti e dalle esperienze di ciascuno. La questione che dobbiamo affrontare è la seguente: fino a che punto queste idee morali possono operare una trasformazione nel diritto esistente?

Le idee morali occupano senza dubbio un posto di primo piano tra i motivi che determinano l'emanazione di nuove leggi, in special modo tra i motivi ufficialmente dichiarati. Uno degli argomenti più frequentemente usati a favore della trasformazione di una legge con-

siste proprio nell'affermare che essa è richiesta da esigenze superiori di giustizia. D'altra parte è evidente che le idee morali sono solamente uno dei tanti motivi operanti. Vi sono altre forze che urgono, in particolare gli interessi individuali, e non credo sia necessario sottolineare come le idee morali servono molto facilmente a mascherare tali interessi. Di conseguenza è impossibile sostenere che il sentimento della giustizia, o parlando più in generale le idee sulla giustizia, costituiscano la sola o quantomeno la più essenziale base o sorgente della nuova legislazione.

Le cause reali delle trasformazioni del diritto possono essere individuare soltanto attraverso un'analisi approfondita dei molteplici motivi, apertamente addotti o in qualche modo individuabili, che stanno dietro all'attività del legislatore. Da essi si risale poi alle cause che li hanno originati: e si scoprirà così che tanto i motivi proclamati in nome della giustizia quanto quelli richiesti dalla utilità affondano le loro radici nei sentimenti umani della paura, dell'istinto di autoconservazione e della famiglia, del desiderio di vendetta, della sete di potere, della compassione e così via. Le esigenze della giustizia nascono da tali sentimenti e dalle reazioni nei confronti del mondo esterno che essi provocano. Ma una analoga spiegazione vale pure per i motivi utilitaristici. Anch'essi hanno origine nei sentimenti sopra elencati. In ambedue i casi occorre naturalmente tenere presenti le condizioni materiali prevalenti ed il grado di informazione di cui i legislatori e coloro che possono influenzarli dispongono.

PARTE SECONDA
DAL DIRITTO AI DIRITTI

JOHN M. FINNIS

Legge naturale e diritti naturali^{*}

1. Una definizione di diritto

In tutto il presente capitolo, il termine “diritto” è stato usato con un significato principale tale da riferirsi essenzialmente alle norme prodotte (*made*), in accordo con regole giuridiche di organizzazione, da un’autorità determinata ed effettiva (essa stessa identificata e, di norma, eretta come istituzione da regole giuridiche) per una comunità “completa”, e sostenute da sanzioni conformi a regolari decisioni di istituzioni giudicanti, essendo questo insieme di regole ed istituzioni diretto a risolvere ragionevolmente ogni problema di coordinazione della comunità (e a ratificare, tollerare, disciplinare o annullare le soluzioni provenienti da qualunque altra istituzione o fonte normativa) per il bene comune della comunità stessa, e secondo una maniera ed una forma in sé adatte a quel bene comune per le caratteristiche della specificità, della minimizzazione dell’arbitrarietà e del mantenimento di un buon livello di reciprocità nei cittadini, sia tra loro stessi sia nelle loro relazioni con le legittime autorità.

Questa complessa concezione del diritto è stata costruita riflessivamente tracciando le implicazioni di certe esigenze della ragion pratica, posti certi valori fondamentali e certi caratteri empirici delle persone e delle loro comunità. L’intenzione non era lessicografica, ma la costruzione si colloca bene dentro i confini dell’uso comune di “diritto” e dei suoi equivalenti nelle altre lingue. L’intenzione non era di descrivere ordini sociali esistenti, ma la costruzione corrisponde strettamente a molti fenomeni sociali esistenti che vengono tipicamente

^{*} Da J.M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di F. Viola, Torino, Giappichelli, 1996.

considerati casi centrali di diritto, sistema giuridico, *Rule of Law*, ecc. Soprattutto, il significato è stato costruito come un significato *principale*, non come un'applicazione del termine “diritto” in un senso univoco che escluderebbe dalla referenza del termine tutto ciò che manchi di tutti i caratteri (ed in tutta la loro estensione) del caso centrale. E, cosa egualmente importante, è stato pienamente riconosciuto che ognuno dei termini usati per esprimere gli elementi della concezione (come “produrre (*making*)”, “determinato”, “effettivo”, “comunità”, “sanzionato”, “regolare”, “ragionevole”, “non discriminatorio”, “reciproco”, ecc.) ha esso stesso un significato principale ed una referenza primaria, e si estende quindi ad esemplari analoghi e secondari che difettano di qualcosa rispetto a quello centrale. Una consuetudine, ad esempio, non viene *prodotta* (*made*) nel senso pieno di “produrre”, poiché produrre è qualcosa che qualcuno può mettersi a fare, ma nessuno si mette a produrre una consuetudine. Le consuetudini vengono “prodotte” nel senso in cui le esigenze della ragion pratica non vengono prodotte ma scoperte. Il modo in cui ciascuno degli altri termini cruciali può *più o meno* configurarsi è abbastanza ovvio [...]. Il diritto, nel senso principale del termine, si configura *pienamente* solo quando si configurano pienamente tutti i singoli termini che lo compongono.

Se si volesse sottolineare l’importanza empirica/storica¹, o la convenienza pratica/razionale, delle sanzioni si potrebbe dire, drasticamente, che un insieme non sanzionato di leggi “non sarebbe realmente diritto”. Se si volesse sottolineare l’importanza empirica/storica, o la convenienza pratica/razionale, di determinate istituzioni legislative e/o giudicanti, si potrebbe dire, drasticamente, che una comunità priva di tali istituzioni “mancherebbe di un vero sistema giuridico” o “non potrebbe davvero essere considerata provvista di un “sistema giuridico”. Se si volesse sottolineare l’importanza empirica/storica, o la convenienza pratica/razionale, di norme che autorizzano o disciplinano modifiche private o pubbliche alle norme o alla loro incidenza, si potrebbe dire, drasticamente, che un insieme di norme che non includesse norme di tal genere “non sarebbe un si-

¹ Si rammenti, incidentalmente, che l’importanza empirica o storica può, in ultima analisi, essere misurata soltanto in riferimento ai valori o principi della ragion pratica. [...].

stema giuridico". Tutte queste cose sono state dette spesso, e possono ragionevolmente essere dette sempre che si stia cercando di attirare l'attenzione su una caratteristica del caso centrale del diritto e non di releggere gli altri casi, non-centrali, a qualche altra disciplina.

Ho sufficientemente posto in rilievo, ormai, che starebbe semplicemente fraintendendo la mia concezione della natura e dello scopo delle definizioni esplicative dei concetti teoretici chi supponesse che la definizione da me offerta «escluda come non-giuridici»² i sistemi che fossero privi del tutto, o parzialmente, dell'uno o dell'altro dei suoi elementi. Devo aggiungere, però, che sarebbe un ulteriore fraintendimento rifiutare la definizione sul presupposto che «essa non riesce a spiegare correttamente il nostro concetto ordinario di diritto il quale tiene conto della possibilità di sistemi giuridici di [un] genere discutibile»³. Infatti la mia definizione non solo «tiene conto della possibilità», ma non è affatto proposta con l'intenzione di «spiegare correttamente il nostro [s'intenda, quello dell'uomo comune] concetto ordinario di diritto». La verità, infatti, è che «il concetto ordinario di diritto» (ammesso e non concesso che esista *un solo* concetto di tale tipo) è abbastanza sfocato. È un concetto che “ci” permette di comprendere i giuristi quando parlano di sistemi giuridici sofisticati, e gli antropologi quando parlano di sistemi giuridici elementari, e i tiranni e i banditi quando parlano dei comandi e delle consuetudini della loro corporazione, ed i teologi e i moralisti. Non ha senso cercare di spiegare un concetto di senso comune che trae i suoi significati da contesti molto vari ed è ben compreso da tutti in quei contesti. Il mio scopo non è stato di spiegare un «conceitto ordinario» sfocato, ma di sviluppare un concetto da usarsi nella spiegazione teoretica di un insieme di azioni, disposizioni, interrelazioni e concezioni umane le quali (a) costituiscono un insieme in virtù del loro adattarsi ad un gruppo specificabile di bisogni umani considerati alla luce dei caratteri empirici della condizione umana, e (b) si trovano, di conseguenza, in forme molto varie e con diversi gradi di adattabilità a (e con deliberate o inconsapevoli divergenze da) quei bisogni, così come la persona pienamente ragionevole li valuterebbe. Ripeto: l'intenzione non è stata di spiegare un concetto, ma di sviluppare un con-

² Cfr. Raz, *Practical Reason*, p. 164.

³ *Ibid.*

cetto che dovrebbe poter spiegare i diversi fenomeni cui si riferisce (in modo sfocato) il discorso “ordinario” sul diritto – e dovrebbe poterli spiegare, mostrando il modo in cui essi rispondono (pienamente o parzialmente) alle costanti esigenze della ragionevolezza pratica connesse a questa vasta area di interessi ed interazioni umane.

Il giurista tende a diventare impaziente quando sente che gli assetti sociali possono essere più o meno giuridici, che i sistemi giuridici e la norma del diritto esistono come questioni di grado ... e così via. Egli, infatti, si sforza sistematicamente di usare il linguaggio in modo tale da trarne una soluzione precisa per problemi precisi – in ultima analisi, la vittoria di una parte piuttosto che dell’altra in una controversia giudiziaria. Riguardo al problema se le automobili vadano gravate da questa o da quell’altra imposta, in quanto giuristi, bisogna essere in grado di dire di ogni oggetto (cioè di decidere) se esso semplicemente sia o no un’automobile: qualificazioni *secundum quid* – “sotto questo aspetto ... però sotto quell’altro” –, e simili, sono opinabili (e un buon giurista è ben consapevole di quanto la maggior parte dei termini e dei concetti possiedano una trama aperta ed una struttura analoga); ma proprio come esse non appaiono delle formule legislative, non possono allo stesso modo apparire nella finale pronuncia di diritto. E il giurista, per le stesse buone ragioni pratiche, intrinseche all’impresa dell’ordine giuridico, così come l’ho descritta in questo capitolo, estende il suo uso tecnico del linguaggio agli stessi termini “legge”, “norma”, “giuridico”, “sistema giuridico”. Per esporre il suo punto di vista con una frase egli dirà che una pretesa legge, o norma, è valida o invalida. Non ci sono categorie intermedie (nonostante vi siano situazioni intermedie, come leggi annullabili, che adesso sono valide, o sono considerate valide, o si ritiene siano valide, ma sono suscettibili di essere rese o considerate o ritenute invalide). Attrezzato con questo concetto di validità, il giurista aspira ad essere in grado di dire di ogni norma che, essendo valida, è una norma giuridica, o che, essendo invalida, non lo è. La validità di una norma s’identifica con l’appartenere al sistema giuridico (concepito come un insieme di norme valide), che così può essere considerato giuridicamente come l’insieme di tutte le norme valide, incluse quelle che autorizzarono i validi atti di produzione normativa, di natura legislativa e/o giudiziaria, costitutivi (in tale concezione) delle condizioni necessarie e sufficienti per la validità delle norme valide.

Non c’è bisogno di mettere qui in discussione l’adeguatezza di

questo insieme di concetti e postulati per gli scopi pratici del giurista – sebbene discussioni potrebbero certamente sorgere riguardo al ruolo dei principi (che non hanno un'origine determinata e non possono, senza imbarazzo, esser detti validi) nell'argomentazione giuridica. Va sottolineato, piuttosto, che quest'insieme costituisce uno strumento tecnico da usarsi dentro la struttura del processo legale e nel pensiero giuridico diretto ad ottenere soluzioni nell'ambito di quel processo. Non si può presumere che un tale strumento sia applicabile ai problemi del tutto differenti di descrivere e spiegare il ruolo del processo giuridico nell'ordinare la vita umana in società, e il posto del pensiero giuridico nello sforzo della ragion pratica volto a comprendere e realizzare il vero bene umano. È un errore filosofico dichiarare, in discorsi di quest'ultimo tipo, che un ordine sociale, o un insieme di concetti, deve essere diritto o non esserlo, essere giuridico o non giuridico.

Per i nostri fini, le leggi (*laws*) fisiche, chimiche, biologiche e psicologiche sono leggi solo metaforicamente. Dire questo non significa porre in discussione la legittimità del discorso proprio delle scienze naturali, per i cui scopi, di converso, ciò che noi chiamiamo “diritto (*law*) in senso stretto” è, solo metaforicamente, un insieme di leggi (*laws*). La somiglianza tra il nostro caso centrale e le leggi dell'arte, della tecnica e delle scienze applicate è maggiore; in ciascuno di questi casi noi consideriamo la regolamentazione di un'esecuzione compiuta da un artefice che regola se stesso ed è influenzato dall'idea di ciò che è capace di fare. Anche le differenze, però, sono sistematiche e significative; come avevo già detto [...] ordinare una società per una maggiore partecipazione dei suoi membri ai valori umani non è proprio come seguire una ricetta per ottenere un prodotto compiuto o come un itinerario in vista di una determinata meta. La “legge naturale” – l'insieme di principi di ragionevolezza pratica volti ad ordinare la vita e la comunità umane – è solo analogicamente legge, in relazione al mio attuale uso principale del termine: questo è il motivo per cui l'espressione è stata evitata in questo capitolo sul Diritto (Law), salvo che in relazione a pensatori del passato che la utilizzarono. Quei pensatori, comunque, avrebbe potuto, senza perdita di significato, parlare invece di “diritto naturale” (*natural right*), “moralità intrinseca”, “ragione naturale, o retta ragione, nell'agire”, ecc. Ma nessun sinonimo è utilizzabile per “diritto” (*law*) nel nostro senso principale.

2. *Derivazione del diritto positivo dalla legge naturale*

«In ogni legge positiva ben fatta vi è qualcosa della legge della ragione [...]; e discernere [...] la legge della ragione dalla legge positiva è molto arduo. Ma per quanto sia arduo, ciò è tuttavia affatto necessario in ogni dottrina morale, e in tutte le leggi fatte per il *commonwealth*»⁴. Queste parole del giurista inglese del sedicesimo secolo Christopher St. German esprimono la fondamentale preoccupazione di ogni sana “teoria della legge naturale” del sistema giuridico: comprendere la relazione (o le relazioni) tra le leggi particolari delle società particolari e i principi costantemente rilevanti della ragionevolezza pratica.

Si consideri la normativa sull’omicidio. Essa, dal punto di vista del cittadino comune, può essere considerata come una direttiva a non uccidere (o a non tentare di uccidere) intenzionalmente alcun essere umano, se non per autodifesa. La norma giuridica, vista da questa angolatura, corrisponde piuttosto strettamente all’esigenza della ragion pratica per cui nessuno deve uccidere deliberatamente l’innocente (nel senso rilevante di “innocente”), esigenza che resterebbe tale anche se non fosse ripetuta o supportata dalla legge positiva. Ora, quest’esigenza deriva dal principio fondamentale che la vita umana è un bene [...]. Perciò Tommaso d’Aquino dice che tale genere di norma deriva dalla legge naturale attraverso un processo analogo alla deduzione delle conclusioni dimostrative da principi generali, e che tali norme non sono norme positive soltanto, ma assumono parte del loro «vigore» dalla legge naturale (cioè dai principi fondamentali della ragionevolezza pratica)⁵. Hooker chiama tali norme «umane miste», sostenendo che il loro oggetto o contenuto normativo corrisponde a ciò che la ragione necessariamente richiede, e che esse semplicemente ratificano la legge della ragione, aggiungendo soltanto l’ulteriore forza, stringente o vincolante, della minaccia della pena⁶.

⁴ *Doctor and Student*, I, e. 4. Come fa notare St. German, *ibid.* I, c. 5, i giuristi inglesi non sono soliti ragionare in termini di ciò che ha o non ha attinenza con «la legge di natura»; essi piuttosto impostano il loro ragionamento «a quel riguardo» in termini di ciò che va o no «contro la ragione» (cioè, che è irragionevole).

⁵ S. T. I-II, q. 95, a. 2c.

⁶ Richard Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, 1594, Book I, c. 10, sec. 10.

Ebbene, l'idea generale dell'Aquinate è qui fondamentalmente corretta, ma enunciata in modo vago e gravemente poco sviluppata; e le chiarificazioni e gli sviluppi di Hooker non vanno nella direzione più significativa.

In effetti, alcune parti di un sistema giuridico constano normalmente (e certamente devono constare) di regole e principi strettamente corrispondenti alle esigenze della ragion pratica, che, in se stesse, sono dirette conclusioni della combinazione di un valore fondamentale particolare (come la vita) con una o più delle nove esigenze "metodologiche" fondamentali della ragionevolezza pratica. Le discussioni nei tribunali, e tra giuristi e legislatori, seguiranno normalmente, e ragionevolmente, proprio lo stesso corso di un genuino dibattito morale, così come i filosofi o i teologi, non sapendo alcunché di quel tempo e luogo, lo porterebbero avanti. Inoltre, la minaccia delle sanzioni è realmente per il legislatore, come Hooker sottolinea⁷, un accorgimento "opportuno" da aggiungere in società, alla norma morale, con un occhio al recalcitrante e al ribelle.

Tuttavia, il processo con cui anche questi semplici precetti morali vengono accolti nel sistema giuridico merita una maggiore attenzione. Si noti, ad esempio, che chi redige le leggi *non* lo fa di solito nella forma immaginata dall'Aquinate: «non si deve uccidere»⁸ – o anche "non uccidere" o "uccidere è proibito" o "una persona non deve [non può] uccidere". Essi piuttosto diranno: «Sarà (o è) reato fare ...» o «Chiunque uccida ... sarà colpevole di un reato». In verità, è perfettamente possibile redigere un intero sistema giuridico senza utilizzare affatto un vocabolario normativo. Ebbene perché chi redige professionalmente le leggi preferisce questa forma proposizionale indicativa? Al livello più profondo, ciò avviene perché egli ha in mente il modello di un futuro ordine sociale, o di un aspetto di tale ordine, e sta cercando di riprodurlo (sull'assunto, che non ha bisogno di essere fissato o indicato grammaticalmente perché nel contesto è evidente, che i partecipanti dovranno, saranno tenuti, potranno, ecc.,

⁷ Ibid.

⁸ S.T. I-II, q. 95, a. 2c: «Derivantur ergo quaedam [leges] a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum: sicut hoc quod est "non esse, occidendum", ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est "nulli esse faciendum malum" [...]».

agire in conformità al modello). Più in particolare, un giurista osserva il futuro, e desiderato, ordine sociale da un punto di vista professionalmente strutturato, come fosse una commedia stilizzata e modellabile. In tale commedia, molti personaggi, situazioni e azioni noti al senso comune, alla sociologia e all'etica vengono esclusi, mentre molti altri personaggi, relazioni e transazioni noti solo, o solo in origine, ai giuristi sono introdotti. Nella versione dell'ordine sociale costruita secondo i parametri del diritto non ci sono soltanto gli atti "ragionevoli" e "irragionevoli" a dominare la scena nel ragionamento pratico di un individuo, piuttosto un atto irragionevole, come l'omicidio, potrebbe essere un crimine (ed uno tra parecchie categorie di reati con importanti differenze processuali), e/o un illecito civile, e/o un atto che provoca l'automatica perdita o sospensione di un incarico o la confisca della proprietà, e/o un atto che assicuratori e/o funzionari pubblici possono correttamente prendere in considerazione nell'invalidare un contratto o sospendere una licenza ... ecc. Così, è il compito di chi redige le leggi di specificare, con precisione, con quale di questi costumi e relazioni l'atto di uccidere-in-tali-e-tali-circostanze si adatta. Ecco perché *"nessuno può uccidere"* costituisce dal punto di vista giuridico una così imperfetta formulazione.

Né tutto ciò è solo importante per i giuristi professionisti. L'esistenza della traduzione giuridica dell'ordine sociale rende possibile, e necessario, per il cittadino privato rispettoso della legge, un nuovo corso del ragionamento pratico [...]. Ad esempio, la disposizione legislativa redatta professionalmente "uccidere è un reato" implica contestualmente un'indicazione normativa per i cittadini. Esiste infatti una norma legale, così intrinseca ad ogni ordinamento giuridico di una comunità da non aver mai bisogno di essere stabilita: gli illeciti penali non devono essere commessi. Il cittadino non ha bisogno di andar dietro a questa norma. Posta la conoscenza (almeno nelle sue linee generali) della normativa sull'omicidio, non occorre che egli rifletta sul valore della vita, o sull'esigenza della ragion pratica per cui i valori fondamentali vanno rispettati in ogni azione. Hooker si trova quindi in errore quando suggerisce che ciò che la legge positiva sull'omicidio aggiunge alla norma permanente della ragione non è che la sanzione punitiva. Come parte della legge positiva riguardante i reati, essa aggiunge anche, ed è la cosa più interessante, (a) una precisa elaborazione di molte altre conseguenze giuridiche (e perciò sociali) dell'atto e (b) un nuovo e distinto motivo perché il cittadino rispettoso

della legge, che agisce in base al principio di evitare offese al diritto in quanto tali, si astenga dalla classe di azioni stabilita.

In un sistema giuridico ben sviluppato, dunque, l'integrarsi nel diritto persino di un'esigenza non controversa della ragionevolezza pratica non sarà una cosa semplice. I termini dell'esigenza in quanto tale (per esempio, nel caso che stavamo considerando, il termine "intenzionalmente") dovranno essere specificati con un linguaggio coerente con quello delle altre parti del diritto. E dovrà quindi essere scritta la parte che gli atti corrispondenti dovranno recitare nella commedia del diritto – il loro ruolo come, o in relazione a, illeciti civili, contratti, disposizioni testamentarie, eredi, possessi, privilegi, illeciti matrimoniali, prove, immunità, licenze, titoli e confische, incarichi e interdizioni, ecc., ecc.

Ebbene, tantissime di queste implicazioni e definizioni giuridiche porteranno il legislatore o il giudice oltre la soglia in cui egli potrebbe pensare di star semplicemente *applicando* la norma intrinseca della ragione, o persino di star deducendo conclusioni da essa. Perciò, il progetto giuridico di *applicare* un'esigenza permanente della ragion pratica porterà da sé il legislatore nella seconda delle due categorie di legge umana o positiva distinte da Tommaso e da Hooker.

Nella concezione dell'Aquinate, infatti, la legge consta, in parte di norme che «derivano dai principii universali della legge naturale come conclusioni» e, per il resto, di norme che «derivano» dalle leggi naturali «come determinazioni [*determinationes*]» di direttive generali⁹. Egli spiega questo concetto di *determinatio* con l'analogia dell'architettura (o di qualunque altra arte pratica), nella quale un'idea, o "forma", generale (come "casa", "porta", "pomo della porta") va applicata a questa particolare casa, porta, pomo della porta, con specificazioni che certamente derivano e vengono informate dall'idea generale, ma che potrebbero risultare più o meno differenti in molte dimensioni e aspetti particolari (persino in tutti!), e che richiedono dunque all'artefice una molteplicità di scelte. L'artefatto (la sua realizzazione) dipende dall'idea fondamentale (ad esempio, l'ordine del cliente), ma non è pienamente determinato da essa e, finché non è pie-

⁹ S.T. I-II, q. 95. a. 2c. Non sembra esserci un equivalente inglese per «*determination*»: potrebbe forse esserlo il «*concretization*» di Kelsen; «*implementation*» è più elegante.

namente determinato, non esiste o è incompleto. Per equivalere ad una porta in un'abitazione un oggetto deve essere alto più di mezzo metro e non più di 2,5 metri, ma nessuna porta verrà mai costruita se l'artigiano non può *decidere* per un'altezza particolare. Sottolineando, per così dire, la libertà virtualmente completa dell'artefice di scegliere secondo ragione ad esempio 2,2 metri piuttosto che 2,1 o 2,3, l'Aquinate dice che le leggi di questo secondo tipo devono il loro vigore «soltanto alla legge umana», e Hooker chiama la sua seconda categoria «leggi meramente umane»¹⁰.

Queste ultime formule, che enfatizzano così fortemente la libertà di scelta razionale del legislatore in casi del genere, potrebbero risultare fuorvianti per chi non tenesse in mente che esse enunciano solo un teorema subordinato all'interno di una teoria generale. E la teoria generale, con parole dell'Aquinate, è che «*ogni* legge umana positiva in tanto ha natura di legge, in quanto deriva dalla legge naturale»¹¹ o, con le parole di St. German poc'anzi citate, «in *ogni* legge positiva ben fatta vi è qualcosa della legge della ragione». La compatibilità tra questa teoria ed il teorema subordinato può esser meglio compresa riferendosi ad uno o due esempi concreti.

Un primo esempio è banale, ma semplice e chiaro. Si consideri il codice della strada. Da un certo punto di vista (come implica il teorema subordinato) il codice della strada ottiene “tutto il suo vigore” dalla consuetudine autoritativa, dalla legge o da quel tipo di decisione che lo ha formulato. Infatti, finché la disposizione «si guida sulla sinistra e a meno di 70 miglia orarie» non venne prevista da uno di quegli strumenti, non esisteva alcuna norma giuridica stradale; e non è detto che il legislatore abbia avuto una ragione per scegliere “sinistra” piuttosto che “destra” o “70” piuttosto che “65”. Da un altro punto di vista tuttavia (come afferma la teoria generale) il codice della strada ottiene “tutta la sua forza normativa”, definitiva, dai permanenti principi della ragion pratica (che ci chiedono di rispettare l'incolumità fisica di noi stessi e degli altri) combinazione con fatti non stabiliti da una norma, come il fatto che il traffico è pericoloso e può essere reso

¹⁰ I-II, q. 95, a. 2c: «ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent»; Hooker, *loc. cit.*

¹¹ I-II, q. 95, a. 2c: «omnis lex humanus posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege naturae derivatur».

più sicuro da flussi di circolazione ordinati e da limitazioni di velocità, o che le distanze di frenata e i tempi di reazione umana sono così e così, ecc.

Il secondo esempio è più ricco. Se i beni materiali vanno usati in modo efficiente per il *benessere* umano [...] dev'esserci normalmente un regime di proprietà privata. E questo regime dovrà essere costituito da norme che attribuiscono i diritti di proprietà su quei beni, o su molti di essi, a individui o a piccoli gruppi. Ma quali norme, esattamente, dovrebbero esser formulate al fine di costituire un tale regime, non è indicato (“determinato”) da questa esigenza generale di giustizia. La scelta ragionevole delle norme è guidata in certa misura dalle circostanze di una particolare società, ed in certa misura è “arbitraria”. Le norme adottate saranno così, per la maggior parte, *determinationes* dell'esigenza generale – derivate da essa ma non da essa implicate, neppure in congiunzione con la descrizione delle circostanze particolari [...].

D'altra parte, nella vasta area in cui il legislatore costruisce *determinationes* piuttosto che applicare o ratificare determinati principi o norme di ragione, ci sono relativamente pochi luoghi nei quali la sua scelta può essere ragionevolmente considerata “priva di limitazioni” o “arbitraria” (nel senso in cui ragionevolmente può esserlo quando si confrontino due o più alternative possibili che appaiano, sotto *tutti* gli aspetti, egualmente soddisfacenti o eguali mente insoddisfacenti, o incommensurabilmente soddisfacenti/insoddisfacenti). Le norme giuridiche fondamentali di un cittadino rispettoso della legge sono: “non commettere reati”, “evita gli illeciti civili”, “esegui i contratti”, “paga i debiti”, “ottempera alle responsabilità”, “adempì le obbligazioni”, ecc.; e, date queste norme per scontate senza bisogno di fissarle, il legislatore definisce i reati (dall'omicidio a quelli previsti dalle norme sulla circolazione stradale), gli illeciti civili, la formazione, le modificazioni e i modi di scioglimento dei contratti, ecc., ecc. Ma questo compito di definizione (e di ri-definizione nelle mutevoli condizioni della società) ha i suoi propri principi, che non sono quelli dei cittadini. I principi del legislatore razionale includono i *desiderata* della *Rule of Law* [...]. Ma essi includono anche una moltitudine di altri principi sostanziali collegati, alcuni molto strettamente, altri più lontanamente, alcuni permanentemente e altri contingentemente, ai fondamentali principi ed esigenze metodologiche della ragion pratica.

Quali sono queste norme fondamentali del legislatore? Normal-

mente esse non sono oggetto di una indagine diretta e sistematica da parte dei giuristi. Va ricordato però che “legislatore” include qui per convenienza (e a spese di alcune significative differenziazioni) ogni magistratura che, come il giudice di *common law*, goda di un ruolo creativo. Ebbene, i principi che dovrebbero guidare il giudice nella sua interpretazione e applicazione della legislazione e del diritto comune e consuetudinario ai casi particolari sono l’oggetto della discussione scientifica dei giuristi. *Questi* principi sono quasi tutti “di secondo grado”, poiché concernono l’interpretazione e l’applicazione di altre norme o principi la cui esistenza essi presuppongono. Essi perciò non costituiscono l’interesse diretto del legislatore, il quale ha autorità non solo per interpretare e integrare, ma anche per cambiare e abolire norme esistenti e per introdurne di nuove. Cionondimeno, i principi di secondo grado sono essi stessi, per lo più, cristallizzazioni o versioni (adattate al loro ruolo secondario) dei principi di “primo grado”, che dovrebbero guidare anche un “supremo corpo legislativo” nei suoi atti di natura legislativa. Un legislatore, inoltre, che avesse trascurato nel suo legiferare un importante principio di primo grado, è probabile che si accorga che le sue leggi sono controllate, nella loro applicazione ad opera dei cittadini, delle corti e dei funzionari, da quel principio nella sua forma di secondo grado, così che l’esito del diritto tenderà ad essere nuovamente, nel caso particolare, una *determinatio* (tra gli altri) di quel principio.

Molti principi, o massime, di secondo grado usati dai giuristi esprimono il desiderio di stabilità e prevedibilità nelle relazioni tra le persone, e tra le persone e le cose. Tali massime, com’è ovvio, sono connesse piuttosto strettamente non solo ai caratteri formali del diritto [...] e ai *desiderata* della *Rule of Law* [...] ma anche alla propensione dei giuristi, in ogni epoca, ed invero di ogni uomo in società, ad attribuire carattere autoritativo ad usi, pratiche e consuetudini [...]. E c’è un corrispondente principio, o insieme di principi, di primo grado a cui ogni legislatore dovrebbe dare un peso considerevole: che i beni umani che sono il risultato fragile e cumulativo di passati sforzi, investimenti, discipline, ecc., non vanno trattati con leggerezza nella ricerca di beni futuri. In modo più prosaico, le spese tangibili e lo spreco di un cambiamento organizzativo vanno presi pienamente in considerazione – la scelta legislativa tra “guidare a sinistra” e “guidare a destra” è indifferente in astratto, ma non in una società dove per una convenzione informale la gente tende già a gui-

dare sulla sinistra, ed ha adattato di conseguenza le proprie abitudini, la costruzione dei veicoli, la forma delle strade ed i servizi stradali.

Prendendo le mosse da queste massime di secondo grado che favoriscono la continuità negli affari umani – cioè il bene di un ordine diacronico in quanto distinto dal bene di una futura situazione finale – possiamo rintracciare una serie di principi di secondo grado collegati che includono quello della stabilità, ma che sempre di più si spingono oltre per incorporare nuovi principi o valori. Essi sono in ogni caso disponibili nella versione di primo grado come guida per il legislatore. Una forma prosaica richiede qui un'esposizione lineare che semplifichi molto e non tenga conto delle loro interrelazioni: (1) l'espropriazione per pubblica utilità del diritto di proprietà va indennizzata avendo riguardo al *damnum emergens* (perdite attuali) se non anche al *lucrum cessans* (perdita di profitti attesi); (2) non c'è responsabilità per gli illeciti non intenzionali, senza colpa; (3) non c'è responsabilità penale senza *mens rea*; (4) l'eccezione *estoppel* (*nemo contra factum proprium venire potest*); (5) non si dà alcun ausilio giudiziale a chi difenda il proprio illecito (chi cerca *equity* deve fare *equity*); (6) l'abuso del diritto non riceve protezione; (7) la frode scioglie ogni cosa; (8) i guadagni ingiustificati e ottenuti a spese di un altro devono essere restituiti; (9) *pacta sunt servanda* (i contratti vanno adempiuti); (10) relativa libertà di modificare contrattualmente i modelli di rapporti giuridici esistenti; (11) nel valutare gli effetti legali di pretesi atti giuridici, i soggetti più deboli devono essere protetti contro la loro stessa debolezza; (12) le liti non vanno risolte senza dare a entrambe le parti la possibilità di essere ascoltate; (13) a nessuno è consentito di essere giudice nella sua propria causa.

Questi “principi generali del diritto” sono realmente principi. Vale a dire che essi giustificano, piuttosto che esigere, norme e decisioni particolari, e che altri principi simili ne autorizzano l'applicazione a circostanze particolari. Ognuno di essi, inoltre, può all'occorrenza essere superato e derogato (che non è la stessa cosa di violato, emendato o abrogato) da altre importanti componenti del bene comune, cioè da altri principi di giustizia. Né si deve dimenticare che esistono norme di giustizia le quali non possono mai essere derogate o superate, poiché corrispondono ai diritti assoluti dell'uomo [...]. Ancora, i principi generali del diritto, che sono stati qui recitati, erano, su vasti campi di *determinationes* legislative per modificare il perseguimento di particolari beni sociali. E non è detto che questa

modificazione sia un semplice problema di astensione da certi tipi di condotta: i principi che richiedono l'indennizzo, o l'accertamento della *mens rea*, o la "giustizia naturale" possono essere rispettati adeguatamente solo attraverso la creazione positiva di complesse strutture amministrative e giudiziali.

In sintesi: la derivazione del diritto dai principi fondamentali del ragionamento pratico avviene in effetti secondo i due modi principali identificati e denominati dall'Aquinate; questi però non sono due fiumi che scorrono in canali separati. Il principio centrale delle normative sull'omicidio, sul furto, sul matrimonio, sul contratto può essere una diretta applicazione delle esigenze universalmente valide della ragionevolezza, ma lo sforzo di integrare questi istituti con la *Rule of law* richiederà al giudice e al legislatore innumerevoli elaborazioni che, nella maggior parte dei casi, rientrano nel secondo modo di derivazione. E questo secondo modo, la pura *determinatio* attraverso scelte autoritative più o meno libere, non solo è unito in se stesso ai principi fondamentali per il tramite di una relazione intelligibile con scopi (come la sicurezza del traffico...) direttamente collegati ai beni umani fondamentali, ma è anche controllato da principi formali di ampia estensione e da altri principi strutturali (nelle forme sia di primo sia di secondo grado), i quali derivano essi stessi dai principi fondamentali attraverso il primo modo di derivazione¹².

Nel capitolo precedente avevo detto che una delle cause principali del bisogno dell'autorità è la lussureggiante varietà di scelte appropriate, ma concorrenti, dei "mezzi" per il "fine". Possiamo comprendere adesso quanto questo spettro di scelte sia accresciuto, ed insieme controllato, dal complesso degli interagenti "principi del diritto". In verità, il ragionamento di chi detiene l'autorità termina frequentemente senza identificare un'unica decisione ragionevole; i governanti devono quindi scegliere, e la loro scelta (*determinatio*) determina ciò che di lì in avanti sarà univocamente giusto per chi è soggetto alla loro autorità. Tuttavia, avendo così sottolineato che è l'aut-

¹² Di qui la concreta possibilità di una *jurisprudence* che sveli i "postulati giuridici" di un particolare sistema e tracci le loro diverse relazioni con le esigenze razionali universali – quel tipo di *jurisprudence* adombbrato e praticato da Sir William Jones, il primo grande studioso inglese di diritto comparato, ma eclissato dal fraintendimento benthamiano della ragion pratica. Si veda, ad esempio, *Essay on the Law of Bailments* di Jones (1781).

torità, e non il semplice ragionamento, che risolve la maggior parte delle questioni pratiche nella vita di una comunità, devo ora porre l'accento sul necessario correttivo. Perché sia essa stessa autoritativa agli occhi di un uomo ragionevole, una *determinatio* deve essere coerente con le esigenze fondamentali della ragionevolezza pratica, sebbene non occorre che corrisponda necessariamente, o anche usualmente, a quella che costui avrebbe fatto se ne avesse avuto l'opportunità; e non occorre neppure che sia l'unica che egli avrebbe considerato "sensata". La nostra *jurisprudence* ha perciò bisogno di essere completata da un'analisi più accurata di questa autoritatività, o "forza vincolante", della legge positiva (XI), e da qualche considerazione sul significato dell'esercizio illecito dell'autorità (XII).

Può essere comunque utile concludere la presente discussione ritornando alle categorie manualistiche, "diritto [positivo]" "fonti del diritto", "moralità". La tradizione del pensiero sulla "legge naturale" non si caratterizza per alcuna risposta particolare alle domande: «Tutte le norme e le soluzioni giuridiche "deliberate", vengono deliberate con l'esclusivo appello alle fonti "positive" come le leggi, i precedenti o le consuetudini? O non è forse che la "correttezza" di alcune decisioni giudiziali sia determinabile solo appellandosi a qualche norma "morale" ("extra-giuridica")? E i confini tra il diritto deliberato e quello non frutto di deliberazione, o tra la decisione giudiziale corretta, quella desiderabile e quella scorretta possono essere determinati col solo riferimento alle fonti positive o norme giuridiche?» La tradizione di pensiero sulla legge naturale non è interessata a minimizzare la portata e la determinatezza del diritto positivo o la generale sufficienza delle fonti positive per risolvere i problemi giuridici.

Piuttosto, l'interesse di quella tradizione, come di questo capitolo, è stato quello di mostrare che l'atto del "porre" il diritto (sia giudizialmente sia legislativamente sia altrimenti) è un atto che può e dovrebbe essere guidato da principi e da norme "moralì"; che tali norme morali sono una questione di oggettiva ragionevolezza non di capriccio, di convenzione o di mera "decisione"; e che quelle stesse norme morali giustificano (a) la medesima istituzione del diritto positivo, (b) le principali strutture, tecniche e modalità all'interno di tale istituzione (ad esempio, la separazione dei poteri) e (c) i principali istituti regolati e sostenuti dal diritto (come il governo, il contratto, la proprietà, il matrimonio e la responsabilità penale). Ciò che sul serio caratterizza la suddetta tradizione è che essa non si accontenta mera-

mente di osservare il fatto storico o sociologico che la “morale” incide sul “diritto”, ma cerca invece di determinare quali siano realmente le esigenze della ragionevolezza pratica, così da offrire una base razionale per le attività dei legislatori, dei giudici e dei cittadini.

CARLOS SANTIAGO NINO

Diritto come morale applicata^{*}

1. *Perplessità giusfilosofiche circa il concetto di validità giuridica*

Per procedere nella conferma della medesima tesi cruciale, e cioè che il discorso giustificatorio giuridico non è insulare in quanto l'adozione di norme che legittimano la prescrizione di norme giuridiche è sottomessa a critica sulla scia di un discorso morale, sulla base di norme che, come le prime menzionate, non sono giuridiche, mi sposterò ora in una prospettiva ultraesterna rispetto all'intero ordinamento giuridico: la prospettiva dei giusfilosofi, i quali non pretendono descrivere un determinato sistema giuridico, ma lineamenti comuni a tutti i sistemi giuridici che facciano parte dello schema concettuale basilare di qualsiasi discorso giuridico.

Ci si è posti già in una prospettiva ultraesterna allorché si è detto, all'inizio di questo capitolo, che a partire da questa si poteva distinguere tra concetti normativi e descrittivi di diritto, gli ultimi dei quali permettono a loro volta di distinguere il punto di vista interno e quello esterno del diritto. Senza dubbio, alcuni filosofi del diritto, soprattutto entro la tradizione continentale europea, mostrano una strana resistenza all'individuazione dell'uso, dal punto di vista interno, dei concetti normativi che rinviano a norme extragiuridiche. Ciò crea molte complicazioni quando si pretenda poi ricostruire e chiarire questioni poste da questo punto di vista e basate su tali concetti normativi.

Talvolta i maggiori problemi sono dati dal concetto di validità giuridica, concetto usato tipicamente da parte di giudici e giuristi – come

* Da C.S. Nino, *Diritto come morale applicata*, a cura di M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1999.

abbiamo visto nel paragrafo precedente – per affermare la forza obbligatoria di norme giuridiche sulla base di principi di valore ed in discussioni quali le tre che abbiamo descritto in questo capitolo. Il concetto di validità giuridica è quindi cruciale nel discorso giuridico giustificatorio, in quanto rappresenta il concetto che fa da ponte fra questo discorso ed un discorso morale più ampio.

I giusfilosofi hanno tentato di eludere questo riferimento a principi morali da parte del concetto usuale di validità giuridica e a questo fine hanno proposto definizioni descrittive di validità relative all'efficacia di una norma o all'appartenenza di una norma ad un certo sistema giuridico. Ciò è perfettamente legittimo, certamente, eccetto quando, poi, i giusfilosofi del diritto pretendono risolvere con questo concetto problemi che si pongono ai giudici e ai giuristi riguardo a un concetto normativo di validità, come quello di giustificabilità o di forza obbligatoria. È qui che il giusfilosofo rimane intrappolato in problemi autogenerati, che giustificano un ulteriore lavoro giusfilosofico di chiarimento. Mi accingo a dimostrarlo attraverso due esempi di discussioni giusfilosofiche circa la validità giuridica, che sono, in realtà, implicite nei tre esempi precedenti di controversie che si danno da un punto di vista interno al diritto.

1. Una messa a fuoco come quella compiuta da Hart circa l'individuazione dell'ordinamento giuridico sulla base della *norma di riconoscimento*, si troverà di fronte al problema della variazione delle norme di riconoscimento nel corso del tempo. Quando una norma di riconoscimento varia in accordo con ciò che essa stessa dispone – in modo tale che la stessa si applica per essere rimpiazzata da un'altra regola di diverso contenuto – si presenta quello che è stato definito il “paradosso di Ross”. Questo si riferisce al fatto, segnalato dallo stesso Ross, che questa apparente continuità non può essere presa in considerazione, giacché diversamente bisognerebbe ammettere, da un lato, un'autoreferenza inspiegabile e, dall'altro lato, la possibilità che una norma inesistente continui ad essere il fondamento di validità della norma che le succede. (Ossia, se l'articolo 30 della Costituzione argentina, che stabilisce il procedimento di revisione costituzionale, fosse modificato sulla base di quello che lo stesso stabilisce, il nuovo articolo potrebbe intendersi come il risultato di una riforma corretta della Costituzione solo se accettiamo che il vecchio articolo 30 si riferisca a se medesimo nel fissare il procedimento di riforma – ciò che

molti ritengono come una impossibilità logica – e determini la validità del nuovo articolo 30, nonostante lo stesso abbia smesso di essere valido).

Come ho già sostenuto altrove, credo che la soluzione di questo problema debba cercarsi nell'utilizzo di norme di riconoscimento più basilari di quelle che creano il problema, norme di carattere, generalmente, implicito. Tali norme, in primo luogo, prescrivono lo stesso procedimento per modificare la regola di revisione della Costituzione di quello che questa stabilisce per il resto della Costituzione. In questo modo si evita l'autoreferenza, visto che è possibile sostenere che un articolo, come il 30 della Costituzione argentina, contiene in realtà *due norme* (nella misura in cui si presuppone che questo articolo debba essere modificato dallo stesso procedimento che esso stesso stabilisce): una prima norma che si riferisce alla forma per modificare tutti i restanti articoli della Costituzione fatta eccezione del proprio articolo e una seconda norma che stabilisce lo stesso procedimento per poter cambiare la norma anteriore. (Alla domanda relativa a come si modificherebbe a sua volta quest'ultima norma, la risposta è che non esiste un procedimento previsto per farlo, ma che una volta modificata — in accordo ad essa — la norma anteriore relativa alla forma da seguirsi per modificare le restanti regole del sistema, la seconda perde operatività perché ha smesso di esistere la norma specifica a cui essa si riferisce).

In secondo luogo, queste norme di riconoscimento più basilari e generalmente implicite stabiliscono l'obbligo di osservare le norme dettate secondo il procedimento considerato valido nel momento in cui quelle si dettarono, nonostante che la regola che lo stabilisce abbia perduto validità per essere stata rimpiazzata dallo stesso procedimento. Se è vero, come sottolinea Ross, che una norma valida non può veder derivare la propria validità da un'altra norma che a sua volta non lo è (ossia, gli articoli riformati della Costituzione non possono considerarsi validi grazie alla norma che fissa il procedimento di revisione, se essa stessa è stata riformata seguendo il medesimo procedimento), può avversi una norma che continua ad essere valida ed attribuisca validità alle norme dettate nel rispetto del procedimento stabilito da una norma che risultava valida nel momento in cui si erano dettate quelle altre norme.

Le due soluzioni possono completarsi se supponiamo che, quando si accetta una certa costituzione e costituzioni successive ap-

provate sulla base di essa e delle costituzioni precedenti, questo implica che gli organi primari rispettino una pratica basilare di riconoscimento che determina, per esempio, che deve essere osservato ciò che dispone la Costituzione dettata a Santa Fe nel 1853 o un'altra che la rimpiazza totalmente o parzialmente in accordo con il procedimento previsto da una costituzione posteriore.

Questo implica una certa gerarchia tra le norme di riconoscimento e che vi sia un piano profondo e generalmente non *articolato* nel quale si sviluppa una pratica basilare di riconoscimento delle regole che, a loro volta, riconoscono la validità di altre. Questa pratica basilare, come abbiamo visto nell'esempio precedente, non coincide con il testo costituzionale benché si riferisca ad esso. Da ciò si può giungere alla conclusione che la Costituzione non è, in generale, la pratica più basilare di una società, ma che ve ne sia una più fondamentale la quale determina l'osservanza continua della Costituzione anche quando questa è modificata in modo regolare. Questo concorda con l'intuizione di Kelsen e Ross, i quali, a differenza di Hart, sostengono che debba avversi una norma più fondamentale della Costituzione positiva, la cui osservanza spiega l'osservanza continua di quest'ultima (ciò che Kelsen chiama la "norma fondamentale" e Ross la "ideologia presupposta").

Sicuramente questa pratica fondamentale, che permette di spiegare, da un punto di vista esterno, la continuità dell'ordinamento giuridico nel corso del tempo e nonostante le riforme della sua Costituzione, non ha come contenuto proposizionale una norma che sia accettata per il fatto di essere prescritta da una autorità considerata legittima. Tale norma, che dà validità alle successive costituzioni, non è, essa stessa, una norma giuridica secondo il concetto descrittivo giudiziale istituzionalizzato di diritto che si era proposto. Si tratta di un principio extragiuridico, la cui adozione possiede le proprietà pragmatiche distinctive della morale.

Quando si disconosce, quindi, che il concetto di validità, che si usa dal punto di vista interno, sia un concetto normativo che presuppone norme extragiuridiche, appaiono paradossi come quelli che abbiamo appena analizzato.

2. I giusfilosofi sono soliti definire la validità delle norme in funzione della loro appartenenza ad un sistema giuridico e tale appartenenza, per lo meno per quanto riguarda le norme che non sono al ver-

tice della gerarchia del sistema giuridico, generalmente si considera constatata se soddisfano, – per quanto riguarda l'organo che detta la norma, il procedimento mediante il quale sono state emanate e il contenuto delle norme medesime, – le condizioni richieste dalle norme di livello superiore nell'ordinamento giuridico. In generale, si ritiene che la teoria di Kelsen offra il paradigma di questo concetto di validità giuridica.

Tuttavia, questo concetto di validità sembra entrare in crisi allorché si tratta di norme il cui rispetto contraddice le condizioni stabilite da norme di livello superiore. Una norma che oggettivamente contraddica le condizioni di organo, procedimento o contenuto stabilite da una norma superiore, come nel caso della Costituzione rispetto a leggi e decreti, può in alcuni casi nondimeno essere considerata valida da parte di giudici, avvocati e giuristi. Ciò può accadere se non esiste, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, un procedimento di controllo giudiziale di costituzionalità, o non è esercitato, o questo permette solamente di annullare una norma nel caso concreto e non in generale, o se il tribunale si equivoca circa la costituzionalità o l'illegittimità della norma. Stando così le cose, ciò vorrà dire che il concetto di validità non può definirsi in maniera tale da soddisfare quelle condizioni. Ciò che è stabilito per definizione non può ammettere eccezioni sulla base di circostanze fattuali.

Hans Kelsen avvertì questo problema e tentò di cercare una soluzione che gli permettesse di mantenere la sua definizione di validità delle norme giuridiche come accordo con ciò che è disposto per la loro creazione da parte di una norma superiore valida: la soluzione che trovò è quella, estremamente implausibile, che consiste nel sostenere che, allorché una norma inferiore è considerata valida, benché contraddica il testo implicito di una norma superiore, ciò implica che la norma superiore contiene una clausola alternativa tacita che permette l'emanazione della norma inferiore anche se non si rispettano le esigenze della parte espressa. Secondo Kelsen, le due clausole non sono equivalenti, giacché, allorché la norma inferiore si adegua alla clausola tacita, sebbene sia valida, essa generalmente corre il rischio di essere annullata o che si sanzioni l'organo che l'ha dettata.

La soluzione di Kelsen è assurda, posto che non ha senso l'idea dell'autorizzazione data da una norma perché se ne dettino altre inferiori, se oltre alla autorizzazione subordinata a che si soddisfino certe

condizioni vi è un'altra autorizzazione in bianco perché queste condizioni siano violate. Né la situazione cambia se tiene conto delle differenze rispetto alle nullità o alle sanzioni che si dànno alternativamente nei due casi, giacché bisognerebbe arrivare ad ammettere che gli organi competenti siano autorizzati, sulla base di un'altra clausola alternativa tacita, ad annullare o sanzionare nonostante si sia soddisfatta la clausola espressa e non la tacita, il che sarà a sua volta soggetto a nullità e a sanzioni, che potranno applicarsi anche in modo diverso da quello prescritto, in accordo a ciò che è autorizzato da un'altra clausola alternativa tacita. La questione diviene ancora più ridicola se teniamo conto che l'autorizzazione della clausola tacita non può limitarsi al contenuto, come pare supporre Kelsen, data la interconnessione tra organo, procedimento e contenuto (un contenuto può essere proibito ad un organo ma non ad un altro, o può essere proibito se si segue un procedimento ma non un altro; gli organi si definiscono per i procedimenti che seguono in quanto devono dettare norme di un certo contenuto); è del tutto inaccettabile che una norma, che pare autorizzare un determinato organo perché detti norme attraverso un procedimento con un certo contenuto, in realtà finisca per autorizzare chiunque a dettare attraverso un qualsiasi procedimento norme di un qualsiasi contenuto.

Altrove ho compiuto questa diagnosi della singolare confusione concettuale in cui incorre Kelsen, approfondendo una proposta di Eugenio Bulygin: Kelsen confonde qui due significati di “validità” – quello che allude all'appartenenza di una norma ad un sistema giuridico e quello che fa riferimento alla forza obbligatoria o al carattere di ragione giustificatoria di una norma giuridica –. L'appartenenza di una norma al sistema giuridico è una nozione descrittiva ed è determinata dal fatto che la norma sia approvata come conforme a ciò che dispone un'altra norma del sistema giuridico che autorizza la approvazione della prima. La forza obbligatoria di una norma giuridica è una nozione normativa e fa riferimento ad una proprietà che può essere trasmessa da una norma all'altra, non solo quando la prima autorizza l'approvazione della seconda, ma anche quando la prima stabilisce che è obbligatorio osservare ed applicare la seconda norma. Una legge incostituzionale non appartiene al sistema giuridico, giacché non è stata dettata nel rispetto delle condizioni stabilite dalle norme di competenza costituzionale. Ma, come dice Bulygin, può possedere forza obbligatoria in alcuni casi se vi è una norma che ha,

a sua volta, forza obbligatoria e che stabilisce che tale norma deve essere applicata o obbedita alla presenza di certe condizioni.

Di certo, però, la forza obbligatoria delle norme giuridiche non può essere stabilita, in ultima istanza, dalle stesse norme, giuridiche, poiché questo non permetterebbe di predicare la forza obbligatoria delle norme giuridiche superiori gerarchicamente nel sistema. A loro volta tali norme giuridiche, se risultano carenti di forza obbligatoria, esse non potranno trasmetterla alle altre norme. Kelsen ha tentato di risolvere questo problema mediante il presupposto della sua norma fondamentale, ma dato che la norma fondamentale è un presupposto *ipotetico* del pensiero speculativo dei giuristi, essa potrà solo trasmettere una forza obbligatoria anch'essa ipotetica. Il problema che si pone nella pratica giuridica è che norme che contraddicono le condizioni della loro produzione paiono essere considerate da giudici e giuristi in alcuni casi come categoricamente valide, in quanto permettono di giustificare azioni e decisioni. Ciò può spiegarsi solo se si riconosce (ma Bulygin non lo fa) che qui si sta utilizzando un concetto di validità che presuppone norme extragiuridiche le quali predicono la obbligatorietà persino delle norme superiori del sistema, la quale si trasmette a norme inferiori non solo per mezzo del riconoscimento del loro dettato, ma anche per mezzo di altre norme superiori che dichiarano dovuta la applicazione e l'osservanza delle inferiori. Tuttavia, Kelsen ed altri filosofi che han seguito i suoi passi si son rifiutati di riconoscere l'uso, nella pratica giuridica, di un concetto di validità che facesse riferimento a principi morali. Si è preferito, piuttosto, giungere ai limiti dell'assurdo con un concetto descrittivo di validità intesa come appartenenza.

Pertanto, in questi esempi di problemi giusfilosofici intorno al concetto di validità giuridica sono messi in evidenza i problemi che si creano col non voler riconoscere, da un punto di vista ultraesterno, l'uso, da una prospettiva interna, di un concetto di validità intesa come forza obbligatoria morale. Questo mette in risalto, di nuovo, l'innesto del discorso giuridico nella cornice di un discorso giustificatorio più ampio, facilitato proprio dal concetto ponte di validità giuridica.

2. *La non insularità del discorso giuridico*

Le discussioni che, come abbiamo visto, si sviluppano da un punto di vista interno al sistema giuridico e le perplessità che si creano, da un punto di vista ultraesterno quale quello dei giusfilosofi disconoscendo i presupposti di tali discussioni le quali tutte dipendono dal concetto di validità giuridica, confermano l'impressione dell'antropologo giuridico che il discorso interno al diritto sia un caso specifico del più ampio discorso morale. Questa è la tesi che Robert Alexy chiama *“Sonderfallthese”*. Dopo questa conferma, dirigiamoci verso una prospettiva moderatamente esterna al diritto. Come si è detto al principio, la nostra cultura moderna ha connesso alla morale positiva una pratica discorsiva, pratica che serve come modalità di riproduzione e di critica di questa morale positiva. Ciò che si è tentato di difendere in questo capitolo è che il discorso morale della modernità ha un carattere *imperialista* che impedisce la sussistenza di discorsi giustificatori insulari. Ciò che si è preteso di dimostrare rispetto al diritto è anche applicabile alle religioni, ai giochi, alla prudenza e all'economia.

L'unico spazio che resta perché discorsi pratici diversi da quello morale generino ragioni che giustifichino azioni e decisioni è lo spazio che questo discorso morale lascia libero, o perché definisce un'area di indifferenza, o perché può applicarsi un qualche principio difendibile nell'ambito del discorso morale che permetta di giustificare appropriatamente un subdiscorso.

Per esempio, le ragioni dettate dalla prudenza possono essere valide in un discorso monologico nel quale un agente giustifica un'azione a se stesso e tiene conto solamente dei propri interessi. Appena il soggetto passa ad un discorso effettivamente o potenzialmente dialogico nel quale giustifica le sue azioni di fronte ad altri e, pertanto, si suppone che adotti un punto di vista imparziale rispetto agli interessi degli altri, ciò che nel discorso monologico era *norma che giustifica* un'azione entrando in conflitto con ragioni morali si trasforma in *fatto che solo spiega* tale azione. Di certo le ragioni prudenziali continuerrebbero a mantenere validità se non si producesse alcun conflitto e si operasse in un'area indifferente alla morale o in un'area retta, per esempio, da un principio che accorda validità al consenso di coloro i cui interessi potrebbero essere lesi.

Queste ultime due possibilità sono quelle che si verificano nei gio-

chi. Le regole di un gioco consentono, effettivamente, di giustificare azioni e decisioni nella misura in cui si riferiscono a comportamenti moralmente indifferenti oppure se la partecipazione al gioco si basa sul consenso dei partecipanti che un principio morale convalida.

Lo stesso accade con il calcolo economico basato sul valore dell'efficienza, ossia sulla massimizzazione dei benefici aggregati rispetto ai costi, o, in altri termini, nella materializzazione di situazioni nelle quali alcuni si trovano meglio rispetto a situazioni alternative possibili, senza che nessuno stia peggio. La cosiddetta "analisi economica del diritto" è, a sua volta, utilizzata con un intento ulteriore di creare un discorso giuridico insulare, isolato da considerazioni morali e di giustizia. Talvolta ciò occorre in modo impercettibile, passando da un piano descrittivo a quello normativo o dimenticando, terminati gli sviluppi teorici, quando si fanno raccomandazioni categoriche, l'avvertenza, che si suole compiere nei suoi prolegomeni, che l'efficienza è un valore fra gli altri e che deve essere condizionato dall'equità. Altre volte, si tenta di giustificare l'autonomia del discorso giuridico ricorrendo al valore dell'efficienza, sia definendo, in modo insoddisfacente, la giustizia in termini di efficienza, sia considerando la giustizia come una preferenza che dev'essere massimizzata per ottenere efficienza (col che si incorre in un errore che verrà trattato nel capitolo quinto). Ciò che è certo è che il calcolo economico d'efficienza può operare solo, e deve operare, nell'area di permissibilità dei principi di valore fondamentali.

Il discorso giuridico non è un monologo giustificatorio. Per questo i giudici non possono giustificare, come abbiamo visto, le loro decisioni sulla base del soddisfacimento di loro interessi (questo sarebbe considerato un'insolita esposizione di motivi). Non ci si trova neppure in un'area di indifferenza morale, fatta eccezione per questioni come il regolamento del traffico. Si potrebbe dire, sì, che sia dominato dal consenso degli interessati, sempre che il diritto abbia origine democratica e la democrazia si giustifichi in virtù di tale consenso. Come ho cercato di dimostrare altrove, questa non è una giustificazione plausibile della democrazia, per la semplice ragione che non è sicuro che in una democrazia tutti siano favorevoli alle leggi che si dettano. Comunque, però, questa possibilità dimostra l'esistenza non di un discorso insulare, bensì quella di un discorso che è completamente controllato da un certo principio morale che convalida il consenso.

Le cose potrebbero essere diverse da quello che sono, potremmo vivere sulla base di una cultura nella quale vi siano discorsi giuridici insulari. Potrebbe occorrere che dire che il re ha prescritto *x* sia una ragione ultima ed incontrovertibile perché *x* debba realizzarsi, come vi sono culture nelle quali dire che Allah ha prescritto *x* è una ragione ultima ed incontrovertibile perché *x* debba realizzarsi. In questo caso, non costituirebbe un errore inferire da questo caso specifico una certa norma. Però questa non è affatto la situazione della nostra cultura moderna, che ha generato un discorso giustificatorio imperialista, qual è il discorso morale.

Questo imperialismo del discorso morale comporta che non esistono ragioni giuridiche che possano giustificare azioni e decisioni indipendentemente dal loro discendere da ragioni morali. Le parole “ragione” e “giustificazione” possono di certo essere definite convenzionalmente in un senso puramente descrittivo, così rendendo possibile l’esistenza di ragioni giuridiche che giustifichino, per sé sole, azioni e decisioni. È ovvio però che tali concetti non captano il senso pragmatico di ragione e giustificazione, il quale si rende manifesto allorché si avverte un’incoerenza pratica tra dire che vi è una ragione che giustifica fare *x* e fare *non x*. Questa incoerenza è propria del discorso pratico che presuppone l’impegno di agire nel rispetto delle conclusioni normative del discorso al quale partecipiamo.

La questione potrebbe porsi semplicemente nei termini seguenti: se il ragionamento giustificatorio sviluppato dal punto di vista interno concladesse in giudizi del tipo “colui che uccide deve essere punito con una sanzione che va dagli otto ai venticinque anni di prigione”, “l’inquilino che deve due mesi di affitto deve essere sfrattato”, queste sarebbero ragioni ultime ed il discorso sarebbe autonomo. Ma il ragionamento giuridico è parzialmente riflessivo giacché suole concludere con ragioni che alludono al fatto che le precedenti sono *norme giuridiche* di un certo ordinamento. Come ragioni che respingono qualsiasi messa in discussione delle norme anteriori, tali proposizioni non possono considerarsi mere definizioni, né esclusivamente descrizioni di fatti, in quanto includono giudizi normativi che legittimano determinate autorità e descrivono le prescrizioni di dette autorità. In altre parole, le ragioni inerenti al ragionamento giuridico che alludono al fatto che certe norme sono parte di un sistema giuridico non sono, esse stesse, ragioni giuridiche, ma appartengono ad un sistema giustificatorio più ampio.

Come abbiamo visto nel capitolo precedente, la ricostruzione di uno schema concettuale non deve isolarsi dalle necessità dei discorsi nei quali si intende utilizzare il detto schema concettuale. Data la superiorità logica del punto di vista interno rispetto ai diversi punti di vista esterni, la dipendenza giustificatoria del diritto rispetto alla morale nel discorso interno del giudice, che si riflette nei concetti utilizzati in questo discorso, deve essere tenuta in conto dai concetti utilizzati nel discorso esterno di un antropologo ed anche nel discorso ultraesterno di un giusfilosofo, senza che per questo essi perdano il loro carattere descrittivo o analitico. Altrimenti questi ultimi discorsi incorreranno in una visione distorta del fenomeno pratico qual è appunto il diritto o verranno irretiti nelle perplessità che, a volte, creano gli stessi giusfilosofi.

In questo modo appare evidente che il diritto possiede una connessione giustificatoria essenziale con la morale, e che le necessità dei diversi discorsi esigono, a partire da una prospettiva non essenzialista dei concetti, che questa connessione si veda riflessa in modo appropriato negli schemi concettuali che si forniscono per servirle.

JÜRGEN HABERMAS

*Ragione e positività.
L'intreccio di diritto, politica e morale*^{*}

1. Se vogliamo capire come mai l'auto-differenziazione del diritto non arrivi mai fino al punto di scioglierne l'interno legame con politica e morale, dobbiamo richiamarci alla mente la nascita del diritto positivo: un processo che in Europa si estende dalla fine del Medioevo alle grandi codificazioni del Settecento. Anche nei paesi del *common law*, per influenza di giureconsulti accademici, il diritto consuetudinario viene rimodellato sul diritto romano: in questo processo esso viene adattato alle condizioni della nascente economia capitalistica e al potere burocratico del nuovo stato territoriale. Si tratta di un processo complicato, differenziato, difficilmente riassumibile, di cui io vorrei semplicemente sottolineare un aspetto, rilevante nell'ambito della filosofia del diritto. Che cosa significhi sul piano filosofico la positivizzazione del diritto si può infatti capire partendo dalla struttura tripartita del diritto tardo-medioevale.

Osservandole da una certa distanza, scopriamo nelle nostre tradizioni locali delle corrispondenze con quei tre elementi che – secondo la sociologia comparata del diritto – caratterizzano in generale la cultura giuridica degli antichi imperi. Qui il sistema giuridico è di regola incoronato da un diritto *sacrale*, ermeneuticamente amministrato da giureconsulti e teologi; il suo nucleo centrale è invece costituito da un diritto *burocratico*, statuito in conformità alle sacre tradizioni da un re (o da un imperatore) che funge anche da giudice supremo. Questi due tipi di diritto si sovrappongono a un diritto *consuetudinario*, di solito non scritto, che in ultima istanza risale alle sorgenti preletterarie del diritto tribale. Nell'Europa del Medioevo le cose stanno un po' di-

^{*} Da J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, a cura di L. Ceppa, Torino, Edizioni di Comunità, 2001.

versamente, per il fatto che il diritto canonico della Chiesa cattolica mantiene ininterrotto l'alto livello tecnico e concettuale del diritto romano classico, mentre il diritto regale dei decreti e delle ordinanze capitolari – ancor prima che si riscopra il *corpus Justinianum* – si ricollega per lo meno all'idea del vecchio impero romano. Persino il diritto consuetudinario appare debitore all'eterogenea cultura giuridica (per metà romana e per metà germanica) delle province d'Occidente e viene messo per iscritto a partire dal XII secolo. Tuttavia, nei suoi tratti fondamentali, anche nell'Europa medioevale ritroviamo la struttura che è comune a tutte le civiltà antiche: cioè una biforcazione di diritto sacro e diritto profano, laddove il diritto sacro – nella prospettiva di una qualsiasi delle grandi religioni mondiali – si ricollega sempre a un ordine cosmico e a una storia di salvezza. Questo diritto divino, ovvero naturale, *non* è a disposizione del sovrano. Esso fornisce piuttosto il quadro legittimante all'interno del quale il sovrano esercita il suo potere mondano attraverso le funzioni della giurisdizione e della legiferazione. In questo contesto Max Weber parlava del «duplice regno del potere tradizionale».

Questo carattere tradizionale del diritto si mantiene anche durante il Medioevo. Tutte le leggi traggono validità dall'origine divina di un diritto naturale, cristianamente inteso. Un nuovo diritto può crearsi soltanto in nome di una riforma, o di un ristabilimento, del buon vecchio diritto. Ma nella concezione tradizionale del diritto è già implicita una tensione interessante, generantesi tra le due facce del diritto regale. Il sovrano, anche come suprema autorità giudiziaria, appare soggetto al diritto sacrale. Solo così la legittimità di quest'ultimo può trasferirsi sul potere mondano. Dalla devota, reverente difesa dell'intoccabile ordine giuridico deriva un premio di legittimazione all'esercizio del potere politico. Nello stesso tempo il sovrano – al vertice di un'amministrazione organizzata attraverso cariche burocratiche – si serve del diritto anche come di un *medium* che conferisce ai suoi comandi (in forma di editti e decreti) una vincolante forza collettiva. Tuttavia su *questo* versante, cioè come strumento d'esercizio del potere burocratico, il diritto può soddisfare alle sue funzioni d'ordine solo nella misura in cui *sull'altro* versante, in veste di tradizioni giuridiche sacralizzate, esso conservi quel carattere non strumentale, vale a dire non *disponibile*, che il sovrano deve sempre rispettare nell'ambito della sua attività giurisdizionale. Tra questi due momenti – quello della *indisponibilità* [*Unverfügbarkeit*] di un diritto

presupposto nella composizione giudiziaria dei conflitti e quello della *strumentalità* di un diritto preso a servizio dall'esercizio del potere – viene a prodursi una tensione irrisolvibile. Essa non viene in luce fintanto che non viene attaccato il fondamento sacrale del diritto e fintanto che le radici del diritto consuetudinario, legato alla tradizione, restano saldamente piantate nella prassi quotidiana.

2. Ora, dato che nelle società moderne sono proprio queste le condizioni che sempre meno possono venir soddisfatte, ecco che la positivizzazione del diritto può essere spiegata – da un punto di vista interno – come una sorta di reazione a queste trasformazioni. Nella misura in cui le ‘immagini del mondo’ religiose cedono il campo al pluralismo *degli* idoli privati e le tradizioni del diritto consuetudinario vengono progressivamente neutralizzate dall'*usus modernus* della giurisprudenza accademica, nella struttura tripartita del sistema giuridico noi vediamo prodursi un inevitabile collasso. Il diritto si restringe a una dimensione soltanto, occupando d'ora in poi la posizione prima tenuta dal diritto burocratico del sovrano. Il potere politico di quest'ultimo si emancipa dal legame con il diritto sacro, diventando così potere ‘sovrano’ in senso moderno. Ad esso spetta il compito di riempire, con un'autonoma legislazione politica, il vuoto lasciato dietro di sé dal diritto naturale già amministrato dai teologi. Alla fine, tutto il diritto deve sgorgare dalla volontà sovrana del legislatore politico. Promulgazione, applicazione ed esecuzione della legge diventano i tre momenti di un unico (politicamente strutturato) processo circolare; e resteranno tali anche quando si differenzieranno istituzionalmente a partire dalla divisione statale dei poteri.

Ma con ciò il rapporto esistente tra i due momenti della indisponibilità e della strumentalità del diritto viene a trasformarsi profondamente. Oggi, purché si differenzino sufficientemente i ruoli nel senso della divisione dei poteri, i programmi legislativi vengono di solito dati come prioritari rispetto all'amministrazione della giustizia. Senonché – vien da chiedersi – da un diritto politico arbitrariamente modificabile come può ancora derivare un'autorità obbligante paragonabile a quella che discendeva da un ‘indisponibile’ diritto sacrale? Come fa il diritto positivo a salvaguardare il proprio carattere obbligatorio, se non è più in grado di dedurre la sua validità – come ancora faceva il diritto burocratico del sovrano nel quadro del sistema giuri-

dico tradizionale – da un diritto prioritario e sovraordinato? A questi interrogativi il positivismo giuridico ha dato sempre risposte insoddisfacenti. In una sua prima variante, il diritto viene completamente spogliato del suo carattere normativo e definito in modo puramente strumentale: esso ‘vale’ in quanto comando di un potere sovrano (Austin). Con ciò il momento della indisponibilità scompare come un relitto metafisico. Una seconda variante del positivismo giuridico tiene ferma la premessa che il diritto può soddisfare la sua funzione principale, cioè la regolazione giudiziaria dei conflitti, solo se alle leggi chiamate in causa venga conservata una normatività nel senso di una validità prescrittiva [*Sollgeltung*] di tipo non semplicemente imperativo. Ma ora questo momento potrà inerire soltanto alla forma del diritto positivo, non più a contenuti di diritto naturale (Kelsen). Da questo punto di vista il sistema giuridico – separato da politica e morale e accentratato sulla giurisdizione come suo nucleo istituzionale – si presenta come il luogo superstite dove il diritto può ancora preservare la sua forma e la sua autonomia poggiando sulle sue sole forze. Da entrambe le varianti ricaviamo un medesimo risultato: la garanzia metasociale della validità giuridica prima offerta dal diritto sacrale, può ora essere lasciata cadere *sic et simpliciter*, cioè facendo a meno di ogni equivalente.

Senonché le origini storiche sia del diritto moderno sia del diritto tradizionale fanno a pugni con questa concezione. L’antropologia ci insegna che il diritto come tale *precede* la nascita del potere politico in senso stretto, cioè statalmente organizzato; piuttosto, diritto sanzionato dallo stato e potere statale giuridicamente organizzato mostrano di nascere insieme. Sembra proprio che siano gli sviluppi arcaici del diritto ad aver reso possibile la nascita di quella forma peculiare di dominio in cui *potere statale* e *diritto statale* si costituiscono a vicenda. Se le cose stanno così, diventa difficile immaginare che un giorno il diritto possa mai venire interamente risucchiato dalla politica oppure, al contrario, totalmente espulso fuori di essa. Inoltre si può dimostrare che determinate strutture della coscienza morale devono aver giocato un ruolo importante nell’entrata in funzione della simbiosi tra diritto e potere statale. Un ruolo analogo la coscienza morale lo gioca nel passaggio dal diritto tradizionale al diritto positivo desacralizzato, che viene tutelato dal monopolio statale della forza e messo a disposizione del legislatore politico. Quel momento della indisponibilità, che anche nel diritto moderno deve continuare a rappresentare un

contrappeso alla strumentalizzazione politica del *medium* giuridico, deriva dall'intreccio strutturale di politica e diritto, da un lato, con la morale, dall'altro.

3. Questa costellazione fa la sua comparsa nelle prime civiltà antiche con il saldarsi insieme di diritto e potere statale. Nelle società tribali del neolitico sono generalmente tre i meccanismi che provvedono alla regolazione dei conflitti interni: le pratiche di autodifesa (faida e vendetta), l'evocazione rituale delle potenze magiche (oracoli, duelli) e la mediazione arbitrale come pacifico surrogato alla violenza e alla magia. A questi mediatori però manca ancora la facoltà sia per decidere il dissidio in maniera autoritaria e *obbligatoria* sia per imporre con la forza la sentenza contro il lealismo delle parentele. Mancano non soltanto gli aspetti coercitivi della legge, ma anche le corti di giustizia e i procedimenti giudiziari. Inoltre il diritto fraternizza ancora talmente con costumi e tradizioni religiose, che diventa difficile isolare dagli altri fenomeni etici quelli strettamente giuridici. Le idee di giustizia, necessariamente sottese a ogni forma di regolazione del conflitto, s'intrecciano ancora all'interpretazione mitologica del mondo. Vendetta, taglione e *corvée* servono a ristabilire un ordine disturbato. A quest'ordine, costruito in base a simmetrie e contrapposizioni, sono indistintamente soggetti sia singole persone e gruppi parentali sia la natura e la società nel loro insieme. La gravità del crimine si commisura alle conseguenze dell'azione, non alle intenzioni del colpevole. La sanzione ha il senso di risarcire i danni prodotti, non quella d'infliggere punizioni a chi si è reso colpevole d'aver infranto la norma.

Questa rappresentazione concretistica della giustizia non consente ancora di distinguere le questioni di fatto dalle questioni di diritto. Nella mentalità giuridica primitiva vediamo mescolarsi insieme giudizi normativi, prudenti calcoli d'interesse, costatazioni su fatti. Mancano concetti come responsabilità e colpa; proponimento e negligenza non sono tra loro distinguibili. Ciò che conta è solo la percezione di un danno oggettivamente prodotto. Non c'è nessuna separazione tra diritto civile e diritto penale: qualunque violazione della legge è un crimine che dev'essere risarcito. Queste distinzioni diventeranno possibili soltanto a partire dal momento in cui una nuova concezione rivoluzionerà il mondo delle rappresentazioni morali. Alludo al concetto di una norma giuridica che si presenta come indi-

pendente dalla situazione, sovraordinata sia alle parti in conflitto sia all'arbitro imparziale, a una norma, dunque, riconosciuta come obbligatoria in modo preliminare e intersoggettivo. Intorno a questo nucleo si cristallizza ciò che L. Kohlberg chiama coscienza morale di tipo 'convenzionale'. Finché un simile concetto di norma è assente, l'arbitro di pace non può far altro che convincere le parti in conflitto a stringere dei compromessi. In ciò può certo far valere *l'influenza* del suo prestigio personale, conferitogli per *status*, ricchezza o età. Ma ciò che ancora gli manca è il *potere politico*; in altri termini, egli non può ancora fare appello né all'autorità impersonalmente obbligante della legge né all'intelligenza morale dei soggetti coinvolti.

Proporrei adesso di fare il seguente esperimento mentale: supponiamo che, ancor prima che entri in vigore l'autorità dello stato, già si formino nozioni giuridiche e morali del tipo convenzionale. In questo caso, per esempio arbitrando una lite, il capotribù potrebbe già far riferimento all'obbligatorietà morale di norme legali intersoggettivamente riconosciute. Certo egli non vi potrebbe ancora aggiungere il carattere fattualmente coercitivo della sanzione statale; tuttavia l'affacciarsi, nell'esercizio giudiziario, di un concetto moralmente obbligante di norma basterebbe già a trasformare radicalmente il suo ruolo di capotribù – un ruolo che in precedenza si fondava solanto sulla sua influenza e prestigio personali. In questo scenario vanno sottolineate tre sequenze importanti. In primo luogo, come custode di norme intersoggettivamente riconosciute, quel capotribù parteciperebbe ora all'aura della legge da lui amministrata. L'autorità normativa del diritto potrebbe, a questo punto, trapassare integralmente dalla sua competenza di giudice all'effettivo potere di comando da lui personalmente goduto in quanto capotribù. Inavvertitamente, la *forza fattuale* di un notabile in grado di fare pressione sui più deboli verrebbe a trasformarsi nella forza *normativa* di un capo, autorizzato a prendere decisioni collettivamente obbligatorie. In secondo luogo verrebbe a modificarsi la stessa natura della deliberazione giudiziaria. A questo punto, le norme giuridiche moralmente vincolanti non sarebbero più coperte soltanto dalla spinta conformistica della tribù, o dalla influenza di fatto di un notabile, ma anche dalle sanzioni da lui minacciate in quanto sovrano legittimo. Vedremo così nascere quel modo (tipicamente ambiguo) di validità caratterizzante il diritto statale, che fonde sempre insieme riconoscimento e costrizione. In terzo luogo, il diritto statale fornirebbe al detentore del potere politico un

medium, attraverso cui egli potrebbe costruirsi una struttura di uffici e di cariche per esercitare il dominio in forme burocratiche. Così il diritto riceve – accanto all'aspetto di indisponibilità caratterizzante il diritto oggettivo – anche un aspetto strumentale, che lo qualifica come mezzo di organizzazione. Se adottiamo questo scenario, vediamo che nel processo di fusione verificantesi tra diritto e potere la coscienza morale funziona come una sorta di catalizzatore.

Anche se queste considerazioni hanno delle notevoli componenti “empiriche”, qui m’interessa mettere in chiaro soprattutto delle relazioni concettuali. Vediamo di ricapitolare: solo in immagini del mondo sufficientemente complesse si forma una coscienza morale di livello convenzionale; solo la coscienza di norme ancorate nella tradizione e moralmente obbliganti trasforma la natura della giurisdizione, rendendo possibile la metamorfosi di forza fattuale in forza normativa; solo il possesso di un potere legittimo consente di imporre politicamente le norme giuridiche; solo un diritto coercitivo può essere utilizzato per l’organizzazione del potere statale. Se si analizza nei particolari questo intreccio strutturale instaurantesi tra 1) una morale religiosamente integrata, 2) un potere giuridicamente legittimo, 3) un’amministrazione statale organizzata giuridicamente, diventerà facile capire perché le due varianti, prima citate, del positivismo giuridico si rivelano insostenibili.

4. Ridurre le norme giuridiche a semplici comandi del legislatore politico equivale a sostenere che, nella modernità, il diritto si risolve integralmente in politica. Senonché, in tal modo, anche il nostro concetto di politica deve disgregarsi. In ogni caso, con queste premesse, il potere politico non potrà più essere inteso come autorità giuridicamente legittima; infatti un diritto interamente assorbito dalla politica verrebbe a perdere ogni forza legittimante. Pensando che la legittimazione diventi opera *esclusiva* della politica, mostriamo anche di rinunciare ai concetti di diritto e politica così come li abbiamo finora concepiti. Allo stesso risultato ci conduce la seconda concezione, secondo la quale il diritto positivo sarebbe in grado di conservare la propria normatività poggiando sulle sue sole forze: cioè con l’esercizio di una dottrina giurisprudenziale che è sì sottoposta alla legge, ma che si è nello stesso tempo autonomizzata rispetto alla politica e alla morale. Se mai la validità giuridica perdesse quel tipo di riferimento

morale alle varie facce della giustizia che va senz'altro al di là delle singole decisioni del legislatore, la stessa identità del diritto non potrebbe che farsi confusa. In quel caso, infatti, verrebbe meno il punto di vista legittimante che potrebbe vincolare il sistema del diritto a preservare una determinata struttura del *medium* giuridico.

Premesso che le società moderne non possono rinunciare al diritto – né esercitare, sotto lo pseudonimo ‘diritto’, una prassi funzionalmente equivalente ma di *tutti’altro genere*, per es. di controllo comportamentale – vediamo, già sul piano concettuale, che la positivizzazione del diritto finisce per generare un problema ulteriore. Per sostituire un diritto sacrale ormai disincantato – nonché un diritto consuetudinario ormai privato di sostanza – dobbiamo trovare un equivalente in grado di conservare anche al diritto positivo un momento di indisponibilità. E difatti un simile equivalente si è in un primo momento sviluppato nella veste del diritto naturale moderno [*Vernunftrecht*], che ha giocato un ruolo importante non solo nella filosofia del diritto, ma anche nelle grandi codificazioni del Sette e Ottocento e nella prassi giudiziaria della storia del diritto. In questo contesto vorrei solo richiamare l’attenzione su due punti. a) Nel diritto naturale moderno si articola un nuovo, post-tradizionale livello della coscienza morale: da questo momento il diritto moderno dipende da principi e si organizza in base a una razionalità procedurale. b) A seconda che si metta in evidenza, come fenomeno da spiegare, o la positivizzazione in quanto tale del diritto oppure il fabbisogno di giustificazione che ne consegue, vediamo che lo sviluppo delle teorie contrattualistiche prende una direzione opposta. Ma nessuna delle due varianti ha saputo stabilire una relazione plausibile tra il momento della indisponibilità e quello della strumentalità del diritto.

ad a) Il diritto naturale moderno reagisce sia al crollo del diritto naturale antico, fondato sulla religione e sulla metafisica, sia al ripudio della morale da parte di una nuova politica, naturalisticamente concepita come mera autoaffermazione. Non appena lo stato, che ha già il monopolio della forza, nella sua veste di sovrano legislatore si procura anche una disponibilità esclusiva sul diritto, quest’ultimo rischia di perdere il suo carattere specifico, riducendosi a semplice strumento organizzativo spogliato di ogni rapporto con la giustizia. Senonché, con la positività di un diritto emanato dalla legislazione di uno stato sovrano non scompare certo l’esigenza della giustificazione

(o fondazione): essa si trasferisce semplicemente sul fondamento più sottile che è rappresentato da un'etica profana ormai staccata (in senso post-metafisico) dalle antiche 'immagini del mondo'.

La figura chiave del diritto privato è il contratto. L'autonomia contrattuale autorizza persone giuridiche private alla produzione di diritti soggettivi. Ora, nell'idea del 'contratto sociale' questa figura teorica viene generalizzata e utilizzata in maniera interessante per giustificare moralmente il potere legale, vale a dire il potere esercitato nelle forme del diritto positivo. Quel contratto che ciascun individuo, originariamente libero, stringe con tutti gli altri individui liberi non può avere per contenuto nient'altro se non ciò che tutti, partendo dai propri interessi, possono ragionevolmente volere. Per questa via si realizzano solo regolamenti in grado di incontrare l'autonomo consenso di tutti. Quest'idea procedurale ci rivela come la ragione del diritto naturale moderno sia sostanzialmente la ragion pratica, cioè la ragione di una morale autonoma e post-tradizionale. Questa pretende che si distingua tra norme, principi giustificativi e procedure – quelle procedure con cui ci accertiamo se determinate norme, alla luce di principi validi, possono contare sull'approvazione generale. Quando noi, attraverso l'idea del contratto sociale, usiamo queste procedure al fine di giustificare ordinamenti politici legalmente stabiliti, ecco che sottoponiamo il diritto positivo a dei principi morali. Da un punto di vista evolutivo, pare verosimile che anche nel passaggio alla modernità sia stata una trasformazione della coscienza morale a fungere da *pacemaker* per lo sviluppo del diritto.

ad b) Il diritto naturale moderno è apparso in molte versioni. Autori come Hobbes furono più sensibili al fenomeno dell'arbitraria modificabilità del diritto moderno fattosi positivo; altri, come Kant, al fenomeno del suo perdurante deficit giustificativo. Hobbes sviluppa la sua teoria, com'è noto, a partire da premesse che spogliano sia il diritto positivo sia il potere politico di qualsiasi connotazione morale; arbitrariamente stabilito dal sovrano, il diritto deve imparare a fare a meno d'ogni equivalente razionale che si sostituisca al disincantato diritto sacrale. Naturalmente Hobbes, con una teoria che intende appunto offrire un simile equivalente razionale, si avviluppa in una contraddizione performativa. Il contenuto manifesto della sua teoria, illustrante l'immorale funzionamento di un diritto completamente positivizzato, entra in contraddizione con il ruolo *pragmatico* di que-

sta stessa teoria, che vuole spiegare ai lettori perché essi, come cittadini liberi ed eguali, avrebbero delle buone ragioni per scegliere di sottomettersi a un potere politico assoluto.

Successivamente Kant, rendendo esplicativi i presupposti normativi tacitamente assunti da Hobbes, sviluppa fin dall'inizio la sua teoria giuridica nel quadro di una teoria morale. Il principio giuridico generale, che sta oggettivamente alla base di ogni legislazione, deriva dall'imperativo categorico. Da questo principio supremo della legislazione discende l'originario diritto soggettivo, da ognuno goduto, di obbligare gli altri consociati giuridici a rispettare la propria libertà, fintanto che questa si accordi secondo leggi universali con l'eguale libertà di tutti. Mentre per Hobbes il diritto positivo risulta alla fine un semplice strumento per organizzare il potere politico, esso conserva invece per Kant un carattere sostanzialmente morale. Ma persino in queste sue versioni più mature, il diritto naturale moderno sembra in difficoltà nell'affrontare il problema (da lui stesso sollevato) di spiegare razionalmente quali condizioni legittimino il potere legale. Hobbes sacrifica l'indisponibilità del diritto alla sua positività; in Kant invece il diritto naturale (o morale), dedotto *a priori* dalla ragion pratica, prende talmente il sopravvento, che il diritto rischia di risolversi in morale: esso viene quasi ridotto a modalità insufficiente della morale.

Il momento della indisponibilità viene inserito da Kant nei fondamenti morali del diritto, in modo tale che il diritto positivo risulta alla fine sussunto al diritto naturale moderno. In un diritto siffatto, giusnaturalisticamente pregiudicato, non rimane più spazio per quell'aspetto strumentale del diritto di cui si avvale il legislatore politico nel perseguire i suoi programmi. Da quando è crollato al suolo il baldacchino del diritto naturale cristiano, le due colonne portanti di una politica naturalisticamente disincantata, da un lato, e di un diritto convertitosi in decisione politica, dall'altro lato, si ergono come sconperchiate rovine. Kant ricostruisce l'edificio rovinato con una semplice sostituzione: il diritto naturale moderno, autonomamente fondato sulla ragione, deve prendere il posto lasciato vuoto dal diritto di natura classico, di tipo religioso-metafisico. Con ciò, rispetto al tradizionale diritto tripartito, vediamo modificarsi il ruolo di mediazione ch'era tipico della giurisdizione: prima essa serviva a trasferire sul sovrano e sul suo potere burocratico la legittimazione sacrale, adesso essa si subordina al legislatore politico, limitandosi ad amministrarne

i programmi. Ma adesso tutti e tre i differenziati poteri dello stato cadono sotto l'ombra di una *res publica noumenon* giustificata dalla ragione, la quale deve rispecchiarsi il più fedelmente possibile nella *res publica phaenomenon*. La stessa positivizzazione del diritto, in quanto realizzazione dei principi del diritto naturale moderno, si colloca ancora sotto gli imperativi della ragione.

Senonché, nella misura in cui politica e diritto vengono spinti nella posizione subordinata di organi esecutivi per le leggi della ragion pratica, la politica perde ogni competenza legislativa e il diritto smarrisce la sua positività. Per questo Kant deve di nuovo fare appello alle premesse metafisiche della sua ‘dottrina dei due mondi’ per poter distinguere l’una dall’altra – in maniera altamente contraddittoria – la legalità dalla moralità.

JOHN RAWLS^{*}

Una teoria della giustizia^{**}

1. *L'oggetto della giustizia*

Molti diversi generi di cose sono considerati giusti o ingiusti: non soltanto leggi, istituzioni e sistemi sociali, ma anche particolari azioni di diversi tipi, tra cui decisioni, giudizi e imputazioni. Chiamiamo giusti o ingiusti anche gli atteggiamenti e le inclinazioni delle persone, e le persone stesse. Il nostro tema però è quello della giustizia sociale. Secondo noi l'oggetto principale della giustizia è la struttura di base della società, o più esattamente il modo in cui le maggiori istituzioni sociali distribuiscono i doveri e i diritti fondamentali e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale. Per istituzioni maggiori intendo la costituzione politica e i principali assetti economici e sociali. Così la tutela giuridica della libertà di pensiero e di coscienza, il mercato concorrenziale, la proprietà privata dei mezzi di produzione e la famiglia monogamica sono tutti esempi di istituzioni sociali maggiori. Considerate nell'insieme come un unico schema, le istituzioni maggiori definiscono i diritti e i doveri degli esseri umani e influenzano le loro prospettive di vita, ciò che essi possono attendersi e le loro speranze di riuscita. La struttura di base è l'oggetto principale della giustizia poiché i suoi effetti sono molto profondi ed evidenti sin dagli inizi. L'idea intuitiva è che questa struttura include differenti posizioni sociali e che persone nate in differenti posizioni hanno diverse aspettative di vita, parzialmente determinate sia dal sistema politico sia dalle circostanze economiche e sociali. In questo modo le istituzioni della società privilegiano certe situazioni di par-

^{*} Da J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano Feltrinelli, 1971.

^{**} © Published by arrangement with Harvard University Press, Cambridge, Mass.

tenza rispetto ad altre. Queste ineguaglianze sono particolarmente profonde. Esse non soltanto sono assai diffuse, ma influenzano anche le opportunità iniziali che si hanno nella vita; perciò non possono essere giustificate da un ipotetico richiamo alle nozioni di merito o di valore. È a queste ineguaglianze, che probabilmente appartengono in modo inevitabile alla struttura di base di ogni società, che devono essere innanzitutto applicati i principi della giustizia sociale. Questi principi regolano poi la scelta di una costituzione politica e dei principali elementi del sistema economico e sociale. La giustizia di uno schema sociale dipende essenzialmente dal modo in cui sono ripartiti i diritti e i doveri fondamentali, dalle opportunità economiche e dalle condizioni sociali nei vari settori della società.

L'ambito della nostra ricerca è limitato in due sensi. In primo luogo, sono interessato a un caso particolare del problema della giustizia. Non prenderò in considerazione la giustizia di istituzioni e pratiche sociali in generale, e neppure, se non di sfuggita, la giustizia internazionale e dei rapporti tra stati [...]. Di conseguenza, se si suppone che il concetto di giustizia si applichi ognqualvolta vi è divisione di qualcosa che è razionalmente considerato vantaggioso o svantaggioso, allora siamo interessati soltanto a un tipo di applicazione. Non vi è ragione di supporre anticipatamente che principi adeguati alla struttura di base valgano per tutti i casi. Questi principi possono non applicarsi ai metodi e alle regole delle associazioni private o di gruppi sociali meno estesi. Essi possono risultare irrilevanti per le varie abitudini e convenzioni informali della vita quotidiana; essi possono mancare di spiegare la giustizia, o meglio l'equità degli accordi volontari di cooperazione o delle procedure che producono accordi contrattuali. Le condizioni del diritto internazionale possono richiedere principi diversi, ottenuti con procedure differenti. Mi riterò soddisfatto della possibilità di formulare una concezione ragionevole della giustizia per la struttura di base della società, considerata, per il momento, come un sistema chiuso e isolato dalle altre società. L'importanza di questo caso particolare è ovvia e non richiede spiegazioni. È naturale supporre che, una volta in possesso di una teoria valida per questo caso, i restanti problemi della giustizia risulteranno più facili da trattare alla luce di esso. Una teoria di questo genere può, con le opportune modifiche, fornire la soluzione di alcuni di questi problemi.

Il secondo limite alla discussione è dato dal fatto che prenderò in esame quasi esclusivamente i principi di giustizia che regolerebbero

una società bene-ordinata. Si assume che ognuno agisca correttamente e faccia la propria parte per sostenere istituzioni giuste. Sebbene la giustizia possa essere la virtù prudente e sospettosa di cui parla Hume, possiamo sempre chiederci come sarebbe fatta una società perfettamente giusta¹. Perciò considero in primo luogo ciò che chiamo una teoria dell'osservanza rigorosa contrapposta a un'osservanza soltanto parziale [...]. Quest'ultima studia i principi che regolano il modo in cui ci occupiamo dell'ingiustizia. Comprende temi come la teoria della pena, la dottrina della guerra giusta e la giustificazione dei vari mezzi per opporsi ai regimi ingiusti, dalla disobbedienza civile e dall'obiezione di coscienza alla resistenza militante e alla rivoluzione. Altri problemi inclusi nella teoria sono quelli della giustizia compensativa e della comparazione delle varie forme di ingiustizia istituzionale. Naturalmente i problemi proposti dalla teoria dell'osservanza parziale sono rilevanti e urgenti. Sono proprio le cose che ci troviamo quotidianamente di fronte. A mio parere, il motivo per iniziare dalla teoria ideale sta nel fatto che essa ci fornisce l'unica base per un approccio sistematico ai problemi più urgenti. La discussione sulla disobbedienza civile, per esempio, si basa su di essa [...]. Come ipotesi minima, assumerò che questo è il solo modo per ottenere una conoscenza più approfondita e che la natura e gli scopi di una società perfettamente giusta sono la parte fondamentale di una teoria della giustizia.

Occorre ora riconoscere che il concetto di struttura di base è qualcosa di vago. Non è sempre chiaro quali istituzioni o quali loro tratti caratteristici debbano esservi inclusi. Ma a questo punto sarebbe prematuro preoccuparsi di ciò. Continuerò discutendo alcuni principi che si applicano a ciò che è sicuramente parte della struttura di base intuitivamente intesa. Successivamente tenterò di estendere l'applicazione di questi principi in modo da coprire quelli che sembrano essere gli elementi principali di questa struttura. Questi principi forse risulteranno assolutamente generici, anche se non lo credo probabile. È sufficiente che essi si applichino ai casi più importanti che guardano la giustizia sociale. Ciò che va tenuto presente è che vale la pena avere una concezione della giustizia per la struttura di base

¹ D. Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, a cura di L.A. Selby-Bigge, Oxford 1902², III, I, § 3, p. 184; tr. it. *Ricerche sull'intelletto umano e i principi della morale*, Laterza, Bari 1957.

per se stessa. Non dovrebbe essere abbandonata solo perché i suoi principi non sono completamente soddisfacenti.

Una concezione della giustizia sociale deve quindi essere considerata in primo luogo come uno standard rispetto al quale vengono valutati gli aspetti distributivi della struttura di base della società. Questo standard non deve tuttavia essere confuso con i principi che definiscono altri requisiti poiché la struttura di base e gli assetti sociali più in generale possono essere efficienti o inefficienti, liberali o illiberali e altro ancora, allo stesso modo in cui sono giusti o ingiusti. Una concezione completa che definisca i principi per tutti i requisiti della struttura di base, insieme ai loro valori relativi in caso di conflitto, è qualcosa di più di una concezione della giustizia: è un ideale sociale. I principi di giustizia non sono che una parte, anche se forse la più importante, di una tale concezione. Un ideale sociale è a sua volta collegato con una concezione della società, una visione del modo in cui debbono essere intesi gli scopi e gli obiettivi della cooperazione sociale. Le varie concezioni della giustizia sono il prodotto di differenti nozioni di società, sullo sfondo di visioni contrastanti riguardo alle necessità naturali e alle opportunità della vita umana. Per comprendere a fondo una concezione della giustizia dobbiamo rendere esplicita l'idea di cooperazione sociale da cui essa deriva. Ma, nel far questo, non dobbiamo perdere di vista il ruolo particolare dei principi di giustizia e gli oggetti principali cui si applicano. In queste osservazioni preliminari ho tenuto distinto il concetto di giustizia, nel senso di un equilibrio appropriato tra pretese contrastanti, da una concezione della giustizia come insieme di principi correlati che identificano le condizioni rilevanti per determinare questo equilibrio. Ho anche caratterizzato la giustizia unicamente come parte di un ideale sociale, sebbene la teoria che propongo ne ampli i limiti usuali. Non propongo questa teoria come un'analisi dei significati ordinari, ma come una trattazione di determinati principi di distribuzione per la struttura di base della società. Assumo che ogni teoria etica ragionevolmente completa deve includere dei principi per questo problema fondamentale e che questi principi, quali che essi siano, costituiscono la dottrina della giustizia di questa teoria.

Ritengo quindi che un concetto di giustizia viene definito dal ruolo che i suoi principi hanno nell'assegnazione di diritti e doveri e nel definire l'appropriata ripartizione dei benefici sociali. Una concezione della giustizia è un'interpretazione di questo ruolo.

Questo approccio può non sembrare essere in accordo con la tradizione. Io credo però che lo sia. Il senso specifico che Aristotele dà alla giustizia, e da cui deriva buona parte delle formulazioni più note, è quello di astenersi dalla *pleonexia*, cioè dall'ottenere per sé alcuni vantaggi, appropriandosi di ciò che appartiene a un altro, i suoi beni, le sue ricompense, le sue cariche e simili, o dal negare a una persona ciò che le è dovuto, il mantenimento di una promessa, il pagamento di un debito, il tributo di un giusto rispetto e così via². È evidente che questa definizione è tale da applicarsi alle azioni, e le persone sono considerate giuste nella misura in cui possiedono, come elemento permanente del loro carattere, un vigoroso ed effettivo desiderio di agire con giustizia. D'altra parte la definizione di Aristotele presuppone evidentemente una versione di ciò che appartiene a una persona e di ciò che le è dovuto. Credo che queste attribuzioni di titoli siano molto spesso originate dalle istituzioni sociali e dalle legittime aspettative che queste fanno sorgere. Non c'è motivo di credere che Aristotele sarebbe stato in disaccordo con ciò, ed egli ha certamente una concezione della giustizia sociale in grado di rispondere a siffatte domande. Ho adottato una definizione tale da poter essere applicata direttamente al caso più importante, la giustizia della struttura di base. Non esiste quindi conflitto con la nozione tradizionale.

2. *L'idea principale della teoria della giustizia*

È mio scopo presentare una concezione della giustizia che generalizza e porta a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale, quale si trova per esempio in Locke, Rousseau e Kant³.

² Aristotele, *Etica a Nicomaco*, 1129b-1130b5. Ho seguito l'interpretazione di G. Vlastos, *Justice and Happiness in the "Republic"*, in *Plato: A Collection of Critical Essays*, a cura di O. Vlastos, Doubleday and Company, Garden city (N.Y.) 1971, vol. 2, pp. 70 sgg. Per una discussione su Aristotele e la giustizia, vedi W.F.R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory*, The Clarendon Press, Oxford 1968, cap. 10.

³ Come suggerisce il testo, considero il *Secondo trattato sul governo* di Locke, *Il contratto sociale* di Rousseau e i lavori di Kant sull'etica, a cominciare dai *Fondamenti della metafisica dei costumi*, come classici della tradizione contrattualista. Il *Leviatano* di Hobbes pone problemi a sé. Un panorama storico generale è fornito da J.W. Gough, *The Social Contract*, The Clarendon Press, Oxford 1957², e da O. Gierke, *Natural Law and Theory of Society*, tr. ingl. e introduzione di E. Baker, The University

A questo scopo, non dobbiamo pensare che il contratto originario dia luogo a una particolare società o istituisca una particola forma di governo. L'idea guida è piuttosto quella che i principi di giustizia per la struttura di base della società sono oggetto dell'accordo originario. Questi sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione. Questi principi devono regolare tutti gli accordi successivi; essi specificano i tipi di cooperazione sociale che possono essere messi in atto e le forme di governo che possono essere istituite. Chiamerò giustizia come equità questo modo di considerare i principi di giustizia.

Dobbiamo perciò immaginare che coloro che si impegnano nella cooperazione sociale scelgano insieme, con un solo atto collettivo, i principi che devono assegnare i diritti e i doveri fondamentali e determinare la divisione dei benefici sociali. Gli individui devono decidere in anticipo in che modo dirimere le loro pretese conflittuali e devono altresì decidere quale sarà lo statuto che fonda la loro società. Così come ciascuno deve decidere, con una riflessione razionale, che cosa costituisce un bene per lui, vale a dire quell'insieme di fini che è reale ricercare, allo stesso modo un gruppo di persone deve decidere una volta per tutte ciò che essi considereranno giusto o ingiusto. La scelta che individui razionali farebbero in questa ipotetica situazione di uguale libertà, assumendo per ora che questo problema di scelta abbia una soluzione, determina i principi di giustizia.

Dal punto di vista della giustizia come equità la posizione originaria di eguaglianza corrisponde allo stato di natura della teoria tradizionale del contratto sociale. Naturalmente questa posizione originaria non è considerata come uno stato di cose storicamente reale, e meno ancora come una condizione culturale primitiva. Va piuttosto considerata come una condizione puramente ipotetica, caratterizzata in modo tale da condurre a una certa concezione della giustizia⁴. Tra

Press, Cambridge 1934. Una presentazione della visione contrattualista come icona fondamentalmente etica si trova in G.R. Grice, *The Grounds of Moral Judgement*, The University Press, Cambridge 1967. Vedi anche qui §19, n. 30.

⁴ Kant è chiaro sul carattere ipotetico dell'accordo originario. Vedi *La metafisica dei costumi*, Laterza, Bari 1973, I (*Rechtslehre*), in particolare §§ 47 e 52; e la parte II del saggio in *Kant's Political Writings*, a cura di H. Reiss, tr. ingl. dl H.B. Nisbet, The University Press, Cambridge 1970, pp. 73-87; tr. it. *Sopra il detto comune: questo può*

le caratteristiche essenziali di questa situazione vi è il fatto che nessuno conosce il suo posto nella società, la sua posizione di classe o il suo status sociale, la parte che il caso gli assegna nella suddivisione delle doti naturali, la sua intelligenza, forza e simili. Assumerò anche che le parti contraenti non sappiano nulla delle proprie concezioni del bene e delle proprie particolari propensioni psicologiche. I principi di giustizia vengono scelti sotto un velo di ignoranza. Questo assicura che nella scelta dei principi nessuno viene avvantaggiato o svantaggiato dal caso naturale o dalla contingenza delle circostanze sociali. Poiché ognuno gode di un'identica condizione, e nessuno è in grado di proporre dei principi che favoriscano la sua particolare situazione, i principi di giustizia sono il risultato di un accordo o contrattazione equa. Infatti, date le circostanze della posizione originaria e cioè la simmetria delle relazioni di ciascuno con gli altri, questa situazione iniziale è equa tra gli individui intesi come persone morali, vale a dire come esseri razionali che hanno fini propri e sono dotati, come assumerò, di un senso di giustizia. Si potrebbe quindi dire che la posizione originaria è il corretto *status quo* iniziale, e perciò che gli accordi fondamentali stipulati in essa sono equi. Questo spiega l'appropriatezza del termine "giustizia come equità": esso porta con sé l'idea che i principi di giustizia sono concordati in una situazione iniziale equa. L'espressione non implica l'identità dei concetti di giustizia e di equità, più di quanto l'espressione "poesia come metafora" significhi che i concetti di poesia e metafora sono i medesimi.

Come ho detto, la giustizia come equità parte da una delle scelte più generali che le persone possono compiere insieme, e cioè la scelta dei primi principi di una concezione della giustizia che deve guidare tutte le successive valutazioni critiche e riforme delle istituzioni. Una volta che esse hanno scelto una concezione della giustizia, possiamo supporre che debbano scegliere una costituzione e un legislativo per promulgare leggi e così via, il tutto in accordo con i principi di giustizia concordati all'inizio. La nostra presente situazione sociale è giusta se, anche attraverso questa sequenza di accordi ipotetici, accettremmo lo stesso sistema generale di norme che la determinano ora.

essere giusto in teoria ma non vale per la pratica, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino 1973. Vedi G. Vlachos, *La pensée politique de Kant*, Puf, Paris 1962, pp. 326-335; e J.G. Murphy, *Kant: The Philosophy of Right*, Macmillan, London 1970, pp. 109-112, 133-136 per una ulteriore discussione.

Inoltre, assumendo che la posizione originaria determini un insieme di principi che viene scelto (cioè una particolare concezione di giustizia), sarà vero che, ogniqualvolta le istituzioni sociali soddisfano questi principi, coloro che vi sono impegnati possono reciprocamente affermare che stanno cooperando nella forma che avrebbero concordato se essi fossero persone libere ed eguali, le cui relazioni reciproche fossero eque. Essi potrebbero giudicare i loro assetti sociali come rispondenti ai patti che avrebbero potuto riconoscere in una situazione iniziale, caratterizzata da vincoli ragionevoli e comunemente accettati sulla scelta dei principi. Il riconoscimento generale di questo fatto fornirebbe la base per un'accettazione pubblica dei corrispondenti principi di giustizia. Naturalmente nessuna società può essere uno schema di cooperazione cui gli uomini partecipano volontariamente in senso letterale; ognuno nasce in una certa società e in una particolare posizione e la natura di questa posizione influenza concretamente le sue aspettative nella vita. Ma una società che soddisfa i principi della giustizia come equità si avvicina quanto più è possibile all'idea di uno schema volontario, poiché soddisfa i principi che individui liberi e uguali accetterebbero in circostanze che siano eque. In questo senso i suoi membri sono autonomi, e gli obblighi da essi riconosciuti auto-imposti.

Una delle caratteristiche della giustizia come equità è il considerare le parti nella situazione iniziale come razionali e reciprocamente disinteressate. Ciò non significa che le parti sono egoiste: vale a dire individui con soltanto certi tipi di interessi, come ricchezza, prestigio e potere. Sono concepite piuttosto come indifferenti agli interessi altrui. Sono anche tenute a supporre che persino i loro fini spirituali possano essere avversati, allo stesso modo di quelli di differenti religioni. Il concetto di razionalità inoltre deve essere interpretato nel modo più ristretto possibile, quello corrente nella teoria economica, che corrisponde all'uso dei mezzi più efficaci in vista di determinati fini. Anche se, come spiego più avanti (§ 25), modificherò in una certa misura questo concetto, occorre tentare di non introdurre in esso elementi etici controversi. La situazione iniziale deve essere caratterizzata da condizioni che siano largamente accettate.

Quando si delinea la concezione della giustizia come equità, uno degli obiettivi principali è quello di determinare con chiarezza quali principi di giustizia verrebbero scelti nella posizione originaria. Per ottenere ciò, dobbiamo descrivere la situazione in modo dettagliato, e

formulare attentamente il problema di scelta che essa propone. Tratterò questi argomenti nei capitoli immediatamente seguenti. Si può tuttavia osservare che, una volta che i principi di giustizia siano visti come risultato di un accordo originario in condizioni di egualianza, resta impregiudicato se il principio di utilità verrà riconosciuto. Di primo acchito sembra molto improbabile che persone che si considerano eguali, reciprocamente legittimate a far valere le proprie pretese, si accordino su un principio che può ridurre le aspettative di alcuni semplicemente per ottenere una maggior quantità di benefici per altri. Poiché ognuno desidera proteggere i propri interessi e la capacità di promuovere la propria concezione del bene, nessuno ha delle ragioni per subire una duratura perdita personale allo scopo di aumentare il livello generale di utilità. In mancanza di solidi e durevoli sentimenti di carità, un essere razionale non accetterebbe una struttura di base semplicemente perché massimizza la somma algebrica dei vantaggi, senza curarsi degli effetti permanenti che essa avrebbe sui suoi interessi e diritti fondamentali. Sembra quindi che il principio di utilità sia incompatibile con la concezione della cooperazione sociale tra eguali con lo scopo del reciproco vantaggio. Esso sembra inconsistente con l'idea di reciprocità implicita nella nozione di società bene-ordinata. O meglio, questo è ciò che intendo sostenere.

Affermo invece che le persone nella situazione iniziale sceglierrebbero due principi piuttosto differenti: il primo richiede l'egualianza nell'assegnazione dei diritti e dei doveri fondamentali, il secondo sostiene che le inegualianze economiche e sociali, come quelle di ricchezza e di potere, sono giuste soltanto se producono benefici compensativi per ciascuno, e in particolare per i membri meno avvantaggiati della società. Questi principi escludono la possibilità di giustificare le istituzioni in base al fatto che i sacrifici di alcuni sono compensati da un maggior bene aggregato. Il fatto che alcuni abbiano meno affinché altri prosperino può essere utile, ma non è giusto. Invece i maggiori benefici ottenuti da pochi non costituiscono un'ingiustizia, a condizione che anche la situazione delle persone meno fortunate migliori in questo modo. Intuitivamente, poiché il benessere di ciascuno dipende da uno schema di cooperazione al di fuori del quale nessuno può condurre una vita soddisfacente, la divisione dei vantaggi deve essere tale da favorire la cooperazione volontaria di ogni partecipante, inclusi i meno privilegiati tra loro. I due principi citati sembrano una base equa sulla quale coloro che sono meglio dotati, o

maggiormente fortunati riguardo alla posizione sociale, cose che non si può dire di meritare, possono attendersi una cooperazione volontaria da parte di altri, nel caso in cui qualche forma di collaborazione praticabile è condizione necessaria per il benessere generale⁵. Una volta deciso di ricercare una concezione della giustizia che eviti l'uso della casualità delle doti naturali e la contingenza delle condizioni sociali come fattori rilevanti per la ricerca di vantaggi economici e politici, ci indirizziamo verso questi principi. Essi rappresentano ciò che si ottiene lasciando da parte quegli aspetti del mondo sociale che, da un punto di vista morale, appaiono arbitrari.

Il problema della scelta dei principi è tuttavia estremamente complicato. Non pretendo che la risposta da me suggerita risulti convincente per tutti. Vale quindi la pena di notare fin dal principio che la giustizia come equità, al pari di altre posizioni contrattualiste, consta di due parti: 1) un'interpretazione della situazione iniziale e del problema di scelta che si pone all'interno di essa e 2) un insieme di principi che si suppone siano materia di accordo. È possibile accettare la prima parte della teoria (o qualche sua variante), ma non la seconda e viceversa. Il concetto di una situazione iniziale di tipo contrattuale può sembrare ragionevole, anche se si rifiutano certi principi particolari. Intendo riaffermare che la concezione più adeguata di questa situazione conduce a principi di giustizia contrastanti con l'utilitarismo e il perfezionismo, e che perciò la dottrina contrattualista propone un'alternativa a queste teorie. Questa affermazione potrebbe essere ulteriormente discussa, anche dopo aver accettato che il metodo contrattualista è un modo utile per studiare le teorie etiche e per mettere in evidenza le assunzioni soggiacenti.

La teoria della giustizia come equità è un esempio di quella che ho chiamato una teoria contrattualista. Ora, è possibile muovere obiezioni al termine "contratto" e alle sue espressioni derivate, ma credo che esso funzionerà abbastanza bene. Molte parole possiedono connotazioni fuorvianti che in un primo momento possono generare confusione. I termini "utilità" e "utilitarismo" non sono certo delle eccezioni. Anch'essi portano con sé conseguenze indesiderate che sono state sottolineate dai critici; sono però sufficientemente chiari per coloro che vogliono studiare la dottrina utilitarista. Lo stesso dovrebbe valere per il termine "contratto", applicato alle teorie morali. Come

⁵ Devo la formulazione di questa idea intuitiva a Alan Gibbard.

ho già detto, per comprenderlo occorre tenere presente che esso implica un certo livello di astrazione. In particolare, il contenuto dell'accordo che ci interessa non è l'entrare a far parte di una società o l'adottare una data forma di governo, ma l'accettare certi principi morali. Inoltre, gli impegni cui ci si riferisce sono puramente ipotetici: una tesi contrattualista sostiene che certi principi verrebbero accettati in una situazione iniziale ben-definita.

Il merito della terminologia contrattualista è di esprimere l'idea che i principi di giustizia possono essere concepiti come principi che verrebbero scelti da persone razionali, e che le concezioni della giustizia possono essere spiegate e giustificate in questo modo. La teoria della giustizia è una parte, forse la più significativa, della teoria della scelta razionale. Inoltre, i principi di giustizia si occupano delle pretese contrastanti riguardo ai vantaggi che si ottengono per mezzo della cooperazione sociale; essi si applicano alle relazioni tra varie persone o gruppi. Il termine "contratto" suggerisce non soltanto questa pluralità, ma anche la condizione per cui un'adeguata divisione dei benefici deve essere compiuta in accordo con principi accettabili per tutte le parti. La terminologia contrattualista connota anche la condizione di pubblicità dei principi di giustizia. Perciò, se questi principi sono il risultato di un accordo, ogni cittadino è a conoscenza dei principi seguiti dagli altri. Sottolineare la natura pubblica dei principi politici è un tratto caratteristico delle teorie contrattualiste. Riconoscere il legame con questa linea di pensiero aiuta a definire i concetti ed è in accordo con la *pietas* naturale. L'uso del termine "contratto" offre quindi numerosi vantaggi. Se usato con le dovute precauzioni, non dovrebbe risultare fuorviante.

Un'ultima osservazione. La giustizia come equità non è una teoria contrattualista completa. È infatti chiaro che l'idea del contratto può essere estesa approssimativamente alla scelta di un intero sistema etico, cioè di un sistema che contiene principi non solo per la giustizia, ma per tutte le altre componenti morali. In buona parte dei casi prenderò in considerazione solo i principi di giustizia e quelli a essi strettamente collegati; non tenterò di discutere delle virtù in modo sistematico. Naturalmente, se la giustizia come equità si dimostrasse una teoria interessante, il passo successivo consisterebbe nello studio di una teoria più generale suggerita dall'espressione "giustezza [*rightness*] come equità". Ma anche questa teoria più ampia non sarebbe in grado di comprendere tutte le relazioni morali, poiché sembrerebbe includere

soltanto le nostre relazioni con altre persone, tralasciando di render conto del modo in cui dobbiamo comportarci verso gli animali e il resto della natura. Non intendo negare che la nozione di contratto offre un metodo per affrontare questi problemi che sono sicuramente della massima importanza, ma essi non possono essere discussi in questa sede. È necessario riconoscere che la giustizia come equità, e il tipo di posizione che essa esemplifica, hanno un ambito limitato. Non è possibile decidere ora in che misura sarà necessario rivedere le sue conclusioni, una volta che siano stati chiariti anche gli altri problemi.

3. *Posizione originaria e giustificazione*

Ho affermato che la posizione originaria è l'appropriato *status quo* iniziale che garantisce l'equità degli accordi fondamentali in esso raggiunti. Questo fatto dà origine alla denominazione “giustizia come equità”. È quindi chiaro che intendo sostenere che una concezione di giustizia è più ragionevole di un'altra, o meglio giustificabile rispetto a essa se, nella situazione iniziale, persone razionali sceglierrebbero i suoi principi piuttosto che quelli dell'altra per gli scopi della giustizia. Le concezioni di giustizia devono essere ordinate secondo la loro accettabilità per persone che si trovano in queste circostanze. Inteso in questo modo, il problema della giustificazione viene determinato risolvendo un problema di deliberazione: occorre chiarire quali principi sarebbe razionale adottare, data la situazione contrattuale. In questo modo si connette la teoria della giustizia a quella della scelta razionale.

Se vogliamo che questa visione del problema della giustificazione abbia successo, dobbiamo naturalmente definire nei dettagli la natura di questo problema di scelta. Un problema di decisione razionale possiede una risposta precisa solo se conosciamo le credenze e gli interessi delle parti, i loro rapporti reciproci, le alternative tra cui devono scegliere, le procedure con cui formano le proprie opinioni e così via. Al variare del modo in cui sono presentate le circostanze, vengono corrispondentemente accettati principi differenti. Il concetto di posizione originaria, come intendo chiamarlo, è quello dell'interpretazione di questa situazione di scelta iniziale filosoficamente più adatta per i fini di una teoria della giustizia.

Ma in che modo si può decidere qual è l'interpretazione più adatta? Assumo, a questo riguardo, che esista un buon grado di ac-

cordo sul fatto che i principi di giustizia devono essere scelti sotto certe condizioni. Per giustificare una determinata descrizione della situazione iniziale, si può mostrare che essa incorpora questi presupposti generalmente condivisi. La discussione muove da premesse deboli, ma comunemente accettate, a conclusioni maggiormente specifiche. Tutti questi presupposti devono essere naturali e plausibili di per sé; alcuni di essi possono sembrare innocui o addirittura banali. Lo scopo dell'approccio contrattualista è quello di stabilire che, considerati nel loro insieme, essi impongono vincoli significativi sui principi di giustizia accettabili. Per ottenere un risultato ideale, queste condizioni dovrebbero determinare un unico insieme di principi. Mi accontenterò comunque, se esse saranno sufficienti per ordinare le principali concezioni tradizionali di giustizia sociale.

Occorre quindi non farsi fuorviare dalle condizioni piuttosto inusuali che caratterizzano la posizione originaria. L'idea è semplicemente quella di rendere chiare le restrizioni che sembra ragionevole imporre sugli argomenti a favore dei principi di giustizia, e di conseguenza sui principi stessi. Sembra quindi ragionevole e generalmente accettabile che nessuno debba risultare avvantaggiato o svantaggio nella scelta dei principi, a motivo del caso naturale o delle circostanze sociali. Sembra anche largamente condivisa l'impossibilità di adattare i principi alle circostanze di ogni singolo caso. Dovremmo poi assicurarci che le particolari tendenze e aspirazioni di ciascuno, e le concezioni del proprio bene che le persone hanno, non influiscano sui principi adottati. Ciò tende a eliminare quei principi che sarebbe razionale proporre per l'accettazione, per quanto piccola possa essere la loro speranza di successo, se solo si sapessero certe cose, che sono irrilevanti dal punto di vista della giustizia. Chi, per esempio, fosse a conoscenza del fatto di essere ricco, potrebbe credere razionale un principio secondo cui alcune imposte per scopi assistenziali dovrebbero essere considerate ingiuste; se egli fosse invece a conoscenza della propria povertà, molto probabilmente proporebbe il principio opposto. Per descrivere le restrizioni volute, si immagina una situazione in cui ciascuno viene privato di questo tipo di informazioni. Si esclude la conoscenza di quei fattori contingenti che pongono in disaccordo gli individui e che li lasciano in balia dei propri pregiudizi. In questo modo si arriva a concepire naturalmente un velo di ignoranza. Questo concetto non dovrebbe provocare difficoltà, se teniamo presenti i vincoli sugli argomenti che serve a esprimere. Possiamo, per così dire,

ricollegarci in ogni modo alla posizione originaria per mezzo del semplice rispetto di una procedura, e cioè argomentando a favore dei principi di giustizia che si accordano con queste restrizioni.

Mi sembra ragionevole supporre che le parti nella posizione originaria siano eguali. Ciò significa che tutti hanno gli stessi diritti nella procedura per la scelta dei principi; ognuno può fare proposte, avanzare ragioni per la loro accettazione e così via. Naturalmente lo scopo di queste condizioni è di rappresentare l'egualanza tra gli esseri umani intesi come persone morali, come creature che hanno una concezione del proprio bene e sono capaci di un senso di giustizia. Si considera come base dell'egualanza la parità di trattamento rispetto a questi due punti. I sistemi di fini non sono ordinati in base al valore; si presume che ognuno abbia l'abilità necessaria per comprendere i principi che sono stati adottati e operare di conseguenza. Queste condizioni, insieme a quella del velo di ignoranza, definiscono i principi di giustizia come quelli che persone razionali, preoccupate dei propri interessi, accetterebbero in condizioni di egualanza, qualora cioè nessuno fosse manifestamente avvantaggiato o svantaggiato da contingenze sociali o naturali. Esiste però un altro modo per giustificare una particolare descrizione della posizione originaria. Esso consiste nel vedere se i principi che verrebbero scelti si accordano con le nostre convinzioni ponderate di giustizia, o le estendono in maniera accettabile. Possiamo osservare se l'applicazione di questi principi ci porterebbe agli stessi giudizi sulla struttura di base della società che ora abbiamo intuitivamente, e in cui riponiamo la massima fiducia; o se, nel caso in cui i nostri giudizi attuali siano dubbi o esitanti, questi principi offrano una soluzione che possiamo sostenere dopo attenta riflessione. Vi sono domande cui sentiamo di dover dare una risposta in un certo modo. Per esempio siamo convinti del fatto che l'intolleranza religiosa e la discriminazione razziale sono ingiuste. Pensiamo di aver esaminato accuratamente questi problemi, e di aver raggiunto quello che crediamo sia un giudizio imparziale, non soggetto a essere distorto da un'eccessiva preoccupazione per i nostri interessi. Queste convinzioni rappresentano punti stabiliti solo provvisoriamente, ai quali presumiamo qualunque concezione di giustizia debba adattarsi. Ma siamo molto meno sicuri riguardo a qual è la corretta distribuzione della ricchezza e dell'autorità. Su questo punto possiamo cercare qualche metodo per toglierci i nostri dubbi. Possiamo per esempio mettere alla prova un'interpretazione della situazione iniziale, mi-

surando la capacità che i suoi principi hanno di accordarsi con le nostre convinzioni più solide e di fornire un orientamento nei casi in cui sia necessario.

Nella ricerca della descrizione più adatta di questa situazione procediamo dai due estremi. Si inizia descrivendola in modo che essa rappresenti condizioni largamente condivise e possibilmente deboli. Controlliamo poi se queste condizioni sono sufficientemente forti per generare un insieme significativo di principi. Se ciò non accade, cerchiamo ulteriori premesse egualmente ragionevoli. Ma se è così, e questi principi si accordano con le nostre convinzioni ponderate di giustizia, allora va tutto per il meglio. Presumibilmente, però, vi saranno delle discrepanze. In questo caso possiamo scegliere. Possiamo o modificare la descrizione della situazione iniziale, o rivedere i nostri giudizi presenti, perché anche i giudizi che prendiamo provvisoriamente come punti fermi sono tuttavia soggetti a revisione. Andando avanti e indietro tra i due, a volte alterando le condizioni delle circostanze contrattuali, a volte modificando i nostri giudizi e adeguandoli a un principio, assumo che potremo infine trovare una descrizione della situazione iniziale in grado sia di esprimere condizioni ragionevoli sia di generare principi in accordo con i nostri giudizi ponderati, opportunamente emendati e modificati. Chiamerò questo stato di cose equilibrio riflessivo⁶. È un equilibrio perché, alla fine, i nostri principi coincidono con i nostri giudizi; è riflessivo poiché sappiamo a quali principi si conformano i nostri giudizi, e conosciamo le premesse della loro derivazione. Per il momento tutto è a posto. Ma questo equilibrio non è necessariamente stabile. Può essere rovesciato da un successivo esame delle condizioni che occorre imporre alla situazione contrattuale, e da casi particolari che ci possono spingere a rivedere i nostri giudizi. In ogni modo, per il momento, abbiamo fatto il possibile per rendere coerenti e per giustificare le nostre convinzioni intorno alla giustizia sociale. Abbiamo ottenuto una concezione della posizione originaria. Certo, non intendo realmente seguire questo processo. Ciò non ci impedisce però di pensare all'interpretazione della posizione originaria che proporrò, come al risultato di un'ipotetica serie di ri-

⁶ Il processo di reciproco adattamento tra principi e giudizi ponderati non è caratteristico della sola filosofia morale. Vedi N. Goodman, *Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1955, pp. 65-68, per simili osservazioni riguardanti la giustificazione dei principi di inferenza deduttiva e induttiva.

flessioni di questo genere. Rappresenta il tentativo di far rientrare in un unico schema sia delle ragionevoli condizioni filosofiche sui principi, sia i nostri giudizi ponderati di giustizia. Nel tentativo di giungere all'interpretazione più adatta della situazione iniziale, non ci si appella in alcun modo all'evidenza in senso tradizionale, né di concezioni generali, né di convinzioni particolari. Non pretendo affatto che i principi di giustizia proposti siano verità necessarie né che siano derivabili da verità di questo tipo. Una concezione della giustizia non può essere dedotta da premesse o condizioni su principi evidenti; la sua giustificazione è, al contrario, una questione di reciproco sostegno tra più considerazioni, di aggiustamento globale in un punto di vista coerente.

Un'ultima osservazione. Vogliamo affermare che certi principi di giustizia sono giustificati perché suscettibili di accordo in una situazione iniziale di eguaglianza. Ho sottolineato che questa posizione originaria è puramente ipotetica. È naturale domandarsi perché dovremmo essere interessati a questi principi, morali o di altro genere, se questo accordo non ha effettivamente mai luogo. La risposta è che le condizioni incorporate nella descrizione della posizione originaria sono quelle che di fatto accettiamo. O, se non lo facciamo, allora possiamo forse essere persuasi a farlo mediante riflessione filosofica. Per ciascun aspetto della situazione contrattuale si possono trovare ragioni. Perciò, noi non facciamo altro che riunire in una sola concezione un insieme di condizioni sui principi, condizioni che, dopo opportuna riflessione, siamo pronti a riconoscere come ragionevoli. Questi vincoli esprimono ciò che siamo disposti a considerare come limiti per una cooperazione sociale in termini equi. Un modo di guardare all'idea della posizione originaria è perciò quello di vederla come un artificio espositivo che riassume il significato di queste condizioni, e ci aiuta a trarne le conseguenze. D'altra parte, questa concezione è anche una nozione intuitiva che sollecita un'elaborazione in modo che, mossi da essa, ci troviamo spinti a definire con maggior chiarezza la prospettiva da cui meglio possiamo interpretare le relazioni morali. Abbiamo bisogno di una concezione che ci metta in grado di scorgere il nostro obiettivo da lontano: la nozione intuitiva della posizione originaria serve a questo scopo⁷.

⁷ Henri Poincaré osserva: "Il nous faut une faculté qui nous fasse voir le but de loin, et cette faculté, c'est l'intuition"; *La valeur de la science*, Flammarion, Paris 1909, p. 27.

NIKLAS LUHmann

Stato di diritto e sistema sociale^{*}

1. *Condizioni sociali e politiche dello stato di diritto*

Le strutture politiche sono fra le più antiche differenziazioni di ruoli dell'ordinamento sociale. Nel momento in cui la società non può più essere identificata con il nucleo familiare tradizionale, e non appena si rende quindi necessario ordinare la convivenza, del resto non ancora stretta, di più famiglie, nasce il bisogno di decisioni collettivamente vincolanti, che non possono più venir prese sulla base dell'ordinamento familiare. Nelle civiltà arcaiche pare siano stati creati dei ruoli particolari che, dapprima occasionalmente, poi in modo tendenzialmente costante, si occupavano di questa attività decisionale. La consapevolezza della formazione di una sfera di azione politica, derivante attraverso una sovrastruttura dalla famiglia, rispecchia chiaramente la vecchia dottrina della scienza politica: sull'«*oikonomia*» viene edificata una «*politeia*», che comprende numerose famiglie e che regola i loro affari comuni meritandosi l'appellativo di «*res pubblica*». Soltanto mediante tale «*politeia*», e soltanto all'interno dei suoi confini, l'ordinamento sociale diviene autarchico, acquista una consistenza propria, diviene quindi società. Nel pensiero politico tradizionale la «*politeia*» viene quindi paragonata alla società, e la scienza politica alla scienza sociale. Fino all'età moderna, questa semplice differenziazione concettuale concepita in senso verticale sembra illustrare in maniera adeguata la realtà sociale.

Tuttavia, fin dal tardo medioevo, si sviluppa in Europa, sull'esempio delle precedenti grandi monarchie burocratiche¹, una

^{*} Da N. Luhmann, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, Guida Editore, 1978.

¹ Per quanto riguarda queste prime burocrazie e i loro problemi strutturali cfr.

nuova forma di differenziazione sociale, che supera il campo concettuale della teoria politica classica. La funzione politica della decisione collettivamente vincolante acquista contorni più netti distinguendosi consapevolmente dalle funzioni religiose, economiche e culturali cognitive. Le aspettative e le azioni relative a questa funzione vengono convogliate in sistemi di ruoli funzionalmente specifici destinati ad elaborare le informazioni aventi un orientamento prevalentemente politico, sistemi che si pongono accanto ad altri sistemi che si occupano anche, se non esclusivamente, di questioni religiose, economiche, culturali, scientifiche, oppure dell'assistenza sanitaria, della produzione di beni di consumo, ecc.

I sistemi specificamente politici di questo tipo sono formati da una molteplicità di ruoli, che si pongono prevalentemente secondo premesse decisionali di carattere politico o poste secondo criteri politici. È questo il caso non solo dei parlamenti, dei governi e delle amministrazioni, ma anche dei partiti, dei gruppi di interesse e dei corrispondenti ruoli del cittadino (elettore, iniziatore di domanda politica, beneficiario di misure assistenziali, etc.)². I sottosistemi sociali dotati di funzioni specifiche acquistano ora una notevole autonomia nel loro agire finalizzato. I fatti e gli eventi economici, culturali e familiari non hanno, come tali, alcuna rilevanza politica, ma, per poter generare un comportamento politico, devono essere prima tradotti nel particolare linguaggio della politica. La razionalità politica ed economica, ad esempio, relega progressivamente in secondo piano i vincoli religiosi ed etici e, d'altra parte, la religione viene sollevata dal compito di offrire una spiegazione e di assumersi la responsabilità delle catastrofi politiche ed economiche. Grazie al meccanismo del denaro e al sistema tributario si può giungere ad una separazione fra politica ed economia tale che l'attribuzione di ruoli politici a chi sia in grado di

Samuel N. Eisenstadt, *The Political Systems of Empires*, New York-London, 1963. Come dimostra Eisenstadt, nell'Europa moderna si è riusciti per la prima volta a creare le condizioni sociali per una durevole «differenziazione» dei sistemi politici, partendo dalla struttura generale dei ruoli.

² Questo concetto più ampio di «political system» sembra prevalere oggi, nella scienza politica americana, su quello più ristretto di «government». Esso è però più ristretto del concetto tedesco di stato, che indica per lo più un legame tra individui concreti (e non soltanto tra specifici ruoli). Per il concetto di *political system* cfr. soprattutto David Easton, *A Framework for Political Analysis*, Englewood Cliffs, N. J., 1965, e Id., *A Systems Analysis of Political Life*, New York-London-Sydney, 1965.

finanziarli non è più ritenuta una necessità ovvia e assolutamente indispensabile. La conoscenza dei ruoli politici non permette, quindi, di ricavare informazioni riguardanti ruoli inseriti in altri contesti, per esempio di tipo economico o di parentela. In tal modo la società viene articolata non solo in senso verticale e gerarchico, mediante una struttura unitaria, ma, soprattutto, in senso orizzontale, mediante una molteplicità di sottosistemi destinati a funzioni specifiche, i quali conservano obiettivi autonomi, sono separati l'uno dall'altro in base ai loro ruoli ma, non essendo autarchici, sono strettamente dipendenti l'uno dall'altro. Con la crescente complessità della società sorgono, al suo interno, rapporti di indipendenza e di dipendenza, di autonomia e di interazione, funzioni separate e, al tempo stesso, necessità di coordinamento.

I tradizionali schemi interpretativi ed esplicativi forniti dalla religione non sono in grado di cogliere l'essenza di questo problema. L'incongruenza delle nuove strutture formatesi all'interno della società ha sollevato interrogativi che la religione dogmatizzata non è stata in grado di comprendere, e a cui non ha saputo dare una risposta. Tale incongruenza ha generato un'ondata di fanatismo religioso che non si è tradotta³ in stabili forme sociali, ma è sfociata nelle guerre civili confessionali del XVI secolo. L'interesse si è quindi rivolto verso quel contesto di azioni che pareva garantire pace e benessere: verso il sottosistema politico della società, che in tali guerre civili si era consolidato, assumendo la forma di una nuova macchina di dominio, razionalizzata secondo uno scopo e secondo funzioni specifiche. Il pensiero politico e la teoria del diritto presentano, d'ora in poi, tracce evidenti della percezione e dell'elaborazione di una nuova problematica. Persino là dove viene ripresa la vecchia terminologia, e questo è il caso più frequente, ciò avviene in reazione a nuove circostanze e, perciò, in senso completamente differente dalle concezioni medievali, e ad esse non più paragonabile.

Il sistema politico di dominio della società acquista ora, con l'autonomia dei suoi obiettivi e con la struttura dei suoi ruoli, un'importanza rilevante nel generale intreccio di ruoli della società. Né l'età, né la ricchezza, né la vicinanza agli dei, né la consapevole capacità di giu-

³ Cfr. in proposito Otthein Rammstedt, *Sekte und soziale Bewegung: Soziologische Analyse der Täufer in Münster (1534-35)*, Köln-Opladen, 1966.

dizio, sono collegate alla carica politica attraverso un automatismo strutturale. I ruoli di primo piano di tipo religioso, economico, culturale e politico non coincidono più, benché la figura del monarca «assoluto» mascheri ancora per un certo periodo di tempo le incongruenze che si sviluppano nell'ambito del suo dominio (svolgendo in tal modo un'importante funzione di transizione). I criteri di razionalità e le aspettative di comportamento di un certo ambito di funzioni non sono più congruenti con quelli di altri sottosistemi sociali. Sorgono conflitti di ruoli che non possono più essere risolti mediante un catalogo di priorità unitario e universalmente riconosciuto. Convincioni comuni, natura delle cose, verità, tradizione, diventano discutibili come principi di giustificazione, e i loro classici strumenti di argomentazione perdono forza. Tutto ciò radicalizza la necessità di una motivazione della legittimità della decisione politica.

A questo mutamento strutturale le moderne concezioni dello stato e del diritto hanno dato varie risposte: mediante l'elaborazione, dal punto di vista funzionale del mantenimento e dell'aumento di stabilità, della razionalità tipicamente politica intesa come ragione di stato; mediante la concezione del dominio politico inteso come «macchina» funzionale costruibile razionalmente; mediante la radicalizzazione del concetto di sovranità; mediante la trasformazione delle giustificazioni tradizionali della dottrina contrattuale dello stato in giustificazioni di tipo funzionale; mediante la trasformazione del diritto naturale in un diritto razionale che, sempre attraverso la natura, lega l'uomo alla sua ragione; mediante la sostituzione dei legami sociali e «naturali», e quindi esterni, del sistema politico, con legami interni, equivalenti dal punto di vista funzionale e prodotti dalla divisione dei poteri; mediante una rigida educazione dei principi e dei sudditi; mediante tentativi (presto falliti) di precisare i vincoli dei fini dello stato; infine, nel secolo XIX, dopo la definitiva rottura con la tradizione teologica del pensiero politico, mediante la reinterpretazione del concetto di rappresentanza, intesa non più come rappresentanza vincolata di unità sociali (organi d'autorità, corporazioni, città, chiese, consorterie, ecc.,) ma come libera espressione di interessi individuali, ottenuta grazie alla divisione concettuale tra stato e società, e grazie al postulato dello stato di diritto. Sarà molto difficile riuscire a far luce sull'unità e sulle connessioni di questi sviluppi di pensiero, servendosi degli strumenti ermeneutico-esegetici offerti dalla «storia delle idee». E altrettanto impossibile sarà inquadrarli in una coerente teoria poli-

tica o giuridica. Essi derivano solo dall'unità del problema sociologico della differenziazione sociale in diverse funzioni e, in particolare, dall'ulteriore differenziazione di un sistema di ruoli, specificamente politico, nella società. Questo, infatti, è il latente problema di base, che deve essere risolto con vari strumenti concettuali e con vari tentativi di ordinamento.

Muovendo da questo problema della differenziazione funzionale della società, occorrerà quindi giungere ad interpretare anche il postulato dello stato di diritto. In questo contesto, sarà opportuno verificare se la dogmatica giuridica dello stato di diritto e i suoi presupposti concettuali siano adatti a questo problema sociologico, se l'hanno recepito e sono in grado di affrontarlo, oppure se essi – come nel caso della «ragion di stato», del «diritto razionale», della «separazione fra stato e società» – rivelino una visione del problema sociologicamente inadeguata, perché troppo semplicistica. [...]

1.1. Il riconoscimento delle generali condizioni sociali dello stato di diritto risulta particolarmente difficile per la dogmatica giuridica, anche perché il suo concetto di stato di diritto pone in prima linea la garanzia dell'osservanza delle norme giuridiche. In ombra resta il modo in cui si procede alla formazione del diritto, nella misura in cui questa operazione non implica a sua volta l'osservanza di regole giuridiche⁴. Questa indifferenza nei confronti del miracolo politico della nascita del diritto è in netto contrasto con l'insistenza con cui si sostiene l'osservanza del diritto. Così, anche il *pathos* che circonda lo stato di diritto minaccia di svanire rapidamente non appena si indaghi sulla positività del diritto. O si accetta una fondazione del diritto di tipo giusnaturalistico eludendo, quindi, l'inquietante problematica dei principi dello stato di diritto, o si riduce il postulato dello stato di diritto al fenomeno organizzativo di quella serie di istanze secondo le quali coloro che occupano posizioni inferiori sono tenuti alla osservanza delle premesse decisionali stabilite dai loro superiori. Del resto, la contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo non può es-

⁴ Di particolare interesse in questo contesto è la sopravvivenza del concetto di *fonti del diritto*, che suggerisce un'identità tra l'evento stesso della formazione del diritto e il motivo della sua validità. In tal modo il giurista può trascurare la problematica della formazione del diritto, limitandosi a verificare nel singolo caso se vengano soddisfatte o meno determinate premesse.

sere compresa adeguatamente nella sua radicalità neppure nella prospettiva esegetica del giurista, diretta alla chiarificazione di un significato predeterminato, poiché per il giurista si tratta, in entrambi i casi, di diritto già vigente. La distinzione viene quindi ridotta ad una differenza di valore, di rango, nell'ambito di una gerarchia di fonti e di materie giuridiche. Si giunge così al diffuso pregiudizio che il diritto naturale abbia più valore del diritto positivo.

Per l'indagine sociologica, invece, la caratteristica più peculiare dello stato di diritto è proprio la positivizzazione del diritto, il fatto cioè che la validità del diritto sia resa completamente dipendente da decisioni organizzate, e che essa venga posta, in linea di massima, sotto la responsabilità di un sistema sociale opportunamente specializzato. E presumibilmente, non è un semplice caso che nel XIX secolo, quando per la prima volta nella storia universale alcuni sistemi di ruoli puramente politici, senza fondamento religioso, hanno rivendicato, e di fatto ottenuto, una completa priorità nei confronti del diritto, si sia affermata contemporaneamente la concezione dello stato di diritto come stato di protezione del diritto. I presupposti socio-strutturali di queste due trasformazioni sembrano essere gli stessi. Perciò, parlando delle condizioni sociali e politiche dello stato di diritto bisogna prendere in considerazione l'evoluzione storica che segna il passaggio da istituzioni giuridiche basate sul diritto naturale a istituzioni giuridiche basate sul diritto positivo. Né si potrà cogliere la radicalità e la problematica sociale di questa trasformazione riferendosi esclusivamente alla gerarchia medievale delle leggi concepita come soppressione di tutte le forme « superiori » del diritto, quindi come degenerazione. Agli occhi di una sociologia evoluzionistica, e orientata verso una teoria del sistema, tale processo apparirà invece come un progresso, cioè come un aumento della complessità e della sicurezza ambientale della società.

Ogni diritto compie una scelta nell'ambito delle azioni possibili, riduce e concentra la complessità di ciò che è di per sé possibile nella sfera sociale ad un ordinamento più ristretto, meno complesso e quindi più consono al potenziale umano d'azione⁵.

⁵ Per una teoria generale della normatività in questo senso, vedi Herbert A. Simon, *The Logic of Rational Decision*, «The British Journal for the Philosophy of Science» 16 (1965), pp. 169-186.

Tale riduzione della complessità iniziale può venire presupposta dai sistemi sociali, cioè può essere considerata come compito esclusivo di un ambiente, oppure può venire effettuata all'interno del sistema, acquistando poi il carattere di decisione presa dal sistema stesso⁶. Il primo caso è quello del diritto naturale, il secondo quello del diritto positivo. Perciò il passaggio dal diritto naturale a quello positivo rappresenta, in riferimento al sistema politico a cui compete la presa di decisioni collettivamente vincolanti, uno spostamento del problema dall'esterno verso l'interno, da premesse decisionali prestabilite esternamente a premesse decisionali elaborate internamente, che devono soltanto essere «armonizzate» con l'ambiente.

Diritto naturale, nel suo significato originario, significa infatti diritto sorto da sé, che ha il carattere dell'esistente, che trae da se stesso la verità, la quale esercita una funzione vincolante. Nel quadro di tale concezione del diritto è quindi impensabile che esso possa venire mutato da una decisione, che da un giorno all'altro possa diventare diritto ciò che prima non lo era affatto. Come nella contemporanea e analoga concezione che considera la lingua quale natura, nel senso che le parole sarebbero parte costitutiva dell'essenza dell'esistente e sarebbero come tali capaci di verità⁷ anche nella concezione giusnaturalistica viene formulata un'interpretazione dell'ambiente ad un livello di complessità e di variabilità relativamente basso. Le categorie della natura, della verità, dell'esistente presuppongono in particolare che l'esclusione di altre possibilità, la riduzione della complessità a determinate forme, sia già avvenuta. In ciò si avverte sempre una priorità della storia nei confronti del futuro cioè la priorità di una complessità già ridotta nei confronti di possibilità ancora aperte. Tale concezione può «funzionare» solo negli ordinamenti sociali in cui predomina uno stile di vita tradizionale⁸.

⁶ Cfr. anche la distinzione tra «environmental variables» e «command variables» in Simon (*op. cit.*), ovvero l'analoga distinzione tra *Erwartungsvariablen* e *Instrumentalvariablen* nella dottrina tedesca dell'economia aziendale (per es. Johannes Bidling-Maier, *Unternehmerziele und Unternehmerstrategien*, Wiesbaden, 1964, p. 131 sg.).

⁷ Cfr. anzitutto il Cratilo di Platone, e naturalmente la discussione medievale su realismo e nominalismo.

⁸ Da un punto di vista totalmente opposto, il prevalere della tradizionale concezione di vita ha portato in tutti gli stati pre-burocratici, come mostra Eisenstadt (*op. cit.*), ad un conflitto di tipo strutturale in cui, alla fine, i sistemi politici di questi stati sono decaduti, in quanto non sono stati in grado di positivizzare il diritto.

Diritto positivo significa, invece, autoresponsabile riduzione della complessità sociale nella società ottenuta mediante il suo sottosistema politico. In tal modo si ottiene un aumento notevole del numero delle aspettative di comportamento, a cui generalmente si può dare un ordinamento giuridico⁹ e soprattutto si ottiene una accelerazione critica delle capacità di adattamento delle aspettative regolate giuridicamente. Mediante la positivizzazione, il diritto viene liberato dalla premessa che tutto ciò che vale deve valere in eterno. Tale fusione della dimensione materiale con la dimensione temporale aveva impedito non solo la variabilità, ma anche l'evoluzione materiale del diritto, poiché in tali condizioni le aspettative di comportamento potevano venir regolate giuridicamente solo quando poteva essere loro attribuita ragionevolmente una validità, una volta per tutte, e solo quando si poteva dimostrare che esse, in realtà, erano sempre state valide. Per la funzione strutturante del diritto, però, non è necessaria una tale validità eterna; per essa è sufficiente, se viene accertato di volta in volta, ciò che in determinate situazioni vale come diritto. La struttura non deve essere toccata dai processi decisionali che essa programma, poiché altrimenti la loro capacità di elaborazione del problema verrebbe sottoposta ad uno sforzo eccessivo.

Essa, però, non deve essere inviolabile in assoluto, ma può esercitare pienamente la sua funzione di alleggerimento anche quando si è deciso e si deciderà su di essa in momenti diversi, attraverso processi decisionali diversi. Occorre semplicemente evitare che tutto diventi problematico nello stesso momento.

Questo aumento di prestazioni del diritto può essere raggiunto solo mediante un aumento parallelo del rischio sociale che si assume con la formazione del diritto. Aumentano, di conseguenza, le richieste nei confronti della complessità strutturale dell'intera società. Le società semplici o con una struttura unitaria e gerarchizzata non possono positivizzare il loro diritto. Nelle società differenziate bisogna

⁹ Una delle principali caratteristiche strutturali dei sistemi sociali è la relazione esistente fra i tipi di comportamento dettati da norme e quelli che rispondono a libere aspettative o addirittura a nessuna aspettativa. Vedi anche la variabile «scope of norms» in Jay M. Jackson, *Structural Characteristics of Norms*, in *The Dynamics of Instructional Groups. The 59th Yearbook of the National Society for the Study of Education*, Chicago, 1960, pp. 136-163, uno dei pochi esempi di teoria della norma relativa alla struttura sistemica.

invece evitare di rappresentare la validità del diritto per mezzo dei simboli, efficaci e drastici, dell'immutabilità e della tradizione, della natura indistruttibile o dei valori assoluti, altrimenti tale rappresentazione, incapace di mantenere il passo dello sviluppo socio-strutturale, si esporrebbe al sospetto di ideologia. Ma come può venire sostituita tale simbolizzazione in modo funzionalmente adeguato da altri meccanismi sociali? La certezza plausibile e direi quasi ovvia di un ordinamento che è sempre-stato-tale deve essere sostituita da garanzie nella conduzione della vita molto più indirette, astratte, confuse, che vengano fornite da strutture sistemiche e che siano più compatibili con una differenziazione funzionale della società. Come si possono caratterizzare più esattamente queste garanzie? Con queste domande ci imbattiamo di nuovo, da un altro punto di vista, nel problema delle condizioni sociali e politiche dello stato di diritto.

1.2. Dopo queste riflessioni, dirette a chiarire l'impostazione del problema in esame, non potrà stupire che, trattando delle condizioni sociali dello stato di diritto, venga menzionata una molteplicità di strutture e di processi ai quali normalmente il giurista presta poca attenzione quando parla di stato di diritto. Nell'ambito del presente lavoro è impossibile esaurire questa vasta problematica; dobbiamo limitarci ad alcuni cenni sommari.

1. La specificazione funzionale e l'autoprogrammazione giuridica del sistema politico possono essere ottenute solo se altre sfere di comunicazione della società vengono stabilizzate in modo strutturalmente analogo; se, quindi, in base ai loro ruoli, vengono scelte, specificate e organizzate in modo relativamente autonomo. Così, la religione si è sempre più concentrata sull'elaborazione del dissidio fra dogma e fede; la scienza del dissidio fra esperienza e concetto. All'economia viene fornito, attraverso il meccanismo del denaro e il sistema del mercato, un proprio ordinamento¹⁰; la famiglia, come famiglia nucleare, viene fondata sul principio di una diffusa attrazione individuale (amore) e viene sollevata da molte altre funzioni (per esempio quelle della produzione, dell'assistenza alla vecchiaia e, in parte, dell'educazione). Con tutto ciò, come si è già detto, vengono

¹⁰ A questo proposito è di notevole interesse Karl Polanyi-Conrad M. Arensberg-Harry W. Pearson, *Trade and Market in the Early Empires*, Glencoe, Ill., 1957.

accresciute contemporaneamente l'indipendenza e la dipendenza reciproche di queste sfere sociali dalla politica, poiché aumenta globalmente la complessità delle possibilità di azione. Tale aumento di complessità può essere raggiunto solo se si ottiene un minimo di armonia strutturale, poiché, altrimenti, nei singoli sottosistemi si formano, per ragioni strutturali, delle aspettative che in altri sottosistemi, sempre per motivi strutturali, non possono essere soddisfatte.

2. Una tale differenziazione presuppone meccanismi di separazione dei ruoli che siano saldamente istituzionalizzati e che, nel loro insieme, siano funzionanti. Alcuni esempi: non si deve e non si può comprare con il denaro il potere politico o l'amore, e viceversa; mediante sussidi ai disoccupati la famiglia viene protetta dagli effetti più negativi delle fluttuazioni economiche; l'interesse della famiglia non è più (come nella Cina antica) una circostanza attenuante nei delitti politici; né l'opinione del padre vale come argomento nelle discussioni scientifiche; ed è perlomeno insolito che una donna si occupi personalmente della carriera del marito, ad esempio chiedendo ad un superiore la sua promozione.

2. *Le funzioni della giurisdizione nel sistema politico*

Il lento processo di maturazione di una scienza sociologica teoricamente autonoma, che si ritenga in grado di parlare anche dello stato e del diritto, della politica e della giustizia, comporta notevoli difficoltà di comprensione. Si sviluppano nuove prospettive discordanti su vecchie tematiche e, correlativamente, si formula una nuova terminologia che vuole esprimere le conoscenze acquisite. A causa dell'indeterminatezza e discutibilità delle sue concezioni teoriche, il sociologo non si sente più libero di usare il linguaggio comune o di adattare i suoi concetti alle situazioni, agli interlocutori e ai singoli temi.

In questo caso, tale mutamento di prospettive viene dimostrato dal fatto che, se voglio realizzare il mio proposito, non posso parlare dello *stato* e considerare la giustizia come *organo* dello stato. Io parlo del *sistema politico* e considero la giustizia come *sottosistema* – più esattamente come sottosistema di un sottosistema – di questo sistema politico. In sostanza questo cambiamento di terminologia significa che l'odierna sociologia non gravita intorno ad una *associazione*, cioè intorno ad un gruppo di uomini concreti che sono vincolati a norme

determinate, ma intorno ad un *sistema di interazioni*, per il quale si possono stabilire determinate funzioni e forse anche determinate probabilità di sviluppo. L'uomo concreto, il sistema organico e psichico della singola personalità, è sempre membro di un determinato sistema sociale soltanto con una parte della propria esperienza ed azione; nella sua totalità concreta egli appartiene all'ambiente del sistema sociale. Lo stesso giudice appartiene al sistema della giustizia nel suo ruolo (inteso come insieme di aspettative di comportamento e di azioni orientate conseguentemente); come uomo, egli appartiene al suo ambiente non diversamente dall'avvocato, dal delinquente, dal cittadino.

Il problema delle funzioni politiche della giurisdizione diventa di significato incerto di fronte a questa teoria del sistema politico – diventa notevolmente ambiguo. Mi propongo di mostrare tale ambiguità e, per quanto mi è possibile, di chiarirne il senso.

Il problema delle funzioni politiche può essere riferito al sistema politico in generale, cioè a tutte le interazioni che in quanto tali contribuiscono a produrre delle decisioni collettivamente vincolanti. Ciò comprenderebbe non solo il potere legislativo, il potere esecutivo, l'amministrazione, la giurisdizione, quindi l'ambito nel quale rientra tutto ciò che si può definire tradizionalmente con il termine «government»; ma anche i ruoli conseguentemente orientati del presentatore di mozioni, dell'attore nel processo giudiziario, dell'elettore politico come pure l'intreccio di quelle organizzazioni che si occupano in primo luogo di influenzare le decisioni politiche: i partiti e i gruppi di interesse.

All'interno di questo sistema politico che, come tale, si distingue dalla famiglia, dalla chiesa, dall'economia, dalla scienza, c'è un ambito politico in senso stretto, costituito dai processi che si occupano della creazione di potere politico in vista di decisioni ancora indeterminate – cioè della formazione e del sondaggio del consenso, dell'ideazione di programmi, della verifica di attitudini politiche, del consolidamento di relazioni personali, clientele, apparati di dominio.

Tali processi fondamentalmente sono da noi strutturati – a somiglianza di quanto avviene nei sistemi politici socialisti, e a differenza da quanto avviene nella maggior parte dei paesi in via di sviluppo – come politica dei partiti. Anche tenendo presente questo punto di riferimento ci si può domandare quali funzioni politiche abbia la giurisdizione, cioè quali funzioni per la politica dei partiti. Il fastidioso

doppio significato del termine «politico» ha dunque il suo fondamento in diversi riferimenti sistematici, che noi dobbiamo tenere distinti. L'unità del termine cela la struttura caratteristica del nostro odierno sistema politico, il fatto cioè che esso è un sistema differenziato, che itera e perciò rafforza al suo interno ciò che è politico. Questa complessa configurazione del sistema è connessa ad una mutata importanza della posizione del diritto e della giurisdizione nel contesto politico, anzi nell'intero contesto sociale. Essa è nel contempo il risultato di una evoluzione a lunga scadenza.

Nelle grandi civiltà premoderne il potere politico aveva un carattere monogerarchico. La gerarchia era allora, accanto ai legami religiosi, quello schema strutturale con il quale il potere politico poteva liberarsi dagli arcaici rapporti di parentela e con il quale la società stessa poteva modellarsi in società politica, *societas civilis*. In questo contesto, la giurisdizione era compito e requisito del dominio.

Proprio questa struttura gerarchica escludeva, però, che la politica avesse ingerenza nel diritto: il potenziale decisionale del vertice di una gerarchia, infatti, è troppo limitato perché sia possibile immaginare al suo interno una selezione contingente del diritto, una statuizione del diritto. Il diritto fu sviluppato sostanzialmente dai giuristi in occasione di procedure che il potere politico allestiva per la risoluzione delle controversie. Per le sue capacità troppo limitate, questa struttura monogerarchica del potere politico viene meno col passaggio dal medioevo all'evo moderno: il mondo si secolarizza, cioè non è più interpretabile teologicamente. La società diventa più complessa e produce un bisogno di regolamentazione sempre crescente. Il diritto deve quindi diventare più autonomo e, nello stesso tempo, più efficiente. A tale necessità trova dapprima una risposta la dottrina dello stato dell'evo moderno, trasformando l'antica dottrina del *regimen commixtum* nella moderna teoria della divisione dei poteri, cioè nel noto schema di distinzione e separazione organizzativa tra legislativo, esecutivo e giudiziario.

Cos'è degno di nota in questo modello dal punto di vista della teoria dei sistemi? Io direi:

1. La struttura antigerarchica: non c'è più alcun univoco *sopra* o *sotto*, ma più forze parallele, giuridicamente equivalenti. Ciò significa, al tempo stesso, una nuova forma di libertà politica garantita dal fatto che non esiste più per il cittadino un rapporto autorità-suddito, ma più rapporti di comunicazione con le forze politiche, che possono es-

sere differenziati nella separazione di diritti e doveri senza che sia pregiudicata la capacità di prendere decisioni.

2. La canalizzazione della selezione di decisioni verso il diritto. Nonostante la statuizione del diritto, tutto il potere politico deve ora essere neutralizzato nell'equilibrio dei diversi poteri, così che tutte le influenze sulle decisioni vincolanti siano eliminate in quanto esse non possono assumere la forma di leggi generali inseribili coerentemente nel diritto. In breve: si tratta del carattere non vincolante che assume il potere politico, nella misura in cui non può essere trasformato in forma giuridica.

Dietro queste due caratteristiche fondamentali appare evidente che il principale interesse è quello di

3. creare una selettività più elevata del processo decisionale giuridico e controllare i rischi a ciò connessi.

La classica dottrina liberale dello stato e della forma di governo – che è ancora oggi la dottrina dominante – concepisce la funzione politica della giurisdizione partendo da questo schema di divisione dei poteri, cioè partendo dalla sua contrapposizione alla legislazione e alla amministrazione. Ciò avviene nel senso che alla giurisdizione viene affidato il compito di attuare la legge nella singola controversia e di controllare l'amministrazione. Certe deviazioni dalla realtà vengono ammesse – per esempio col riconoscimento del diritto giurisprudenziale –, ma non giungono a mettere in discussione i fondamenti da cui scaturisce la dottrina della divisione dei poteri.

La dottrina della divisione dei poteri, tuttavia, è insufficiente non tanto per l'impossibilità della sua fedele attuazione, quanto soprattutto perché essa fa luce soltanto su una parte della realtà politica, soltanto su una parte dei processi che selezionano le decisioni. Il suo orizzonte rimane limitato a quella parte del sistema politico che si definisce «government», a quelle cariche che assumono la competenza di produrre decisioni vincolanti. Tali competenze presuppongono, però, possibilità limitate; presuppongono una complessità già ridotta. L'oggetto di questo presupposto viene ignorato o mascherato per mezzo di concetti come quelli di sovranità, comando, volontà. «Volontà», però, non è altro che un simbolo per indicare operazioni di selezione che non vengono analizzate.

Se ci si accosta al problema attraverso la teoria dei sistemi e la teoria decisionale, si intuiscono subito tali difetti. Si vede, così, che non viene presa in considerazione l'intera politica nel senso, definito

sopra, di politica dei partiti. Ma come può accadere che il campo delle possibilità sia così preordinato da consentire che determinati problemi possano giungere a maturazione per la decisione, e che possano essere fatte delle leggi? Dove e come vengono formulate quelle alternative in base alle quali si decide negli uffici pubblici? E dove e da chi vengono eliminate altre possibilità?

Tali domande non interessano soltanto il sociologo. Anche il giurista dovrebbe porsele quando considera l'aspetto della positività del nostro diritto. Noi viviamo in una società che considera tutto il suo diritto come legge e che quindi ha anche la possibilità di trasformarlo. Il diritto è diventato contingente, selezionato e dipendente da decisioni, che potrebbero essere mutate. Il fondamento della sua validità risiede in un fattore variabile. Ciò significa che, per la prima volta nella storia universale, dev'essere organizzata nel sistema politico una *continua responsabilità dell'intero diritto*, del diritto che di volta in volta si stabilisce o si muta; ma anche del diritto che non si muta, poiché anche le omissioni diventano responsabilità, quando si è in grado di agire.

Del resto, vedo qui, se mi si permette questa divagazione, il vero fondamento della necessità della democrazia, cioè l'applicazione dell'organizzazione e del lavoro per questa preselezione del diritto possibile. La democrazia non è una *forma di dominio*, ma una tecnica di controllo del sistema, tecnica che diventa necessaria in conseguenza della positivizzazione del diritto.

Giungo ora al mio argomento più specifico. La domanda che mi pongo è: dove risiedono le funzioni della giurisdizione del sistema politico, nelle condizioni particolari dello sviluppo dell'umanità in una società eccessivamente complessa, in un sistema di diritto reso positivo e strutturalmente variabile, in strutture e processi interni al sistema politico, vieppiù differenziati tra preselezione politica e decisioni vincolanti (*politica dei partiti e government?*).

In primo luogo consideriamo di nuovo lo schema della divisione dei poteri nella prospettiva di questa teoria dei sistemi. Ci avvediamo allora che tale schema serve a selezionare per gradi l'influenza della politica dei partiti sulle decisioni: l'influenza politica diretta sul legislativo è considerata pienamente legittima; l'influenza politica diretta sull'esecutivo è considerata in parte legittima, in parte no, e trova i suoi limiti nel principio della conformità dell'amministrazione alla legge; l'influenza politica sul giudiziario è giuridicamente vietata e di

fatto più o meno efficacemente impedita. Questa complessa costruzione si fonda sul principio che *un* sottosistema con competenze limitate viene completamente sottratto alla diretta ingerenza politica ed è quindi in grado di garantire una copertura alle rimanenti istanze decisionali, qualora esse si contrappongano ad influenze politiche: tali istanze possono in tal caso far presente che determinate iniziative fallicheranno per opera della giurisdizione. In questo senso la giurisdizione svolge la funzione di pietra angolare nella differenziazione del sistema. La neutralizzazione politica della sua competenza specifica ha, come si può vedere facilmente, un doppio aspetto: la possibilità di subite influenze da parte della politica e l'autonomia nella produzione di decisioni vincolanti, la dipendenza e l'indipendenza di questo sottosistema del sistema politico. In tale combinazione di dipendenza e indipendenza risiede una *generale* esigenza dei sistemi e, contemporaneamente un vantaggio *tattico*: i problemi decisionali possono essere politicizzati o depoliticizzati, possono essere fatti scivolare dall'ambito politico dei partiti al legislativo, all'esecutivo, fino al giudiziario e viceversa: a seconda di dove si trovino le migliori possibilità di soluzione. L'apparato amministrativo, e persino quello giudiziario, possono così compensare parzialmente il cattivo funzionamento del sistema politico.

Il nostro diritto è tutelato in due modi dal pericolo di un'eccessiva ingerenza politica; esso è tutelato cioè dalla scarsa capacità decisionale del legislatore, la quale esclude che ogni influenza politica sia facilmente inserita in modo dotato di senso nel diritto vigente, e dalla neutralità politica del giudiziario.

Ambidue questi elementi sono in stretta connessione tra loro, si condizionano vicendevolmente e sono, per così dire, delle variabili funzionalmente equivalenti. La neutralità politica del giudiziario ha senso solo e fintanto che è impossibile, da un punto di vista tecnico-decisionale, continuare ad adattare razionalmente l'intero diritto alle fluttuanti possibilità di consenso della politica. E, d'altro canto, ciò è in parte impossibile perché un giudiziario indipendente dalla politica vigila sulle esigenze di coerenza di un diritto altamente complesso, e respinge le grandiose semplificazioni della politica.

La funzione politica della giurisdizione si fonda quindi, per dirla in modo paradossale, sulla sua neutralizzazione politica, intendendo l'aggettivo «politica» dapprima in senso lato, e successivamente nel senso stretto della politica dei partiti. Il paradosso scompare se si

prende in considerazione la differenziazione del sistema politico; appare quindi ovvio definire la funzione politica della giurisdizione come mantenimento di questo sistema differenziato di selezione e di attività decisionale.

Un sistema altamente differenziato, che separi sufficientemente l'ambito politico da quello delle decisioni amministrative, sembra un presupposto essenziale della positivizzazione del diritto. I tentativi compiuti, soprattutto dalla democrazia ateniese, di trattare tutto il diritto come contingente e di sotoporlo alla legislazione, sono falliti proprio per l'insufficiente differenziazione tra politica e attività decisionale, tra legislazione e giurisdizione, tra retorica e giurisprudenza: tra mobilitazione e razionalità. Se oggi viviamo in una società che, a causa della sua complessità, necessita di un diritto positivo, strutturalmente variabile, se ne devono creare i presupposti istituzionali. Non possiamo più concepire il giudiziario come custode di determinati valori immutabili che esso – e solo esso? – rappresenta; la funzione del giudiziario risulta piuttosto dalla sua collocazione in quel sistema che produce ed applica nella pratica il diritto di cui si ha bisogno.

A ciò si può aggiungere una riflessione che concerne il rapporto tra politica, diritto e forza fisica. Un sistema politico su cui venga esercitato un debole controllo democratico e che sia dotato di una elevata variabilità strutturale, ha bisogno, corrispondentemente, di mezzi di motivazione astratti, cioè compatibili con molte condizioni e con singole decisioni. A questo servono soprattutto *l'indifferenza* nei confronti dei mutamenti che avvengono fuori dell'ambito della sfera privata, *la diffusione e l'individualizzazione di motivi particolari* per il sostegno politico e *la forza fisica*. È evidente che in tal modo vengono assunti i rischi molto elevati di un controllo arbitrario. Tali rischi possono essere minimizzati mediante una loro distribuzione nel sistema.

Nel nostro ordinamento la politica dei partiti sembra occuparsi, in primo luogo, di armonizzare i particolari motivi di sostegno politico con l'indifferenza nei confronti dei fondamenti delle decisioni; d'altra parte, sembra che la politica dei partiti non possa essere compatibile con la forza fisica, sia che ne faccia troppo uso, sia che, come oggi è più probabile, ne faccia un uso troppo limitato. Il sistema politico, così com'è strutturato da noi attualmente (cioè in modo molto complesso, instabile, pluralistico, opportunistico), non può assumersi la responsabilità dell'impiego della forza fisica. D'altra parte, la giuri-

sdizione è specializzata proprio nell'applicare questo mezzo di motivazione. Essa regola l'uso della forza fisica, che è troppo problematico per il sistema politico. Inoltre, essa può assorbire i rischi che l'uso della forza fisica comporta, in quanto decide sempre singoli casi, evitando così la possibilità che si formino vasti fronti politici di opposizione; e in quanto fa ciò secondo programmi stabiliti in precedenza.

Tuttavia, questa prossimità alla forza fisica rimane un peso indesiderato, soprattutto poiché oggi la forza non può più essere rappresentata come *potestas*, come fondata in modo immanente sul diritto naturale, ma risulta necessaria come mezzo di motivazione astrattamente disponibile. A questo proposito non ci si possono fare illusioni. Sarebbe illusorio, ad esempio, che il giudice cercasse di mantenere la sua imparzialità, considerando la forza fisica come qualcosa che riguarda solo la polizia o come un fenomeno sul quale egli è chiamato a giudicare *ex post*; sarebbe illusorio che, in altre parole, il giudice si isolasse in una semantica puramente verbale ed ignorasse, con ciò, che la coercizione fisica che egli consente o impedisce abbia un'effettività, mediata simbolicamente, che non si può separare dal diritto.

Questo per quanto riguarda le funzioni della giurisdizione nei confronti dell'intero sistema politico. È opportuno osservare inoltre che si devono considerare «politiche» anche quelle funzioni che la giurisdizione esercita nei riguardi dei processi politici, in senso stretto, della politica dei partiti. Anch'essi vengono mediati dalla differenziazione del sistema. Laddove è istituzionalizzata una pratica del diritto politicamente neutralizzata, si possono scegliere, nell'ambito della politica dei partiti, forme di razionalità politica aleatorie e più instabili, attraverso le quali le funzioni specificamente politiche possono essere meglio attuate in condizioni di elevata complessità sociale. Poiché una tale giurisdizione esiste, possiamo più facilmente accettare che la politica sia strutturata come lotta concorrenziale per la conquista di cariche, e che i politici subordinino ogni loro programma reale all'acquisizione di certe posizioni; che essi adoperino modelli sociali arcaici, cioè rapporti personali, proprio per consolidare i loro apparati di dominio; che essi siano esposti ad incontrollabili influenze sociali, combinazioni di ruoli, ecc. In altre parole, potremmo accettare una mescolanza immorale e socialmente deviante di scopi e di mezzi nella politica, se essa potesse compiere in tal modo più efficacemente la sua funzione specifica di formazione del potere e di scelta preliminare dei fondamenti decisionali; e se la sua unilateralità, nel-

l'intero sistema, venisse corretta partendo da posizioni diverse. Nel sistema politico moderno anche i criteri di razionalità dell'agire devono ancora essere differenziati.

È ovvio che tale separazione di criteri e funzioni comporti molteplici problemi. Josef Esser ha definito una legislazione politica non sorretta dalla dogmatica giuridica come un «viaggio verso l'ignoto»; e certamente ha ragione. Ma, d'altra parte, si deve anche notare che la dogmatica giuridica non è in grado di formulare problemi che nelle odierni condizioni del sistema politico potrebbero essere decisi politicamente. E ciò significa che le possibilità che la dogmatica giuridica ha di razionalizzare il diritto mediante decisione non possono assolutamente essere utilizzate perché il problema non è stato articolato come sarebbe necessario a questo scopo. Qui emergono questioni molto difficili, per rispondere alle quali noi disponiamo soltanto di pochi elementi di un apparato tecnico-concettuale inadeguato al diritto positivo.

Invece di approfondire ulteriormente tali questioni, vorrei, per concludere, introdurre un nuovo tema. Dove si possono trovare i fondamenti reali di una giurisdizione tanto indipendente e protetta nei confronti della politica? Chi sostiene le sue prestazioni e sopporta i suoi rischi? In altri termini, come viene mantenuto socialmente e politicamente lo stato di diritto come noi lo conosciamo?

La classica risposta sociologica, che, per esempio Talcott Parsons darebbe senza esitazione, rimanda al ceto professionale, alla professione del giurista come variabile sociale e politica.

Le professioni possono formarsi qualora tutte le funzioni sociali (nel nostro caso la cura del diritto; in altri casi la cura della salvezza delle anime, dell'istruzione, della salute, della sicurezza dalle offese fisiche) vengano delegate a ruoli specifici nell'interesse di un adempimento pratico. Esse si distinguono per mezzo di un complesso di più caratteristiche, fra le quali soprattutto le seguenti:

1. comune formazione e socializzazione nel riconoscimento di determinati valori, e consapevolezza di questa comunanza;

2. assunzione e assorbimento di elevati rischi – rischi di contese insanabili, di paure, di falsificazione della verità, di morte, ecc. – e loro trasformazione in oneri di comportamento professionalmente sopportabili, per esempio nell'onere di evitare errori tecnici;

3. possesso di risorse non accessibili a tutti, particolarmente in termini di conoscenze tecniche e di prestigio sociale;

4. trasformazione di valori sociali generali in una specifica etica professionale che si presenta come custodia di valori – e non come rappresentanza di interessi – e che, infine,

5. serve a fondare considerevoli libertà nella scelta delle soluzioni la cui attuazione può essere giudicata e controllata solo da colleghi, non da profani.

Senza dubbio i giuristi costituiscono una delle grandi professioni classiche accanto a medici, preti e militari. Ci si deve però domandare fino a che punto questo particolare complesso di caratteristiche sia oggi ancora in grado di cogliere e di risolvere i problemi che derivano dalla nostra struttura sociale.

La mia impressione è che il diritto sia divenuto troppo complesso e che l'organizzazione delle professioni sia divenuta troppo differenziata perché all'unità della formazione e dell'orientamento professionale possa essere ancora conferita una sostanziale importanza pratica. Gli interessi economici dei giuristi non si possono più esprimere in formule unitarie o soddisfare mediante soluzioni comuni. Diminuisce il controllo professionale e l'autocontrollo mediante la considerazione di ciò che i colleghi penserebbero e direbbero, ed aumentano i controlli procedurali e organizzativi. I giuristi entrano in rapporto reciproco attraverso la mediazione dell'organizzazione alla quale appartengono, mentre per le professioni era importante che il rapporto collegiale non fosse spezzato dalla priorità della lealtà nei confronti di organizzazioni. Oggi pertanto è difficile che il giudiziario possa fondarsi politicamente su un ampio consenso professionale. Per contro, esso si conserva grazie alla complessità e alla differenziazione funzionale del sistema politico e, in questo quadro, grazie alla sua insostituibilità. Nessun altro sottosistema potrebbe assumersi facilmente le sue funzioni. Anche la forma della neutralità politica adottata per adempire alle sue funzioni non potrebbe essere abbandonata senza che debbano venire nuovamente ristrutturati tutti gli ambiti funzionali e i loro rapporti reciproci.

Nei sistemi dotati di elevata specializzazione e di elevata interdipendenza funzionale si formano spontaneamente resistenze contro i mutamenti strutturali, dato che non se ne possono individuare e isolare le conseguenze. Proprio dalla complessità del sistema si sviluppa un nuovo tipo di conservatorismo, che non ha più la necessità di basarsi sui valori, ma che si regge da solo. Le funzioni vengono regolarmente adempiute, e per evitare casuali turbamenti al loro svolgimento

è sufficiente da un lato la «politica delle quattro chiacchiere dal barbiere» e dall'altro l'interpretazione giuridica. In queste condizioni, è meno problematico mantenere la situazione di fatto che non mutarla; o, più precisamente, diventa problematico dimostrare che soluzioni di nuovo tipo, sotto il profilo delle loro conseguenze, siano migliori e non peggiori. Si deve tradurre nella realtà, e contemporaneamente controllare razionalmente, la contingenza del sistema, la possibilità di altre possibilità. Anche il potere giudiziario potrebbe mostrarsi disponibile nei confronti di una riforma che proceda rispettando la globalità delle funzioni e mutando solo quelle che è in grado di sostituire.

PARTE TERZA
SOCIETÀ FORZA POTERE

MAX WEBER

Il carattere formale del diritto oggettivo^{*}

Come sorgono regole giuridiche *nuove*? Oggi di norma in virtù di una legge, cioè di una statuizione umana che osserva le apposite forme che valgono come legittime in base alla costituzione – consuetudinaria o imposta – di un gruppo. Che questo procedimento non sia originario, è ovvio; ma esso non rappresenta la normalità neppure per contesti economicamente e socialmente assai differenziati. La *Common Law* inglese viene direttamente contrapposta al diritto sorto per via di statuizione, cioè alla *Statute Law*. Noi usiamo definire il diritto non statuito come «diritto consuetudinario». Ma questo è un concetto relativamente assai moderno, che non compare che in epoca tarda nel diritto romano, e da noi con la pandettistica. I requisiti, poi, ai quali la dottrina pandettistica subordinava la sua validità – e cioè l’effettiva pratica generale, la comune convinzione della sua giuridicità, la razionalità – sono un prodotto della speculazione teorica. Anche tutte le definizioni della consuetudine oggi correnti valgono come costruzione tecnico-giuridica. Per questa costruzione, il concetto – assunto nella forma sublimata di Zitelmann o anche di Gierke – è certamente indispensabile, a meno di non voler ridurre tutto il diritto non legislativo a precedenti vincolanti. La violenta lotta che contro la nozione hanno condotto sociologi del diritto quali Lambert e Ehrlich è, a mio parere, del tutto ingiustificata sul terreno tecnico-giuridico, e rivela una confusione tra il punto di vista giuridico e quello sociologico. Ma la questione che ci interessa in questa sede è un’altra, e cioè se la tradizionale costruzione tecnico-giuridica dei requisiti di validità del «diritto consuetudinario» ci dica qualcosa di esatto sulla genesi effettiva della «validità» empirica del diritto non statuito.

^{*} Da M. Weber, *Economia e società*, vol. III, Torino, Edizioni di Comunità, 2000.

Ciò avviene in realtà in misura molto limitata. Applicati al reale sviluppo del diritto nel passato, e proprio in epoche di totale o parziale assenza di «legislazione», questi concetti tecnico-giuridici sarebbero inservibili e antistorici. È vero che essi trovano il loro sostegno nelle dottrine tardo-romane e medievali – nell'Europa continentale come in Inghilterra – relative al significato e ai presupposti della *consuetudo* come fonte di diritto. Ma là si trattava sempre del tipico problema di trovare un accomodamento tra un diritto razionale, aspirante a una validità universale, e i vari diritti locali (o nazionali) preesistenti. Nel tardo Impero romano era l'antitesi tra il diritto imperiale e i diritti nazionali delle province; in Inghilterra era l'antitesi tra il diritto territoriale (*lex terrae*) della *Common Law* e i diritti locali; nell'Europa continentale era la relazione tra il diritto romano recepito e i diritti nazionali. Soltanto questi diritti particolari, contrastanti con il diritto universale, furono riportati dai giuristi a quella definizione, e subordinati nella loro validità a quei presupposti; e non poteva essere diversamente, se è vero che il diritto universale si presentava come il solo legittimo. Non è invece mai venuto in mente a nessuno di applicare la definizione corrente di «diritto consuetudinario» – poniamo – alla *Common Law* inglese, la quale certamente non è un «diritto legislativo». E la definizione della *ijmâ* islamica come *tacitus consensus omnium* non ha nulla a che fare con il «diritto consuetudinario», per la semplice ragione che essa pretende di essere diritto «sacro».

Dal punto di vista puramente teorico, il modo più semplice di pensare la concezione originaria di norme giuridiche porrebbe essere [...] il seguente: abitudini di comportamento all'inizio puramente effettive vengono sentite come «vincolanti» in seguito alla «disposizione» psicologica, e, con la coscienza della loro diffusione sopra-individuale, entrano a far parte, elevate al rango di «consensi», dell'«aspettativa» (in tutto o in parte) consapevole di un corrispondente agire dotato di senso di altre persone; finalmente a questi «consensi» viene concessa la garanzia di apparati coercitivi, la quale li differenzia dalle «convenzioni». Soltanto che, già sul piano puramente teorico, sorge a questo punto la domanda: come furono possibili innovazioni in una siffatta massa inerte di «abitudini» canonizzate che, proprio in quanto dotate di valore «vincolante», non sembrano poter dar luogo a nulla di nuovo? La scuola storico-giuridica tendeva ad ammettere evoluzioni di uno «spirito del popolo», delle quali sarebbe stata portatrice una ipostatizzata unità organica sopra-individuale.

Tale era anche l'orientamento, ad esempio, di KARL KNIES. Questa concezione è scientificamente improduttiva. Si ebbe certamente in ogni tempo, e ancora oggi, una produzione «inconscia» – cioè non sentita dagli interessati come innovazione – di regole dell'agire, anche giuridiche, empiricamente valide. Ciò avvenne soprattutto sotto forma di un inavvertito mutamento di significato, ossia per effetto della credenza che date situazioni di fatto nuove non contenessero in realtà nulla di nuovo per la valutazione giuridica; oppure anche in conseguenza dell'applicazione di un diritto effettivamente nuovo a situazioni vecchie o nuove, accompagnata dalla credenza che esso sia sempre stato in vigore come tale e sia sempre stato applicato in quel dato modo.

Ma esiste anche, ed è sempre esistita, quella numerosa serie di casi in cui tanto la situazione quanto il diritto che le viene applicato vengono valutati come «nuovi», in senso e misura differente. Dondre deriva questa innovazione? Si risponderà che essa deriva dal mutamento delle condizioni di vita esteriori, le quali recano con sé mutamenti dei consensi fino allora empiricamente validi. Ma il puro e semplice mutamento delle condizioni non è né sufficiente né indispensabile per produrre quell'effetto. È invece sempre decisivo un agire nuovo, che conduce a un mutamento di significato di diritto vigente o alla creazione di diritto nuovo. A questo agire capace di trasformare il diritto partecipano diverse categorie di persone, e anzitutto i singoli interessati ad un concreto agire di comunità. L'individuo può mutare il suo modo di agire, specialmente il suo agire in comunità, sia per rendere possibile una tutela dei propri interessi resa necessaria dall'intervento di condizioni esterne «nuove», sia semplicemente per rendere tale tutela più efficace, pur nel perdurare delle condizioni precedenti. Per questa via sorgono consensi nuovi, o anche associazioni razionali con un contenuto di senso nuovo, che a loro volta fanno poi sorgere abitudini puramente effettive. Certamente, anche in assenza di nuovi orientamenti siffatti dell'agire si possono produrre mutamenti nella struttura complessiva dell'agire di comunità, per effetto di mutate condizioni di esistenza. Di più forme di comportamento preesistenti, quella che, nelle mutate condizioni, rappresenta la specie di agire di comunità più favorevole alle possibilità economiche o sociali degli interessati, può sopravvivere – per semplice «selezione» – ad altre forme, che nelle precedenti condizioni erano egualmente «adatte»; e può finalmente diventare patrimonio comune, senza che –

nel caso-limite teorico – nessun individuo abbia mutato il suo agire. Qualcosa di simile si verifica, almeno approssimativamente, nel processo di selezione tra gruppi etnici o religiosi, particolarmente ligi ai loro costumi. Ma in generale è più frequente che un contenuto nuovo dell'agire di comunità e delle associazioni di singoli individui venga creato per «invenzione» e si diffonda poi per imitazione e selezione. Quest'ultimo caso è molto importante – e non solo in tempi moderni – specialmente come fonte di ri-orientamento economico a tutti i livelli di vita che abbiano raggiunto un minimo di razionalizzazione. A queste stipulazioni resta spesso inizialmente estranea la preoccupazione della possibilità di una garanzia fornita dalla coercizione giuridica, almeno dalla coercizione giuridica politica. Molto spesso gli interessati giudicano la coercizione giuridica politica come non necessaria o come ovvia; ancora più spesso ogni interessato considera garanzia sufficiente, a seconda dei casi, il tornaconto o la lealtà degli altri interessati, o anche una cosa e l'altra insieme, oltre alla pressione esercitata dalla convenzione. In realtà, prima che esistesse un apparato coercitivo qualsiasi, anzi prima ancora della garanzia regolata mediante il dovere di vendetta del gruppo parentale, la garanzia «giuridica» di una norma doveva essere sostituita dalla possibilità, per chi fosse considerato «nel suo diritto» in base a una convenzione generale, di trovare aiuto contro l'offensore. Ma dove apparivano desiderabili garanzie speciali, l'auto-maledizione di carattere magico, cioè il giuramento, intervenne nella più ampia misura – in condizioni molto differenziate – a sostituire per gli interessati ogni altra forma di garanzia, anche la garanzia già esistente della coercizione giuridica. In quasi tutte le epoche la maggior parte dell'ordinamento consensuale, anche di materie economiche, si è compiuto in questo modo, indipendentemente per lo meno dalle possibilità di una coercizione giuridica statale, e, per una parte rilevante, indipendentemente da qualsiasi possibilità di coercizione [...].

Anche quando sia riconosciuta una piena parità a più sistemi giuridici coesistenti – ed egualmente legittimati dal punto di vista religioso per i loro aderenti – e sia lasciata libera l'adesione all'uno o all'altro di essi, assume tuttavia importanza decisiva per le loro possibilità di concorrenza la circostanza che uno di essi si possa valere, oltre che della obbligatorietà religiosa, anche della coercizione giuridica statuale, e ciò anche dove stato ed economia sono dominati dal più rigido tradizionalismo. Nell'Islam, ad esempio, le quattro scuole di di-

ritto ortodosse godevano tutte dello stesso riconoscimento ufficiale; e per esse vale il principio della personalità del diritto, così come poteva avvenire nel Regno franco per i diritti delle varie stirpi: tutt'e quattro sono poi rappresentate all'università del Cairo. Tuttavia la circostanza che presso le autorità e i tribunali secolari la confessione giuridica personale dei sultani ottomani, quella hanafita, goda della tutela coercitiva, ha condannato a un lento declino la setta malikita, un tempo anch'essa privilegiata allo stesso modo, ma ora priva di questa tutela; e tale processo, che investe anche le altre due sette giuridiche, si compie nonostante l'assenza di qualsiasi altra influenza negativa. L'indifferenza degli interessati per la possibilità della coercizione giuridica politica si riscontra in scarsa misura nella vera e propria vita degli «affari», cioè nei contratti del mercato dei beni. Qui è del tutto normale – ed è sempre avvenuto – che nella creazione di nuove forme di associazione la possibilità della coercizione giuridica da parte dei tribunali del potere politico sia oggetto di un calcolo preciso, e che il «contratto di scopo» da concludere venga adeguato a queste forme, di modo che la stessa invenzione di schemi contrattuali nuovi procede tenendo conto di queste possibilità. Il mutamento di significato del diritto vigente viene allora sì provocato dall'attività dei singoli consociati giuridici – o meglio, di regola, dall'attività dei loro consulenti di professione – ma viene anche adattato in modo pienamente consapevole e razionale a quelle che sono le aspettative in fatto di giurisdizione. La forma più antica del lavoro razionale dei giuristi propriamente «professionali» consiste precisamente in questa attività (il *cavere* romano). La calcolabilità del funzionamento degli apparati coercitivi costituisce, nelle condizioni di un'economia di mercato in via di sviluppo, il presupposto tecnico e anche una delle forze propulsive dell'inventività dei «giuristi cautelari», che troviamo operanti ovunque – nella forma più sviluppata e controllabile nel diritto romano e inglese – come elemento autonomo di formazione di diritto nuovo ad opera dell'iniziativa privata.

D'altra parte è naturale che la possibilità della coercizione giuridica sia a sua volta influenzata nella misura più decisa dal fatto stesso della diffusione di consensi e stipulazioni razionali di un determinato tipo. Infatti, in condizioni normali, soltanto ciò che è singolare rimane di solito privo della garanzia di un apparato coercitivo. Invece le consuetudini e i consensi ormai universalmente diffusi vengono durevolmente ignorati dagli apparati coercitivi soltanto quando questi vi sono

assolutamente costretti da determinati motivi formali o dall'intervento di poteri autoritari; oppure quando gli organi della coercizione giuridica vengono a trovarsi di fronte ai sudditi in posizione di estraneità, sia per essere stati imposti con la forza da un dominatore etnicamente o politicamente straniero, sia per essersi estraniati dalla vita privata degli affari in conseguenza della loro specializzazione professionale e sostanziale, come può accadere specialmente in condizioni di differenziazione sociale molto pronunciata. Il senso intenzionato delle stipulazioni può essere controverso, oppure la loro diffusione può costituire un'innovazione ancora precaria. In tali casi il «giudice» – come intendiamo qui denominare *a posteriori* l'apparato della coercizione giuridica – costituisce una seconda istanza autonoma. Ma, anche prescindendo da ciò, il giudice non si limita mai ad apporre il suo sigillo a ordinamenti già di fatto validi in base a un consenso o a una stipulazione; ma influenza sempre il processo di selezione di ciò che è destinato a sopravvivere come diritto, spesso – in misura notevole – attraverso le conseguenze operanti al di là del caso particolare che è stato oggetto della decisione. Vedremo tra breve che la fonte delle decisioni «giudiziarie» non è in linea di principio costituita, se non per certe questioni pregiudiziali formali, da norme generali – «norme di decisione» – di qualsiasi genere, che possano essere «applicate» dal giudice al caso concreto. Piuttosto avviene precisamente il contrario: quando il giudice fa intervenire in un caso concreto la garanzia della coercizione, sia pure in base ai motivi più concreti, egli in determinate circostanze attribuisce validità empirica ad una norma generale come «diritto oggettivo», perché la sua massima acquista un significato che va al di là del caso particolare. Nemmeno questo è un fenomeno originario o universale. Esso è completamente estraneo al sistema primitivo di decisione mediante mezzi magici di rivelazione giuridica. Ma anche nelle giurisdizioni che non sono ancora razionalizzate sul piano giuridico-formale, pur avendo superato lo stadio dell'ordalia, agisce inizialmente in forte misura l'irrazionalità del caso particolare. Non soltanto non viene ad esso applicata una «norma giuridica» generale, ma la massima della decisione concreta – quando pure esiste e diventa cosciente – non vale, una volta «riconosciuta», come norma per altri futuri «riconoscimenti». [...] Tuttavia un certo grado di stabilità e di cristallizzazione in norme interviene inevitabilmente non appena la decisione diventa oggetto di discussione, oppure si ricercano o si presuppongono per essa motivi razionali, con atte-

nuazione, quindi, dell'originario carattere puramente irrazionale di oracolo. Entro certi limiti agisce senza dubbio, come vedremo, precisamente il carattere magico del diritto probatorio antico, con l'esigenza della formulazione «corretta» della questione da decidere. D'altra parte interviene anche la natura delle cose. Infatti a un giudice che si sia già una volta servito in modo consapevole e riconoscibile di una determinata massima come norma di decisione riesce evidentemente difficile, e spesso quasi impossibile, rifiutare in altri casi simili la garanzia coercitiva adottata in quel primo caso, senza esporsi al sospetto di parzialità. La stessa cosa vale per altri giudici successivi, in misura tanto maggiore quanto più continua è, in generale, la «tradizione» che regge una data società. Poiché proprio allora è naturale che ogni decisione pronunciata, in qualsiasi modo sia venuta alla luce, appaia come emanazione – cioè come espressione oppure come elemento costitutivo – di quella tradizione che risulta essa soltanto, e durevolmente, giusta, trasformandosi così in uno schema che pretende una validità permanente. In questo senso la *credenza* soggettiva di «applicare» soltanto norme già in vigore è in realtà originaria di ogni giurisdizione sorta dall'epoca profetica, e non costituisce affatto un fenomeno «moderno».

In conclusione, costituiscono fonti primarie di produzione di norme giuridiche il consolidarsi in forma tipica di determinati consensi, soprattutto di stipulazioni razionali rispetto allo scopo, che vengono sempre più consapevolmente poste in essere dall'agire degli individui impegnati a delimitare reciprocamente le loro sfere di interessi, con l'assistenza dell'«avvocato» di professione, e insieme a ciò i «precedenti» dei giudici. In questo modo è effettivamente nato, ad esempio, il vasto *corpus* della *Common Law* inglese. La parte cospicua che in questo processo hanno persone dotate di esperienza e cultura giuridica – le quali in misura sempre maggiore si dedicano al loro compito «professionale» in qualità di avvocati e giudici – fa sì che al complesso del diritto sorto per questa via venga imposto il nome di «diritto dei giuristi». Con quanto si è detto non si vuol negare che nella formazione del diritto intervengano anche determinanti puramente «emotive», cioè il cosiddetto «sentimento di equità». Tuttavia l'esperienza insegna che il «sentimento giuridico» funziona in modo estremamente labile finché non ha la traccia segnata da una situazione di interessi esteriori o interiori. Come si può vedere ancora oggi, esso va soggetto a bruschi cambiamenti, e soltanto poche massime di ca-

ratttere generale, e prive di contenuto, gli si adattano universalmente: proprio le peculiarità «nazionali» dei vari diritti non si lasciano invece mai ricavare, per quanto finora si sappia, da una differenza di funzionamento di fonti «emotive». Di natura fortemente emozionale, il «sentimento» è molto poco adatto a servire da fondamento a norme che si affermano stabilmente; esso costituisce piuttosto una delle varie fonti della giurisdizione irrazionale. Soltanto così ci si può chiedere fino a quale punto concezioni «popolari», cioè diffuse tra i consociati giuridici, riescono ad imporsi in antitesi con il «diritto dei giuristi», cioè dei pratici del diritto («avvocati» e «giudici») costantemente impegnati nell'invenzione di schemi contrattuali e nella giurisdizione. La risposta a questa domanda varia, come vedremo, a seconda dell'origine della giurisdizione.

Ci siamo fin qui occupati dell'influenza di vari fattori, per lo più concomitanti: un ri-orientamento dell'agire di comunità dei consociati, dapprima indifferente alla possibilità della coercizione giuridica, che pone poi la giurisdizione di fronte a situazioni nuove; l'attività – di invenzione del diritto – dei consulenti professionali delle parti (avvocati), la quale si orienta sulla possibilità di funzionamento della giurisdizione e dell'apparato coercitivo; le conseguenze delle decisioni (precedenti) della giurisdizione (giudici). Ma la creazione di regole giuridiche nuove può anche avvenire per imposizione unilaterale (legislazione). Naturalmente le forme sono qui all'inizio diverse da quelle a cui siamo abituati oggi. All'origine, infatti, è completamente assente l'idea che possano venir create di proposito come norme delle regole fornite del carattere di «diritto», cioè garantite dalla «coercizione giuridica». In un primo tempo alle decisioni giuridiche rimane estraneo lo stesso concetto di «norma»; esse non costituiscono in alcun modo un'«applicazione» di regole determinate, come ci sembra oggi naturale per le sentenze. Dove quindi si concepisce l'idea di norme « valide» per l'agire e vincolanti per la decisione delle controversie, queste non vengono considerate come prodotto, o anche soltanto come possibile oggetto di statuzioni umane. La loro esistenza «legittima» dipende piuttosto dal carattere assolutamente sacro di determinate consuetudini in quanto tali, la deviazione dalle quali può provare il malocchio, il turbamento degli spiriti o la collera degli dei. Esse valgono come «tradizione», e perciò sono, almeno teoricamente, immutabili. Esse devono essere riconosciute e interpretate correttamente, in conformità alle consuetudini, ma non si può crearle. La loro

interpretazione spetta a coloro i quali le conoscono da più lungo tempo, e quindi alle persone fisicamente più anziane o agli anziani del gruppo parentale, oppure anche, assai spesso, ai maghi e ai sacerdoti, perché soltanto essi, in virtù delle loro conoscenze professionali delle forze magiche, conoscono e devono conoscere determinate regole – le regole tecniche da osservarsi nei rapporti con le potenze soprasensibili. Si può d'altra parte anche avere il caso che una norma nuova venga creata consapevolmente, mediante l'imposizione di una regola nuova. Ma l'unico modo in cui ciò può avvenire è quello di una rivelazione carismatica: come rivelazione di una decisione soltanto individuale, cioè di ciò che deve avvenire per diritto nel concreto caso particolare – e questa è la forma originaria – oppure come rivelazione di una norma generale, vale a dire di ciò che deve avvenire in futuro in tutti i casi simili. La rivelazione giuridica in queste forme rappresenta l'originario elemento rivoluzionario della stabilità della tradizione, dal quale prende le mosse in ogni forma di «statuizione» del diritto. L'ispirazione di norme nuove può venire alla persona carismaticamente qualificata in modo, almeno apparentemente, del tutto immediato, sotto l'impulso delle condizioni esterne. Ciò è effettivamente accaduto più volte. Tuttavia la regola è che, quando cambiamenti delle condizioni di vita economica o di altro genere esigono norme nuove per problemi fino allora non disciplinati, queste norme vengono create artificialmente mediante mezzi magici di vario genere. Il portatore normale di questa forma primitiva di adattamento degli ordinamenti a situazioni nuove è il mago o il sacerdote di un oracolo, oppure un profeta. Naturalmente, il trapasso dall'interpretazione dell'antica tradizione alla rivelazione di ordinamenti nuovi è fluido. Anche all'interpretazione, infatti, non resta che battere la stessa strada, una volta che la saggezza degli anziani e dei sacerdoti si sia rivelata insufficiente. E questa è anche l'unica strada che rimanga aperta nel processo, quando si tratti di determinare fatti controversi.

Dobbiamo ora prendere in esame le conseguenze di queste forme di invenzione, di ricerca e di creazione del diritto per ciò che concerne le qualità formali del diritto stesso. Dall'intervento della magia in ogni procedimento di risoluzione di controversie e di creazione di norme nuove deriva il carattere rigorosamente formale proprio di ogni processo primitivo. Infatti soltanto la questione impostata in maniera formalmente corretta ottiene una risposta corretta dai mezzi

magici. Inoltre la scelta del mezzo magico appropriato per ogni questione di torto o diritto non è arbitraria; ma piuttosto per ogni specie di questioni giuridiche esistono mezzi specifici. Di qui il principio comune a ogni giustizia primitiva, ma già pervenuta ad una rigorosa regolamentazione – che cioè ogni più piccolo errore commesso da una parte nella pronuncia delle formule rituali di un atto processuale provoca la perdita del mezzo giuridico usato, ed eventualmente dell'intero processo: ciò avviene per le *legis actiones* romane come per il diritto del primo Medioevo. Ma il processo, come abbiamo visto, rappresentò la forma più antica di «negoziò giuridico» (in quanto fondato su un contratto, il contratto di espiazione). Troviamo quindi il principio corrispondente a Roma e nel primo Medioevo nei negozi giuridici di stretto diritto, conclusi in forma solenne: la più piccola deviazione dalla formula efficace (per virtù magica) provoca la loro nullità. Ma l'espressione più caratteristica dei primordi del formalismo giuridico nel processo è il diritto probatorio formalmente vincolato. Esso non regola una «prova» processuale nel senso moderno. Non vengono prodotte prove destinate a dimostrare la «verità» o «falsità» di un «fatto»; si tratta piuttosto di stabilire da quale delle parti, e in quali forme, può o deve venire sottoposta ai poteri magici la questione del proprio diritto. Al carattere formale della procedura si contrappone quindi il carattere interamente irrazionale dei mezzi di decisione. Perciò anche il «diritto oggettivo» che si realizza nei verdetti è fluido e mutevole, quando non siano generalmente riconosciute norme tradizionali molto rigorose. Alla decisione concreta manca ogni motivazione logicamente razionale. Ciò avviene anche laddove a decidere non è un dio o un mezzo probatorio magico, ma il verdetto di un saggio qualificato carismaticamente o, più tardi, di un anziano interprete della tradizione o di un anziano del gruppo parentale, oppure ancora di un arbitro scelto per l'occasione o di un pronunciatore del diritto (della legge) scelto una volta per tutte, o di un giudice imposto dal detentore del potere politico. Infatti il tenore del verdetto non poteva essere altro che questo: così si è ritenuto sempre – oppure così il dio ha comandato di ritenere questa volta, o anche ora e in futuro per casi simili. Natura non diversa va riconosciuta alla grande innovazione del re Enrico II d'Inghilterra, che sta all'origine della giuria nel processo civile. *L'assisa novae disseisinae* – che era garantita con *writ* reale dietro domanda della parte – comporta la sostituzione della decisione presa mediante gli antichi mezzi

probatori irrazionali, specialmente mediante il giuramento di ausilio e il duello, con l'interrogatorio di dodici vicini giurati, che dovevano deporre sul possesso controverso. Più tardi le parti convennero spontaneamente (in effetti però ben presto coattivamente) di ricorrere per tutte le controversie possibili a un verdetto di dodici giurati, anziché alla estrazione delle *assisa* e all'antico procedimento irrazionale: nacque così la «giuria». La giuria viene quindi in certo modo a prendere il posto dell'interrogazione dell'oracolo e, come questo, non indica i motivi razionali della propria decisione. Il procedimento è diviso tra il «giudice», al quale spettano funzioni direttive, e la giuria. È ormai dimostrata l'erroneità dell'opinione diffusa secondo la quale i giurati deciderebbero sulla «questione di fatto» e il giudice sulla «questione di diritto». Ciò che i pratici del diritto apprezzano nella giuria (specialmente in materia civile) è piuttosto il fatto che essa decide anche certe questioni di diritto concrete, senza però dar luogo a un «precedente» vincolante – e quindi il carattere irrazionale delle decisioni della giuria su questioni di diritto. Questa funzione della giuria civile spiega lo sviluppo graduale nel diritto inglese di alcune regole, da lungo tempo riconosciute praticamente a dignità di norme giuridicamente « valide ». Entravano infatti a far parte del diritto vigente soltanto quegli elementi che il verdetto lasciava indistinti dalla questione di fatto, ma che il giudice estraeva dalla loro anonimità e rendeva riconoscibili come massime della sentenza. Una parte cospicua del diritto commerciale vigente è stata così formulata sotto forma di precedente – assumendo la dignità di principio giuridico – grazie all'attività di giudice di Lord Mansfield; mentre per il passato ci si era rimessi al concreto «sentimento giuridico» della giuria, che risolveva le questioni giuridiche contemporaneamente alla questione di fatto – e ciò anche con cognizione di causa, quando in essa figuravano uomini d'affari esperti. Nella vita giuridica romana l'attività creativa dei giuristi rispondenti si manifestava precisamente attraverso l'opera di consulenza prestata ai giurati civili; con la differenza che in questo caso l'analisi delle questioni giuridiche veniva compiuta da un esperto di diritto in una fase autonoma antecedente al giudizio, cosicché la tendenza a spostare sui rispondenti il compito dei giurati agevolava qui l'utilizzazione di massime «di sentimento» come principi giuridici razionali, mentre nel procedimento inglese la tentazione di spostare sulla giuria il compito del giudice presidente poteva avere, e ha avuto spesso, l'effetto opposto. Con la giuria sopravvive così anche nel pro-

cesso inglese moderno qualcosa dell'irrazionalità primitiva dei mezzi di decisione dello stesso «diritto vigente». Ma anche quando dal concorso della pratica negoziale privata e dei precedenti del «giudice» si sviluppano «fattispecie» tipiche, disciplinate da regole tipiche, queste non rivestono ancora il carattere razionale di un «principio giuridico» elaborato dal pensiero giuridico moderno.

[...]

Anche nell'ambito della «tradizione» il diritto praticamente applicato non rimane realmente stabile. La tradizione, almeno finché non cade nel dominio di uno strato di portatori con istruzione specifica – che di regola sono dapprima maghi e sacerdoti – con rigide regole tecniche empiriche, può essere, in larghe sfere, relativamente labile.

[...]

Partendo dalla rivelazione carismatica di nuovi comandi, attraverso *l'imperium*, la linea di sviluppo più diretta conduce alla creazione del diritto mediante una «*statuizione*» stipulata e imposta. Infatti i portatori di queste stipulazioni sono dapprima i capi dei gruppi parentali o i capi locali. Ogni volta che, per qualsiasi motivo politico o economico, accanto al villaggio e al gruppo parentale sussistono gruppi politici o comunità di consenso più comprensive, che dominano su territori più vasti, i loro affari sono di solito regolati mediante incontri, occasionali o regolari, delle autorità di cui abbiamo detto. Le convenzioni da esse stipulate sono di solito di natura puramente tecnica ed economica, e perciò sono da considerare, secondo i concetti, come mera «amministrazione» o mere transazioni private; ma possono anche, partendo da questo ambito, invadere i campi più diversi. Le autorità riunite possono in particolare acquistare la tendenza ad attribuire alle proprie dichiarazioni comuni una maggiore autorità per l'interpretazione della tradizione sacra, e in certe circostanze osano intervenire anche nell'interpretazione di norme garantite in forma strettamente magica, come ad esempio le norme riguardanti l'esogamia del gruppo parentale. Naturalmente all'inizio la via normale è quella per cui maghi o saggi carismaticamente qualificati espongono all'assemblea la rivelazione di nuovi principi che sono stati loro ispirati nell'estasi o nel sogno, e i partecipanti, riconoscendo la qualificazione carismatica, li fanno propri per osservarli e comunicarli ai loro gruppi. Siccome però tra prescrizione tecnica, interpretazione della tradizione mediante sentenze, e rivelazione di regole nuove non

esistono confini netti, e siccome d'altra parte il prestigio dei maghi è labile, è possibile che – come si osserva ad esempio in Australia – la secolarizzazione della statuizione del diritto faccia progressi, e la rivelazione venga di fatto soppiantata, oppure impiegata soltanto per legalizzare successivamente le stipulazioni intervenute: in questo modo vasti campi per i quali la creazione del diritto era all'origine possibile soltanto mediante rivelazione, diventano materia di semplici stipulazioni tra le autorità riunite.

[...]

Però questa situazione non rappresenta ormai più un fenomeno originario. Come regola generale la statuizione del diritto è completamente assente, oppure dove essa sussiste di fatto, la mancanza di separazione tra giurisdizione e legislazione fa sì che in generale manchi ancora la concezione del «positivo» come di una regola che debba essere «applicata» da un giudice. La sentenza ha semplicemente l'autorità di un precedente. Questo tipo intermedio tra interpretazione di diritto già in vigore e creazione di diritto nuovo ricorre ad esempio ancora nella «sentenza consuetudinaria» germanica – cioè nel verdetto emesso su questioni giuridiche concrete o astratte da autorità legittimate in base al carisma personale o all'età o al sapere o alle qualità di notabili della propria stirpe o all'ufficio (come nel caso del pronunciatore della legge nella Germania settentrionale). Anche la sentenza consuetudinaria non distingue all'inizio tra diritto oggettivo e soggettivo, tra statuizione del diritto e giudizio, tra diritto pubblico e privato, e nemmeno tra disposizione amministrativa e regola normativa. Soltanto la causa concreta in discussione determina l'accentuazione dell'uno o dell'altro aspetto. Anche la risoluzione parlamentare inglese ha conservato un carattere simile fino alla soglia dei tempi moderni. Come indica la denominazione stessa di *assisa*, al tempo dei Plantageneti – e in fondo fino al secolo XVII – essa aveva semplicemente il carattere di qualsiasi pronuncia giuridica. Il re stesso non si vincolava incondizionatamente alle sue proprie *assisae*. I parlamentari cercarono con vari mezzi di reagire a questa tendenza. La verbalizzazione e la creazione dei vari *rolls* servivano allo scopo di far osservare come precedenti le pronunce parlamentari approvate dal re. Perciò queste pronunce hanno sempre conservato, fino ad oggi, il carattere di un semplice emendamento del diritto vigente, in antitesi con il carattere di codificazione della moderna legge continentale – la quale nel dubbio pretende di fornire un nuovo regolamento esaustivo della

materia trattata, con abrogazione del diritto anteriore. Il principio che il diritto nuovo abroga il diritto anteriore non è perciò penetrato a fondo nemmeno oggi nel diritto inglese.

Il concetto di legge materiale che incontrò in Inghilterra il favore del razionalismo dei Puritani, e più tardi dei *whigs*, deriva dal diritto romano. Ma nello stesso diritto romano esso affondava le sue radici nel diritto di ufficio, e quindi nell'*imperium* dei magistrati, in origine condizionato militarmente. La *lex rogata* consisteva nel decreto del magistrato che il consenso dei cittadini in armi aveva reso vincolante per i cittadini e soltanto per questi, e perciò anche inviolabile al successore nell'ufficio del magistrato. La fonte remota del moderno concetto di legge è perciò costituita dalla disciplina militare romana e dal carattere specifico della comunità militare romana. Nell'Europa continentale del Medioevo i primi ad operare con il concetto romano di legge furono, dopo i Carolingi, gli Hohenstaufen (con Federico I). Ma la stessa concezione di legge propria del primo Medioevo, specialmente in Inghilterra, rappresentò uno stadio che non si raggiunse rapidamente. Caratteristiche dell'epoca della produzione giuridica e della giurisdizione carismatiche persistono, come abbiamo visto a più riprese, in numerose istituzioni di epoche in cui la statuizione e l'applicazione del diritto sono ormai pienamente razionali, ed ancora oggi non sono del tutto scomparse. Ancora BLACKSTONE paragona i giudici inglesi ad oracoli viventi, ed effettivamente almeno la funzione che assolvono le *decisions*, come forma indispensabile e specifica di attuazione della *Common Law*, corrisponde in questo senso alla funzione dell'oracolo nel diritto antico: «ciò che prima era incerto (l'esistenza del principio giuridico) è ora diventato (mediante la decisione) una regola stabile». Soltanto quando la decisione è paleamente «assurda» o «contro il comandamento di Dio», è priva del carattere carismatico, e ci si può quindi allontanare da essa senza pericolo. Il vero oracolo si distingueva dal precedente inglese solamente per la mancanza di motivazioni razionali; ma questa caratteristica è propria anche del verdetto della giuria. Storicamente, è vero, i giurati in quanto tali non sono, sul piano giuridico, i continuatori dei profeti carismatici, ma rappresentano piuttosto la sostituzione di mezzi di prova irrazionali – propri della giustizia affidata alle assemblee popolari – con la testimonianza dei vicini (specialmente in materia di possesso); e pertanto costituiscono un prodotto del razionalismo del regime principesco. Si ha invece una vera discendenza dalla giurisdic-

zione carismatica nella posizione degli scabini germanici rispetto al giudice, e nell'istituzione del pronunciatore della legge nel diritto nordico.

[...]

La separazione della giurisdizione dalla coercizione giuridica – che viene spesso rivendicata come una peculiarità del diritto tedesco e come l'origine della potenza delle corporazioni – non era in sé un fenomeno soltanto tedesco. Il collegio degli scabini tedeschi prese il posto dell'antico sistema carismatico dei profeti giuridici. Peculiare allo sviluppo del diritto germanico fu piuttosto il mantenimento e la configurazione tecnica di questo principio, in connessione con alcune altre importanti particolarità. Tra di esse va soprattutto ricordata l'importanza per lungo tempo conservata dall'«assistenza», cioè dalla partecipazione alla giurisdizione da parte dei consociati giuridici non appartenenti ai notabili, nel senso che si considerava indispensabile la loro acclamazione per ratificare la sentenza pronunciata dai giudicanti, e che inoltre ogni consociato giuridico aveva in linea di principio il diritto di impugnare la sentenza. La partecipazione al giudizio mediante acclamazione si ritrova anche al di fuori dell'ambito del diritto germanico: si può supporre, ad esempio, che avanzi di questa procedura siano contenuti nella descrizione delle origini del processo sullo scudo di Achille, in Omero, e anche altrove se ne hanno tracce (come nel processo di Geremia in Israele). L'impugnazione del giudizio ha invece carattere specifico. Ma questa partecipazione regolamentata degli uomini liberi al giudizio non è necessariamente da considerare come un fenomeno originario, essendo con ogni probabilità il prodotto di sviluppi particolari, di natura militare.

Tra le forze che favoriscono la secolarizzazione del pensiero concernente il dover essere giuridico, e in particolare la sua emancipazione dalla tradizione garantita magicamente, una delle più efficaci è costituita dai rivolgimenti militari.

L'imperium del condottiero conquistatore, per quanto il suo esercizio in tutti i casi importanti possa essere vincolato al libero consenso dell'esercito, ha inevitabilmente un contenuto molto ampio; ed è nella natura delle cose che esso si estenda assai spesso a regolare rapporti che in tempo di pace avrebbero potuto essere disciplinati soltanto da norme rivelate, e che possono venire creati dal nulla solamente ricorrendo a una statuizione, stipulata o imposta. Dei prigionieri, del bottino e specialmente della terra conquistata dispongono il capo mili-

tare e l'esercito, creando diritti individuali e, in date circostanze, anche regole valide. D'altra parte un capo militare deve avere, nell'interesse della sicurezza collettiva, anche contro le violazioni della disciplina e le istigazioni al turbamento della pace interna, poteri molto più ampi di quelli di un «giudice» in tempo di pace. Già in questo modo l'ambito dell'*imperium* si dilata, a spese della tradizione. Quando poi si considera il rivolgimento dei rapporti economici e sociali che la guerra comporta, diventa chiaro che ciò che è consuetudinario non può, in quanto tale, essere senz'altro perennemente valido e sacro. Si spiega così la particolare frequenza con la quale in occasione di espansioni militari ricorrono, nei più diversi stadi di sviluppo, fissazioni sistematiche di diritto già in vigore o statuito *ex novo*. Ma poi, sotto l'influenza delle pressanti esigenze di sicurezza contro i nemici esterni e interni, la creazione del diritto e la giurisdizione mostrano la tendenza ad assumere una struttura più razionale. E soprattutto un nuovo rapporto si instaura tra i vari possibili portatori del procedimento giuridico. Come il gruppo politico che sorge sul terreno della guerra e della preparazione per la guerra conserva uno stabile carattere militare, così il gruppo militare in quanto tale conserva un'influenza decisiva sulla composizione delle controversie tra i propri membri, e quindi anche sullo sviluppo ulteriore del diritto. Di solito diminuisce allora il prestigio dell'età, e in una certa misura anche il prestigio della magia. Un equilibrio tra l'*imperium* del capo militare, i custodi mondani o spirituali della tradizione sacra, e l'esercito – che, relativamente svincolato dalla tradizione, avanza pretese di partecipazione al controllo delle disposizioni – viene raggiunto con risultati molto diversi. Da questo punto di vista ha sempre grande importanza il tipo di organizzazione militare. La comunità popolare germanica del singolo distretto, al pari della grande comunità territoriale del gruppo politico, rappresenta la leva dei consociati abili alle armi e perciò possessori di terre, così come il *populus* romano all'origine rappresenta l'esercito riunito dei possessori fondiari, «schierato» nelle sue unità tattiche. Nell'epoca dei grandi rivolgimenti connessi con le migrazioni, sembra che la comunità territoriale politica germanica abbia acquistato il diritto di partecipare alla creazione di diritto nuovo: è del tutto improbabile che – come vorrebbe SOHM – tutto il diritto statuito sia diritto regale. Anzi sembra che il detentore dell'*imperium* non abbia avuto affatto una parte preponderante in questo genere di statuizione. Al contrario, presso i popoli più sedentari

perdura ininterrotto il potere degli esperti di diritto carismatici, mentre presso i popoli ai quali le migrazioni guerriere crearono nuove condizioni di vita – specialmente presso i Franchi e i Longobardi – aumenta il senso di potenza della comunità militare, che pretende e fa valere il diritto a un’attiva e decisiva partecipazione alle statuzioni giuridiche e al giudizio.

D’altra parte nell’Europa del primo Medioevo l’esempio della potenza dei vescovi della Chiesa cristiana incoraggiava ovunque gli interventi del principe nell’amministrazione della giustizia e nella statuizione del diritto; ed essa dal canto suo spesso li sollecitava direttamente per interessi ecclesiastici ed etici. I capitolari dei re Franchi si sviluppano parallelamente ai tribunali itineranti semi-teocratici. In Russia, poco dopo l’introduzione del Cristianesimo, la seconda redazione della *Russkaja Pravda* rivela lo sviluppo di un’ingerenza del principe nella giurisdizione e nella statuizione del diritto, di cui non si aveva nessuna traccia nella prima redazione; e ciò è subito seguito dallo sviluppo di un corpo molto vasto di nuovo diritto sostanziale di origine principesca. Comunque, in Occidente questa tendenza dell’*imperium* urtava contro la solida compagine della giustizia carismatica e corporativa nell’ambito della comunità militare. Invece il *populus* romano, in corrispondenza con lo sviluppo della disciplina di un esercito di opliti, può soltanto approvare o respingere ciò che il detentore dell’*imperium* gli propone, e cioè – oltre le statuzioni di diritto – solamente le sentenze capitali nel caso della *provocatio ad populum*. Nella comunità popolare germanica l’acclamazione dell’«assistenza» era parte costitutiva di un giudizio valido. Invece al popolo romano giungevano in un primo tempo unicamente le domande di grazia contro sentenze capitali di un magistrato. Il minore sviluppo della disciplina militare nell’assemblea popolare germanica spiega il diritto spettante a ogni singolo membro di impugnare il giudizio: il carisma della giurisdizione non è legato in modo esclusivo ai suoi portatori professionali, ma ogni singolo membro dell’assemblea può in un dato caso tentare di far valere il suo parere con una proposta contraria al giudizio formulato da quegli esperti. E all’origine il dissidio poteva soltanto venir risolto con una ordalia tra i sostenitori delle due proposte, spesso con sanzioni penali a carico del soccombente; poiché un giudizio errato costituiva empietà verso le divinità tutelari del diritto. Di fatto, naturalmente, ebbero sempre importanza anche l’acclamazione o il mormorio della comunità (la cui voce in questo senso

è «voce di dio»). Alla rigida disciplina dei Romani corrisponde l'istruzione processuale affidata esclusivamente al magistrato e l'esclusivo diritto di iniziativa (*agere cum populo*) delle varie categorie concorrenti di funzionari. La distinzione germanica tra giurisdizione e coercizione giuridica è una forma di «divisioni dei poteri» nell'amministrazione della giustizia; un'altra è costituita dalla concorrenza a Roma di vari funzionari forniti di diritto d'intercessione l'uno verso l'altro, e dalla divisione della direzione del processo tra funzionario e *iudex*. Ma la separazione dei poteri era anche garantita dalla necessità di collaborazione – variamente regolata nei modi descritti – tra funzionari, notabili e comunità militare o popolare. Da ciò deriva la conservazione del carattere «formalistico» del diritto e della giurisdizione. Dove invece i poteri «di ufficio» – come l'*imperium* del principe e dei suoi funzionari oppure la potenza dei sacerdoti in quanto custodi ufficiali del diritto – sono riusciti a sovrapporre completamente la loro onnipotenza da una parte agli autonomi portatori carismatici del sapere giuridico, e dall'altra all'assemblea popolare o ai suoi rappresentanti, la formazione del diritto ha assunto per tempo quel carattere patrimoniale-teocratico di cui si vedranno presto le conseguenze per le qualità formali del diritto. Diverso – ma, come vedremo, simile quanto al risultato formale per la costituzione del diritto – è stato lo sviluppo là dove la comunità popolare in via di diventare politicamente preponderante, come ad esempio nella democrazia greca, ha eliminato a sua volta tutti i portatori magistrali e carismatici della giurisdizione, prendendo il loro posto come unica portatrice sovrana della statuizione giuridica, e specialmente della giurisdizione. Si può definire giurisdizione «di comunità popolare» quella situazione – realizzata specialmente nella comunità militare germanica e, in senso molto modificato razionalmente, in quella romana – per la quale la comunità dei consociati giuridici partecipa alla giurisdizione, ma non ha su di essa un controllo sovrano, potendo soltanto accettare o respingere il giudizio proposto dal portatore carismatico o ufficiale del sapere giuridico e influenzarlo con mezzi speciali, come l'impugnazione della sentenza. Per questa forma di giurisdizione non è decisiva l'assistenza della comunità al processo.

[...]

Dove esiste l'assistenza da parte della comunità si mantiene largamente il carattere formale del diritto e della giurisdizione, perché la giurisdizione non dipende dall'arbitrio o dai sentimenti di coloro per

i quali il diritto deve valere – e a cui non vuole «servire», ma su cui pretende di dominare – bensì è prodotto della rivelazione del saggio. D'altra parte questa saggezza, come ogni carisma genuino, ha l'obbligo di «provare» se stessa con la sua stessa forza persuasiva, possono così indirettamente farsi sentire in forte misura, mediante queste necessità, il senso dell'«equità» e l'esperienza quotidiana dei consociati giuridici. Anche allora tutto il diritto è formalmente un «diritto di giuristi», perché, senza una specifica conoscenza tecnica, esso non assume la forma di una regola razionale, Ma nello stesso tempo esso è anche sostanzialmente «diritto popolare».

HERMANN HELLER

Democrazia politica e omogeneità sociale^{*}

Verrà qui discussa essenzialmente – attraverso una chiarificazione di principio dei concetti e soltanto dal punto di vista politico, dunque non da quello sociale, economico o etico – l'inesauribile questione del ruolo che gioca, per la democrazia politica, l'omogeneità sociale.

Come ogni altra autorità politica, anche quella democratica costituisce, per sua essenza, una decisione potenzialmente universale sul territorio. Esercita l'autorità politica colui che decide in ultima istanza degli atti rilevanti per l'unità dell'azione collettiva su un determinato territorio, o partecipa a questa unità della decisione sul territorio con un ruolo determinante¹. L'universalità della decisione sul territorio è naturalmente solo potenziale. Se tuttavia quell'unitaria azione collettiva – l'unità nella molteplicità definita Stato da Machiavelli in poi – deve essere resa attuale, allora ogni questione concernente l'ordinamento sociale complessivo sul territorio deve – per quanto è possibile – venire ricompresa nella decisione politica. Il giudizio sulla rilevanza di questo o quell'atto sociale per l'unità dell'azione collettiva muta con il mutare della situazione storica e della condizione sociale.

L'unità della decisione sul territorio ci rivela l'essenza del Politico come una composizione dialettica dell'infinita molteplicità e differenza degli atti sociali che disordinatamente si producono nell'unità ordinata e ordinante.

Gli atti politicamente decisivi statuiscono e garantiscono un ordi-

^{*} Da H. Heller, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti (1928-1933)*, a cura di Ulderico Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998.

¹ Per l'approfondimento delle tematiche qui accennate solo rapidamente cfr. H. Heller, *Die Souveränität*, in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. 2, Tübingen, Mohr 1992²; trad. *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987.

namento giuridico la cui esistenza, positività o validità resta sempre dipendente dalla presenza di quell'unità di azione che, proprio per questo, deve affermarsi eventualmente perfino contro il diritto positivo. La realtà della vita in comune con popoli vicini su di un determinato territorio rende necessario che l'unità ordinante degli atti decida con il criterio dell'universalità anche sotto il rispetto personale, imponendo quindi il suo ordine non soltanto ai cittadini, ma a tutti gli abitanti del territorio. Ogni autorità, sia essa motivata o fondata su un piano religioso, pedagogico, economico, erotico, o in altro modo, diventa autorità politica non appena pretende per sé, come suo scopo ultimo, l'unità di decisione su un determinato territorio. Chiamiamo Stato l'unità degli atti che costituiscono l'istanza di decisione sul territorio. Il problema fondamentale della politica è quindi il sorgere e l'affermarsi di quest'unità di decisione sul territorio nella molteplicità degli atti di volontà che le danno forma e nella molteplicità delle altre autorità territoriali che la circondano. Questa unità di decisione universale sul territorio è necessariamente fondata nella 'natura socievole-insocievole' dell'uomo, in entrambe le sue qualità essenziali della singolarità e della socialità. L'uomo, posto tra Dio e l'animale, solo nella società diventa uomo, mentre solo in un'inconfondibile unicità viene all'esistenza ed è esistente nel corpo, nell'anima, nell'intelligenza. L'unità di decisione efficace e universale sul territorio, in qualsiasi modo prenda forma, è pertanto una *conditio sine qua non* dell'autoconservazione non solo fisica, ma anche metafisica, dell'uomo.

La socievolezza, un presupposto fondamentale dell'esistenza terrena dell'uomo, si manifesta innanzitutto come un dato di fatto naturale che affonda le sue radici fino al mondo animale: nella società umana essa ci appare come il necessario correlato della singolarità e dell'isolamento degli individui, mai però soltanto come una comunità di tipo naturale, bensì sempre anche come decisione spirituale. Ciò che tiene insieme la struttura eternamente antagonistica della società umana sono tanto i sistemi degli istinti naturali, estranei alla nostra facoltà di comprendere, quanto, soprattutto, la 'sovrastruttura' articolata in modo gerarchico degli ordinamenti spirituali. La convivenza umana è sempre, anche, convivenza ordinata tramite decisioni concrete della volontà umana, cosicché le comunità che crescono su un fondamento naturalistico non si mostrano affatto come le più salde. È un potere ideale quello che, ad esempio nella Chiesa cattolica, unisce e divide gli uomini per millenni. Queste decisioni diventano politiche

non appena mettono in questione l'unità dell'azione collettiva nei territori vicini. Lo sviluppo della civiltà tecnologica e della divisione del lavoro, sommate al crescente estendersi e complicarsi delle relazioni sociali, accresce la necessità di ordinamenti posti da una volontà, moltiplica il numero delle decisioni politiche emanate da un punto centrale ed innalza pertanto quantitativamente l'attività dell'unità di decisione politica che lavora con un apparato amministrativo crescente, ma aumenta anche la sua importanza per la vita sociale.

Ogni politica consiste dunque nel formare e conservare questa unità. E ogni politica deve, in caso di emergenza, rispondere all'attacco a questa unità, in ultima istanza con la distruzione fisica dell'aggressore. Qui sta il nucleo di verità dell'affermazione di Carl Schmitt secondo cui la distinzione specificamente politica è quella di amico e nemico. Dove, in caso di emergenza, non esiste più la disposizione a distruggere l'aggressore, interno o esterno, dell'unità politica, lì viene fondamentalmente negata ogni politica. Uno Stato che proibisse in tutti i casi l'uso di armi distruttive, che non consentisse di sparare mentre dall'interno o dall'esterno si spara sui suoi rappresentanti, si sopprimerebbe da sé.

Va invece combattuta l'opinione di Carl Schmitt che la distinzione amico-nemico sia la distinzione politica per eccellenza e ad essa siano riconducibili tutte le azioni e le ragioni politiche. Prescindendo dal fatto che è gnoseologicamente inammissibile porre questa distinzione sullo stesso piano delle categorie assiologiche buono-cattivo, bello-brutto, utile-dannoso, la distinzione schmittiana amico-nemico è tautologica, in quanto senza l'attributo 'politica' questa coppia oppositionale non mostra alcunché di specificamente politico. Che i miei amici siano i tuoi amici, e i tuoi nemici debbano essere i miei nemici, può connotare ragionevolmente tanto l'amicizia politica quanto una qualsiasi amicizia basata su convinzioni, un'amicizia fra giovani, una d'affari o un'amicizia del cuore. Cari Schmitt non prende affatto in considerazione la politica in quanto sfera della formazione dell'unità interna dello Stato. Se tutte le azioni politiche fossero effettivamente riducibili alla distinzione amico-nemico – dove quest'ultimo termine deve significare "esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero"², che viene tenuto

² C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, trad. *Il concetto di politico*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 109.

lontano o combattuto ed eventualmente distrutto per conservare il proprio modo di vivere, a misura di sé – la nascita e l'esistenza dell'unità politica sarebbero qualcosa totalmente privo di politica. Schmitt prende in considerazione soltanto lo *status* politico compiuto; questo però non è un che di statico, ma qualcosa che prende quotidianamente una nuova forma, *un plébiscite de tous les jours*.

Il processo dinamico del divenire e dell'affermarsi dello Stato come unità nella molteplicità dei suoi componenti è invece politica in un senso che ha un valore perlomeno uguale a quello dell'autoaffermarsi verso l'esterno. Politica deriva da *pólis* e non da *pólemos*, anche se l'affinità della radice linguistica resta significativa. La *civitas maxima*, sia che la si consideri concretamente realizzabile o desiderabile, è un ordinamento perlomeno teoricamente inattaccabile, che non contraddice la naturale disposizione dell'uomo. Nel nostro caso essa serve a mostrare che la distinzione politica amico-nemico non è una categoria politica necessaria in tutti i casi. L'unità della decisione sul territorio, invece, caratterizzerebbe in modo soddisfacente anche la natura dello Stato mondiale. L'opposizione amico-nemico di Schmitt non è in grado di fornire un'interpretazione dello Stato, basti pensare solo al fatto che, nello spirito del suo autore, essa deve venire intesa come irrazionale, un'opposizione puramente vitale ad un primigenio e vitale esser-così-e-non-altrimenti differente per forma.

Democrazia significa autorità del popolo. Se il *demos* deve *kratein*, allora esso deve, in tutti i casi, formare un'unità di decisione e di azione, ovvero: la democrazia deve rappresentare, come ogni altra forma di autorità, un sistema di unificazioni della volontà per il quale vale sempre la legge dei piccoli numeri. Lo specifico della forma democratica dell'autorità consiste allora nel fatto che i suoi rappresentanti sono designati da tutti i consociati e rivestono la carica in virtù dell'ufficio, non in via autonoma e sovrana. Ogni rappresentante democratico viene sempre, senza eccezioni, nominato e revocato direttamente o indirettamente dal popolo e resta, nonostante l'autonomia del suo potere decisionale rappresentativo, giuridicamente vincolato alla volontà del popolo tramite un ordinamento statuito razionalmente. Caratteristico per i rappresentanti democratici non è il vincolo di tipo sociologico o, eventualmente, etico-sociale al popolo. Questo vincolo c'è anche per i rappresentanti dell'autocrazia. Non esiste alcuna forma di autorità per la quale non valga l'espressione di Spinoza: *“obedientia facit imperantem”*. Ma solo nella democrazia questo vin-

colo è anche giuridico e fornito di sanzioni giuridiche molto efficaci. I metodi nella nomina democratica della rappresentanza possono essere molto diversi. Non solo l'elezione diretta di autorità centrali perfezionata dalla democrazia liberale, ma anche l'elezione indiretta tramite un sistema consiliare può costituire – ove non si tratti della nomina di una mera rappresentanza degli interessi vincolata a un mandato imperativo – una forma di scelta democratica dei rappresentanti. Numerose sono anche le possibilità di una nomina democratica dei rappresentanti: accanto al parlamentarismo e ad un sistema consiliare democratico, va considerata come democratica anche la forma di rappresentanza sperimentata nelle città americane che, rinunciando al Parlamento o ai consigli, nomina semplicemente uno o due rappresentanti, con amplissime funzioni decisionali, revocabili in ogni momento.

La nomina della rappresentanza è la fase più importante nella dinamica che dà forma all'unità politica. L'intera problematica dell'odierna democrazia consiste in questo: che la nomina della rappresentanza democratica deve essere compiuta in forme giuridiche dal basso verso l'alto. Resta soggetto ai mutamenti storici in che misura si estenda il 'basso', chi debba appartenere al popolo titolare dell'autorità, chi ne venga escluso in base a differenze d'età e di sesso, o in base a differenze di istruzione e di censo.

Solo se si coglie l'importanza della nomina democratica della rappresentanza si è in grado di afferrare il grande ruolo, così denigrato e malinteso, dei partiti politici nella democrazia. Perfino nel sistema consiliare essi sono indispensabili come fattori specifici di quell'intreccio di unificazioni della volontà che chiamiamo Stato democratico. Senza un tale sistema di mediazioni è impossibile pensare in termini democratici l'unità nella molteplicità di opposizioni irriducibili.

Nella problematica ora esposta è racchiuso anche il significato dell'omogeneità sociale per la democrazia. Se la democrazia dev'essere formazione consapevole dell'unità politica dal basso verso l'alto tutta la rappresentanza deve restare giuridicamente vincolata alla volontà collettiva. Il popolo in quanto molteplicità deve, in piena consapevolezza, darsi la forma di popolo in quanto unità. Un certo grado di omogeneità sociale è necessario perché sia innanzitutto possibile la formazione dell'unità politica. Fin quando si crederà nell'esistenza di questa omogeneità e si riterrà possibile giungere attraverso la discussione con l'avversario ad un accordo politico, si potrà rinunciare alla

coercizione per mezzo della violenza fisica e si potrà discutere con l'avversario. Carl Schmitt è quindi ben lontano dall'aver colto il 'centro spirituale' del parlamentarismo – prigioniero com'è del fascino irrazionale del mito della violenza – quando indica come *ratio* del Parlamento la fede nel carattere pubblico della discussione e nell'accertamento della verità grazie al libero concorso delle opinioni. Tale motivazione può esser stata un tempo gradita ad alcuni apologeti razionalisti ed ancor più lo è per gli odierni avversari del parlamentarismo. In realtà la base storico-spirituale del parlamentarismo non è la fede nella discussione pubblica in quanto tale, ma la fede nell'esistenza di un fondamento di discussione comune e, con ciò, la possibilità di un *fair play* verso l'avversario politico interno, con il quale, escludendo la nuda violenza, si pensa di poter trovare un accordo. Lì dove questa coscienza dell'omogeneità viene meno, il partito fin a quel punto orientato alla discussione diventa un partito che pretende di imporre le proprie ragioni.

Da una maggiore o minore omogeneità sociale dipende quindi la maggiore o minore possibilità della formazione di un'unità politica, la possibilità di una nomina della rappresentanza e la maggiore o minore stabilità della carica dei rappresentanti. Senza un certo grado di omogeneità sociale diventa impossibile una formazione democratica dell'unità. Quest'ultima viene meno lì dove tutte le parti politicamente rilevanti del popolo non sono più in grado di riconoscersi in alcun modo nell'unità politica, né di identificarsi nei simboli e nei rappresentanti dello Stato. Questo è il momento in cui l'unità si scinde e diventano possibili la guerra civile, la dittatura, il dominio straniero. Il difficile parto dei governi di coalizione europei, la loro breve durata, così come l'assenza di un'azione efficace sono i sintomi tangibili di un'insufficiente omogeneità sociale e quindi segni altamente preoccupanti di una crisi delle nostre democrazie.

Anche solo una percezione esatta – per non dire l'analisi e la trasformazione – di questa situazione viene oggi infinitamente complicata dall'idealismo utopistico fondato su mere astrazioni e dal naturalismo, fondato allo stesso modo: fratelli gemelli di un pensiero privo di sostanza. Il primo si costruisce come ideale politico un regno celeste in terra avverso alla vita, il secondo vuole ridurre tutta l'omogeneità sociale all'istinto di sopravvivenza, ad una comunità di sangue, ad una *libido* psicoanalitica o alcunché di simile.

Omogeneità sociale non può invece mai significare eliminazione

della struttura necessariamente antagonistica della società. La comunità pacifica e priva di conflitti, la società acefala possono aver un senso solo come promesse profetiche. In quanto fine politico, una secolarizzazione della comunità dei santi, com'è in definitiva alla base della concezione di Ernst Michel³, costituisce uno snaturamento tanto della sfera politica quanto di quella religiosa. L'omogeneità sociale è sempre una condizione psico-sociologica nella quale le opposizioni e le lotte d'interesse sempre presenti appaiono legate da un sentimento e da una coscienza del 'noi', da una volontà collettiva che si pone in atto. Quest'opera di relativa unificazione della coscienza sociale, può elaborare al proprio interno enormi contrapposizioni, digerendo immani antagonismi religiosi, politici, economici o di altro tipo. Non possiamo dire in generale cos'è che generi o distrugga questa coscienza del 'noi'. Tutti i tentativi di trovare in un'unica sfera della vita l'eterno demiurgo di questa coscienza sono falliti o destinati a fallire. È giusto, invece, affermare la possibilità di riconoscere in ogni epoca una corrispondenza tra essere sociale e coscienza, ovvero una forma di società. Anche per l'omogeneità sociale sarà ogni volta decisiva la sfera nella quale risiede prevalentemente la coscienza dell'epoca.

Nell'Europa moderna, la cui ontologia si è secolarizzata a partire dal Rinascimento, linguaggio comune, cultura comune e storia politica hanno rappresentato i fattori più importanti dell'unificazione socio-psicologica. Lo spirito del tempo contemporaneo, che si ammanti di idealismo o materialismo, conosce in realtà soltanto la sfera della realtà naturalistica. La 'sovrastruttura' spirituale svanisce in un derivato, in un'ideologia impotente, in una finzione della realtà economica, sessuale, razziale, modi del reale che sono diventati in misura crescente decisivi anche per l'omogeneità sociale. Fin quando questa dottrina dell'ideologia svela le superstizioni positivistiche e storicistiche è assolutamente benefica per la *hybris* umana.

In politica, tuttavia, leva il suo capo di Medusa la terribile domanda: come può affermarsi l'odierna democrazia posta com'è in questi immani conflitti di classe e di razza? In misura molto maggiore

³ Filosofo e sociologo tedesco di impronta personalista, Ernst Michel (1889-1964) è stato professore di sociologia a Francoforte all'inizio degli anni '30 e ha interpretato la necessità di un cristianesimo aperto ai confronti tra le confessioni e socialmente responsabile [N.d.T.].

rispetto ad ogni altra forma politica, la sua vita dipende dall'esistenza di un'unificazione sociale. Lo si comprende proprio oggi, mentre da sinistra e da destra viene ritenuta impossibile una formazione dell'unità politica per via democratica. Il neomachiavellismo di una borghesia disillusa vuole utilizzare, nello spirito di Vilfredo Pareto, tutte le ideologie, quella democratica, quella nazionale e quella socialista, soltanto come *arcana imperii*, per mantenersi in modo dittoriale al potere nel 'ciclo delle élites' eternamente uguale. Anche in Germania l'idea monarchica – perlomeno se si considera la generazione più giovane – è soltanto un paravento per il sospirato 'uomo forte' che agisce, non tratta e che impone l'omogeneità psico-sociologica e la formazione dell'unità politica chiaramente salvaguardando la posizione borghese. Il proletariato invece, di fronte alla disparità economica esistente, ha perduto la fiducia nelle forme democratiche e spera, per il presente o un prossimo futuro, in una dittatura che educhi alla libertà e all'uguaglianza. Nonostante che la situazione politica si mostri attualmente tranquilla, o per meglio dire molto debole, manca come mai prima d'ora il presupposto della democrazia politica, una condizione di omogeneità sociale.

Certo, in Europa è negli ultimi secoli che si è realizzata l'omogeneità civile. Schiavi in senso giuridico – uomini che non dispongono più di alcuna libertà giuridica e d'azione e che nell'antica democrazia erano automaticamente fuori dallo Stato – oggi non esistono più. Ogni uomo, non solo ogni cittadino, gode formalmente della medesima tutela della persona, della famiglia, della proprietà. Allo stesso modo, viene prodotta l'omogeneità politica in senso giuridico-formale garantendo formalmente ad ogni cittadino la stessa partecipazione alla costituzione dell'unità e la stessa capacità formale di ricoprire cariche.

Ma oggi è proprio questo "progresso nella coscienza della libertà", come potremmo dire con Hegel, quel che minaccia la formazione democratica dell'unità politica.

Questa coscienza della libertà è per un verso, infatti, coscienza dell'ineguaglianza sociale, e per altro verso, coscienza del potere politico. Quest'ultima è, col passare del tempo, impossibile da reprimere con la violenza, ma non è tuttavia al momento assolutamente in grado di assumere autonomamente la direzione dello sviluppo civile e la costruzione dell'unità politica. L'unificazione socio-psicologica della coscienza è d'altro canto impossibile ad ottenersi senza un mutamento

radicale della realtà economica ed un profondo rivoluzionamento della coscienza stessa. La forma politica democratica riuscirà a sopportare fino a quel giorno la lotta sociale di classe divenuta realtà? La lotta di classe sviluppatasi su basi economiche non è di per sé destinata a far saltare la democrazia. Solo nel momento in cui il proletariato perverrà alla convinzione che l'uguaglianza democratica dei diritti con un avversario sovrastante condanna al fallimento la lotta di classe in forme democratiche, solo allora egli ricorrerà alla dittatura.

Dall'intelligenza della classe dominante, ovvero dei suoi intellettuali, dipende di fatto, se quella convinzione si imporrà al proletariato. Voler tranquillizzare sé ed altri con l'etica formale della democrazia è senza senso. Certo, la democrazia politica vuole garantire ad ogni membro dello Stato, attraverso la nomina della rappresentanza, la stessa possibilità di partecipazione attiva alla formazione dell'unità politica. La disparità sociale può trasformare però il *summum jus* in *summa injuria*. L'uguaglianza formale più radicale si trasforma, senza omogeneità sociale, nell'ineguaglianza suprema e la democrazia formale in dittatura della classe dominante.

La superiorità economica e culturale dà a coloro che dominano strumenti sufficienti per trasformare la democrazia politica, influenzando direttamente e indirettamente l'opinione pubblica, nel suo esatto contrario. Con il controllo finanziario di partiti, stampa, cinema e letteratura, attraverso l'influenza sociale sulla scuola e sull'università, essi sono in grado, senza ricorso esplicito alla corruzione, di realizzare un magistrale condizionamento della macchina burocratica ed elettorale, così che, garantendo interamente la forma democratica si giunga tuttavia, nella sostanza, ad una dittatura. Tanto più pericolosa, quest'ultima, perché anonima e irresponsabile. Essa trasforma la democrazia politica in una finzione poiché ne conserva la forma nella nomina della rappresentanza falsificandone invece la sostanza.

Se il proletariato diventa cosciente di questa discrepanza e anche del fatto che non solo tutti gli ingranaggi delle fabbriche, ma anche tutti gli ingranaggi dello Stato si fermano se il suo braccio forte lo vuole, esso rispetterà la forma democratica della lotta di classe solo a due condizioni: se questa gli garantisce qualche prospettiva di successo e se è in grado di trovare un fondamento etico-spirituale la necessità storica che governa la situazione di potere esistente. Certo, questo dipende anche dalla maturità intellettuale del proletariato; ma

in misura incomparabilmente maggiore dipende dalle facoltà etico-spirituali della classe dominante e dei suoi sostenitori. L'uomo politico che non compie uno sforzo sincero per porre le sue decisioni politiche al di sopra dei pregiudizi di classe, il giudice che non è costantemente preoccupato di misurare fra loro i differenti giudizi di valore di tutte le classi per sfuggire a una giustizia di classe, costoro e tutte le altre autorità statali rappresentano agli occhi del proletario lo Stato di classe puro e semplice, che non ha dunque per esso nessuna forza vincolante, apparendogli invece come un mero strumento di oppressione contro il quale bisogna solo combattere. In questa situazione, non soltanto la realtà economica, ma anche la coscienza etica e intellettuale delle due classi si contrappongono senza mediazioni ed omogeneità. Il borghese non appare più al proletario come un suo simile e alla dittatura dello Stato classista della borghesia egli contrappone il suo ideale della dittatura di classe proletaria.

La minaccia che la disparità economica delle classi esercita sulla democrazia politica può in un primo tempo, ma certo non a lungo, venir indebolita dall'omogeneità delle convenzioni quotidiane, come ha preso forma, ad esempio, fino ad un certo punto, in Svizzera e negli Stati Uniti. L'uguaglianza delle convenzioni può far dimenticare in una certa misura l'ineguaglianza nella sfera economica. E viceversa: quanto più le relazioni quotidiane accentuano le differenze economiche anche nel modo di salutarsi e di abbigliarsi, quanto più grande è il numero delle cerchie e degli ambienti sociali che sottolineano pubblicamente la chiusura della loro casta attraverso il diritto esclusivo di ammissione a corte, fra gli ufficiali, nelle associazioni ecc., quanto più stringente si fa la suddivisione gerarchica convenzionale – già nell'educazione familiare e scolastica – per titolo, rango e nome, e quanto più rigida diventa la selezione nell'assegnare i posti nella vita associata, nel tram come in chiesa, tanto più forte sarà la consapevolezza delle differenze di classe, tanto più debole la disponibilità ad accordare all'avversario politico di classe il *fair play* di *chances* politiche uguali.

La questione dei negri d'America ci mostra infine che anche l'omogeneità antropologica è in grado di formare un presupposto della democrazia politica. Il diritto di voto concesso ai negri dopo la guerra civile è stato loro nuovamente tolto. E tutto il *pathos* assolutamente sincero che il cittadino degli Stati Uniti conferisce ai diritti universali dell'uomo non gli impedisce minimamente di escludere, con la

stessa sincerità, i negri dalla democrazia, come a Platone appariva naturale che uno schiavo stesse al di fuori della democrazia. Certo, la questione dei negri non è solo antropologica. Sarebbe tuttavia sbagliato considerarla soltanto come una questione economica. La questione operaia in Europa è e resta, invece, nell'ambito della nostra azione consapevole, innanzitutto una questione economica e non c'è cosa più significativa, nella disparità sociale che minaccia la nostra democrazia e nella posizione classista di coloro che comandano, di quel tentativo di trasformare la disparità economica in una disparità antropologica, di separare il proletariato dalle classi possidenti in quanto comunità di natura inferiore, per poter giustificare così la pretesa di dominio di queste ultime in base alla razza. Sembra davvero esser così: *quos deus vult, dementat prius*. Se il proletariato non è disomogeneo solo da un punto di vista economico rispetto alla classe dominante, se da questa non lo separano più soltanto i mutevoli rapporti di possesso e cultura, ma addirittura la razza immutabile, quale tipo di solidarietà dovrebbe indurre il proletariato a convenire con coloro che comandano sull'uguaglianza democratica dei diritti?!

Negli ambienti borghesi si è soliti considerare, da un centinaio d'anni circa, la comunità nazionale della cultura un sufficiente fattore di integrazione statale. Non posso personalmente venir sospettato di sottovalutare la comunità culturale nazionale nella forza che ha di dare forma allo Stato⁴. Tanto più energicamente posso quindi sottolineare che anche la comunità della cultura è impossibile senza un certo grado di omogeneità sociale. La speranza borghese che la partecipazione dell'odierno proletariato alla cultura nazionale si mostri sufficiente per convincere le classi nullatenenti alle forme della costruzione democratica dell'unità è, in gran parte, un'ingenua illusione, Othmar Spann ha in una certa misura ragione: “[...] solo se la partecipazione alle comunità della cultura spirituale è ampia, l'autentica differenza tra i popoli potrà a sua volta bastare, sì, nient'altro che la vera [...] appartenenza alla nazione; tutto il resto viene assorbito dalla comunanza degli interessi”⁵.

La coscienza politica che si tranquillizza con Spann, poiché egli

⁴ Heller allude qui al suo saggio, *Sozialismus und Nation*, in Id., *Gesammelte Schriften*, op. cit., vol. 1, pp. 437-525.

⁵ O. Spann, *Gesellschaftslehre*, Leipzig 1923², p 483.

mette in risalto l'irrimediabile incapacità culturale delle 'masse', scambia massa con classe, preferendo considerare la propria classe superiore alle altre per la sua essenza spirituale. Questo tipo di legittimazione dello Stato classista da un punto di vista politico ha, fondamentalmente, lo stesso effetto di quella teoria della differenza raziale delle classi. Anch'essa deve, in definitiva, sciogliere gli ultimi legami e incitare alla dittatura proletaria. Nel dir questo vogliamo prescindere del tutto dal dato di fatto che nell'Europa del dopoguerra il pensiero dello Stato nazionale sovrano ha perduto molta della sua forza persuasiva presso tutte le classi. Questa questione, di una maggiore idoneità dell'odierno Stato nazionale per la sussistenza della nazione rispetto ad una confederazione europea degli Stati, è divenuta altamente problematica per la stessa classe dominante. Molto presto, anche per questo motivo, l'idea nazionale si mostrerà inadeguata a legittimare la formazione democratica dell'unità.

Infine va fatto ancora un cenno al problema decisivo: che la mancanza di omogeneità economica, culturale e delle convenzioni oggi non può venir superata neppure tramite una coscienza 'del noi' in forme religiose che ricomprendano l'avversario di classe in una medesima unione filiale in Dio. E tuttavia questa omogeneità religiosa, sottratta alla nostra volontà deliberata, è del più grande significato per la democrazia politica. Ampie cerchie della borghesia guardano con favore ad un utilizzo della religione come mezzo per giungere alla formazione dell'unità politica. Esiste, e non soltanto in Francia, un cattolicesimo ateo il quale desidera conservare per sé la propria scienza del potere senza fede, lasciando invece la religione al popolo. Conosciamo peraltro in Germania quel tipo di intellettuale che sconta il suo socialismo della cattedra prerivoluzionario lodando oggi il buon Dio come strumento della pace sociale. Prescindendo dal fatto che l'uso della religione come strumento politico è – dal punto di vista religioso – blasfemo, il suo invito non esprime altro che una grandiosa stupidità politica: si scopre l'intenzione ottenendo così l'effetto contrario.

Ne *I Demoni* di Dostoevskij Schatoff fa un'affermazione di grande rilievo: "Chi non ha popolo, non ha neanche Dio". Forse, in modo razionalistico, è possibile costruire dal 'mito della nazione' un 'mito' religioso, ma in tal modo non si farà nascere nella realtà né un popolo né un dio.

CARL SCHMITT

Il concetto di costituzione^{*}

1. *Il potere costituente*

I. Potere costituente è una volontà politica il cui potere o autorità¹

^{*} Da C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984.

¹ Per l'ulteriore esposizione di questa dottrina della costituzione la distinzione tra potere e autorità non ha bisogno di essere sviluppata, tuttavia a causa della sua grande importanza nella dottrina generale dello Stato è qui brevemente accennata: al potere (necessariamente sempre solo effettivo) corrispondono concetti come sovranità e maestà; l'autorità indica invece un aspetto che si basa essenzialmente sul momento della continuità e contiene un riferimento alla tradizione e alla durata. L'uno e l'altra, il potere e l'autorità, in ogni Stato sono efficaci e vitali l'uno accanto all'altra. Anche in questo caso il confronto classico si trova nel diritto pubblico romano: il senato aveva *l'auctoritas*; dal popolo invece si fanno discendere la *potestas* e *l'imperium*. Secondo MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, p. 1033, l'*auctoritas* è una «parola che si sottrae ad ogni rigida definizione»; secondo Victor EHRENBURG, *Monumentum Antiochenum*, in *Klio*, Bd. XIX, 1924, pp. 202-203 la parola indica qualcosa di «etico-sociale», una «posizione curiosamente mista di potere politico e prestigio sociale», che si basa «sulla famiglia e sulla validità sociale»; cfr. inoltre PREMERSTEIN, nella rivista *Hermes*, Bd. 59, 1924, p. 164; R. HEINZE, *ivi*, 60, 1925, p. 345; e Richard SCHMIDT, *Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung*, Leipzig, 1926, p. 38. Nonostante la sua successiva mancanza di potere il senato conservava la sua autorità e infine nell'epoca imperiale diventava l'unica istanza che potesse ancora conferire una qualche «legittimità», dopo che il potere del popolo romano si era inabissato nell'impero. Il papa romano pure in un senso speciale pretese per sé di fronte all'imperatore l'*auctoritas* (non la *potestas*), mentre l'imperatore aveva la *potestas*. Il tenore della lettera di San Gelasio I all'imperatore Anastasio dell'anno 494 è qui particolarmente pregnante e particolarmente espressivo come documento molto citato che domina la grande polemica dei secoli X e XI: «*Duo sunt quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas*» (MIGNE, *Patr. Lat.* 59, p. 42 A; Carl MIRBT, *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, III ed., p. 67, 122, 123).

La distinzione è forse di un qualche interesse anche per il chiarimento di que-

è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica. Dalle decisioni di questa volontà si fa discendere la validità di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale. Le decisioni in quanto tali sono qualitativamente diverse dalle normative legislative costituzionali regolate sul loro presupposto.

1. Una costituzione non si basa su una norma, la cui giustizia sarebbe il motivo della sua validità. Essa si basa su una decisione politica, derivante dal suo essere politico, sulla specie e la forma del suo proprio essere. La parola «volontà» indica – in contrapposizione a ogni dipendenza da una giustezza normativa o astratta – l'esistenziale oggettivo di questo fondamento di validità.

Il potere costituente è volontà politica, cioè essere politico concreto. La questione generale di filosofia del diritto se una legge secondo la sua essenza sia comando, cioè volontà o norma, cioè *ratio* e giustezza ha un'importanza decisiva per il concetto di legge nel senso dello Stato di diritto [...]. Il fatto che la costituzione debba essere concepita come un atto di volontà non significa ancora una soluzione di questo problema generale. Altrettanto poco importa qui la vecchia ed eterna disputa metafisica, che nelle forme più disparate si ripete nei diversi campi del pensiero umano: se qualcosa è buono e giusto perché Dio lo vuole, oppure se Dio lo vuole perché è buono e giusto (su ciò alcuni esempi in GIERKE, *Althusius*, p. 14 nt.). Indipendentemente dalla questione se la legge in generale è nella sua essenza comando o *ratio*, si può dire che la costituzione deve essere necessariamente una decisione e qualsiasi atto del potere costituente, come dice BOUTMY (p. 241), un «*acte impératif*».

stioni attuali. Si potrebbe porre il problema se la Società ginevrina delle Nazioni abbia una *potestas* o un'*auctoritas*, diverse dalla *potestas* o *auctoritas* degli Stati che la dirigono. Finora la Società delle Nazioni non ha potuto avere né un'autonoma *potestas* né una propria *auctoritas*. Per contro, si può oggi dire che la Corte permanente di Giustizia dell'Aia ha autorità. Essa non ha naturalmente nessuna *potestas*. Tuttavia l'autorità di una corte di giustizia è – per il vincolo del giudice al diritto vigente – ancora un caso particolare di autorità e non propriamente politica, poiché un tribunale a causa del suo vincolo normativo non ha una sua propria esistenza politica, ed il suo *pouvoir* – secondo l'espressione di Montesquieu – è «*en quelque façon nul*». Fino a che punto i due concetti di potere e autorità corrispondano ai principi di forma politica, di identità e rappresentanza *infra* formulati, dovrebbe essere sviluppato in una dottrina generale dello Stato.

2. Una legge costituzionale è nel suo contenuto la normazione esecutiva della volontà costituente. Essa si trova interamente sotto il presupposto ed il fondamento della decisione politica fondamentale contenuta in questa volontà. Se si aggiungono altre norme nella costituzione, ciò ha soltanto un significato tecnico-giuridico: difesa dalla modifica per mezzo di una modificabilità aggravata [...].

3. Quanto poco un'ordinanza organizzativa esaurisce il potere organizzativo di chi detiene la sovranità e la potestà organizzativa, altrettanto poco l'emanazione di una costituzione può esaurire, assorbire o consumare il potere costituente. Il potere costituente non è finito ed eliminato per il fatto che venne esercitato una volta. La decisione politica, che la costituzione implica, non può ripercuotersi contro il suo soggetto e sopprimere la sua esistenza politica. Accanto e al di sopra della costituzione continua ad esistere questa volontà. Ogni vero conflitto costituzionale, che tocca persino i presupposti della decisione politica fondamentale, può perciò essere deciso solo dalla volontà dello stesso potere costituente. Inoltre ogni lacuna nella costituzione – a differenza delle divergenze di opinione e delle oscure legislative costituzionali in particolare – è colmata solo da un atto del potere costituente; ogni caso non previsto, la cui decisione riguarda la decisione politica fondamentale, è deciso da esso.

4. Il potere costituente è unitario ed indivisibile. Esso non è un ulteriore potere coordinato accanto ad altri «poteri» distinti (legislativo, esecutivo e magistratura) [...]. Esso è il fondamento comprensivo di tutti gli altri «poteri» e «divisioni di poteri».

Con la confusione fra costituzione e legge costituzionale è subentrata una confusione fra potere costituente e competenza per le revisioni legislative costituzionali, che spesso conduce a porre questa competenza come un «*pouvoir constituant*» accanto ad altri «*pouvoirs*».

II. Il soggetto del potere costituente

1. Secondo la concezione medievale solo Dio ha una *potestas constituenta*, per quanto di questa si possa parlare. La frase: «ogni potere (o autorità) viene da Dio» (*Non est enim potestas nisi a Deo*, Rom. 13, 1) significa il potere costituente di Dio. Anche la letteratura politica dell'epoca della Riforma si attiene a ciò, soprattutto la teoria dei monarcomachi calvinisti.

ALTHUSIUS, *Politica*, cap. XVIII, 92; XIX, 19 ss. In Althusius il popolo ha già una *potestas constituta*. La secolarizzazione del concetto di potere costituente appare solo più tardi. In nessun caso si può qui far incontrare, come fa Gierke nella sua famosa opera su Althusius, i concetti di un calvinista credente come Althusius con quelli di un deista romantico come Rousseau.

2. Durante la rivoluzione francese SIEYÈS ha sviluppato la teoria del popolo (più esattamente della nazione) come soggetto del potere costituente. Nel XVIII secolo il principe assoluto non è ancora definito come soggetto del potere costituente, ma solo perché l'idea di una libera decisione totale, presa dagli uomini, sulla forma e la specie della propria esistenza politica assai lentamente poteva svilupparsi in azione politica. Le conseguenze delle concezioni teologiche cristiane del potere costituente di Dio nel XVIII secolo, nonostante l'illuminismo, erano ancora troppo forti e vitali. La dichiarazione americana di indipendenza e la rivoluzione francese del 1789 significano l'inizio di una nuova epoca, nella quale non importa fino a che punto gli autori di questi grandi precedenti fossero consapevoli della portata del loro agire. Nelle dichiarazioni americane di indipendenza del 1776 il nuovo principio non si può riconoscere ancora con piena chiarezza, giacché allora si originò una nuova formazione politica e l'atto creativo della costituzione si verificò insieme con la fondazione politica di una serie di nuovi Stati. Diversamente nella rivoluzione francese del 1789. Qui non sorse nessuna nuova formazione politica, nessun nuovo Stato. Lo Stato francese c'era già prima e continuava ad esistere. Qui si trattava solo del fatto che gli uomini stabilivano essi stessi in forza di una decisione consapevole la specie e la forma della loro propria esistenza politica. Quando il problema del potere costituente venne posto e risolto consapevolmente, diventò molto più chiara la fondamentale novità di un simile evento. Con piena consapevolezza un popolo prese nelle sue mani il suo destino ed assunse una libera decisione sulla specie e la forma della sua esistenza politica.

Ciò apparve subito, appena gli Stati Generali convocati dal re il 17 giugno 1789 si costituirono come Assemblea nazionale costituente. Vi si costituirono, senza essere legittimati da una delega formale, come deputati del popolo che esercita il suo potere costituente e fecero discendere le loro funzioni da questo potere costituente. Sieyès ha formulato la teoria del «*pouvoir constituant*» della nazione. Egli ha giustamente indicato come atto della rivoluzione l'aver subito posto ai

suoi inizi la distinzione fra potere costituente e costituito. Nonostante la grande influenza che ha esercitato il modello americano, solo l'anno 1789 significa l'inizio di questo nuovo principio politico.

Alle costituzioni americane del XVIII sec. manca una vera e propria teoria della costituzione. La più importante fonte storica per i fondamenti teorici di queste costituzioni, il *Federalista*, offre quasi soltanto informazioni sui problemi organizzativi pratici. Il popolo si dà anzi una costituzione, senza che il «*Covenant*» generale, che fonda i comuni e la società, venga distinto da un qualsiasi altro atto costitutivo di una nuova unità politica e dall'atto della libera decisione politica sulla propria forma di esistenza [...].

Secondo questa nuova teoria è la nazione il soggetto del potere costituente. Nazione e popolo sono spesso trattati come concetti aventi eguale significato, tuttavia la parola «nazione» è più pregnante e meno equivoca. Essa indica cioè il popolo come unità capace di agire politicamente con la consapevolezza della sua peculiarità politica e con la volontà di un'esistenza politica, mentre il popolo che non esiste come nazione è soltanto una qualunque unione di uomini affine etnicamente o culturalmente, ma che non necessariamente esiste politicamente. La teoria del potere costituente del popolo presuppone la consapevole volontà di avere un'esistenza politica, ossia una nazione. Ciò fu storicamente possibile solo dopo che la Francia diventò con la monarchia assoluta una unità statale, la cui esistenza nonostante ogni cambiamento della costituzione veniva sempre presupposta come qualcosa di ovvio. Il popolo francese trovò subito nella sua esistenza politica la sua forma come nazione. La decisione consapevole di una specie e forma determinata di questa esistenza, l'atto con il quale «il popolo si dà una costituzione», presuppone quindi lo Stato, la cui specie e forma è determinata. Ma per l'atto stesso, per l'esercizio di questa volontà, non può esserci nessuna norma processuale, altrettanto poco riguardo al contenuto della decisione politica. «È sufficiente che la nazione voglia». Questa frase di Sieyès tocca nel modo più chiaro l'essenza di questo evento. Il potere costituente non è legato alle procedure ed alle forme giuridiche; esso è «sempre nello stato di natura», se si presenta in questa caratteristica inalienabile.

Sul potere costituente si basano tutte le funzioni e le competenze costituite in modo conforme alla costituzione. Ma esso stesso non può mai strutturarsi con legge costituzionale. Il popolo, la nazione, resta la causa prima di ogni accadimento politico, la fonte di ogni forza che

si manifesta in forme sempre nuove, che da sé trae forme ed organizzazioni sempre nuove, ma che non subordina mai la sua esistenza politica ad una disciplina definitiva.

In talune dichiarazioni di Sieyès il «*pouvoir constituant*» nel suo rapporto con tutti i «*pouvoirs constitués*» appare in un’analoga metafisica con la «*natura naturans*» ed il suo rapporto con la «*natura naturata*» secondo la dottrina di Spinoza: un’inesauribile causa prima di tutte le forme, essa stessa non racchiudibile in nessuna forma, che trae da sé forme eternamente nuove, che crea in modo informale tutte le forme (cfr. la *Diktatur*, p. 142). È però necessario distinguere da quella metafisica panteistica la teoria positiva del potere costituente, che fa parte di ogni dottrina della costituzione; le due cose non sono affatto identiche fra loro. La metafisica della *potestas constituenta* come caso analogo alla *natura naturans* fa parte della teoria della teologia politica.

Persino il tentativo di porre in un modo vincolante un rappresentante o interprete decisivo della volontà popolare, contrasta con questa teoria. L’Assemblea nazionale francese del 1789 non era, formalmente considerata, un’assemblea costituente. Essa fu convocata dal re e risultò dalle elezioni di una assemblea dei tre stati, nobiltà, clero e terzo stato, con determinate istruzioni degli elettori. Ma questo non è un motivo contro il suo diritto democratico di costituirsi come assemblea costituente. Essa poteva quindi – contro il re – appellarsi alla volontà della nazione francese.

Sieyès ha collegato la teoria antidemocratica della rappresentanza della volontà popolare per mezzo dell’Assemblea nazionale costituente con la teoria democratica del potere costituente del popolo (che si rivolgeva contro la monarchia assoluta esistente). La costituzione veniva formulata solo dall’Assemblea nazionale (cioè né dal popolo né dal re). Sarebbe stato democraticamente conseguente lasciar decidere il popolo stesso, giacché la volontà costituente del popolo non può essere rappresentata senza che la democrazia non si trasformi in una aristocrazia [...]. Veramente nel 1789 importava non la democrazia, ma una costituzione liberale dello Stato borghese di diritto. La costituzione del 1791 era tipica di una monarchia costituzionale: la «nazione» aveva due rappresentanti, il re ed il corpo legislativo (rappresentanza popolare). La questione di chi rappresentasse la nazione nell’emanazione della costituzione – l’Assemblea nazionale o il re – era una questione evidente di potere e mostrava già l’interposizione peculiare e caratteristica della borghesia liberale: di fronte al re (cioè alla monarchia) l’appello alla «volontà della na-

zione», di fronte al popolo (cioè alla democrazia) l'appello alla «rappresentanza». Naturalmente anche il re avrebbe potuto essere il rappresentante della nazione; ma gli si contestava ciò per l'esercizio del potere costituente del popolo. Sono falliti i tentativi di procurare al re in quanto rappresentante o interprete della volontà popolare nell'assemblea costituente un influsso sulla forma della costituzione (REDSLOB, p. 71).

3. Durante la restaurazione monarchica (1815-1830) il re diventa soggetto del potere costituente. In forza del «principio monarchico» rimane presso di lui la pienezza del potere statale, anche se per quanto riguarda l'esercizio di determinati diritti si lega in misura limitata alla collaborazione dei ceti. Nell'assemblea nazionale costituente del 1789 la teoria del potere costituente del re è stata sostenuta occasionalmente e senza conseguenze (REDSLOB, p. 69). Durante l'epoca della restaurazione diveniva però teoricamente necessario contrapporre al potere costituente del popolo – che era posto come la chiara tesi della rivoluzione francese – un potere costituente del re.

Rinvii: *Diktatur*, p. 195 nota; PERNY, *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*, Tesi parigina, 1901, p. 13. Quando E. ZWEIG p. 3 dice che circa «la potestà organizzatoria del monarca la politica scientifica non ha trasmesso nessuna espressione tecnica di siffatta forma (come il potere costituente del popolo)» ciò è inesatto.

Teoricamente la posizione della monarchia era veramente assai difficile. In fondo la trasposizione immutata della teoria democratica del potere costituente del popolo alla monarchia e per giunta alla monarchia ereditaria era una semplice difensiva ed era possibile solo come un'antitesi esterna. In effetti la nazione può mutare le sue forme e darsi sempre nuove forme di esistenza politica; essa ha la piena libertà di autodeterminazione politica, essa può essere «ciò che si forma in modo informale». La monarchia ereditaria è invece un'istituzione in sé già formata e legata alla successione ereditaria di una famiglia. Una dinastia non può essere considerata, come il popolo o la nazione, la causa prima di ogni esistenza politica.

4. Anche l'organizzazione di una «minoranza» può essere soggetto del potere costituente. In tal caso lo Stato ha la forma di una aristocrazia o oligarchia. Veramente l'espressione «minoranza» è equivoca, poiché proviene dalle raffigurazioni numeriche e statistiche dei metodi democratici odierni e presuppone una minoranza partitica.

Una minoranza elettorale naturalmente non può essere soggetto del potere costituente, altrettanto poco quanto un partito nel senso odierno di un'associazione di uomini che si basa sulla «libera propaganda». Ma, tuttavia, senza appellarsi alla volontà della maggioranza dei cittadini, un'organizzazione stabile può in quanto tale prendere le decisioni politiche fondamentali sulla specie e la forma dell'esistenza politica, cioè dare una costituzione. Questa può essere – come nelle aristocrazie antiche o medievali – una cerchia di determinate famiglie, o un ordine, o un altro gruppo in sé formato. Il XIX sec. non conosce casi simili di potere costituente. Nel XX sec. il potere dei «Soviet» in Russia nel suo collegamento con l'organizzazione comunista, come pure il potere del «Fascio» in Italia, contengono elementi di una nuova sorta di forme aristocratiche. Ma la costruzione teorica e pratica non è ancora affatto chiara e non rinuncia definitivamente ad appellarsi alla volontà del popolo, per la cui espressione vera e non falsata devono essere ancora creati i presupposti. Il loro regime è quindi dittatura anche nel senso che esso è solo una transizione e manca ancora la decisione definitiva sulla specie e la forma dell'esistenza politica. In modo definitivo è deciso solo il rifiuto del metodo liberale della decisione maggioritaria nel suffragio universale eguale e segreto di tutti i singoli cittadini come pure dei principi dello Stato borghese di diritto (diritti fondamentali e distinzione dei poteri [...]). In ciò è presente nondimeno un atto di fondazione della costituzione.

III. Attività del potere costituente.

1. Non può esserci un procedimento regolamentato, attraverso cui venga vincolata l'attività del potere costituente.
2. L'attività del potere costituente del monarca si regola da sé semplicemente perché la monarchia assoluta è una istituzione stabile. Qui esiste già un'organizzazione costituita. Questa ha praticamente e teoricamente un vantaggio che consiste nell'esser data una entità fissa, le cui manifestazioni di volontà sono chiare. Ma la debolezza pratica e teorica è forse ancora più grande. Infatti l'organizzazione e l'istituzione della monarchia si basa sul principio dinastico, cioè sulla successione ereditaria in una famiglia, quindi propriamente non su concetti specificatamente politici, ma su concetti tipici del diritto di famiglia.

Il re esplica il suo potere costituente per il fatto che nella pienezza del suo potere emana una costituzione e la concede con atto unilaterale. Egli può mettersi d'accordo con i rappresentanti dei ceti o del popolo e vincolarsi alla loro collaborazione o adesione. Ciò non deve ancora comportare [...] una rinuncia al potere costituente ed un riconoscimento del potere costituente del popolo.

3. Il popolo esercita il suo potere costituente con una qualsiasi espressione riconoscibile della sua diretta volontà generale, che sia rivolta ad una decisione sulla specie e la forma dell'esistenza dell'unità politica. Dalla natura del soggetto di questo potere costituente discendono probemi e difficoltà particolari.

a) Il popolo in quanto titolare del potere costituente non è un'istanza stabile ed organizzata. Perderebbe la sua natura di popolo se si organizzasse per un funzionamento quotidiano e normale e per un ordinario disbrigo di mansioni d'ufficio. Il popolo nella sua essenza non è una magistratura ed anche in una democrazia non è mai l'autorità competente. D'altro canto, il popolo in democrazia deve essere capace di azioni e decisioni politiche. Anche se solo in pochi momenti decisivi esso ha e manifesta in modo riconoscibile una volontà che decide, è pur sempre capace e pronto ad una simile volontà e può dire sì o no alle questioni fondamentali della sua esistenza politica. La forza così come la debolezza del popolo consiste nel fatto che esso non è una istanza già formata, fornita di competenze definite e disbrigante mansioni d'ufficio secondo un procedimento regolamentato. Finché un popolo ha la volontà di esistere politicamente in quanto entità non organizzata esso non può neppure esser sciolto. Finché esiste e vuol continuare ad esistere, la sua energia e forza vitale è inesauribile e sempre capace di trovare nuove forme di esistenza politica. La debolezza consiste nel fatto che il popolo deve decidere sulle questioni fondamentali della sua forma politica e della sua organizzazione senza essere esso stesso strutturato o organizzato. Perciò le sue manifestazioni di volontà si possono facilmente disconoscere, fraintendere o falsare. È proprio dell'immediatezza di questa volontà popolare che possa essere manifestata indipendentemente da ogni procedura prescritta e da ogni prescritto procedimento. Oggi nella prassi politica della maggior parte dei Paesi la volontà dei popolo è accertata secondo un procedimento di votazione segreta o di elezione segreta (cfr. *infra*, 4). Ma sarebbe un errore – e precisamente un errore non democratico – ritenere senz'altro questi metodi del XIX sec.

una norma assoluta e definitiva della democrazia. La volontà del popolo di darsi una costituzione può essere dimostrata solo dal fatto e non dall'osservanza di un procedimento normativamente disciplinato. Ovviamente essa non può nemmeno essere giudicata a partire dalle leggi costituzionali prima o fino allora vigenti.

b) La forma naturale della manifestazione diretta di volontà di un popolo è il grido della moltitudine riunita che approva o respinge, l'*acclamazione*. Nei grandi Stati moderni l'acclamazione, che è una naturale e necessaria manifestazione vitale di ogni popolo, ha mutato la sua forma. Qui si manifesta come «opinione pubblica» [...]. Ma sempre il popolo può dire in generale solo sì o no, approvare o respingere, ed il suo sì o no diventa tanto più semplice ed elementare quanto più si tratta di una decisione fondamentale sulla propria esistenza complessiva. In tempi di pacifico ordinamento queste manifestazioni sono rare e non necessarie. Che in simili casi non si manifesti visibilmente nessuna particolare volontà, significa appunto una approvazione permanente della costituzione esistente. In periodi critici il no, che si rivolge contro una costituzione esistente, diventerà chiaro e deciso solo in quanto negazione, mentre la volontà positiva non è altrettanto certa. Pure si trova spesso in questo no senz'altro e di per sé l'approvazione di un'altra ed opposta forma di esistenza che per l'appunto si offre alla vista. Nel novembre 1918 il popolo tedesco ha negato il principio monarchico fino allora esistente. Ciò significava di per sé la repubblica. Ma con ciò non erano ancora definite le ulteriori possibilità di strutturazione di questa repubblica – democrazia (costituzionale) dello Stato borghese di diritto o repubblica socialista dei Soviet –. Il no di fronte ad una repubblica da Stato borghese di diritto potrebbe significare a seconda della situazione di fatto di nuovo qualcosa di diverso: ritorno alla monarchia, dittatura, sistema dei Soviet o una qualsiasi altra forma politica. La volontà costituente del popolo si manifesta solo in un sì o no fondamentale ed assume in tal modo la decisione politica, che fissa il contenuto della costituzione.

c) La volontà costituente del popolo è una volontà diretta. Essa sta prima e al di sopra di ogni procedimento legislativo costituzionale. Nessuna legge costituzionale, anzi nessuna costituzione, può conferire un potere costituente e prescrivere la forma della sua attività. L'ulteriore realizzazione e formulazione della decisione politica presa dal popolo nella sua immediatezza abbisogna di una qualche organizzazione e un procedimento, per il quale la prassi della democrazia

moderna ha sviluppato determinate formalità e consuetudini da trattare adesso.

4. Nella democrazia moderna si è formata come procedimento «democratico» riconosciuto la prassi di una cosiddetta Assemblea nazionale costituente democratica, cioè eletta secondo i principi del suffragio universale ed eguale. Ciò viene osservato soprattutto quando una costituzione è stata abolita e deve esserne data una nuova. Tuttavia la convocazione di un'«Assemblea nazionale costituente» non è affatto il solo procedimento democratico pensabile. Nelle democrazie moderne sono apparse ormai altre forme di attuazione e formulazione della volontà costituente del popolo.

a) L'assemblea nazionale che decide ed approva (normative legislative costituzionali): un'assemblea eletta secondo principi democratici ed espressamente incaricata della formulazione e normativizzazione di disposizioni legislativo-costituzionali decide il testo delle leggi costituzionali e le approva. Una normazione legislativo-costituzionale così formata entra quindi in vigore sulla base di una votazione ordinaria di maggioranza dell'assemblea, senza che sul progetto approvato abbia luogo una votazione popolare (referendum), e quindi senza l'approvazione dei cittadini aventi diritto di voto.

Esempio: la costituzione di Weimar dell'11 agosto 1919 (art. 181). «Il popolo tedesco, per mezzo della sua assemblea nazionale, ha deliberato e sanzionato questa costituzione. Essa entra in vigore nel giorno della sua pubblicazione». Qui si dovrebbe osservare che l'Assemblea nazionale ha deciso solo la formulazione legislativa costituzionale e che il popolo tedesco naturalmente in quanto titolare del potere costituente non può compiere un atto formale come quello dell'approvazione di una legge. Questo articolo della costituzione di Weimar dice quindi solo che la normazione legislativo-costituzionale deve entrare in vigore sulla base della risoluzione di maggioranza dell'Assemblea nazionale senza un ulteriore atto particolare di approvazione formalmente accertata del popolo tedesco, l'approvazione se mai era già contenuta nell'elezione dell'Assemblea nazionale.

Anche la costituzione francese del 1791 è entrata in vigore con una risoluzione di maggioranza dell'Assemblea nazionale costituente, senza che avesse avuto luogo un plebiscito. Sulle altre peculiarità della nascita di questa prima costituzione moderna dell'Europa cfr. *infra in e.*

b) L'Assemblea (Convenzione) che progetta (discipline legislativo-costituzionali) con votazione popolare successiva (referendum) o

con analogia, diretta o indiretta, ma espressa approvazione del progetto da parte dei cittadini aventi diritto di voto.

La parola Convenzione (*Convention*) è l'espressione tecnica per un corpo eletto ed espressamente incaricato del progetto della normazione legislativa costituzionale. L'espressione deriva dalla rivoluzione inglese; le «Convenzioni» del 1660 e del 1689 erano governi provvisori per la creazione di una nuova situazione costituzionale (E. ZWEIG, p. 49). Con la prassi degli Stati americani ed il famoso esempio della Convenzione nazionale francese del 1792 la parola ha ricevuto il significato di assemblea, che appronta il progetto della normazione legislativo-costituzionale.

La Convenzione nazionale francese con il decreto del 21 settembre 1792 aveva stabilito come principio fondamentale che ogni legislazione costituzionale dovesse essere approvata espressamente dal popolo («*qu'il peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple*»). La costituzione di questa Convenzione del 24 giugno 1793 fu perciò presentata per l'accettazione al popolo, cioè alle assemblee degli elettori primari. Fu accettata quasi all'unanimità (DUGUIT-MONNIER, p. XXXXI). Pure, ciononostante essa non è entrata in vigore, poiché la Convenzione nazionale sospese le condizioni costituzionali e attuò la dittatura dei giacobini (*le gouvernement révolutionnaire*), durante la quale si governò con provvedimenti, non con atti formali di legislazione, ecc. La stessa Convenzione nazionale decise più tardi un'altra costituzione, quella dell'anno III del 22 agosto 1795 (cd. costituzione del Direttorio). Essa fu egualmente sottoposta all'approvazione degli elettori ed egualmente fu accettata con grande maggioranza (DUGUIT-MONNIER, p. LXII).

e) Peculiarità in caso di Convenzione per una costituzione federale. Qui la costituzione può essere sottoposta all'approvazione del popolo dei singoli Stati membri.

La costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787 fu progettata da una convenzione costituzionale, poi fu sottoposta agli Stati riuniti nel Congresso, da questo Congresso fu raccomandata per l'accettazione al popolo dei singoli Stati ed infine accettata da speciali convenzioni di ratifica, cioè Assemblee espressamente elette per questo scopo. Sulle grandi difficoltà di questo procedimento e le maggioranze assai spesso piccole e casuali cfr. l'illustrazione di James BECK, *Die Verfassung der Vereinigten Staaten*, cap. XV, ed. tedesca di A. FRIEDMANN, 1926, p. 207 ss.

La costituzione di Weimar non fu ratificata in modo speciale dagli elettori dei singoli Länder, neppure dalle loro assemblee nazionali. Nondimeno, nelle discussioni della costituzione di Weimar l'invitato bavarese v. Preger ed

il deputato Beyerle ritenevano necessaria la ratifica della costituzione del Reich da parte delle assemblee nazionali dei singoli Stati (*Atti*, p. 24-26). Contrario, assai decisamente, H. Preuss, che, come giustamente osserva PÖTZSCH, *Komm.*, p. 11, aveva dalla sua parte la conseguenza democratica; cfr. *supra*, § 7, p. 95 [...].

d) Votazione generale del popolo (plebiscito) su una qualsiasi proposta che venga fatta o su un qualsiasi ordine nuovo e regolamento che sia prodotto.

La prassi dei plebisciti napoleonici consisteva in ciò: costituzione consolare dell'anno VIII, 1799 (tre consoli, tra cui Napoleone Bonaparte), nell'art. 95 era previsto il plebiscito, eppure già prima dell'accettazione la costituzione veniva considerata come una legge costituzionale vigente; senato-consulto dell'anno X (1802): Napoleone primo console a vita; senato-consulto dell'anno XII (1804): Napoleone imperatore dei francesi, l'impero ereditario nella famiglia Bonaparte; 1815 (durante i cento giorni) plebiscito sull'«*Acte additionnel*»; plebiscito del 14 dicembre 1851: il presidente della repubblica, Luigi Napoleone, con ampi pieni poteri per la legislazione costituzionale è incaricato del governo; 21-22 novembre 1852: Napoleone III imperatore dei francesi.

In tutti questi prebisciti si manifestavano maggioranze schiaccianti che approvavano con un «sì». La pressione elettorale del governo napoleonico era assai forte e priva di riguardi; essa ha nuociuto al credito dei plebisciti e li ha resi sospetti al sentimento democratico. Dal punto di vista teorico questa metoda corrisponde pienamente al principio democratico ed all'idea del potere costituente del popolo. Che il popolo francese in queste votazioni dica «sì» ad ogni nuovo ordinamento, si spiega del resto non solo per le pressioni elettorali, ma perché il popolo francese non aveva allora nessun'altra volontà che quella dell'ordine e della quiete borghese. La maggioranza dei cittadini è in genere incline a demandare ad altri la decisione politica ed a rispondere alle questioni poste sembra in modo che la risposta contenga un minimo di decisione. Essa perciò acconsentirà facilmente ad un fatto compiuto. In questi plebisciti napoleonici un «no» avrebbe significato insicurezza e disordine, mentre il «sì» conteneva solo l'approvazione successiva ad un fatto compiuto, cioè il minimo di decisione propria [...].

e) Eccezioni e casi particolari in questa prassi democratica.

La costituzione francese del 1791, come già detto (p. 207), è stata decisa da un'assemblea nazionale, che non fu eletta secondo i principi democratici del suffragio universale, ma si formò per il fatto che fra i rappresentanti man-

dati dai tre stati (nobiltà, clero e borghesia) i rappresentanti del Terzo Stato si costituirono il 17 giugno 1789 come Assemblea nazionale costituente. Sarebbe un formalismo del tutto fuorviante in questi problemi della dottrina democratica della costituzione negare a questa prima Assemblea nazionale il carattere di mandatario del potere costituente del popolo. La volontà della nazione francese si è qui senza dubbio fatta valere; di fronte a ciò la procedura di una particolare elezione o votazione ha un'importanza solo relativa.

La costituzione della Cecoslovacchia del 29 febbraio 1920 non è stata decisa da un'Assemblea nazionale eletta secondo i principi del suffragio universale, ma da un'assemblea, che consisteva solo di delegati dei partiti cechi e slovacchi. Dei 13,6 milioni di abitanti di questo Stato quasi 5 milioni, cioè tutti i non slavi, specialmente le parti di popolo tedesche, non erano rappresentate. Una ratifica tramite votazione popolare non ha avuto luogo. (Su questa costituzione «concessa» Franz ADLER, *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassung, Quellen und Studien*, edita dall'Osteuropa-Institut in Breslau, Sezione «Diritto», Nuova Serie, Bd. III, 1927, p. 10-11; F. WEYR, *Jör* XI, 1922, p. 352).

2. Legittimità di una costituzione

I. *Tipi di legittimità di una costituzione.* Una costituzione è legittima, cioè riconosciuta non solo come situazione di fatto, ma anche come ordinamento giuridico, quando è riconosciuta la forza e l'autorità del potere costituente, sulla cui decisione essa si basa. La decisione politica presa sulla specie e la forma dell'esistenza statale, che rappresenta la sostanza della costituzione, vale perché esiste l'unità politica della cui costituzione si tratta ed il soggetto del potere costituente può stabilire la specie e la forma di questa esistenza. Essa non ha bisogno di nessuna giustificazione in una norma etica o giuridica, ma ha il suo senso nell'esistenza politica. Una norma non sarebbe qui in grado di fondare alcunché. La forma particolare dell'esistenza politica non può e non deve legittimarsi.

In corrispondenza con i due soggetti storicamente rilevanti del potere costituente, principe e popolo, si possono distinguere storicamente due specie di legittimità, la dinastica e la democratica. Laddove prevale il punto di vista dell'autorità, sarà riconosciuto il potere costituente del re; laddove regna il punto di vista democratico della *maiestas populi*, la validità della costituzione si baserà sulla volontà del popolo. Solo per motivi storici e sotto il punto di vista della distin-

zione della legittimità dinastica e democratica si può perciò parlare della legittimità di una costituzione. In realtà qui si tratta del problema della forma di esistenza di una unità politica.

II. La legittimità di una costituzione non significa che essa sia stata formata secondo le leggi costituzionali prima vigenti. Una raffigurazione simile sarebbe del tutto insensata. Una costituzione non sorge affatto secondo regole che stanno al di sopra di essa. È inoltre impensabile che una nuova costituzione, cioè una nuova decisione politica fondamentale, si subordini ad una costituzione precedente e le si renda dipendente. Laddove si giunga ad una nuova costituzione con l'abolizione della costituzione precedente, la nuova costituzione non è illegittima perché è stata rimossa la vecchia. Altrimenti la vecchia costituzione, pur abolita, continuerebbe ad aver validità. Il problema della concordanza della nuova con la vecchia costituzione non ha quindi nulla a che fare con il problema della legittimità. La legittimità della costituzione di Weimar si basa sul potere costituente del popolo tedesco. Il fatto che questa costituzione si sia formata con l'abolizione della costituzione precedente del 1871, potrebbe al massimo condurre a ritenerla illegittima dal punto di vista della legittimità dinastica, cioè del potere costituente del monarca, ma non di più. Viceversa è egualmente illegittima, dal punto di vista della legittimità democratica, ogni costituzione concessa ed emanata dal re sulla base del principio monarchico. Ma è del tutto impossibile valutare una nuova costituzione a seconda che essa sia sorta sotto la garanzia delle regole e delle formalità legislativo-costituzionali precedenti, ovvero per esempio porre la questione se le disposizioni della costituzione di Weimar si siano formate in conformità alle norme procedurali che la vecchia costituzione del Reich nell'art. 78 adottò riguardo alle revisioni della costituzione. Una nuova costituzione non può sottoporsi in questo modo a normative precedenti non più vigenti ed è un giuoco inutile, comprensibile solo per un male interpretato bisogno di «normatività», il porre principalmente la questione se in una nuova costituzione indubbiamente vigente sono state rispettate o no le norme, che una costituzione precedente non più vigente ha adottato per la sua propria revisione.

Giustamente osserva W. BUCKHARDT, *Verfassungs- und Gesetzesrecht, Politische Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaften*, Bd. XXVI,

1910, p. 48: «Si può razionalmente rapportare la legittimità di una nuova costituzione alle norme della costituzione che l'ha preceduta? Questo è il problema. Se la costituzione attuale deve essere illegittima, perché i suoi autori non si sono attenuti alle disposizioni di quella precedente, in tal caso si dovrebbe ancora chiedere innanzitutto se questa stessa fosse legittima, ecc., e qualora si risalisse indietro nel tempo e si venisse a toccare una costituzione illegittima, tutte le altre sarebbero illegittime, poiché non era loro permesso di porre in vita con l'approvazione del passato quelle che fanno discendere dal presente la loro autorizzazione ad esistere. Che senso e scopo avrebbe tutto questo accertamento sulla legittimità di una costituzione? Sarebbe un parlare a vanvera». Se Buckhardt per il resto pone in generale il problema: «può prescrivere una costituzione in modo giuridicamente vincolante come essa deve essere modificata?» (p. 46) e risponde negativamente alla domanda, questa negazione generale si basa sulla confusione più volte rilevata fra costituzione in senso proprio e leggi costituzionali. Come debbano essere modificate le leggi costituzionali, può essere prescritto dalla legge costituzionale.

Tuttavia, espressioni come «legittimità» o «illegittimità» sono usate purtroppo spesso nel senso che si vuole definire come «legittima» una nuova costituzione solo quando è sorta in accordo con un procedimento di revisione costituzionale prima vigente e regolato con legge costituzionale.

Il Tribunale del Reich dice nella nota sentenza, *Zivilsachen* Bd. 100, p. 25: «Al nuovo potere statale (dei Soviet dei soldati e dei lavoratori) creato dalla rivoluzione non può essere negato il riconoscimento pubblico. L'illegittimità della sua fondazione non depone a sfavore, poiché la legittimità della fondazione non è una caratteristica essenziale del potere statale. Lo Stato non può esistere senza potere statale. Con l'abolizione del vecchio potere subentra al suo posto il potere nuovo che si afferma». Queste frasi mostrano senz'altro la mancanza di significato della questione se la costituzione di Weimar sia «legittima», cioè se si è formata con il procedimento dell'art. 78 della costituzione abolita. Esse parlano veramente solo del «potere statale», non della «costituzione», ma in un concetto di costituzione esattamente inteso esse valgono anche per la costituzione ed a ragione sono perciò riferite anche alla costituzione di Weimar, per es., in ANSCHÜTZ, *Kommentar*, p. 5. Qui si deve osservare: 1. non si può parlare di legittimità di uno Stato o di un potere statale. Uno Stato, cioè l'unità politica di un popolo, esiste e precisamente nella sfera del politico; esso tanto poco ammette una giustificazione, giuridicità, legittimità, ecc. quanto poco nella sfera del diritto privato l'uomo che vive da

solo dovrebbe e potrebbe fondare normativamente la sua esistenza (cfr. *Der Begriff des Politischen: Archiv für Sozialwissenschaften*, Bd. 58, 1927, p. 1 ss.). 2. Stato e potere statale sono la stessa cosa. Non c'è nessuno Stato senza potere statale e nessun potere statale senza Stato; l'avvicendamento degli uomini che esercitano il potere statale, l'avvicendamento dell'ordinamento statale non fa venir meno la continuità dell'unità politica. 3. L'abolizione di quella esistente e l'emanazione di una nuova costituzione concerne il problema del potere costituente [...]. 4. La legittimità di una costituzione riguarda effettivamente questo problema del potere costituente, non però il problema della concordanza con le regole delle leggi costituzionali non più vigenti.

Un modo di esprimersi assai diffuso confonde la conformità alla costituzione con l'ammissibilità di una revisione della costituzione. Ma una costituzione che sia conforme alla costituzione è o qualcosa di assolutamente privo di senso oppure una banalità del tutto vuota. Se è la costituzione stessa che decide la sua conformità alla costituzione ed è quindi riconosciuta come costituzionale, in tal modo essa non può acquisire nessuna nuova qualità; in tal modo ogni costituzione vigente è ovviamente conforme alla costituzione. Una norma non può legittimarsi in se stessa; la sua validità si basa sulla volontà esistenziale di chi la emana. Ma se «costituzione conforme alla costituzione» deve significare solo conforme alla costituzione nel senso delle leggi costituzionali non più vigenti, la contraddizione è senz'altro chiara; giacché le leggi non più vigenti non possono conferire nessuna caratteristica valida e giuridicamente rilevante.

III. La legittimità dinastica si basa sull'autorità del monarca. Poiché un individuo singolo, isolato fuori dalla sua esistenza individuale raramente è salito a questa importanza politica, neppure il potere costituente del principe può continuare a rimanere nel singolo principe. Esso conduce alla legittimità dinastica, che si basa sulla durata storica di una famiglia legata con lo Stato, sulla continuità della dinastia e della successione ereditaria.

La legittimità democratica invece si basa sull'idea che lo Stato è l'unità politica di un popolo. Soggetto di ogni definizione dello Stato è il popolo; Stato è lo *status* politico di un popolo. Specie e forma dell'esistenza statale sono stabilite dalla libera volontà del popolo secondo il principio della legittimità democratica.

La volontà costituente del popolo non è vincolata a nessun procedimento determinato. Sopra è già stato esposto che la prassi odierna delle costituzioni democratiche ha prodotto metodi determi-

nati sia di elezione di un'assemblea costituente sia di votazione popolare. Questi metodi sono spesso legati con l'idea della legittimità democratica, cosicché si inserisce nel concetto di legittimità un determinato procedimento e poi si indicano come veramente democratiche solo quelle costituzioni, che hanno trovato l'approvazione di una maggioranza di cittadini computata col procedimento del suffragio universale segreto. Si è già fatto accenno e più avanti deve ancora essere illustrato nei dettagli quanto questi metodi siano problematici proprio sotto il punto di vista di un'autentica democrazia. È sempre possibile e facile da riconoscere anche una approvazione tacita del popolo. Nella mera partecipazione alla vita pubblica determinata da una costituzione, per es., si può scorgere un atto concludente, attraverso cui si manifesta in modo sufficientemente chiaro la volontà costituente del popolo. Ciò vale per la partecipazione alle elezioni, che una situazione politica determinata reca con sé.

BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 1898, II, p. 363-4, dice che ogni «norma giuridica ottrata può conseguire un'effettiva vigenza giuridica con un riconoscimento successivo da parte dei consociati allo stesso modo di una qualsiasi fondazione rivoluzionaria del diritto»; è sempre «solo il riconoscimento generale delle norme poste», che produce la giuridicità. E a p. 357: «Il compimento delle elezioni di questo Reichstag costituente (1867) contiene già in partenza un riconoscimento assai chiaro della costituzione con esso concordata (dai governi federali)».

In questo modo il carattere della legittimità democratica può quindi essere attribuito alle più disparate costituzioni, fondandola sul potere costituente del popolo, sempre presente, sia pure tacitamente espresso.

SANTI ROMANO

Il concetto di ordinamento giuridico^{*}

1. Le definizioni, che del diritto, in senso obbiettivo, sono state date, hanno tutte, senza alcuna eccezione, un elemento comune, che rappresenta il *genus proximum*, cui quel concetto si riduce. Esse, cioè, affermano concordemente che il diritto costituisce una regola di condotta, sebbene divergano, ora più ora meno, nel precisare la *differentia specifica*, per cui la norma giuridica dovrebbe distinguersi dalle altre.

Il primo e più importante scopo del presente lavoro vorrebbe essere quello di dimostrare che tale modo di definire il diritto, pur non essendo, almeno in un certo senso e per certi fini, inesatto, è tuttavia, considerato in sé e per sé, inadeguato e insufficiente, e che, per conseguenza, occorre integrarlo con altri elementi, di cui non si tiene comunemente conto e che invece sembrano più essenziali e caratteristici. Che il diritto si presenti anche come norma e che sia necessario valutarlo anche sotto questo aspetto; che, anzi, tale punto di vista sia molto spesso e, specialmente, ai fini della pratica più comune, oltreché necessario, sufficiente; sono ragioni che, assieme ad altre, spiegano perché nella stessa definizione astratta non si sia andati oltre la categoria delle norme. Ma ciò, com'è naturale, non esclude che essa non possa e non debba esser superata, mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca [...].

2. Ci sono poi argomenti più diretti e sostanziali, che dimostrano la necessità della revisione del concetto di diritto.

^{*} Da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946 (ristampata nel 1951).

Le inesattezze nelle definizioni di idee molto astratte sono spesso generate e perpetuate dalla indeterminatezza delle parole che vi corrispondono, dalla povertà del linguaggio, che non ha, per discriminare da altre affini, vocaboli distinti. Così, forse anche per questo motivo, quando si afferma che il diritto è norma di condotta non si avverte che la parola «diritto» viene effettivamente adoperata in vari significati, dei quali occorrerebbe mettere in rilievo la differenza, che invece non vien neppure sospettata.

In un primo significato, si designa come diritto una o più norme singole – una legge, una consuetudine, un codice e così via – considerandole ciascuna in sé o anche raggruppandole materialmente, secondo il loro oggetto comune, o la fonte da cui derivano, o il documento in cui si contengono, o altri criteri più o meno estrinseci e particolari. In questo caso, la definizione comune appare perfettamente esatta.

Spesso però per diritto si intende qualche cosa non soltanto di più comprensivo, ma anche di sostanzialmente diverso. Ciò si verifica allorquando si ha riguardo all'intero ordinamento giuridico di un ente: per esempio, quando si parla del diritto italiano o francese, del diritto della Chiesa, ecc., abbracciandoli nella loro rispettiva totalità. Allora, la definizione generalmente adottata, per sostenersi, ha bisogno di ricorrere ad un espediente: quello di concepire ciascuno di tali ordinamenti come un insieme o un complesso di norme. È però un ripiego che appare contrario alle leggi della logica che presiedono al giudizio definitorio ed è inoltre, anzi per ciò stesso, ben lontano dal rendere la realtà.

È chiaro infatti che, se si vuoi definire un intero ordinamento giuridico, non si può aver riguardo soltanto alle singole sue parti o a quelle che si credono tali, cioè le norme che vi si comprendono, per dire poi che esso è l'insieme di queste parti, ma bisogna per l'appunto colpire la nota caratteristica, la natura di questo insieme o di questo tutto. Ciò potrebbe non essere necessario solo se si ammettesse che un ordinamento giuridico altro non sia che una somma aritmetica di varie norme, nello stesso modo che una legge, un regolamento, un codice – guardati, del resto, da un punto di vista materiale ed estrinseco – non sono che un seguito di determinati articoli, che possono addizionarsi fra loro. Se, invece, si ammette, come non è dubbio, che un ordinamento giuridico nel senso suddetto non è una somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un'unità a sé – e un'unità, si noti bene, non artificiale o ottenuta con un procedi-

mento di astrazione, ma concreta ed effettiva – si deve altresì riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono. È anzi da ritenere che non si può avere un concetto adeguato delle norme che vi si comprendono, senza anteporre il concetto unitario di esso. Così non si può avere un'idea esatta delle varie membra dell'uomo o delle ruote di una data macchina, se non si sa prima che cosa sia l'uomo o quella macchina.

3. La necessità di considerare un ordinamento giuridico come un'unità, nel senso accennato, è stata molte volte rilevata, anzi è diventata una specie di luogo comune nella formulazione delle teorie concernenti l'interpretazione delle leggi; ma è strano che non sia stata mai usufruita e portata alle sue logiche conseguenze per la definizione del diritto. Appunto perciò, il che non è trascurabile, essa è rimasta poco più che un'affermazione, e, sovente, una semplice intuizione, un'idea vaga, nebulosa e quasi inafferrabile, nelle stesse teorie sull'interpretazione, che pure vi costruiscono sopra qualche loro principio fondamentale. Esse non si limitano infatti a porre in rilievo che l'ordinamento giuridico è un «sistema» di norme concatenate fra di loro logicamente, nonostante che si formi a pezzi e abbia delle imperfezioni: ciò si potrebbe spiegare, in modo molto semplice, con la stessa intenzione degli organi legislativi, i quali non solo sanno che, quando una legge è emanata, essa viene ad unirsi alle precedenti, ma contano su questa specie d'amalgama che rientra nei compiti dell'interpretazione. Senonché, molte volte si va al di là di questo concetto, e non sembra pel solo scopo di colorirlo e di renderlo con immagini più vive, ma per accennare ad un altro concetto sostanzialmente diverso. Così, per esempio, si parla di una volontà, di una potestà, di una *mens*, di una forza propria dell'ordinamento giuridico, distinta da quella delle singole norme e indipendente anche dalla volontà del legislatore che le ha emanate; si afferma che l'ordinamento medesimo costituisce un «tutto vivente», un «organismo», che ha quella «forza propria, sebbene latente, di espansione e di adattamento», sulla quale si fonda l'ammissibilità dell'analogia. Ed è noto che, per i seguaci della così detta interpretazione evolutiva, questa volontà autonoma dell'ordinamento giuridico sarebbe suscettibile di mutarsi, senza che in esso si incorporino nuove norme, col solo mutarsi dell'ambiente sociale in cui deve trovare applicazione.

Ora, a parte le esagerazioni che in questa materia ricorrono così frequenti, ma che sono pure esse significative, quei concetti che, come si è detto, son diventati dei luoghi comuni, non possono evidentemente considerarsi come sottili artifizi o cabale dei legisti, inclini a collocare nelle nuvole e a circondare di mistero il fondamento del loro ufficio di interpreti. Esse, invece, rappresentano giuste intuizioni, che hanno però bisogno di essere dimostrate, della verità che la natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte: il *quid* che costituisce quell'unità è qualche cosa di diverso da queste ultime, e, almeno fino ad un certo punto, di indipendente. La mancata dimostrazione di tale unità, così intesa, spiega, nel medesimo tempo, il significato inesatto che comunemente si attribuisce al principio della c.d. «espansione logica» delle singole norme, e le opinioni, ugualmente inammissibili, di chi ha creduto di poter distruggere totalmente questo principio, senza salvarne l'elemento di vero che contiene.

4. Sembra, del resto, che si possa e si debba andare più in là. Noi abbiamo finora asserito che la definizione del diritto non può coincidere con la definizione delle norme che vi si comprendono, anche ammessa l'ipotesi che nel primo non sia dato rinvenire altri elementi essenziali che le seconde. Adesso noi assumiamo che quest'ipotesi, che pure si direbbe un presupposto pacifico di tutte le definizioni del diritto, sia contraria alla realtà, e che quindi non soltanto esse hanno il vizio di non essere, per quelle ragioni cui si è accennato, delle definizioni vere, cioè logicamente esatte, di lasciare indeterminato proprio ciò che dovrebbero precisare, ma hanno anche quello, ben più grave, di partire da un postulato del tutto erroneo.

Questo assunto crediamo si possa dimostrare in vari modi.

Anzi tutto, non sarà inutile appellarsi alla generale esperienza o, meglio, al significato che spontaneamente richiama l'espressione ordinamento giuridico. Quando, in tal senso, si parla, per esempio, del diritto italiano o del diritto francese, non è vero che si pensi soltanto ad una serie di regole o che si presenti l'immagine di quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e decreti. Ciò a cui si pensa, dai giuristi e, ancora più, dai non giuristi, che ignorano quelle definizioni del diritto di cui parliamo, è invece qualche cosa di più

vivo e di più animato: è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano, o francese; i numerosi meccanismi, ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse. In altri termini, l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura. Sotto certi punti di vista, si può anzi ben dire che ai tratti essenziali di un ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino, e, molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale dell'ordinamento. Ma non conviene per ora anticipare la dimostrazione di questo concetto, che dovrà più avanti esser ripreso e tratto a conseguenze [...].

5. Il concetto del diritto deve, secondo noi, contenere i seguenti elementi essenziali.

a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*) e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*). Senonché quest'ultima proposizione presuppone un concetto di società, che è assolutamente necessario porre in rilievo. Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento di diritto, ma un'entità che costituísca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. E deve trattarsi di un'unità effettivamente costituita: tanto per addurre un altro esempio, una classe o un ceto di persone, non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità fra le persone stesse, non è una società vera e propria. Su questo punto sarà necessario insistere in seguito.

b) Il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l'idea

dell'ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata. Tale principio, del resto, è soltanto un aspetto del precedente, anzi deve intendersi nei limiti in cui si può dedurre da quest'ultimo come corollario: ogni manifestazione sociale, per il fatto solo che è sociale, è ordinata almeno nei riguardi dei consoci.

c) L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante. Anche questo è un corollario di quanto si è sopra osservato per precisare e delimitare il tipo di società in cui il fenomeno giuridico si produce.

Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta.

Cosicché l'espressione «diritto» in senso obbiettivo, secondo noi, può ricorrere in un doppio significato. Può, cioè, designare anzitutto:

a) un ordinamento nella sua completezza ed unità, cioè un'istituzione; in secondo luogo:

b) un preceppo o un complesso di precetti (siano norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistematì, che, per distinguerli da quelli non giuridici, diciamo istituzionali, mettendo così in evidenza la connessione che essi hanno con l'ordinamento intero, ossia con l'istituzione di cui sono elementi, connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico.

Su quest'ultimo punto dovremo ritornare in un altro di questi nostri studi. Per ora, ci interessa sviluppare soltanto il primo dei due aspetti del diritto, mettendo in evidenza così i contatti come le divergenze che la nostra concezione del diritto presenta rispetto a quelle comuni. E, anzitutto, occorre precisare maggiormente il significato in cui adoperiamo la parola istituzione, che si presta ad essere varia-mente intesa. [...]

6. Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. A questa definizione, semplice e breve, occorre però far seguire un più lungo commento.

1) L'ente di cui parliamo deve avere un'esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile: appunto per rendere meglio questo suo carattere, l'abbiamo anche detto un «corpo» sociale. Ciò implica che adoperiamo la parola istituzione nel suo significato proprio, non nell'altro abbastanza frequente, che è soltanto figurato. Così, quando, nel linguaggio comune, si parla, per esempio, dell'istituzione della stampa, o, nel linguaggio tecnico giuridico, dell'istituzione o, più spesso, dell'istituto della donazione, della compra-vendita, ecc., non si vuole accennare ad una effettiva unità sociale, ma, nel primo caso, alla manifestazione identica di certe forze che in realtà sono disunite e spesso divergenti, e, nel secondo caso, i vari rapporti o norme singole, che, in vista della comune figura dei caratteri tipici che presentano, vengono raggruppati assieme solo concettualmente.

2) Diciamo inoltre che l'istituzione è un ente o un corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo. Ma ciò non vuol dire che sostrato dell'istituzione debbano essere sempre e necessariamente degli uomini fra di loro collegati. Questa colleganza dà luogo ad una forma particolare di istituzioni: alcune di esse risultano infatti, fra gli altri loro elementi, da più individui, che possono coesistere o anche succedersi l'uno all'altro, uniti dai loro interessi comuni o continui, oppure da uno scopo, da una missione che venga da loro proseguita. Ma ci sono istituzioni che hanno un diverso sostrato, che, cioè, constano di un insieme di mezzi, materiali o immateriali, personali o reali, patrimoniali o di natura ideale, che sono destinati a servire permanentemente ad un fine determinato, a vantaggio non di persone che appartengono alle istituzioni medesime, ma di persone estranee, che sono soltanto i destinatari, non i membri di quest'ultime. Nel qual caso, le istituzioni, come tutte le altre, giovano a degli uomini, sono amministrate e rette da uomini, ma non sono viceversa composte di uomini. Del resto, per questi concetti, possiamo rimetterci, in linea generale e senza entrare in quei particolari controversi che sono, per il nostro punto di vista, indifferenti, allo svolgimento che essi hanno avuto a proposito della teoria delle persone giuridiche. La distinzione che in questa si è fatta tra corporazioni e fondazioni o istituzioni in senso stretto, nonché le sot-

todistinzioni di tali due categorie fondamentali, possono valere per le istituzioni anche prive della personalità. Quest'ultima è una qualità che presuppone una certa struttura dell'ente, ma non quella cui si accenna quando si mettono in rilievo le suddette due categorie, le quali alle persone giuridiche possono riferirsi solo in quanto queste sono una specie di un genere più ampio, cioè quello delle istituzioni.

3) L'istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità. Il che non significa che essa non può trovarsi in correlazione con altri enti, con altre istituzioni, in modo che, d'altro punto di vista, faccia parte più o meno integrante di esse. Così, accanto alle istituzioni semplici, sono frequentissime le istituzioni che possono dirsi complesse, e che sono istituzioni di istituzioni. Per esempio, lo Stato, che di per sé è una istituzione, è compreso in quella istituzione più ampia, che è la comunità internazionale, e in esso poi si distinguono altre istituzioni. Tali sono gli enti pubblici subordinati allo Stato, i comuni, le provincie, i vari suoi organi intesi come uffici; nello Stato moderno i così detti poteri legislativo, giudiziario, amministrativo, in quanto sono unità formate ciascuna di uffici fra di loro collegati; gli istituti, la cui figura si è delineata specie nel diritto amministrativo, come le scuole, le accademie, gli stabilimenti di ogni genere; e così via. L'autonomia di ogni istituzione non deve essere assoluta, ma può essere soltanto relativa, la sua concezione risulta solo da determinati punti di vista, che possono variare. Ci sono istituzioni che s'affermano perfette, che bastano, almeno fondamentalmente, a se medesime, che hanno pienezza di mezzi per conseguire scopi che sono loro esclusivi. Ce ne sono altre imperfette o meno perfette, che si appoggiano a istituzioni diverse, e ciò in vario senso. Può darsi infatti che a quest'ultime esse siano soltanto coordinate; talvolta invece si hanno enti maggiori in cui le prime si comprendono e a cui sono subordinate. E siffatta subordinazione può assumere diversa figura, a seconda che si hanno istituzioni che fanno parte più o meno integrante della struttura di quella più ampia, come avviene per i singoli uffici o istituti dello Stato, oppure da quest'ultima sono soltanto protette o garantite, come avviene per gli enti così detti privati. Infine ci sono istituzioni che si affermano in una posizione antitetica con altre, che possono alla loro volta considerarle anche illecite, come sarebbero gli enti che si propongono uno scopo contrario alle leggi statuali, o le chiese scismatiche di fronte a quelle da cui si sono separate. Su questi vari aspetti, che le istituzioni possono presentare,

dovremo tornare in seguito più ampiamente: per ora basterà averli sinteticamente accennati, anche per mettere in rilievo l'ampiezza del concetto di istituzione che noi abbiamo formulato.

4) L'istituzione è un'unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, pel mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi mezzi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, delle sue norme, e così via. Essa può rinnovarsi, conservandosi la medesima e mantenendo la propria individualità: da ciò deriva la possibilità di considerarla come un corpo a sé stante, di non identificarla con ciò che può essere necessario a darle vita, ma che, dandole vita, si amalgama in essa.

7. Così dell'istituzione noi abbiamo rilevato le note essenziali, quelle, cioè, che ci permettono di indagare la sua essenza, sorvolando su altre che accenneremo in seguito. In che cosa consiste quest'essenza?

C'è una parola, che finora abbiamo di proposito evitata, che potrebbe sembrare necessaria e sufficiente per chiarire la natura dell'istituzione, ed è la parola «organizzazione». Infatti, non è dubbio che l'istituzione sia un'organizzazione sociale, e abbiamo visto che così si son cercate di definire quelle, fra le istituzioni, che costituiscono delle persone giuridiche, dichiarando che non è possibile analizzare ulteriormente questo concetto semplice ed elementare. Senonché, a parte la diffidenza, invero giustificata, che suscita un vocabolo di cui si è fatto così grande abuso e che spesso è adoperato per stendere un velo su ciò che non si sa spiegare o chiarire, è da osservare (e questo è per noi essenziale) che il concetto di organizzazione non può servire pel giurista finché non si riduca a concetto giuridico. E per far ciò, non basta certamente parafrasarlo o accennarvi con altre parole di significato identico o affine. Finché si parla di «corpus mysticum», di struttura o edificio o sistema sociale, o anche di meccanismo per differenziare l'organizzazione dall'organismo naturale, si usa una terminologia che può essere anche esatta, che può servire per rendere immaginosa e plastica l'idea, ma che non è giuridica, e quindi, se può aiutare il giurista, non lo libera dall'obbligo di sostituirla con un'altra che abbia nel medesimo tempo la forma e la sostanza necessarie per assumere quel concetto nel mondo che è il suo e che non è, viceversa, quello della sociologia.

La soluzione che a noi sembra debba darsi a tale problema è quella già accennata: l'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obbiettivo. I caratteri essenziali del diritto, che sopra abbiamo rilevati, coincidono con quelli dell'istituzione. Che questa sia un ordinamento non è dubbio: le parole organizzazione, sistema, struttura, edificio ecc., con cui la si qualifica, tendono per l'appunto a mettere in vista questo concetto, né diverso è il significato etimologico della parola «Stato», con cui si designa adesso la più importante delle istituzioni e prima si designavano anche altri enti pubblici, specialmente i Comuni. Che poi tale ordinamento sia sempre e necessariamente giuridico, risulta dall'osservazione che scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello dell'organizzazione sociale. Il diritto non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone soprattutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro ceducità, di perpetuare ceni fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli. Tali enti vengono a stabilire quella sintesi, quel sincretismo in cui l'individuo rimane chiuso, è regolata non soltanto la sua attività ma la sua stessa posizione, ora sopraordinata ora subordinata a quella di altri, cose ed energie sono adibite a fini permanenti e generali, e ciò con un insieme di garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, di freni, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti. Ciò significa che l'istituzione, nel senso da noi profilato, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrarre se non in un'istituzione, e l'istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto.

8. Una riprova di questa verità si ottiene osservando che nell'istituzione si manifestano certamente e si fanno valere forze d'altro genere, che non il diritto, ma queste sono e non possono essere che le forze meramente individuali o comunque disorganizzate. Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. Che se essa, come talvolta accade, si esplica contro un'altra istituzione, ciò può essere un motivo perché le si neghi il carattere giuridico o la si consideri addirittura come antigiuridica dall'istituzione, cioè dall'ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: ma è viceversa un ordina-

mento giuridico, quando si prescinde da questa relazione e da questo punto di vista e la si considera in sé, in quanto irreggimenta e disciplina i propri elementi. Come si è detto, una società rivoluzionaria o una associazione a delinquere non costituiranno diritto per lo Stato che vogliono abbattere o di cui violano le leggi, così come una setta scismatica è dichiarata antigiuridica dalla Chiesa, ma ciò non esclude che, in questi casi, non si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti che, isolatamente presi e intrinsecamente considerati, siano giuridici. Viceversa, non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale.

Salvo a tornare, da altro punto di vista, su tale argomento, per ora basterà rilevare che questa è la verità importantissima, contenuta nella dottrina così largamente diffusa, che il diritto non è che «forma» e che per esso e per il suo concetto è indifferente il suo contenuto materiale. Non c'è nessun elemento, nessuna forza, nessuna norma sociale che si ponga necessariamente e assolutamente antitetica al diritto, o anche soltanto distinta da esso; l'antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale. Ciò che non ha da per sé tale carattere può rimanere fuori il diritto, finché non è sistemato in un'istituzione, finché non è plasmato nella forma, cioè nella struttura, nel regime di quest'ultima.

È quindi perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume, delle c.d. convenzioni, dell'economia, delle regole tecniche, ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di una istituzione. Quando è stata detta la frase, che ha fatto fortuna, che il diritto rappresenta il *minimum* etico, si è detto in parte il vero, ma anche una grande inesattezza. Il diritto rappresenta non solo una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica ecc. E questa quantità, che non può circoscriversi e misurarsi *a priori*, non è detto che sia un *minimum*. Per gli Stati moderni, in genere, può anche darsi che solo i principii fondamentali ed essenziali dell'etica vengano organizzati e resi quindi giuridici dal suo ordinamento; ma ciò può anche non esser vero per altri Stati che si attribuivano o si attribuiranno una più vasta e assorbente missione morale, e, tanto meno, per altre istituzioni, il

cui fine, magari unico, può essere da essa costituito. Analogamente, possiamo immaginare uno Stato socialista, che in sé accenti e organizzi una grandissima parte delle manifestazioni economiche. Molto significativo è poi, in questo senso, il diritto della Chiesa, pel quale hanno assunto carattere giuridico tanti principii etici e religiosi, nonché dei principii di pura liturgia; anzi è dottrina antica e comune che si debbano comprendere nel sistema del diritto ecclesiastico i precetti relativi agli atti del foro interno, secondo alcuni quando si collegano ad atti esterni, secondo altri, in sé e per sé, anche quando questa colleganza manchi, perché nell'istituzione ci sono delle autorità che di tali precetti tutelano l'osservanza. Tutto ciò è certamente poco comprensibile per chi si è formato un concetto del diritto soltanto sul modello del diritto dello Stato; ma è una realtà che si deve spiegare, movendo dai principii che siamo venuti ponendo. Analogamente, è un'inesattezza gravissima affermare, come si fa da tanti, che nelle società primitive il diritto sia confuso del costume e anche con la religione. Non si tratta di confusione o di indifferenziazione di elementi che, per natura, dovrebbero rimanere separati; gli è che in quelle società il diritto, che è da considerarsi non meno puro di quello di altre società più progredite, ha per contenuto una ricca serie di principii tratti dal costume e dalla credenza religiosa. Anche adesso il diritto inglese, che nessuno vorrà giudicare poco evoluto, considera come «law», non soltanto gli statuti emanati dal Parlamento, ma ogni regola, qualunque sia la sua origine e il suo contenuto, che i tribunali applicano e fanno osservare.

9. Se il diritto non può concretarsi ed acquistar corpo se non nell'istituzione e se, viceversa, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest'ultima, acquista carattere giuridico, se ne può trarre il corollario che il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali. Reciprocamente l'istituzione è sempre un regime giuridico. Anche se, in un certo senso, potrebbe non essere inesatto concepirla come il corpo, l'ossatura, la membratura del diritto, ciò non toglie che quest'ultimo non sia da essa separabile, né materialmente né concettualmente, così come non si può distinguere la vita dal corpo vivente. Non sono due fenomeni che stanno in un certo rapporto, che si seguono l'un l'altro; è invece il medesimo fenomeno.

Appaiono in tal modo del tutto inconcludenti alcuni problemi che vengono spesso posti. Così quello con cui si domanda se il diritto sia anteriore allo Stato o viceversa, problema che non è precisamente lo stesso dell'altro se ci sia diritto non prima, ma fuori della Stato, cioè se vero diritto sia soltanto quello statuale. Partendo dal nostro punto di vista, è facile rispondere che, dato uno Stato, non si può non avere nel medesimo tempo un ordinamento giuridico, che rappresenterà per l'appunto il regime statuale, come, dato questo regime, non si può non avere lo Stato.

Analogamente, ci sembra che non abbia ragion d'essere o che sia, per lo meno, mal posta la questione se lo Stato sia essenzialmente un ente giuridico o etico. L'etica può anche essere il fine fondamentale, del resto non certo l'unico, dello Stato – se pure a questo si può assegnare *a priori* un fine che valga per tutti i luoghi e per tutti i tempi – ma il diritto è e non può non essere il suo principio di vita, la sua struttura organica, la sua essenza. Il domandarsi se esso sia un ente giuridico o, piuttosto, un ente etico ha presso a poco il medesimo senso che avrebbe il domandarsi se l'uomo sia un essere vivente o, piuttosto, un essere morale. Ogni istituzione può diversamente definirsi se si ha riguardo al suo fine, alla missione che essa si propone: e così si possono avere istituzioni religiose, etiche, economiche, artistiche, educative, ecc., ma tutte, perché istituzioni, sono enti giuridici. L'equivoco dipende dal considerare anche il diritto come uno dei fini dello Stato, che si possa paragonare e mettere in rapporto con gli altri fini. Ciò è invece inesatto: per mezzo del diritto, cioè dell'ordinamento che costituisce lo Stato, questo esiste, e quando esso lo tutela – il che può assorbire una parte notevole dell'attività statuale – altro non fa che tutelare se medesimo, la sua struttura, la sua vita; il che significa che ciò non riguarda la sua missione e il suo scopo qualunque essi siano, ma è soltanto il presupposto, la condizione necessaria perché vengano ulteriormente proseguiti i fini statuali.

Si dimostra così, per altra via, quel che abbiamo già cercato di dimostrare con argomenti tratti da diversi punti di vista. L'aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall'istituzione in cui esso si concreta, e non dalle norme o, in genere, dai precetti con cui esso opera, che ne costituiscono invece un aspetto derivato e secondario. Ciò non risulta soltanto dall'impossibilità, cui altrimenti si va incontro, di coglierlo e definirlo nella sua unità organica, dal suo carattere di obbiettività, quale sopra si è delineato, dall'elemento della sanzione

che è ad esso inerente e non può ridursi al concetto di norma, ma anche dalla seguente osservazione. Se si ha riguardo al momento in cui certe istituzioni sorgono e quindi comincia ad aver vita il loro ordinamento, si vede subito che questo momento non è determinato da una norma preesistente, e che quindi non è possibile ritenere che il diritto sia non un'istituzione, ma il complesso delle norme per cui essa esiste e funziona. Ciò è evidente, per es., per lo Stato, ma non solo per lo Stato: esso esiste perché esiste, ed è ente giuridico perché esiste e dal momento in cui ha vita. La sua origine non è un procedimento regolato da norme giuridiche; è, come si è ripetutamente messo in vista, un fatto. Ora, il diritto si ha appena questo fatto è compiuto, appena si ha uno Stato effettivo, vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito. La prima posizione del diritto non è quindi data da quest'ultima, che ne è una manifestazione più tardiva e sussidiaria. Del resto, prima e fuori l'istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l'organizzazione che rende giuridica la norma. Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l'organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma. Se è vero che il carattere giuridico di questa è dato dal potere sociale che la determina o, almeno, la sanziona, ne viene che questo carattere deve già rinvenirsi nell'istituzione, che non potrebbe attribuirlo alla norma se già non lo possedesse essa medesima.

Il vero si è che il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale. Se non si accetta questo postulato, si va incontro all'inconveniente di dover spiegare il fondamento e l'obbligatorietà del diritto in modo metagiuridico: onde le teorie, che, se contengono alcuni elementi di verità, sono inaccettabili come teorie giuridiche, che raffigurano il diritto come forza puramente psichica, per non parlare di quelle che in esso vedono una forza individuale e soltanto materiale. Ora l'organizzazione, così concepita, non è certo una norma o un complesso di norme: sia perché, come si è visto, può essere a questa anteriore, sia perché, quando è posteriore e vi si ricollega, è evidentemente un fenomeno che si sarà verificato per effetto della loro esecuzione, e quindi non è norma. Questa può averlo disposto, ma non certo effettuato essa stessa, e tanto meno costituito automaticamente, pel semplice fatto della sua esistenza.

10. Per ogni definizione del diritto la pietra di paragone è specialmente data dal c.d. problema del diritto internazionale, e non sarà, per conseguenza, inutile saggiare ad essa anche la nostra. È per noi infatti un postulato, che si debbono senz'altro ritenere erronee o incomplete quelle definizioni, partendo dalle quali si giunge a negare il diritto internazionale, sia nella sua stessa esistenza, sia – ciò che, dopo tutto, non è molto diverso – nella sua autonomia, in quanto lo si consideri come un'estrinsecazione o proiezione del diritto interno dei vari Stati. La definizione del diritto deve essere data in modo che vi si possa comprendere quel che, non soltanto per tradizione scientifica, ma per sentimento comune, e soprattutto, per pratica costante, e non mai smentita, viene considerato tale. Altrimenti essa è arbitraria: non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto, ma questo a quella.

Il problema, dunque, per noi, si pone tutto nella domanda: l'ordine giuridico internazionale è un'istituzione? Dove la figura di quest'ultima debba essere cercata non è dubbio: si deve indagare se la comunità degli Stati presenta quei caratteri costituzionali che, secondo l'opinione che abbiamo formulata, sono altresì i caratteri essenziali di ogni sistema di diritto. E, per ora, possiamo prescindere dal determinare se tale comunità debba intendersi nel senso ampio, se cioè essa sia unica e vi partecipi la generalità degli Stati, o se invece ci siano tante comunità quanti i gruppi, che si intrecciano poi in vari modi, degli Stati fra cui si stabilisce un particolare diritto internazionale. Lo sceglierne fra l'una e l'altra di queste concezioni non è certo indifferente; ma ci gioverà non prendere posizione fra di esse, finché il nostro ragionamento potrà riferirsi ad entrambe.

Com'è noto, la dottrina è concorde nel punto, che del resto non può essere dubbio, che la società internazionale non sia una persona giuridica, ma questo è del tutto irrilevante per noi, che abbiamo formulato dell'istituzione un concetto che prescinde affatto da tale carattere. Senonché, si trova molto spesso ripetuta anche un'altra affermazione, che cioè quella società non è giuridicamente organizzata, il che potrebbe essere un ostacolo a considerarla come istituzione, posto che quest'ultima è, per l'appunto, sinonimo di organizzazione. Però non è molto chiaro il significato che a tale affermazione si attribuisce. Talvolta sembra che con essa non si faccia che ripetere, in altra forma, il principio che la comunità internazionale non sia rivestita di personalità. Tal'altra, invece – ed è questo il significato che può inte-

ressarci – si vuol mettere in rilievo che in essa manca un potere al quale siano sottoposti i singoli Stati. A noi però non sembra che il concetto di organizzazione implichi necessariamente un rapporto, così inteso, di superiorità e di correlativa subordinazione. Infatti, posto che a tale potere dovrebbero essere soggetti tutti gli Stati, in modo che nessuno e neppure una maggioranza di essi avrebbe mai una preminenza sugli altri, il potere medesimo non potrebbe spettare che alla stessa comunità, il che significherebbe che questa dovrebbe costituire necessariamente una persona. Quindi si dovrebbe ammettere che le comunità assolutamente paritarie, come è quella internazionale, sarebbero giuridicamente organizzate solo quando fossero persone giuridiche. Ora sembra che questa tesi sia arbitraria e non possa dimostrarsi; anzi è da ritenere che la condizione di egualianza e di reciproca indipendenza in cui si trovano i membri delle dette società altro non sia che un carattere della loro organizzazione o, se si vuole, un effetto di essa. L'opinione contraria non è forse determinata da altro che dalla frequente veduta unilaterale, per cui si credono caratteri essenziali di un concetto giuridico quelli che non sono se non i caratteri accidentali con i quali esso si manifesta in un solo campo del diritto: per quel che riguarda il caso nostro, nel diritto statuale interno.

Dall'altra parte, sarebbe facile rintracciare anche nella più recente dottrina sul fondamento e la natura del diritto internazionale, gli elementi che implicano necessariamente l'organizzazione della società degli Stati, nonostante le affermazioni in contrario della dottrina medesima. Quando, infatti, si ritiene che l'accordo normativo, fonte di quel diritto, produce una volontà che non è più quella dei singoli Stati, ma una volontà unica in cui queste si fondono, e che è ad esse superiore; quando si dice che così il diritto internazionale viene ad acquistare il carattere di un *ius supra partes*; o, più accentuatamente, che esso si risolve in comandi o imperativi rivolti agli Stati; tutto ciò postula un'organizzazione, sia pure semplice, della comunità interstatale. Questa non avrà organi propri, nel medesimo senso di quegli enti che hanno personalità, non si fonderà su una posizione di subordinazione e di indipendenza di alcuni Stati verso altri, ma implicherà una posizione di soggezione di tutti gli Stati che sono suoi membri, verso un potere non soggettivo, impersonale, che è quello stesso che permette e determina l'esistenza della comunità. E noi non attribuiamo altro senso all'espressione «organizzazione» quando l'assu-

miamo per rendere il concetto di istituzione. Un significato analogo ha, dopo tutto, la qualifica che comunemente si attribuisce agli Stati di «membri» di siffatta comunità, se è vero che non si può esser membri se non di un «corpo», di un «organismo». E con ciò si può anche prescindere dal ricordare che non è raro il caso di organi comuni ai diversi Stati o della riunione in un solo corpo o ufficio di vari Stati; il che implica un'organizzazione della società internazionale, sempre in quella figura che è compatibile con la sua impersonalità.

Il carattere di istituzione che, secondo noi, deve ravvisarsi nella comunità degli Stati, in cui si concreta l'ordinamento giuridico internazionale, era, del resto, nella dottrina più antica limpidaamente concepito, se pure diversamente formulato, e solo di recente esso è stato obliterato o anche negato. Ciò si deve principalmente alla concezione, ormai così largamente diffusa, che ravvisa l'unica fonte del diritto internazionale nella volontà collettiva degli Stati, manifestata con la forma della consuetudine o con quella dell'accordo o trattato normativo, in modo che si esclude dall'ambito del diritto medesimo ogni elemento e momento anteriore a quelli in cui, volta per volta e concretamente, siffatta volontà si costituisce.

Anzi tutto, tale concezione si riattacca evidentemente alla veduta comune che riduce il diritto ad un complesso di semplici norme, e, da questo punto di vista, non si sottrae alle critiche che noi abbiamo in generale mosso a questa veduta. Essa però porta nel diritto internazionale a conseguenze più gravi che nel diritto interno degli Stati. Infatti, nessuno disconosce che le singole leggi di quest'ultimo si riportano tutte su una unica base: lo Stato, che le emana e dal quale attingono la loro obbligatorietà ed efficacia. Invece gli accordi internazionali, secondo l'opinione accennata, starebbero, come si vedrà meglio appresso, ciascuno per sé, ciascuno trarrebbe da sé la sua efficacia e costituirebbe il primo principio del diritto di cui è fonte. In modo che, da questa premessa si può dedurre, come del resto si è, almeno in parte, dedotto, che non il diritto internazionale esiste, ma tanti diritti internazionali quanti sono questi accordi.

Inoltre, è da osservare che la dottrina di cui parliamo rappresenta una reazione contro le teorie dominate dai principii del diritto naturale, che, nell'enumerazione delle fonti del diritto internazionale, ecceudevano il campo del diritto positivo. Sotto questo aspetto, essa è stata senza dubbio salutare e ha dato larghi e utili contributi alla revisione di molti concetti, e, soprattutto, del metodo. Senonché sembra

che, in parecchie sue parti fondamentali e nella sua stessa impostatura, sia da ravvisarsi un'intima contraddizione, che, in alcuni suoi svolgimenti, in grazia di vari espedienti tecnici, si attenua, ma non resta per tanto eliminata. Infatti, tale dottrina, mentre è stata formulata come un'affermazione di positivismo giuridico, avente lo scopo di epurare il diritto internazionale dalle numerose influenze dell'antico giusnaturalismo, ripete invece gli identici, precisi postulati da cui muoveva una delle più tipiche teorie, con cui quest'ultimo aveva cercato di spiegare il diritto interno dello Stato: cioè la teoria del contratto sociale. Punto di partenza di essa era l'individuo, concepito isolato e al c.d. stato di natura, perfettamente libero e indipendente, che poi, col concorso della sua volontà, si sottoponeva al regime statuale, che esso medesimo creava. E ora, adottando un'ideologia in tutto analoga, si afferma l'originaria indipendenza dei singoli Stati, i quali pongono da sé il diritto internazionale e vi si assoggettano, mediante il loro accordo, che è poi un vero e proprio contratto sociale, salva la differenza di nome e di tecnicismo giuridico con cui lo si analizza. Per superare la corrispondente teoria nel diritto interno – e lasciamo da parte il suo significato filosofico, che ha ben altri aspetti – è bastato osservare che la posizione giuridica dell'individuo, qual essa sia, è una conseguenza del sorgere dello Stato, dal cui ordinamento essa è data: che, per conseguenza, tale ordinamento può spiegare quella posizione, non viceversa questa il primo. È strano che la medesima obiezione non si sia presentata agli internazionalisti. Se gli Stati sono indipendenti l'uno dall'altro, questa loro condizione, dal punto di vista giuridico, non è preesistente al diritto internazionale, ma è posta da esso; e il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest'ultimo. Quando invece si afferma il contrario, che l'ordinamento giuridico internazionale nasce dall'accordo degli Stati, che quest'accordo è un momento pre-giuridico, e così via, si pone a base di tale ordinamento una condizione naturale degli Stati. La quale, per giunta, non ha nella realtà un riscontro maggiore di quello che non avesse la pretesa condizione naturale degli individui prima del sorgere dello Stato: com'è una veduta puramente metafisica e non storica quella dell'uomo isolato e vivente allo stato di natura, così non meno metafisica, anzi mitica, è la concezione dello Stato isolato dagli altri e non vivente con essi in comunità.

Dal punto di vista storico, è poi da ricordare che il diritto internazionale anteriore a quello moderno si fondava sul principio opposto della subordinazione degli Stati al potere temporale dell'Impero e al potere spirituale della Chiesa, a non parlare di altre subordinazioni particolari ad alcuni di essi. L'attuale indipendenza degli Stati non è dunque una loro condizione naturale, originaria, indipendente dal diritto internazionale, ma è affatto contingente ed è una conseguenza dei particolari caratteri da quest'ultimo assunti in epoca recente. L'altro principio poi dell'uguaglianza degli Stati, connesso con quello dell'indipendenza, ma non da identificarsi con esso, costituisce una regola che non manca anche ora di eccezioni, le quali non sempre vengono esattamente apprezzate e valutate.

La conseguenza che da ciò deve trarsi è, secondo noi, molto semplice. Come il diritto statuale si pone con la stessa esistenza dello Stato, essendo unico il momento dell'esistenza e di quest'ultimo e del relativo ordinamento giuridico, così il diritto internazionale si pone con la stessa esistenza della comunità degli Stati, che postula necessariamente un ordinamento giuridico che la costituisca e la regoli. Il principio (e qui non vogliamo indagare se sia così assoluto come si afferma), che una norma concreta di diritto internazionale non può in seguito porsi se non con la volontà dei singoli Stati che compongono la comunità e vale soltanto per quelli fra di essi che l'hanno voluta, è un principio giuridico: il che val quanto dire che ha la stessa natura dell'altro principio – diverso, anzi opposto – per cui il potere legislativo nell'interno di ciascuno Stato è affidato non ai singoli cittadini, ma a certi determinati organi. Esso per ciò vale non pel momento *originario* del diritto internazionale, ma per quel suo momento *posteriore*, in cui si tratta di porre nuove norme, nuovi istituti, di modificare quelli precedenti, e così via; come il principio che la legge deve essere approvata dalle Camere e sanzionata dal capo dello Stato vale dal momento in cui esso è posto, ma esso medesimo può esser posto con una costituzione che ha vita nel momento della fondazione dello Stato, cioè senza la base di una norma precedente. Ciò ci riporta alla veduta che anche il diritto internazionale, come quello statuale, nel suo primo momento si afferma come istituzione, come prodotto necessario dell'organizzazione interstatuale, della struttura con cui, di fatto e di diritto assieme, essa si è venuta formando.

Non è superfluo insistere su questo punto. Il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, pregiuridico, ma, quando lo

Stato effettivamente ha vita, esso è già un ordinamento di diritto, del quale fanno parte gli organi cui è affidato il potere legislativo: d'ora innanzi, avranno esistenza giuridica tali organi ed efficacia giuridica le leggi che saranno emanate da essi. Non altrimenti è a ritenersi per la comunità internazionale: la sua formazione con l'attuale sua struttura sarà stata un fatto svoltosi lentamente e certo non governato dal diritto; ma una volta essa costituitasi com'è attualmente, è divenuto giuridico il principio che gli Stati dovranno contribuire con la propria volontà all'emanazione di nuove norme, e saranno giuridici gli atti formati da tali accordi, che mano mano si aggiungeranno all'edificio del diritto internazionale. Il momento dunque in cui sorge la prima pietra di quest'ultimo, fondamento delle altre che vi si accumuleranno ulteriormente, non è segnato, come crede la dottrina ora dominante, da questi accordi, ma dal sorgere della stessa comunità internazionale odierna. Il che vuol dire che gli accordi medesimi non hanno, come molti credono, una virtù propria, indipendente dalla preesistenza del diritto oggettivo, e nemmeno, come credono altri, traggono la loro efficacia dalla consuetudine: essi invece poggiano su un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali. E sarebbe astrattamente possibile che tale principio mutasse, non solo per effetto di concordi dichiarazioni di volontà degli Stati, ma in via di fatto, per modificazioni che potrebbe eventualmente subire la comunità internazionale: per esempio, per la preponderanza acquistata da uno o più Stati, come la modifica dell'ordinamento costituzionale di uno Stato può seguire, oltre che per le vie legali, anche per rivolgimenti non giuridici. Così, reciprocamente, la società degli Stati, che nel medioevo era fondata su un rapporto di subordinazione di quest'ultimi verso l'imperatore e il papa, venne a trasformarsi nell'epoca moderna, per tutta una serie di avvenimenti storici, in una società paritaria. E anche questa considerazione dimostra che l'odierna condizione di egualanza e d'indipendenza degli Stati non è oggi pregiuridica, ma determinata dalla struttura della loro comunità. Il domandarsi poi perché quest'ultima si è attualmente costituita, affermando il principio dell'accordo degli Stati necessario per la posteriore regolamentazione ad essi speciale, è davvero un'indagine estranea al diritto, come l'altra analoga, relativa al perché in uno Stato il potere legislativo è affidato a certi organi piuttosto che ad altri, o perché si richiede l'unanimità, anziché la maggioranza, di questi or-

gani e viceversa non l'unanimità, ma la maggioranza dei membri che compongono gli organi medesimi, quando essi sono collegiali.

Queste vedute si potrebbero confermare, mettendo in rilievo l'esistenza di altri principii di diritto internazionale, che non son posti da nessun accordo e quindi non si possono fondare su di esso, ma risultano dalla compagine della comunità internazionale. Per esempio, il principio che ammette l'uso della forza da parte degli Stati, per costringere a rispettare l'ordinamento internazionale, è, come a noi sembra e come credono, in generale, anche coloro che fondano quest'ultimo esclusivamente sulla comune volontà degli Stati, un principio giuridico. Ma da quale accordo esso risulta? I trattati l'hanno disciplinato e limitato, ma presupponendolo già esistente: nessuno di essi l'ha mai posto. E non sembra sia il caso di far ricorso alla consuetudine. Anche qui si ha un principio connaturato con l'istituzione, nel senso già detto.

E a questo punto, con l'affermazione che il diritto internazionale è l'ordinamento immanente della comunità degli Stati; che nasce con essa e da essa è inseparabile; che, prima che nelle singole norme risultanti da particolari accordi, bisogna ricercarlo nell'istituzione in cui si concreta la comunità medesima; e che esso è quindi, innanzi tutto e nel suo aspetto unitario, organizzazione o istituzione, noi potremmo fermarci. Le ulteriori conseguenze che sono da trarsi in ordine alla teoria delle fonti del diritto internazionale non possono essere qui sviluppate, ma conviene trattarne in sede più opportuna.

Non sarà però inutile aggiungere un'osservazione. Come si è detto in principio del presente paragrafo, si è da taluno negato che esista una comunità internazionale, che comprenda in sé tutti gli Stati, e si è sostenuto invece che si abbiano tante comunità quanti i rapporti di ciascun Stato con altri Stati. La genesi logica di questa teoria ci appare oramai, dopo quanto si è rilevato, evidente. Essa è un semplice corollario dell'altra che concepisce il diritto internazionale come una tela di Penelope, che si ricomincia a tessere *ex novo* ad ogni accordo normativo. E, per essere coerenti, se ne dovrebbe trarre la conseguenza, che ognuno di questi accordi, forma, piuttosto che una comunità, un semplice apporto, limitato non soltanto al numero degli Stati che si accordano fra di loro, ma anche all'oggetto speciale per cui essi si accordano. Verrebbe così a negarsi l'esistenza di un diritto internazionale generale, che potrebbe soltanto concepirsi come un'astrazione dottrinale, ossia come l'insieme dei principii che di fatto

sono comuni alle relazioni fra tutti gli Stati o la maggior parte di essi. Questi principii non costituirebbero una vera unità giuridica e, solo per comodo e brevità di trattazione, si esporrebbero assieme. Il diritto internazionale positivo non sarebbe che il diritto particolare di ogni Stato verso ciascun altro con cui esso sarebbe in rapporto: dello Stato A con lo Stato B e poi con lo Stato C, e così di seguito, anzi il diritto risultante da ciascun accordo concreto. È evidente che ciò è contrario alla realtà, ed è più facile affermarlo in astratto che seguirne in pratica tutte le conseguenze che ne deriverebbero. Così si spiega come anche coloro che si son messi sulla via che condurrebbe a quest'ultime, si fermano poi a mezza strada, dimostrando in tal modo l'erroneità delle premesse, che son costretti a dimenticare. Donde l'opinione comune, che, se quelle premesse fossero giuste, dovrebbe rigettarsi, per cui il diritto internazionale particolare si considera come un diritto che si innesta in quello generale e lo presuppone.

Anche da questo punto di vista, si è ricondotti dunque a riaffermare l'esistenza di una comunità degli Stati concepita nella sua integrale unità: istituzione, nella quale i nuovi Stati che sorgono sono ammessi, previo il così detto riconoscimento, e che quindi, ad ognuna di queste ammissioni, si amplia, non rinnovandosi, ma conservando la propria identità. Così il diritto internazionale fornisce, a sua volta, una buona riprova dell'esattezza del concetto di ordinamento giuridico, che abbiamo formulato in generale.

NORBERTO BOBBIO

*Governo degli uomini o governo delle leggi?**

1. Lungo tutta la storia del pensiero politico ricorre con insistenza la domanda: «Qual è il governo migliore, quello delle leggi o quello degli uomini?». Le alterne risposte a questa domanda costituiscono uno dei capitoli più significativi e anche più affascinanti della filosofia politica.

Tanto per cominciare, sarà bene rendersi conto che questa domanda non deve essere confusa con quella, non meno tradizionale, di quale sia la miglior forma di governo. Dalla celebre disputa dei tre principi persiani, narrata da Erodoto, se sia migliore il governo di uno, di pochi o di molti, la disputa sulla miglior forma di governo è sempre stata rivolta alla contrapposizione rispettivamente dei pregi e dei difetti della monarchia, dell'aristocrazia e della democrazia, ed eventualmente al superamento del contrasto attraverso la delineazione di una forma di governo che tenga conto di tutte e tre, il cosiddetto governo misto. Questa disputa assume come criterio di giudizio e di scelta il numero dei governanti. Ma ognuna delle tre forme ha il suo rovescio in una forma cattiva, la monarchia nella tirannia, l'aristocrazia nella oligarchia, la democrazia nella oclocrazia o governo della plebaglia. Ciò implica che per formulare un giudizio sulla miglior forma di governo occorre tener conto non soltanto di quali e quanti siano i governanti ma anche del loro modo di governare. L'alternativa governo delle leggi o governo degli uomini? riguarda questo secondo problema. Non la *forma* di governo ma il *modo* di governare. In altre parole, apre un diverso tema di discussione, e procede sotto l'insegna di un'altra distinzione: quella fra buongoverno e malgoverno¹. Può es-

* Da N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995.

¹ Al tema del buongoverno ho dedicato la prolusione letta all'Accademia dei Lincei il 26 giugno, 1981, in «Belfagor», XXXVII (1982), pp. 1-12.

sere infatti riformulata in quest’altro modo: «Buongoverno è quello in cui i governanti sono buoni perché governano rispettando le leggi oppure quello in cui vi sono buone leggi perché i governanti sono saggi?»

A favore del primato del governo delle leggi sul governo degli uomini vi sono nell’età classica due testi autorevoli, uno di Platone e uno di Aristotele. Il primo:

ho qui chiamati servitori delle leggi quelli che ordinariamente si chiamano governanti, non per amore di nuove denominazioni, ma perché ritengo che da questa qualità dipenda soprattutto la salvezza o la rovina della città. Difatti dove la legge è sottomessa ai governanti ed è priva di autorità, io vedo pronta la rovina della città; dove invece la legge è signora dei governanti e i governanti sono i suoi schiavi, io vedo la salvezza della città e accumularsi su di essa tutti i beni che gli dei sogliono elargire alle città (*Leggi*, 715d).

Il secondo:

è più utile essere governati dal migliore degli uomini o dalle leggi migliori? Coloro che sostengono il potere regio asseriscono che le leggi possono solo dare delle prescrizioni generali, ma non provvedono ai casi che via via si presentano, sicché in qualunque arte sarebbe ingenuo regalarsi secondo norme scritte... Tuttavia ai governanti è necessaria anche la legge che dà prescrizioni universali, perché migliore è l’elemento cui non è possibile esser soggetto di passioni che quello cui le passioni sono conaturate. Ora la legge non ha passioni che invece necessariamente si riscontrano in ogni anima umana (*Politica*, 1286a).

Quale sia l’argomento principale in favore della tesi contraria a quella della superiorità del governo degli uomini sul governo delle leggi appare nella critica che in questo passo Aristotele muove ai fautori del potere regio. La critica è manifestamente rivolta alla tesi sostenuta da Platone nel *Politico*. Questo dialogo platonico si propone di stabilire la natura della «scienza regia», ovvero di quella forma di sapere scientifico che permette a chi la possiede di ben governare. Dopo aver affermato che fa parte della scienza regia la scienza legislativa, il Forestiero esce in questa battuta: «Ma il meglio di tutto, pare, non è che le leggi contino, ma che conti, piuttosto, l’uomo che ha intendimento, l’uomo regio!» A Socrate che domanda per quale ragione, l’interlocutore risponde: «Perché la legge non potrà mai pre-

scrivere ciò ch'è il meglio ed il più giusto con precisione per tutti, comprendendovi il più conveniente ». Subito dopo sostiene con maggior forza che la legge, la quale pretende di valere per tutti i casi e per tutti i tempi, è «simile a un uomo soverchiatore e ignorante che non lascia a nessuno agio di compiere nulla senza una sua prescrizione» (294ab). Segue, come al solito, l'esempio chiarificatore:

Allo stesso modo che il timoniere, stando sempre di guardia all'utile della nave e dei naviganti, senza bisogno di leggi scritte, ma avendo soltanto l'arte per norma, salva i compagni di nave, così è in questo preciso modo, da quelli che hanno una tale attitudine a governare non potrebbe venir fuori una retta forma di governo, mercé la forza dell'arte, che è superiore a quella delle leggi? (296e).

Come si vede, chi sostiene la tesi della superiorità del governo degli uomini rovescia completamente la tesi dell'avversario: ciò che costituisce per quest'ultimo l'elemento positivo della legge, la sua «generalità», diventa per il primo l'elemento negativo, in quanto, proprio per la sua generalità, la legge non può comprendere tutti i casi possibili e quindi richiede l'intervento del saggio governante affinché sia dato a ciascuno il suo. L'altro però può a sua volta difendersi adducendo il secondo carattere della legge: il fatto di essere «senza passioni». Con questa espressione Aristotele vuol far capire che là dove il governante rispetta la legge, non può far valere le proprie preferenze personali. In altre parole, il rispetto della legge impedisce al governante di esercitare il proprio potere parzialmente, in difesa d'interessi privati, così come le regole dell'arte medica, bene applicate, impediscono ai medici di trattare diversamente i loro malati secondo siano amici o nemici. Mentre il primato della legge protegge il cittadino dall'arbitrio del cattivo governante, il primato dell'uomo lo protegge dall'applicazione indiscriminata della norma generale, purché, s'intende, il governante sia giusto. La prima soluzione sottrae l'individuo alla singolarità della decisione, la seconda lo sottrae alla generalità della prescrizione. Peraltro, come questa seconda presuppone il buon governante, la prima presuppone la buona legge. Le due soluzioni sono poste l'una di fronte all'altra come se si trattasse di una scelta in senso assoluto: *aut aut*. In realtà presuppongono entrambe una condizione che finisce per renderle, al mutar della condizione, interscambiabili. Il primato della legge è fondato sul presupposto che i governanti siano per lo più cat-

tivi, nel senso che tendono a usare del potere per i propri fini. Viceversa, il primato dell'uomo è fondato sul presupposto del buon governante, il cui ideale è presso gli antichi il grande legislatore. Infatti, se il governante è saggio che bisogno c'è di costringerlo nella rete di leggi generali che gl'impediscono di sopesare i meriti e i demeriti di ciascuno? Certo, ma se il governante è cattivo non è meglio sottoporlo all'impero di norme generali che impediscono a chi detiene il potere di erigere il proprio arbitrio a criterio di giudizio del giusto e dell'ingiusto?

Posta l'alternativa in questi termini, e chiarito in questi termini il suo significato reale, bisogna riconoscere che, siccome la risposta di gran lunga prevalente nel corso dei secoli è stata in favore della superiorità del governo delle leggi, è stato generalmente negativo il giudizio su coloro che la fortuna o la virtù o una combinazione di entrambe (per usare le note categorie di Machiavelli) hanno posto in condizione di reggere le sorti di uno stato. I criteri con cui il buongoverno è stato distinto dal malgoverno sono soprattutto due: il governo per il bene comune distinto dal governo per il bene proprio; il governo secondo leggi stabilite, siano esse le leggi naturali o divine, oppure le norme del costume o le leggi positive poste dai predecessori e diventate consuetudini del paese, distinto dal governo arbitrario, le cui decisioni sono prese di volta in volta, al di fuori di ogni regola precostituita. Ne derivano due figure distinte ma non dissimili di governante odioso: il tiranno che usa il potere per soddisfare i propri desideri illeciti di cui parla Platone nel libro IX della *Repubblica*; il signore che dà leggi a se stesso, ovvero l'autocrate nel senso etimologico della parola.

2. Il tema della superiorità del governo delle leggi percorre senza soluzione di continuità tutta la storia del pensiero occidentale (ma con non minor fortuna anche quella del pensiero politico dell'antica Cina). Una delle forme più antiche per esprimere l'idea del buongoverno è il termine greco «eunomia», usato da Solone, il grande legislatore di Atene, in opposizione a «disnomia». Staccata dal contesto, di difficile e incerta interpretazione, l'espressione più celebre presso gli antichi e quindi ripresa infinite volte dai moderni, della signoria della legge, è nel frammento di Pindaro, tramandato col titolo *Nómos Basileús*, il quale inizia dicendo che la legge è regina di tutte le cose,

sia delle mortali sia delle immortali². Fra i passi canonici che l'età classica ha tramandato all'età successive, è da ricordare il testo di Cicerone, secondo cui «*Omnes legum servi sumus uti liberi esse possumus*»³.

Tutto il pensiero politico del medioevo è dominato dall'idea che buon governante è colui che governa osservando le leggi di cui non può disporre liberamente perché lo trascendono, come sono quelle poste da Dio, o iscritte nell'ordine naturale delle cose, o stabilite a fondamento della costituzione dello stato (le leggi, appunto, «*fundamentalis*»). Nel *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Henri Bracton enuncia una massima destinata a diventare il principio dello stato di diritto: «*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege quia lex facit regem*»⁴. Non si poteva enunciare con maggior forza l'idea del primato della legge: non è il re che fa la legge ma è la legge che fa il re. Nella concezione dinamica dell'ordinamento giuridico dei moderni («*dinamica*» nel senso della teoria normativa di Kelsen) si può tradurre la massima di Bracton nell'affermazione che il sovrano fa la legge soltanto se esso esercita il potere in base ad una norma dell'ordinamento, ed è quindi sovrano legittimo; ed esercita il potere di fare le leggi (ovvero le norme valide e vincolanti per tutta la collettività) entro i limiti formali e materiali stabiliti dalle norme costituzionali, e non è quindi tiranno (nel senso della tirannia «*ex parte exercitii*»).

Dall'Inghilterra il principio della *rule of law* trapassa nelle dottrine giuridiche degli stati continentali dando origine alla dottrina, oggi veramente universale (nel senso che non è più contestata da nessuno in linea di principio tanto che quando non la si riconosce s'invoca lo stato di necessità o d'eccezione) dello «*stato di diritto*», cioè dello stato che ha come principio ispiratore la subordinazione di ogni potere al diritto, dal livello più basso al più alto, attraverso quel pro-

² Sul tema il noto libro di M. Gigante, *Nómos Basiléus*, Edizioni Glaux, Napoli 1956 (reprint Arno Press, New York 1979).

³ Cicerone, *Pro Cn. Plancio*, 53. Per questa ed altre citazioni, in genere per la storia del governo delle leggi, si veda F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago 1960, che cito dalla trad. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze 1969, cap. XI, pp. 190-204.

⁴ Nella ed. critica a cura di G. E. Woodbine, Harvard University Press, 1968, II, p. 33.

cesso di legalizzazione di ogni azione di governo che è stata chiamata, dalla prima costituzione scritta dell'età moderna, «costituzionalismo». Dell'universalità di questa tendenza alla sottomissione del potere politico al diritto possono essere considerate manifestazioni estremamente rivelatrici, sia la interpretazione weberiana dello stato moderno come stato razionale e legale, come stato la cui legittimità riposa esclusivamente sull'esercizio del potere in conformità delle leggi, sia la teoria kelseniana dell'ordinamento giuridico come catena di norme che creano poteri e di poteri che creano norme, il cui inizio è rappresentato non dal potere dei poteri, com'è sempre stata concepita la sovranità nella teoria del diritto pubblico che si è venuta formando col formarsi dello stato moderno, ma dalla norma delle norme, la *Grundnorm*, da cui dipende la validità di tutte le norme dell'ordinamento e la legittimità di tutti i poteri inferiori⁵.

3. Per completare questo discorso occorre ancora riflettere sul fatto che per «governo della legge» s'intendono due cose diverse, se pure collegate: oltre il governo *sub lege*, che è quello considerato sin qui, anche il governo *per leges*, cioè mediante leggi, ovvero attraverso l'emanazione, se non esclusiva, prevalente, di norme generali ed astratte. Altro è che il governo eserciti il potere secondo leggi prestabilite, altro che lo eserciti mediante leggi, cioè non mediante comandi individuali e concreti. Le due esigenze non si sovrappongono: in uno stato di diritto il giudice, quando emette una sentenza che è un comando individuale e concreto, esercita il potere *sub lege* ma non *per leges*; al contrario il primo legislatore, il legislatore costituente, esercita il potere non *sub lege* (salvo ad ipotizzare, come fa il Kelsen, una norma fondamentale) ma *per leges* nel momento stesso in cui emana una costituzione scritta. Nella formazione dello stato moderno la dottrina del costituzionalismo in cui si riassume ogni forma di governo *sub lege* procede di pari passo con la dottrina del primato della legge come fonte di diritto, intesa la legge, per un verso, come espressione massima della volontà del sovrano, sia esso il principe o il popolo, e come tale in opposizione alla consuetudine, per altro verso, come

⁵ Più a lungo su questo tema mi sono intrattenuto in *Kelsen e il problema del potere*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LVIII (1981), pp. 549-70.

norma generale ed astratta, e come tale in opposizione ai comandi dati volta per volta. Si considerino i tre massimi filosofi le cui teorie accompagnano la formazione dello stato moderno, Hobbes, Rousseau, Hegel: si può dubitare che possano essere annoverati tra i fautori del governo della legge, ma certamente sono tutti e tre assertori del primato della legge come fonte del diritto, come strumento principale di dominio e in quanto tale prerogativa massima del potere sovrano. [...]

Che la funzione eguagliatrice della legge dipenda dalla natura di norma generale avente per destinatari non solo un individuo ma una classe d'individui che può anche essere costituita dalla totalità dei membri del gruppo sociale, è fuori discussione. Proprio a causa della sua generalità una legge, quale che essa sia, e quindi indipendentemente dal contenuto, non consente, almeno nell'ambito della categoria di soggetti cui si rivolge, né il privilegio, cioè il provvedimento a favore di una sola persona, né la discriminazione, cioè il provvedimento a sfavore di una sola persona. Che poi vi siano leggi egualitarie e leggi inegualitarie è un altro problema: è un problema che riguarda non la forma della legge ma il contenuto.

La funzione di sicurezza dipende invece dall'altro carattere puramente formale della legge, il carattere dell'astrattezza, cioè dal fatto che essa collega una data conseguenza alla commissione o emissione di un'azione tipica, in quanto tale ripetibile: in questo caso la norma astratta contenuta nella legge si contrappone al comando rivolto a una persona o anche a una classe di persone (sotto questo aspetto la natura del destinatario è indifferente) di compiere un'azione specificamente determinata, la cui effettuazione esaurisce una volta per sempre l'efficacia del comando. Mentre gli antichi, sensibili in particolar modo al problema del governo tirannico, hanno messo in rilievo soprattutto la funzione eguagliatrice della legge, i moderni (mi riferisco alla categoria dello stato legale e razionale di Weber) hanno esaltato soprattutto la funzione che il governo può svolgere, emanando norme astratte, nell'assicurare la prevedibilità e quindi la calcolabilità delle conseguenze delle proprie azioni, favorendo in tal modo lo sviluppo dello scambio economico.

Più problematico è il nesso tra la legge e il valore della libertà. Il famoso detto ciceroniano secondo cui dobbiamo essere servi della legge per essere liberi, se non viene interpretato, può apparire come un retorico invito all'obbedienza. Ma come interpretarlo? Le inter-

pretazioni possibili sono due, secondo che si abbia di mira la libertà negativa o la libertà positiva. Più semplice l'interpretazione fondata sulla libertà positiva, come appare in questo brano di Rousseau: «Si è sempre liberi quando si sottostà alle leggi, ma non quando si deve obbedire a un uomo; perché in questo secondo caso io devo obbedire alla volontà altrui, mentre quando obbedisco alle leggi non ottempo che alla volontà pubblica, che è tanto mia come di qualunque altro»⁶. Più semplice ma anche più riduttiva, anzi, più semplice proprio perché più riduttiva: per «legge» Rousseau intende unicamente la norma emanata dalla volontà generale. Si potrebbe dire lo stesso della legge posta dal saggio legislatore o di una norma consuetudinaria o comunque di una legge non posta dalla volontà generale? Si può considerare come carattere intrinseco della legge, oltre la generalità e l'astrattezza, anche la emanazione dalla volontà generale? Se non si può, ciò che garantisce la protezione della libertà positiva è la legge in se stessa oppure quella legge alla cui formazione hanno dato il loro contributo coloro che poi dovranno obbedirla?

Per attribuire alla legge in quanto tale anche la protezione della libertà negativa occorre una limitazione del suo significato ancora maggiore. Occorre considerare vere e proprie leggi soltanto quelle norme di condotta che intervengono a limitare il comportamento degli individui unicamente allo scopo di permettere a ciascuno di godere di una propria sfera di libertà protetta dall'eventuale interferenza altrui. Per quanto strana e storicamente insostenibile, questa interpretazione della natura «autentica» della legge è tutt'altro che infrequente nella storia del pensiero giuridico. Corrisponde alla teoria, non so se inaugurata, certo divulgata dal Thomasius, secondo cui il carattere distintivo del diritto rispetto alla morale sta nell'essere costituito esclusivamente da precetti negativi, riassumibili nel *neminem leadere*. Anche per Hegel, il diritto astratto, che è il diritto di cui si occupano i giuristi, è composto soltanto da divieti. Questa vecchia dottrina che potremmo chiamare dei «limiti della funzione del diritto» (integrantesi storicamente con la dottrina dei limiti del potere dello stato) è stata ripresa e riportata alla luce del giorno da uno dei maggiori sostenitori dello stato liberale, Friedrich von Hayek, il quale intende per norme

⁶ Questo brano è tratto dai *Fragment politiques*, che cito dalla edizione a cura di P. Alatri degli *Scritti politici*, Utet, Torino 1970, 646.

giuridiche propriamente dette soltanto quelle che offrono le condizioni o i mezzi con cui il singolo possa perseguire liberamente i propri fini senza esserne impedito se non dall'eguale diritto degli altri. Non è un caso che le leggi così definite siano anche per Hayek degli imperativi negativi o divieti⁷.

Mentre il nesso tra legge ed egualianza e tra legge e sicurezza è diretto, per giustificare il nesso tra legge e libertà occorre manipolare il concetto stesso di legge, assumerne un concetto selettivo, eulogico e in parte anche ideologicamente orientato. Prova ne sia che la dimostrazione del nesso tra legge e libertà positiva esige il richiamo alla dottrina democratica dello stato, quella del nesso tra legge e libertà negativa può essere fondata soltanto sui presupposti della dottrina liberale.

4. Accanto alla idea del primato del governo delle leggi corre parallela, se pur con minor fortuna, l'idea del primato del governo degli uomini. Però, a differenza dalla prima, di cui è stata narrata spesso la storia, la seconda non è mai stata fatta oggetto, ch'io sappia, di attento studio e di analisi particolareggiata. Eppure presenta una fenomenologia tanto ampia e ricca da offrire un abbondante materiale per una tipologia (di cui propongo, nelle pagine seguenti, un primo abbozzo).

Premetto che non bisogna confondere la dottrina del primato del governo degli uomini con l'elogio della monarchia come forma di governo, così frequente nei classici del pensiero politico, come Bodin, Hobbes, Montesquieu, Hegel. Il governo monarchico, in quanto si contrappone al tirannico, sua forma corrotta, è sempre un governo *sub lege*. La massima di Ulpiano, «*princeps legibus solutus est*», enunciata per il principato romano, viene interpretata dai giuristi medievali nel senso che il sovrano è sciolto dalle leggi positive che egli stesso produce e dalle consuetudini che valgono sino a che sono tollerate, non dalle leggi divine e naturali, che obbligano anche il monarca, che prima di essere re è un uomo come tutti gli altri, se pure soltanto in coscienza, in virtù di una *vis directiva*, come spiega ad esempio san

⁷ Su questo tema mi sono soffermato più a lungo in *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto* (1970), ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1977, pp. 123-44.

Tommaso, e non *coactiva*⁸. La controfigura del re è il tiranno, il cui potere è *extra legem* sia nel senso di non aver titolo valido a governare sia nel senso di governare illegalmente. Anche nell'ambito degli scrittori che considerano la monarchia la migliore forma di governo, il governo tipico dell'uomo che è il governo tirannico, è sempre una forma negativa. L'eccellenza della monarchia non sta nell'essere il governo dell'uomo contrapposto al governo delle leggi, ma se mai, all'opposto, nella necessità in cui si trova il monarca di rispettare le leggi universalmente umane più di un'assemblea di notabili o peggio popolare. Sino a che si identifica il governo degli uomini col governo tirannico non vi è ragione alcuna per rovesciare l'antica dottrina del primato del governo delle leggi. Anzi l'esistenza di governi tirannici è una riprova *a contrario* dell'eccellenza del governo delle leggi.

Sin dalla celebre descrizione platonica dell'avvento del tiranno dalla dissoluzione della *polis* provocata dalla democrazia «licenziosa» (l'epiteto è di Machiavelli) la tirannia come forma di governo corrotta è stata collegata ben più alla democrazia che alla monarchia. Però soltanto all'inizio del secolo scorso, dopo la rivoluzione francese e il dominio napoleonico, negli scrittori politici conservatori ha trovato un posto ragguardevole, accanto alle tradizionali forme di governo, e con una connotazione generalmente negativa, il cosiddetto «cesarismo», che diventa con Napoleone III, specie per effetto della critica di Marx, «bonapartismo». Ebbene, da tutti gli scrittori che fanno del cesarismo una forma autonoma di governo questo viene definito come «tirannia (o dispotismo) popolare»: la reminiscenza platonica, che si è tramandata nei secoli insieme con il disprezzo per i demagoghi, è evidente. In altre parole il cesarismo (o bonapartismo) è quella forma di governo di un uomo che nasce come effetto dello scompiglio cui va ineluttabilmente incontro il governo popolare: il giacobinismo genera Napoleone il Grande, la rivoluzione del 1848 genera Napoleone il piccolo, allo stesso modo che il tiranno classico nacque nelle città greche non appena prese il sopravvento il *demos*, oppure il signore nei tumultuosi comuni italiani. Per Tocqueville una nuova specie di oppressione minaccia i popoli democratici, per cui è difficile valersi delle parole antiche «perché la cosa è nuova». Ma non tanto nuova da non poter essere descritta come una forma di dispotismo:

⁸ San Tommaso, *Summa theologiae*, I^a, II^{ae}, q. 96 art. 5.

Immaginiamo sotto quali aspetti nuovi il dispotismo potrebbe prodursi nel mondo: vedo una folla innumerevole di uomini simili ed eguali che non fanno che ruotare su se stessi, per procurarsi piccoli e volgari piaceri con cui saziano il loro animo... Al di sopra di costoro si erge un potere immenso e tutelare, che s'incarica da solo di assicurare il godimento dei beni e di vegliare sulla loro sorte. È assoluto, minuzioso, sistematico, previdente e mite⁹.

Verso la fine del secolo all'analisi storica e dottrinale del cesarismo è dedicato ampio spazio in due fra i maggiori trattati di politica, quello del Treitschke e quello del Roscher. Il primo, antifrancese sino al midollo, ritiene che Napoleone abbia soddisfatto il bisogno dei francesi di essere schiavi, e chiama il regime uscito dalla rivoluzione «dispotismo democratico»¹⁰. Il secondo riprendendo il *topos* classico dell'anarchia che provoca il desiderio di ordine, perché è sempre meglio un leone che dieci lupi o cento sciacalli, spiega che dal governo del popolo nasce il tiranno il quale governa col favore di quelli stessi che tratta come schiavi¹¹. Come si vede, il collegamento tra governo popolare e governo tirannico è un tema caro a tutti gli scrittori anti-democratici, il cui capostipite è Platone. Nella critica alla democrazia greca, già Hamilton aveva scritto nella prima lettera del *Federalist*: «La maggior parte di coloro che hanno sovvertito la libertà delle repubbliche, hanno cominciato la loro carriera tributando al popolo un ossequio cortigiano: hanno cominciato da demagoghi e sono finiti tiranni»¹².

5. Il governo degli uomini come alternativa positiva al governo delle leggi si presenta nella sua forma più rudimentale attraverso la fi-

⁹ A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, che cito dalla trad. it, a cura di N. Matteucci, Utet, Torino 1968, II, p. 812.

¹⁰ H. Von Treitschke, *Politica*, Laterza, Bari 1918, 11, p. 190.

¹¹ W. Roscher, *Politik. Geschichtliche Naturlebtre der Monarchie, Aristokratie und Demokratie*, Cotta, Stuttgart 1892. Sul tema I. Cervelli, *Cesarismo e cavourismo*, in «La cultura», X (1972), pp. 337-91; L. Mangoni, *Cesarismo, bonapartismo, fascismo*, in «Studi storici», 1976, n. 3, pp. 41-61; la voce *Caesarismus*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Kleit Verlag, Stuttgart 1974, pp. 726-771.

¹² Lo cito dalla traduzione italiana a cura di M. D'Addio e G. Negri, il Mulino, Bologna 1980, p. 38.

gura del sovrano-padre o del sovrano-padrone, ovvero nelle concezioni paternalistica o patriarcalistica, al limite anche dispotistica, del potere, in quelle dottrine in cui lo stato è considerato come una famiglia in grande, o paterna, o patriarcale, o padronale, secondo gli autori, e il potere del sovrano è assimilato a quello del padre o del patriarca o del padrone. La famiglia, grande o piccola, padronale o soltanto paterna, è sempre stata elevata a modello, almeno sino a Locke, del gruppo monocratico, in cui il sommo potere è concentrato nelle mani di uno solo e i sudditi sono nel senso giuridico della parola «incapaci», o temporaneamente sino alla maggior età, i figli, o perennemente, gli schiavi. Come il padre (o il patriarca o il padrone), il re, concepito come il capo di una famiglia in grande, è tenuto ad esercitare il potere non in base a norme prestabilite e mediante norme generali ed astratte, ma secondo saggezza e mediante disposizioni date di volta in volta, secondo le necessità e i bisogni, di cui egli solo è l'interprete autorizzato. I vincoli che uniscono il padre o il padrone ai membri del gruppo familiare non sono giuridici ma etici o, all'estremo opposto, fondati sulla mera forza. In quanto società di diseguali – la moglie (o le mogli nella famiglia poligamica) rispetto al marito, i figli rispetto al padre, gli schiavi rispetto al padrone –, la società familiare, e con essa lo stato quando venga concepito come una famiglia, non soggiacciono alla forza egualiatrice della legge, si reggono più sulla giustizia caso per caso che non sulla giustizia legale. L'equità, in quanto giustizia del caso concreto, può essere ridefinita come la giustizia dell'uomo in contrasto con la giustizia della legge. Se pure in una posizione laterale, non preminente, l'ideale del governo paterno giunge con Filmer, confutato da Locke, sino alle soglie dell'età moderna. Quando Leibniz enumera i doveri del sovrano, per distinguere il governo dal malgoverno, riprende in realtà i doveri del buon padre di famiglia. Sono doveri che riguardano quasi esclusivamente la buona educazione e il benessere dei sudditi, come l'ammaestramento alla moderazione, alla prudenza, alla sanità fisica, all'esercizio di ogni virtù dell'anima e del corpo. Tra questi, il dovere di far sì che i sudditi «amino ed onorino i loro governanti» (che riecheggia il comandamento «Onora il padre e la madre»)¹³. Non è senza una ragione che

¹³ G. W. Leibniz, *Scritti politici e di diritto naturale*, a cura di V. Mathieu, Utet, Torino 1951, p. 131.

la critica definitiva della concezione paternalistica del potere provenga da un pensatore come Kant cui siamo debitori di una delle più compiute e coerenti teorie dello stato di diritto: per Kant «un governo fondato sul principio della benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*) [...] è il peggior dispotismo che si possa immaginare»¹⁴.

Sin dagli antichi, a cominciare da Aristotele, cui anche in questo caso fa capo una tradizione secolare, il governo del sovrano-padrone, il dispotismo, a differenza della tirannia, è un governo legittimo, perché là dove i popoli sono per natura schiavi (e tali sono i barbari orientali), l'unica forma di governo possibile è quella del padrone di schiavi. Nella storia del pensiero politico europeo poche idee sono state così tenacemente sostenute e monotonamente ripetute come questa, che giunge, infatti, attraverso Montesquieu, sino a Hegel, per il quale nel mondo orientale «uno solo è libero», mentre nella società europea del suo tempo, che ha inizio con le monarchie germaniche, «tutti sono liberi».

6. La figura classica della superiorità, e in un certo senso della necessità, del governo dell'uomo saggio rispetto a quello delle buone leggi, è rappresentata dal grande legislatore. Necessaria questa figura, perché s'inserisce nel punto debole della tesi favorevole al governo delle leggi. La quale, infatti, deve pur rispondere alla domanda: «Da dove derivano le leggi?» La domanda è tanto impellente che *Le Leggi* di Platone cominciano con queste parole. L'Ateniese si rivolge a Clinia e gli chiede: «Un dio, o un uomo, è presso di voi, ospite, ritenuto autore dell'istituzione delle leggi?» E Clinia risponde: «Un dio, ospite, un dio» (621a).

Se si rispondesse che le leggi hanno origine da altre leggi, si precipiterebbe in un regresso all'infinito. Bisogna pure arrestarsi ad un certo punto. Allora, o le leggi hanno origine divina oppure la loro origine si perde nella notte dei tempi. Ma è pur da considerare la circo-

¹⁴ Questo passo (ma se ne potrebbero citare molti altri dello stesso tenore) è tratto dallo scritto *Sopra il detto comune «Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica»* (1793), che cito dalla trad. it., a cura di G. Solari e G. Vidari, Utet, Torino 1956, p. 255.

stanza che di tanto in tanto gli dèi ispirano uomini straordinari che stabilendo nuove leggi danno ordine duraturo e giusto alle città: Minosse a Creta, Licurgo a Sparta, Solone ad Atene. In questo modo, rispetto al governo delle leggi il principio del buongoverno è completamente capovolto: non è la buona legge che fa il buon governante ma è il saggio legislatore che attua il buongoverno introducendo buone leggi. Gli uomini vengono prima delle leggi: il governo delle leggi per essere un buon governo (e non può essere un buon governo se le leggi cui deve conformare la propria azione non sono buone), presuppone l'uomo giusto che è capace d'interpretare i bisogni della sua città. Quale sia stata la forza di suggestione che l'ideale del buon legislatore ha esercitato nei secoli, basti a provarlo l'attributo di *conditor legis* preteso dai sovrani come uno dei massimi titoli di gloria.

Ideale tipicamente illuministico, di un'età in cui uno dei compiti dei principi riformatori sembra essere quello di rinnovare i fasti dell'imperatore Giustiniano dando impulso all'opera della riforma delle leggi attraverso la redazione di nuovi codici, il grande legislatore è esaltato da Rousseau, ammiratore del governo di Sparta, in uno dei capitoli più sorprendenti e controversi del *Contratto sociale*: «Ci vorrebbero degli dei per dare leggi agli uomini», esclama, ripetendo la lezione degli antichi. Con un chiaro riferimento all'uomo regio di Platone, si domanda: «Se è vero che un grande principe è una persona rara, quanto più lo sarà un grande legislatore?» La risposta non può lasciar dubbi: «Il primo deve limitarsi a seguire un modello, ma l'altro deve proporlo». Sotto tutti gli aspetti il legislatore è «un uomo straordinario», la cui missione storica è nientemeno quella di «cambiare la natura umana», di «trasformare ogni individuo che in se stesso è un tutto perfetto e isolato, in una parte del tutto»¹⁵. Il mito del grande legislatore ispira i governi rivoluzionari. Fiorisce la «scienza della legislazione», di cui rappresenta un modello insuperato, subito diffuso in tutta l'Europa civile, la monumentale opera di Gaetano Filangieri. Ne è l'ultimo rappresentante, prima che la critica dei «legisti» fatta da Saint-Simon lasci il segno, Jeremy Bentham, infaticabile e sfortunato autore di progetti legislativi che dovrebbero instaurare il regno della felicità sulla terra.

Analoga alla figura del grande legislatore è quella del fondatore di

¹⁵ *Contratto sociale*, II 7.

stati. In questa qualità spicca, nella tradizione antica, fonte inesauribile di personaggi paradigmatici, Teseo, di cui Plutarco (che lo abbina a Romolo, fondatore di Roma) scrisse che di «un popolo disperso fece una città». Analoga, perché anch'essa appartiene al tema misterioso e suggestivo delle origini. Ogni stato, colto in un momento determinato della sua storia e nella successione di questi momenti, ha una sua costituzione, cioè un ordinamento fatto di leggi o tramandate o imposte. Ma chi voglia spingersi a ritroso nel tempo, di costituzione in costituzione, non arriverà fatalmente al momento in cui l'ordine nasce dal caos, il popolo dalla moltitudine, la città da individui isolati e in lotta fra di loro? Se nel suo svolgimento storico la città può essere conosciuta attraverso le sue leggi, la sua costituzione, oggi diremmo il suo ordinamento giuridico, risalendo alle origini non si trovano leggi, ma uomini, anzi, secondo l'interpretazione più accreditata, e accettata, l'uomo, l'eroe.

Nell'età moderna il più alto omaggio al fondatore di stati e quindi il più alto riconoscimento del primato del governo degli uomini sul governo delle leggi si trova non a caso in un'opera come il *Principe* di Machiavelli, di un autore, com'è il commentatore di Tito Livio, nutrito di letture classiche e particolarmente sensibile agli ammaestramenti degli scrittori antichi. Parlano dei «principi nuovi», tra i quali i più «eccellenti» sono, secondo una secolare tradizione apologetica, Mosè, Ciro, Teseo e Romolo, scrive che chi consideri le loro opere li troverà tutti «mirabili». Nelle ultime pagine invocando il nuovo principe che dovrà liberare l'Italia dal «barbaro dominio», li addita ancora una volta a esempio, e ripete: «Veruna cosa fa tanto onore a un uomo che di nuovo surga, quanto fa le nuove leggi e i nuovi ordini trovati da lui»¹⁶. Sulle orme di Machiavelli, di cui è un grande ammiratore, Hegel eleva l'eroe, fondatore di stati, a figura somma della storia universale, cui dedica alcune pagine grandiose e solenni nelle lezioni di filosofia della storia: «Essi hanno il diritto dalla loro parte perché sono i veggenti: essi sanno quale sia la verità del loro mondo e del loro tempo [...] e gli altri si riuniscono attorno alla loro bandiera»¹⁷. Hanno il diritto dalla parte loro? Che cosa vuol dire? Vuol dire, appa-

¹⁶ Questi passi sono tratti dal celebre ultimo capitolo de *Il Principe*, il cap. XXVI.

¹⁷ G.G.E. Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia*, La Nuova Italia, Firenze 1947, I, p. 8.

punto, come spiega nelle lezioni di filosofia del diritto, che il fondatore di stati ha il diritto, che tutti i loro successori non hanno, di esercitare la forza al di sopra e al di fuori delle leggi per raggiungere il fine, per compiere la missione straordinaria, un diritto che, non incontrando ostacoli nel diritto altrui, può dirsi a ragione «assoluto»¹⁸.

7. Tanto il grande legislatore, il sapiente, quanto il fondatore di stati, l'eroe, sono personaggi eccezionali che compaiono in situazioni fuori del comune e compiono le loro azioni in momenti di cominciamento o di rottura. In realtà, il governo degli uomini più che un'alternativa al governo delle leggi ne è una necessaria surrogazione nelle epoche di crisi. La fenomenologia delle figure storiche attraverso cui si è fatta strada l'idea della superiorità del governo degli uomini è in gran parte una fenomenologia di personaggi eccezionali. Così la domanda: governo delle leggi o governo degli uomini, finisce per essere una domanda mal posta, perché l'uno non esclude l'altro. Tra tutte le rappresentazioni positive del governo degli uomini l'unica che non viene immediatamente collegata con uno stato d'eccezione è il filosofare di Platone, ma è nella stessa mente di Platone una figura ideale. La sua esistenza storica, adombrata nella *Lettera settima*, nella frase «i guai delle città avranno fine quando il loro governo sarà in mano di gente capace di esercitare la vera filosofia» (326ab), si conclude in un fallimento. Storicamente il governo dell'uomo fa la sua apparizione quando il governo delle leggi o non è sorto ancora oppure mostra la sua inadeguatezza di fronte all'insorgere di una situazione di crisi rivoluzionaria. Insomma è strettamente connesso con lo stato d'eccezione.

Dallo stato d'eccezione nacque nei primi secoli della repubblica romana l'istituzione del dittatore. Intorno a questa istituzione hanno ruotato e tuttora ruotano le riflessioni più interessanti e pertinenti sul governo dell'uomo. Il dittatore romano è il caso esemplare dell'attribuzione a una sola persona di tutti poteri, dei «pieni poteri», e quindi della sospensione, se pure temporanea, della validità delle leggi normali, in una situazione di particolare gravità per la sopravvivenza stessa dello stato. Rappresenta bene il concetto che il governo del-

¹⁸ Id., *Lineamenti di filosofia del diritto*, §§ 93, 102, 350.

l'uomo deve essere sempre interpretato con riferimento alle circostanze che ne rivelano la necessità. In alcuni fra i maggiori scrittori politici dell'età moderna, da Machiavelli a Rousseau, la dittatura romana è additata ad esempio di saggezza politica, in quanto riconosce l'utilità del governo dell'uomo ma l'ammette soltanto in caso di pericolo pubblico e soltanto per tutta la durata del pericolo. Anzi, il compito del dittatore è proprio quello di ripristinare lo stato normale e quindi la sovranità delle leggi.

Anche quando la dittatura, venendo meno ai suoi principi costitutivi, tende a perpetuarsi nel tempo, e compare l'uomo d'eccezione che trasforma il potere costituzionale del dittatore *pro tempore* in un potere personale, la giustificazione del prolungamento indefinito dei pieni poteri è sempre fondata sulla gravità eccezionale e quindi sulla durata imprevedibile della crisi. Si tratta in genere di una crisi catastrofica, di una crisi non interna al regime, finita la quale l'ordinamento riprende il suo corso regolare, ma esterna, di una crisi cioè che prelude al passaggio da un ordinamento all'altro, e in cui l'apparizione di un uomo della storia universale (per usare l'espressione di Hegel), come Cesare, rappresenta il trapasso turbolento, caratterizzato da una lunga e cruenta guerra civile, dalla repubblica al principato. La distinzione, introdotta da Carl Schmitt, tra dittatura commissaria e dittatura sovrana, rispecchia la differenza tra i pieni poteri come istituzione prevista dalla costituzione e i pieni poteri assunti al di fuori della costituzione dal capo destinato a rovesciare l'antico regime e a instaurare il nuovo: una differenza che non esclude l'appartenenza di entrambe a un genere comune, al genere cioè del potere eccezionale e temporaneo, anche se nel secondo caso la durata non è costituzionalmente prestabilita. Che poi la dittatura sovrana, o costituenti, sia esercitata da un individuo, come Cesare o Napoleone, oppure da un gruppo politico, come i giacobini o i bolscevichi, oppure ancora da un'intera classe, secondo la concezione marxista dello stato, definito come dittatura della borghesia o del proletariato, non muta nulla riguardo alla natura del governo dittatoriale come governo in cui l'uomo o gli uomini si contrappongono alla supremazia delle leggi tramandate. Ciò che può cambiare è il suo significato assiologico: generalmente positivo, questo significato, rispetto alla dittatura commissaria; ora positivo ora negativo, rispetto alla dittatura costituenti secondo le diverse interpretazioni: la dittatura giacobina e quella bolscevica, ora esaltata ora vituperata. Nel linguaggio del mar-

xismo, la dittatura della borghesia è la realtà da combattere, quella del proletariato l'ideale da perseguire.

Nonostante le opportune distinzioni storiche e concettuali, le varie forme del potere dell'uomo hanno tratti comuni che si rivelano spesso nella interpretazione dello stesso personaggio secondo l'una o l'altra di queste forme. Si è visto il nesso che alcuni scrittori antideocratici hanno stabilito fra cesarismo e tirannia popolare. Ma non è meno frequente, e storicamente fondato, il collegamento fra cesarismo e dittatura. Franz Neumann, ad esempio, parla di una «dittatura cesaristica» come di un specie di dittatura (le altre due essendo la dittatura semplice e quella totalitaria), e adduce ad esempio (insolito) il governo effimero di Cola di Rienzo, definito «una delle dittature cesaristiche più affascinanti»¹⁹. Il collegamento del cesarismo con la tirannia ne mette in risalto soprattutto l'aspetto di forma corrotta dell'esercizio del potere; il collegamento con la dittatura, l'aspetto di forma eccezionale, che in quanto giustificata dallo stato di necessità non è pregiudizialmente negativa. I due aspetti non si escludono a vicenda, anche se il potere tirannico non è sempre eccezionale e il potere eccezionale non è sempre corrotto. Nell'interpretazione marxiana del colpo di stato di Luigi Bonaparte, il «bonapartismo» somiglia di più alla dittatura che alla tirannia: rappresenta infatti l'esercizio di un potere eccezionale in una situazione in cui il potere della classe dominante è minacciato (situazione prevista del resto anche nella istituzione del dittatore romano, che veniva chiamato non solo in caso di pericolo esterno ma anche interno). Seguendo Marx, Gramsci definisce il cesarismo come caratteristico di «una situazione in cui le forze in lotta si equilibrano in modo catastrofico, cioè si equilibrano in modo che la continuazione della lotta non può concludersi se non con la distruzione reciproca»²⁰. Inoltre Gramsci distingue un cesarismo progressivo e uno regressivo, indicando come esempio del primo Cesare e Napoleone I, del secondo Bismarck e Napoleone III. Queste pagine dei *Quaderni del carcere* furono scritte fra il 1932 e il 1934: si può congetturare che parlando di cesarismo progressivo pensasse a Lenin, del cesarismo regressivo, a Mussolini.

¹⁹ F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, il Mulino, Bologna 1973, 99, 333 sgg.

²⁰ A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, Einaudi, Torino 1975, p. 1619.

8. Bisogna giungere a Max Weber per avere una completa teoria del potere personale ed eccezionale. Tra le tre forme di potere legittimo Weber pone, com'è noto, il potere carismatico. Concludendo questa rapida rassegna, mi pare di poter dire che il capo carismatico di Weber sia una sorta di sintesi storica di tutte le forme di potere dell'uomo: vi confluiscono sia il grande demagogo (il tiranno degli antichi, che offre il materiale storico per la ricostruzione della forma moderna del cesarismo), sia l'eroe nel senso machiavellico e hegeliano, sia il grande capo militare. Non però i grandi legislatori di cui Weber si occupa marginalmente, limitandosi a dire «che vengono di solito chiamati al loro ufficio quando esistono tensioni sociali, cioè quando si afferma la prima tipica situazione che richieda una politica sociale sistematica»²¹.

All'estremo opposto del potere carismatico sta il potere legale: l'uno e l'altro rappresentano esemplarmente la contrapposizione fra il governo degli uomini e il governo delle leggi. Il potere tradizionale sta in mezzo fra i due estremi: è un potere personale ma non straordinario; è un potere personale il cui fondamento di legittimità non deriva dalla virtù del capo ma dalla forza della tradizione e quindi, come nel caso del potere legale, da una forza impersonale. Il potere carismatico, a differenza degli altri due, è il prodotto delle grandi crisi storiche, mentre il potere legale e quello tradizionale rappresentano i tempi lunghi della storia. Il potere carismatico brucia tutto nei tempi brevi ed intensi, che stanno fra una fine ed un inizio, tra la decadenza e la rigenerazione, tra il vecchio ordine che scompare e il nuovo che si apre faticosamente la strada. Se il suo dominio di solito è effimero, il suo compito è straordinario.

Inutile chiedere a Weber se sia migliore il governo degli uomini o il governo delle leggi: a uno studioso che ha ripetutamente affermato essere compito dello scienziato non dare giudizi di valore ma comprendere (*verstehen*), e la cattedra non essere né per i profeti né per i demagoghi (due incarnazioni del potere carismatico). Oggettivamente considerati, il governo del capo carismatico e quello delle leggi non sono né buoni né cattivi. Né si possono sostituire l'uno all'altro a capriccio. Sono manifestazioni diverse di circostanze storiche diverse, di cui lo scienziato sociale deve tener conto raccogliendo il maggior

²¹ M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, I, p. 448.

numero di dati storici ed empirici (e sotto questo aspetto Weber non è mai stato secondo a nessuno) allo scopo di elaborare una teoria delle forme di potere, il più possibile compiuta, esauriente, *wertfrei*. Che poi Weber, come scrittore politico militante, avesse le sue preferenze, e negli ultimi anni della sua vita coltivasse l'ideale di una forma di governo misto che combinasse la legittimità democratica con la presenza attiva di un capo, e che chiamò «democrazia plebiscitaria» per contrapporla alla democrazia parlamentare «acefala», è un problema da cui si può in questa sede prescindere. Anche perché la democrazia plebiscitaria che sopravvenne in Germania alcuni anni dopo la sua morte non fu quella che egli aveva immaginato e caldeggiato. Resta a ogni modo a Weber il merito, tra gli altri, di aver posto nei giusti termini uno dei più vecchi problemi della filosofia politica, trascrivendo una disputa, dove si sono di solito scontrate passioni opposte, in una complessa costruzione di filosofia politica, la scelta fra l'una e l'altra alternativa essendo compito del politico e non dello scienziato.

Se poi, a conclusione dell'analisi, mi si chiede di abbandonare l'abito dello studioso e di assumere quello dell'uomo impegnato nella vita politica del suo tempo, non ho alcuna esitazione a dire che la mia preferenza va al governo delle leggi, non a quello degli uomini. Il governo delle leggi celebra oggi il proprio trionfo nella democrazia. Che cosa è la democrazia se non un insieme di regole (le cosiddette regole del gioco) per la soluzione dei conflitti senza spargimento di sangue? e in che cosa consiste il buongoverno democratico se non, anzitutto, nel rigoroso rispetto di queste regole? Personalmente, non ho dubbi sulla risposta a queste domande. E proprio perché non ho dubbi, posso concludere tranquillamente che la democrazia è il governo delle leggi per eccellenza. Nel momento stesso in cui un regime democratico perde di vista questo suo principio ispiratore, si rovescia rapidamente nel suo contrario, in una delle tante forme di governo autocratico, di cui sono piene le narrazioni degli storici e le riflessioni degli scrittori politici.

Finito di stampare nel mese di marzo 2016
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli