

TITOLO ORIGINALE

HANS WELZEL

Naturrecht und materiale Gerechtigkeit

Vandenhoeck und Ruprecht

Göttingen, 1931; 1955; 1960; 1962

L'EDIZIONE ORIGINALE RECA LA SEGUENTE DEDICA:

*Ad Eberhard Schmidt
in segno di amicizia*

Hans Welzel

Diritto naturale e giustizia materiale

a cura di

GIUSEPPE DE STEFANO

Presentazione di ENRICO PARESCE



GIUFFRÈ * EDITORE

MILANO - 1965

H
ringie
a Col
tinga
del d
diritt
mani
und I
Al
rechts
tutte
mann
hanga
(1951
lan F
Pul/en
(1958
si ric
1940
schaf/
in Fe
N.
diche
origin

PRESENTAZIONE

I.

Il Diritto naturale ha avuto, negli anni del primo e del secondo dopoguerra, una spiegabile rinnovata fortuna. Ma sarebbe agevole dimostrare la debolezza dei tentativi di rivitalizzarne le teoriche e la sostanziale antistoricità dei frequenti richiami al pensiero degli antichi giurimaturalisti, spesso attualizzati senza rispetto alcuno dei loro condizionamenti storici.

Lo scritto del Welsel — Naturrecht und materiale Ge-rechtigkeits (I) — di cui qui presentiamo la traduzione italiana, si colloca, per l'ampiezza e la perspicuità dell'analisi storica e per il rilievo speculativo delle conclusioni, anzitutto a pochi altri, ad un livello scientifico ben diverso dalla media comune. Ciò non significa, evidentemente, che queste analisi e queste conclusioni siano ineccepibili. Tanto le une che le altre non sono esenti, a parer nostro, da un comune errore d'impostazione, che, come vedremo, consiste nell'aver voluto risolvere il problema del « valore » e del « significato storico » del Diritto naturale, attribuendogli una problematica che non è la sua. Ma questo errore d'impostazione diventa il maggior pregio del libro, perchè ci permette di individuare il nucleo moderno e vitale che gli è stato di nutrimento, e di affermarne la reale portata.

(1) La prima edizione è del 1951 e porta il seguente titolo: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechts-philosophie*. L'edizione sulla quale è stata fatta la traduzione è del 1962, ed è largamente riveduta e corretta rispetto alle precedenti.

Tutte le copie devono recare il contrassegno della S.I.A.E.

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(1965) Soc. Tip. «Mula Paucis» - 21108 Varese - Via G. Gozzi, 29

235

SEZIONE SESTA

JEAN JACQUES ROUSSEAU

Con maggiore fortuna di Hobbes, Jean Jacques Rousseau (1712-1778) ha ripreso e proseguito il suo tentativo di riunire la positività e l'idealità del diritto. Si è spesso fatto riferimento alle strette relazioni che corrono tra la dottrina del diritto naturale di Hobbes e quella di Rousseau. In manifesta polemica con Grozio, Rousseau respinge la supposizione di un impulso sociale originario nell'uomo, e fa sua la dottrina di Hobbes, che nello stato di natura nessun vincolo di simpatia accomuna gli uomini. Egli attenua solo per un aspetto la dottrina di Hobbes, in quanto attribuisce all'uomo, nello stato di natura, un egoismo non attivo ma passivo. Gli uomini in istato di natura non sono dominati dalla lotta di tutti contro tutti, ma esiste solo una indifferenza reciproca⁽¹⁾. Invece è più stretta l'affinità fra i concetti dello Stato di Hobbes e di Rousseau. Mentre la teoria del diritto naturale successiva ad Hobbes limita, in massima parte, il suo concetto di sovranità, Rousseau fa di nuovo sua la teoria estrema prospettata da Hobbes su questo punto. Anche per Rousseau la volontà dello Stato, la *volonté générale*, è senz'altro onnipotente. L'ingresso nello Stato significa per l'individuo « il suo risolversi completo, con tutti i suoi diritti, nella comunità... senza riserve... e senza che abbia alcunchè a pretendere »⁽²⁾. Di fronte allo Stato di

(1) Cfr. *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité*. Su di esso v. Cassiner, *Das Problem J.J. Rousseau*, in *Archiv f. Geschichte d. Philosophie*, 41 (1932), p. 210 ss.

(2) *Contrat social*, I, 6.

Rousseau, nessun cittadino ha il minimo diritto proprio...», ma, al contrario, è solamente per grazia dello Stato che egli riceve tutti i suoi diritti: come in Hobbes, anche per Rousseau lo Stato è il « dio mortale », il Leviathan, che ha il diritto di regolare autoritativamente non solo le azioni, ma anche, in quanto siano rilevanti socialmente, le idee e le convinzioni religiose dei suoi cittadini. Come, per Hobbes, la religione è la superstizione permessa dallo Stato (3), così Rousseau conosce solo una religione meramente civile, alla quale deve aderire ogni cittadino, sotto pena di esilio, e dalla quale non può fare apostasia, sotto pena di morte (4).

Però Rousseau non è, come non lo era Hobbes, un « totalitario » per il quale l'individuo non significa nulla, e la « collettività » tutto. Il suo *patmos* della libertà è veramente autentico. Egli fonda l'istituzione protettiva dello Stato non già per vanificare, ma per garantire la libertà dell'individuo. La rinuncia alla libertà dell'individuo è per lui la ingiustizia prima, perchè equivale a rinunciare all'umanità nella nostra persona, ai diritti dell'uomo in assoluto, alla possibilità di agire etico (5). Il problema che gli sta a cuore, egli lo formula chiaramente: « Come trovare una forma di società che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e le facoltà di ogni cittadino, e per la quale ognuno, pur essendo unito a tutti, obbedisca nondimeno soltanto a se stesso, e così resti libero come prima? » (6).

Per risolvere questo problema, Rousseau prende le mosse proprio da quel punto che Hobbes, nell'essenziale, aveva ignorato. Hobbes aveva visto la bontà di una legge nell'identità dell'interesse generale con l'interesse particolare, ma aveva creduto che la realizzazione di questa identità fosse solo un impegno morale del sovrano. Per esprimerlo con concetti scola-

(3) *Leviathan*, cap. 6; cfr. anche cap. 32.

(4) *Contrat social*, IV, 8.

(5) *Ibid.*, I, 4.

(6) *Ibid.*, I, 5.

stici, in Hobbes la *potentia absoluta* e la *potentia ordinata* restano distinte. La *potentia ordinata*, cioè l'identità del bene particolare e del bene generale, è, certamente, il fine ideale dello Stato; però, di fatto, resta solo un caso raro e fortunato, da attribuire all'azione di un sovrano buono e saggio; nella realtà domina la *potentia absoluta*, il potere giuridicamente ed eticamente illimitato dello Stato, che non può mai fare il male. L'intenzione dichiarata di Rousseau a questo proposito è di trovare una costituzione politica in cui la volontà dello Stato sia un potere assoluto, e nondimeno sempre ordinato, o, per dirlo con le sue stesse parole, una costituzione in cui la volontà dello Stato già nel suo esistere sia sempre giusta (7).

Anche qui Rousseau si ricollega a un'idea di Hobbes, una idea che in questi costituiva una mera finzione. Hobbes aveva giustificato la sua tesi che lo Stato non può mai fare il male allegando, fra altri argomenti, che, nel concludere il patto di sottomissione, l'individuo approva in anticipo tutto ciò che lo Stato potrà in appresso disporre; se, pertanto, egli tenta, in seguito, di opporsi allo Stato, egli si pone in contrasto con la sua promessa precedente, e quindi agisce ingiustamente. L'ingiustizia sarebbe allora una contraddizione in termini (8). Questa identità fittizia tra volontà particolare e volontà generale conseguita attraverso una mera costruzione logica, Rousseau cerca di convertirla in una identità reale. E ciò egli fa mediante la sua teoria della « *volonté générale* ».

Uno Stato, dice Rousseau, è possibile solo se gli interessi di tutti i cittadini coincidono almeno in un punto. Ciò che è comune a tutti questi interessi è quanto costituisce il vincolo sociale. Perciò la comunità deve essere governata esclusivamente alla stregua di questo vincolo comune (9). Il carattere comune di un interesse è quello che rende possibile ad ogni cittadino di perseguire l'interesse suo proprio, perseguendo l'in-

(7) *Ibid.*, I, 7.

(8) Hobbes, *De cive*, III, 3; *Leviathan*, cap. 14.

(9) *Contrat social*, II, 1.

teresse della comunità. Ogniqualevolta l'individuo opera così, opera in accordo con la *volonté générale*. Solo se egli pretende per sé un vantaggio singolare, ossia un interesse che non partecipa dell'interesse comune, la sua volontà cessa dal corrispondere con la *volonté générale* e si converte in *volonté particulière*. La contrapposizione tra *volonté générale* e *volonté particulière* è determinata dal fatto che, in quella, l'interesse particolare appare come parte e solo come parte dell'interesse comune, mentre in questa si persegue un interesse singolare, non contenuto nell'interesse comune. Ne consegue il principio della giustizia esistenziale permanente della volontà generale. La volontà generale è sempre giusta, perchè comprende l'interesse proporzionalmente comune per tutti i cittadini, per modo che ogni individuo, nel perseguire l'interesse comune, persegue il suo interesse proprio, e perseguendo l'interesse proprio persegue quello comune (10).

Da questo superiore concetto dell'interesse ugualmente comune seguono tutte le ulteriori conseguenze della dottrina dello Stato di Rousseau: che ognuno deve sottostare alle condizioni che pone agli altri; che l'oggetto di un regolamento legislativo deve essere comune a tutti; che ognuno è libero e tuttavia in pari tempo sottomesso alle leggi, etc.; soprattutto però la conseguenza più importante, che la proporzionalmente eguale comunione di un interesse è il principio della sua giustizia, quanto al suo contenuto. Poichè questo è il nocciolo della dottrina di Rousseau: se un interesse è comune per modo che ogni singolo, quando esso si presenta come tale, lo riconosce parimenti come proprio, esso è necessariamente, solo in virtù di questa uguale comunanza, anche giusto quanto al suo contenuto, anche se esso dal punto di vista oggettivo-trascendente della giustizia materiale non è un vero interesse. Ciò significa che per la giustizia di un regolamento legislativo importa solamente l'osservanza della uguale comunanza del suo oggetto, non la bontà oggettiva del suo contenuto. In questo senso

Rousseau ripete l'argomento di Hobbes, che una tale legge non può mai essere ingiusta, perchè nessuno è mai ingiusto verso se stesso (11). Non è già un contenuto materiale di valore la condizione che rende giusto un interesse comune, ma al contrario esso è la conseguenza della comunanza formale di un interesse. In questo senso si dice in Rousseau che il sovrano, cioè la *volonté générale*, è, per il suo stesso esserci, ciò che deve essere (12).

Con ciò la realtà è divenuta in fatto matura per generare da sé il giusto. La trascendenza è divenuta superflua, dato che la realtà possiede in sé la garanzia di una giustizia permanente. È così che le parole seguenti di Rousseau suonano come un commando dal diritto naturale: « quello che è buono in sé e conforme all'ordine, lo è indipendentemente da convenzioni umane, e semplicemente per la natura delle cose. Ogni giustizia proviene da Dio, ed egli ne è la sola fonte; se noi fossimo in grado di riceverla immediatamente dall'alto, non avremmo bisogno né di governo né di leggi ». Dal punto di vista umano, senza dubbio, le leggi della giustizia, così private come sono di sanzione naturale, sono fra gli uomini interamente inefficaci, ed occorrono contratti e leggi, per collegare i diritti con i doveri, e per condurre la giustizia al suo oggetto (13).

Il neokantismo, nel suo sforzo di scoprire Kant prima di Kant, tentò di convertire la *volonté générale* di Rousseau in una idea regolativa, in un criterio ideale di validità generale. Non si sarebbe potuto fraintendere più gravemente l'istanza più profonda di Rousseau; essa non è ideale ma esistenziale. Rousseau voleva superare l'autonomia, non risolta da Hobbes, fra potere dello Stato e fine dello Stato, tra *potentia absoluta* e *potentia ordinata*, e costruire lo Stato reale per modo che il giusto sorga da se stesso, così che un criterio ideale — tanto

(11) *Ibid.*, II, 6.(12) *Ibid.*, I, 7.(13) *Ibid.*, II, 6.(10) *Ibid.*, II, 4 e IV, 1.

nel senso del vecchio diritto naturale quanto nel senso dell'idea regolativa kantiana — si rendesse superfluo. Proprio per questo Rousseau doveva dare una importanza tanto decisiva al metodo col quale si costituisce nello Stato la volontà generale.

Rousseau ha dato indicazioni precise sul metodo di formazione della « giusta » volontà statale. Per esporle, occorre partire dal concetto di *volonté particulière*. Questa è l'interesse particolare che l'individuo persegue, senza prendere in considerazione l'interesse comune. Nella sua espressione estrema, cioè quando esclude affatto l'interesse comune, la volontà particolare esiste solo in tempi di decadenza politica (14). Negli altri casi, la volontà particolare comprende di regola due elementi: uno di questi coincide con l'interesse generale, mentre l'altro persegue esclusivamente un interesse singolo. La somma di queste *volontés particulières* — degli interessi comuni e degli interessi singoli — è la *volonté de tous*. Nella votazione, quelle parti delle *volontés particulières* che perseguono solo interessi singoli si annullano reciprocamente, perchè si contraddicono a vicenda, per modo che resta solo la *volonté générale*, come l'altra parte delle volontà particolari, comune a tutti (15). Presupposto di ciò è però che non si formino gruppi di interessi eguali, perchè altrimenti ridurrebbe, dal lato dei gruppi più forti, un resto di *volontés particulières* non eliminate, tale da impedire il sorgere della volontà generale. Una volontà maggioritaria di questa specie non possederebbe il « carattere uniforme dell'interesse » della volontà generale, cioè la comunanza uniforme dell'interesse (16).

Dato che questo principio della comunanza di interesse è però puramente formale, sono possibili molti contenuti di volontà che corrispondono ad esso formalmente ma che obiettivamente divergono fra loro. In questo caso sarà la maggioranza a decidere quale volontà è la *volonté générale*. « Dal computo

(14) *ibid.*, IV, 1.

(15) *ibid.*, II, 3.

(16) *ibid.*, II, 3.

dei voti si ricava la dimostrazione della volontà generale. Quando, per tal modo, la mia opinione cede all'opinione contraria, ciò non prova altro se non che io mi ero ingannato, e che ciò io ritenevo essere volontà generale non lo era» (17).

È facile porre in rilievo i punti deboli della dottrina di Rousseau: la sua sopravvalutazione della ragione, il suo insufficiente apprezzamento delle passioni e degli interessi del gruppo, etc. Tuttavia essa contiene il tentativo più audace fatto dalla filosofia dello Stato, per chiudere la cesura fra idea ed esistenza, e per organizzare la realtà, per modo che essa generi da se stessa il giusto. Rousseau è qui agli antipodi di Platone. Platone non aveva affidato, nulla alla realtà, ma aveva riposto tutte le sue speranze nell'evento più unico che raro della apparizione di un grande uomo, del re-filosofo, investito di poteri dittatoriali, il quale imporrebbe la realizzazione dell'idea, anche contro la volontà dei suoi sudditi (18). Rousseau, al contrario, ha fiducia nella realtà che egli crede di potere istituzionalmente organizzare in maniera che essa generi da sé immediatamente il giusto, con la identità di interesse generale e particolare, di volontà particolare e generale. Il grave problema dell'etica giuridica materiale, di ritrovare in ogni caso la regola giusta, quel problema che era stato dibattuto per millenni dalla teoria del diritto naturale, sembra così d'un colpo risolto. Ma anche se si potessero eliminare tutti gli elementi che turbano la formazione della *volonté générale*, le passioni, gli interessi di gruppo, etc., la fede che con la *volonté générale* si possa raggiungere immediatamente ciò che è giusto materialmente, resterebbe un ingannevole sogno. Il principio formale della comunanza uniforme resta aperto a molteplici interessi totalmente diversi nel loro contenuto. Quale di essi sia un bene non semplicemente supposto, ma vero e oggettivamente fondato, nessun principio formale può dircelo. Ma in

(17) *ibid.*, IV, 2.

(18) Per poi riconoscere nella vecchiaia che l'idea di un tale suppono ideale era solamente un sogno. *Leggi*, 691, 713, 875.

quanto esprime la pretesa di essere sempre giusto per il solo fatto di esistere, quel principio distrugge la trascendenza, sulla quale può solamente orientarsi ogni valore in terra. In questo senso Hegel ha segnalato l'errore decisivo del sistema di Rousseau: in quanto Rousseau « concepisce la volontà solo nella forma determinata della volontà singola e della volontà generale, non come il razionale in sé e per sé della volontà, ma solo come l'elemento comune, che sorge da questa volontà singola in quanto cosciente... ne derivano le ulteriori conseguenze puramente concettuali, distruttrici del divino esistente in sé e per sé della sua assoluta maestà » (19).

(19) Hegel, *Filosofia del diritto*, § 258.