



CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI ROSMINIANI
SIMPOSI ROSMINIANI

In collaborazione con



Conferenza Episcopale
Italiana



Ventesimo Corso dei “Simposi Rosminiani”:
Legge, coscienza e libertà:
Teologia, Filosofia e Diritto a confronto
STRESA, COLLE ROSMINI, 20-23 AGOSTO 2019

Note su Rosmini e il formalismo giuridico

Paolo Pagani

[La presente bozza di relazione deve ancora essere rivista e corretta dall’Autore per gli Atti. NDR].



Per parlare della dottrina rosminiana del diritto si può scegliere una chiave d’ingresso indiretta, ma del tutto pertinente: quella offerta dalla kelseniana “teoria pura del diritto” che, elaborata un secolo dopo Rosmini, sembra – di fatto – la matrice concava di quel convesso che è il giuspersonalismo rosminiano. Partiamo dunque da una nota sul particolare formalismo giuridico di Kelsen, che oggi è normalmente dato per acquisito come dottrina di riferimento nell’ambito della Filosofia del diritto.

I Nota sulla “teoria pura” kelseniana

La denuncia della legge ingiusta, e tanto più dell’*inonesta*¹ – varco naturale per ogni addentramento giusnaturalistico –, perdono di senso in prospettiva giusformalistica. La “teoria pura” di Kelsen nasce – a ben vedere – a contestazione di queste figure. «Nella teoria tradizionale del diritto penale si fa una distinzione tra *mala in se* e *mala prohibita*, cioè tra la condotta che è un male in sé e quella che lo è soltanto perché è proibita da un ordinamento sociale positivo. Tale distinzione non può venire accolta in una teoria del diritto positivo. Essa è un elemento tipico della dottrina giusnaturalistica». Il che non toglie, ovviamente, che il legislatore possa seguire dei criteri morali per disporre ciò che è proibito dalla legge positiva².

1. Per una definizione di *injustum e inhonestum* nella storia del diritto ci permettiamo di rinviare a: P. PAGANI, *Articolazioni del concetto di legge ingiusta*, in «Rivista rosminiana di filosofia e di cultura», 112, 2018.
2. Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1945; trad. it. di S. COTTA e G. TREVES col titolo *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1963 (d’ora in poi: TGD), pp. 52-3.

1. La polemica di Kelsen contro il giusnaturalismo

1.1. La giustizia come ideologia

Hans Kelsen³ – sia nella *Reine Rechtslehre*, di cui considereremo la prima edizione (1934)⁴, che nella *General Theory of Law and State* (1945) – procede su una base teorica in cui la stessa parola «giustizia» (che si vuole dialetticamente relata a «diritto») è intesa come una «idea irrazionale», legata alla «ideologia del diritto naturale»⁵: ideologia che ha il senso o di consacrare o di contestare l'unico diritto vigente ed effettivo – quello positivo⁶ –, che da parte sua si limita a comporre in modo coerente interessi diversi e tra loro concorrenti.

«Il concetto di diritto, qual è usato [...] nel nostro] genere di ricerche, non ha alcun significato morale. [...] L'affermazione che “un dato ordinamento sociale ha il carattere di diritto [...]” non implica il giudizio morale che quell'ordinamento sia buono o giusto». Ci sono ordinamenti validi e ingiusti. «Una scienza del diritto positivo deve venir nettamente distinta da una filosofia della giustizia». Per Kelsen non tener ferma questa distinzione rischia di portare – paradossalmente – a consacrare come giusto un ordinamento, semplicemente in quanto vigente; mentre il giuspositivismo non intende consacrare col crisma della giustizia ciò cui pure annette validità effettiva.

Kelsen dopo la Guerra insisterà a smarcarsi dal giustificazionismo, imputandolo piuttosto al giusnaturalismo. In realtà il giustificazionismo nasce dal dichiararsi giuridicamente incompetenti a porre la questione della giustizia – come Kelsen fa –, ponendola come la questione (data per irrisolvibile) della compatibilità tra le felicità individuali (secondo lo schema utilitaristico che egli importa da Austin, erede di Bentham)⁷. Più in generale il problema etico – della determinazione della giustizia – è un problema che il formalismo ritiene non scientifico, legato a “giudizi di valore” socialmente variabili, i quali inevitabilmente dipendono da sentimenti e dalle conseguenti giustificazioni ideologiche di essi, se ideologia è presentare come oggettivamente valido un valore soggettivo⁸.

Referente polemico di questa posizione è, prossimamente, la positivizzazione settecentesca del diritto naturale; ma, remotamente, è la figura stessa del diritto naturale. Secondo Kelsen, è normale riferire la propria ideologia del valore a un fattore presuntamente oggettivo come la “natura umana” o la “ragione umana”⁹. Invece, l'unico significato verificabile (o scientifico) di “giustizia” è quello di “legalità”, cioè di coerente applicazione di una norma generale ai casi particolari che essa investe¹⁰.

1.2. Validità delle norme

Del tutto diversa dalla giustizia è la “validità” di una norma. «Per validità intendiamo l'esistenza specifica delle norme¹¹. Dire che una norma è valida equivale a dire che noi assumiamo la sua esistenza o – ciò che è lo stesso – assumiamo che essa ha “forza vincolante” per coloro di cui disciplina il comportamento» (anche quando è da costoro in certi casi disattesa, e perciò resta “inefficace”)¹². Tale validità implica un “dover essere”, cioè un “volere” impersonale o

3. Il pensiero di questo autore verrà considerato, da noi, limitatamente alle due opere citate, che vanno a delineare una tipologia ideale di concezione formalistica del diritto. Non considereremo, dunque, gli sviluppi ulteriori della riflessione di Kelsen (quelli legati in particolare alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre*): ciò ci costringerebbe a una ricostruzione integrale e problematica della produzione kelseniana, che non può certo rientrare nella prospettiva di questo breve testo.

4. L'opera fu riproposta, con non trascurabili integrazioni, a Berkeley nel 1960.

5. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deutliche Verlag, Wien 1934; trad. it. di R. TREVES col titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1967 (d'ora in poi: LIN), § 8.

6. Il quale è fondato da una *Grundnorm*: «da coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente e dagli organi da lui delegati» (cfr. LIN, § 28); anche se il costituente dovesse cambiare (cfr. LIN, § 30).

7. Cfr. TGD, pp. 5-6.

8. Cfr. TGD, pp. 6-8.

9. Cfr. TGD, pp. 8-9.

10. Cfr. TGD, p. 14.

11. Si noti come qui l'“esistenza” sia ricondotta – secondo il modulo del formalismo logico – alla non-contraddittorietà (sia intrinseca sia relativa al sistema di riferimento).

12. Cfr. TGD, p. 30.

“depsicologizzato”.

Il “dover essere” è – tautologicamente – identificato con l’essere il contenuto di una norma; il che non ha a che fare con l’“essere” della realtà “naturale”¹³. Per questo, nessuna “norma” può essere contraddetta da un “fatto”¹⁴. È “illecito” il comportamento che viola una norma del diritto, o, più precisamente, quello cui l’ordinamento fa seguire una “sanzione” (civile o penale)¹⁵.

Il nocciolo teorico del formalismo kelseniano è la convinzione che l’apparato normativo positivo sia autoconsistente; corollari notevoli di tale ipotetica autoconsistenza sarebbero: la completezza sintattica del linguaggio giuridico come «sistema di norme logicamente chiuso»¹⁶; e la sua completezza semantica.

A ben vedere, quella che Kelsen qui propone è una emancipazione del linguaggio giuridico dalla legge naturale, analoga all’emancipazione – formalisticamente prospettata - del linguaggio logico dalla ontologia.

1.3. Ordinamento e Grundnorm

Il “diritto” è ricondotto da Kelsen all’apparato normativo positivo. «Il diritto è un ordinamento del comportamento umano. Un “ordinamento” è un sistema di regole [...] aventi quel genere di unità che concepiamo come un sistema»¹⁷. Nella “nomodinamica” della *Teoria generale del diritto e dello Stato* Kelsen teorizza l’unità del sistema normativo intorno a una *Grundnorm*, presupposta come principio dinamico che sta a “fondamento di validità” delle norme (“fonte del diritto”¹⁸). Essa si può intendere come la posizione stessa del sistema giuridico, cioè del carattere unitario e non-contraddittorio delle norme. Tra queste e la *Grundnorm* deve esserci non deducibilità, ma coerenza: una coerenza che è tutta interna al regno del “dover essere”, ed estranea a quello dell’“essere”. Del resto, il “dover essere” può trovare per statuizione (qualunque ne sia la accidentale causa storico-politica) una norma fondamentale di cui non si chieda ulteriore giustificazione; ma questo non vale per l’“essere”: la giustificazione di come stanno le cose è destinata ad aprirsi al *regressus in infinitum*¹⁹.

Si noti che la *Grundnorm* non ha a sua volta fondamento nell’essere, né può essere contestata su basi ontologiche o assiologiche: «non si può discutere la validità di una norma giuridica per il motivo che il suo contenuto sia incompatibile con un qualche valore morale o politico»²⁰. La *Grundnorm* è non contenutistica ma metodologica²¹: è un sistema di autorizzazioni produttive: essa «non è altro che la regola fondamentale secondo la quale devono venir create le diverse norme di quell’ordinamento»²². Si tratta di un postulato del *Sollen*.

A sua volta la *Grundnorm* «non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei il diritto. Essa non è valida – come lo è una norma giuridica positiva – perché è stata creata in una data maniera da un atto giuridico, ma è valida perché è presupposta valida, [...] perché senza tale presupposto nessun atto umano potrebbe essere interpretato come un atto giuridico»²³: si può dire, così, che la *Grundnorm* sia l’esito di una sorta di deduzione trascendentale di tipo kantiano.

Le norme prodotte per autorizzazione della *Grundnorm* restano in vigore (se non annullate dall’ordinamento) fino a che una rivoluzione o un colpo di stato non pongano un’altra *Grund-*

13. Cfr. TGD, pp. 35-6.

14. Cfr. TGD, p. 46. Kelsen chiama “regola di diritto” il nesso tra norme: se c’è una certa norma, deve esserci quest’altra norma da quella derivata (cfr. *ibidem*).

15. Cfr. TGD, p. 51.

16. Cfr. LIN, § 31h.

17. Cfr. TGD, p. 3. “Sistema” è qui inteso in senso kantiano (cfr. KANT, *Logica*, trad. it. di L. Amoroso, Laterza, Bari 1984, §§ 95-96).

18. Cfr. TGD, p. 133.

19. Cfr. TGD, pp. 112-13.

20. Cfr. TGD, p. 114.

21. Essa, quale “costituzione materiale”, presiede al prodursi della stessa costituzione formale (cfr. TGD, p. 126).

22. Cfr. TGD, p. 115.

23. Cfr. TGD, p. 118.

*norm*²⁴, che potrà anche “recepire” materialmente il diritto precedente, mutandone però il senso formale²⁵.

Per Kelsen, «se si potesse conoscere l’ordinamento assolutamente giusto, la cui esistenza è affermata dalla dottrina giusnaturalistica, il diritto positivo sarebbe superfluo, anzi senza senso»²⁶.

2. La pretesa completezza sintattica del sistema giuridico

2.1. Riconduzione della validità alla coerenza

Solo la coerenza interna, stabilita a priori, darebbe – per Kelsen – validità al sistema giuridico. Per questo, egli lavora intorno all’ipotesi che il sistema generi contraddizione, e cerca di eliminare tale ipotesi per esaurimento. «Come può sostenersi l’unità dell’ordinamento giuridico come sistema di norme logicamente chiuso, quando esiste una contraddizione logica tra due norme di diverso grado?». Il conflitto tra norme di differente grado (quale, ad esempio, potrebbe darsi con la produzione di leggi anticostituzionali) è – come sappiamo – un’eventualità effettiva, che Kelsen non nega. Le leggi anticostituzionali (o comunque quelle che generano contraddizione) dovranno essere intese, però, come norme «antigiuridiche» ancorché «valide»: non nulle, ma da-annullare; e che, in attesa dell’annullamento, restano valide. Dunque: o annullate o valide. Così, la contraddizione interna al sistema – secondo Kelsen – è sempre data come superata all’atto dell’annullamento²⁷.

Ma, ipotizziamo – da parte nostra – che l’annullamento non arrivi; e che, dunque, la validità di certe leggi “annullande” permanga. Ora, è solo sulla base di una implicita metafisica della “armonia prestabilita” che si può escludere a priori che esse producano effettive contraddizioni all’interno dell’ordinamento, e che tali contraddizioni proliferino.

In ogni caso, è lo stesso Kelsen ad ammettere la possibilità che si producano in effetto contraddizioni nell’ordinamento: tipicamente nella forma delle «leggi insensate», cioè di quelle leggi che (viziosamente) presuppongano condizioni per la propria applicabilità che sono esse stesse a dover normare²⁸.

Ma – osserviamo – al di là di questi casi tecnicamente particolari e rari, si danno in realtà leggi che dimostrano come la contraddizione possa prodursi, consolidarsi, e dare luogo a nuova legislazione²⁹.

2.2. Soluzione delle difficoltà.

Nella *Teoria generale* Kelsen insiste sul fatto che nelle controversie sulla coerenza tra norma inferiore e norma superiore è sempre legalmente possibile riferirsi a una istanza giudicante (esempio, un tribunale superiore). E, una volta che l’istanza giudicante suprema abbia emesso il suo verdetto, la causa diventa *res iudicata*, dunque comunque valida. Anche se non ci fosse effettiva coerenza, si è così creato – in un modo autorizzato dall’ordinamento – un “diritto sostanziale nuovo”³⁰ (quasi una assiomatica aggiuntiva).

24. La rivoluzione è tale quando determina la perdita complessiva di effettività del sistema normativo che a questo punto, non essendo più complessivamente effettivo, perde di legittimità (cfr. TGD, p. 120). Diverso è il caso della desuetudine, che può investire norme particolari (cfr. TGD, p. 121). Ciò non significa però che la “validità” dell’ordinamento dipenda dalla sua efficacia: infatti, il dover essere non dipende dall’essere (il diritto prevede la possibilità di essere disatteso) (cfr. TGD, p. 122). Il diritto non è il potere, bensì una sua “organizzazione specifica” (cfr. TGD, p. 123). Esso inoltre prevede (normativamente) che la assenza complessiva di efficacia faccia decadere l’ordinamento. Del resto questo criterio – questa norma fondamentale di ogni *Grundnorm* – presiede al riconoscimento tra Stati, e quindi al diritto internazionale (cfr. TGD, p. 123).

25. Cfr. TGD, pp. 118-19.

26. Cfr. TGD, p. 13.

27. Cfr. LIN, § 31h.

28. Ecco in proposito un caso di scuola: quello di una norma che istituisca una assemblea che, statutariamente, debba eleggere il proprio presidente, ma debba essere convocata, anche in prima convocazione, appunto dal proprio presidente (cfr. LIN, § 41).

29. Ad esempio, la legge 194/1978 – indipendentemente da considerazioni di merito – appare in evidente contrasto con alcune espressioni dell’art. 3 della Costituzione italiana. La logica vorrebbe che o l’uno o l’altro subisse un mutamento.

30. Cfr. TGD, pp. 157-58.

L'espressione "legge incostituzionale" è una contraddizione in termini: se qualche documento è legge, non può esserlo contro la costituzione. Potrebbe essere stato emanato in modo proceduralmente corretto, ma contenere elementi non conformi al dettato costituzionale. In tal caso è normale che la costituzione stessa preveda organi autorizzati a decidere: organi che possono essere o superiori all'organo legislativo o coincidenti con lo stesso organo legislativo, che così potrà annullare o sostituire la norma eventualmente incongruente da esso stesso emanata. Diversamente la norma "incostituzionale" potrà considerarsi valida e a suo modo "costituzionale", anche in senso alternativo al dettato della costituzione (*ex iniuria ius oritur*)³¹.

Non è prevista una nullità *ex tunc*³²; si può però prevedere un annullamento con valore retroattivo sugli effetti che la norma aveva prodotto. Il termine "nullità" indica solo il più alto grado di annullabilità: quello per cui «chiunque è autorizzato ad annullare una norma». (Questa situazione, eccezionale nel diritto statale, è la normalità nel diritto internazionale). L'unico caso di nullità *ex tunc* si dà quando una norma non è stata emanata dall'organo competente (il tommasiano *defectus ex auctore*). Ma, anche qui, prima che un provvedimento formale accerti questa circostanza, quel fatto giuridico è legge: legge poi annullata con effetto retroattivo³³.

2.3. Coerenza e modello

Occorre non dimenticare che Kelsen elabora il suo formalismo giuridico negli stessi anni in cui Hilbert persegue in campo matematico il suo programma di completezza sintattica dell'analisi matematica³⁴, poi ridimensionato dai teoremi di incompletezza di Gödel³⁵.

Gödelianamente la coerenza ha come prezzo l'incompletezza sintattica: Kelsen, del resto, prevede le ambivalenze interpretative che il sistema normativo propone, e le risolve con le autorizzazioni a decidere (con la conseguente produzione di nuovi "assiomi" giuridici). Si potrebbe obiettare che l'incompletezza logica si prospetta specificamente per i linguaggi formalizzati; ma occorre ricordare che il diritto, nella accezione che Kelsen ne ha, ambisce proprio a una rigorosa formalizzazione.

La completezza sintattica di un linguaggio non elementare, come quello giuridico, potrebbe essere ottenuta solo riferendosi ad un "modello" (cioè, a un "mondo", di cui le proposizioni di quel linguaggio siano "interpretazione"), e non limitandosi al riferimento alla sintassi interna di quel linguaggio. Ora, un tale modello il giusnaturalismo ce l'ha, ed è la persona umana: la persona umana, che Rosmini qualificava, non a caso, come "diritto sussistente"³⁶.

3. La tentata decostruzione del concetto di "persona"

Non è un caso, dunque, che Kelsen punti alla decostruzione del concetto di "persona".

3.1. Riconduzione del diritto soggettivo al dovere giuridico

La decostruzione avviene, anzitutto, passando attraverso la contestazione della nozione di «di-

31. Cfr. TGD, p. 159-61.

32. Cfr. TGD, p. 160.

33. Cfr. TGD, pp. 162-64.

34. David Hilbert riteneva che la coerenza di sistemi formali complessi, come ad esempio quello dell'analisi matematica sul campo dei reali, potesse essere dimostrata scomponendo il sistema in sistemi più semplici. In questo modo, il problema della coerenza di tutta la matematica si sarebbe potuto ricondurre alla coerenza dell'aritmetica elementare.

35. Secondo i teoremi di incompletezza, in ogni formalizzazione coerente della matematica che sia sufficientemente potente da poter assiomaticizzare la teoria elementare dei numeri naturali è possibile costruire una proposizione sintatticamente corretta che non può essere né dimostrata né confutata all'interno dello stesso sistema. (Come a dire che la coerenza è garantita al prezzo della indecidibilità di una qualche formula). Inoltre, nessun sistema di quel tipo può essere utilizzato per dimostrare la sua stessa coerenza. (Come a dire che la coerenza non dimostra se stessa).

36. È significativo che invece, qualche decennio dopo Rosmini, nel modello dello "Stato di diritto" – sostenuto da Georg Jellinek (cfr. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. di G. Vitagliano, Società Editrice Libreria, Milano 1912) – si parli dello Stato come "diritto vivente". In questo modello, solidale col positivismo giuridico, è lo Stato a delimitare le proprie sfere d'azione, concedendo ai cittadini spazi di diritto soggettivo.

ritto soggettivo». Si consideri, del resto, che la distinzione tra «diritto soggettivo» e «diritto oggettivo» è in fondo una certa versione di quella tra diritto naturale e diritto positivo.

Ora, il “diritto soggettivo” (*right*) viene da Kelsen ridotto al “diritto oggettivo” (*law*), e questo è a sua volta ricondotto a correlato oggettivo del “dovere” giuridico. Ecco come.

- (a) «La definizione abituale del diritto soggettivo non soddisfa alle esigenze sistematiche della teoria pura del diritto o della giurisprudenza analitica. Essa presuppone più o meno consapevolmente, che diritto oggettivo e diritto soggettivo siano due fenomeni diversi, che non possono essere sussunti sotto un termine generale comune». Il diritto soggettivo è definito abitualmente come un “interesse protetto dall’ordinamento giuridico” o come una “volontà riconosciuta e resa effettiva dall’ordinamento giuridico”, dove comunque l’elemento soggettivo precede (“logicamente e temporalmente”) l’oggettivo³⁷. In realtà, non avrebbe senso dire di “aver diritto a”, se non si collocasse questa proposizione in un contesto di diritto strutturato oggettivamente: è dunque il diritto oggettivo a precedere (logicamente almeno) il soggettivo³⁸. «Il diritto del creditore, quindi, è la norma giuridica in forza della quale il debitore è obbligato a rimborsare il mutuo; il diritto del proprietario è la norma giuridica in forza della quale altri individui sono obbligati a non interferire nel modo in cui egli dispone della sua proprietà. Il diritto soggettivo, non è, in breve, che il diritto oggettivo»³⁹.
- (b) Più precisamente, «un diritto soggettivo è una norma giuridica nel suo rapporto con l’individuo il quale, perché la sanzione [che lo protegge] venga eseguita, deve esprimere in tal senso una volontà»⁴⁰. «Il dovere giuridico non è nulla di diverso dalla norma giuridica. [...] È la norma giuridica nel suo rapporto con l’individuo, al cui comportamento la norma collega la sanzione»⁴¹. La norma primaria è quella che collega un certo comportamento a una sanzione, la norma secondaria (a questa annessa) è quella che stabilisce il comportamento che attraverso l’applicazione della norma primaria si vuole ottenere⁴².

3.2. Decostruzione della nozione di “persona”

Ma il diritto soggettivo implica l’esistenza di un soggetto di diritto – la persona, appunto⁴³ –, che quello presenta come un «ente giuridico indipendente dall’ordinamento giuridico, una soggettività giuridica che il diritto oggettivo trova, per dir così, preformata sia nell’individuo, sia in certe collettività che ha soltanto da riconoscere e deve riconoscere se non vuole perdere il suo carattere di “diritto”»⁴⁴.

Il progetto – francamente debole – di Kelsen è quello di ricondurre la figura della persona sotto la rubrica della «autorizzazione» (cioè, di quella specie della norma del diritto oggettivo, che è il correlato dell’«obbligo giuridico»⁴⁵). «Persona» è – a suo avviso – un «artificio del pensiero» che va dissolto⁴⁶: «è soltanto una espressione unitaria e personificante d’un gruppo di obblighi e di autorizzazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme». Nell’ordinamento giuridico – afferma Kelsen – non entra l’uomo, ma solo certi suoi atti, in quanto regolati da norme. Dal punto di vista

37. Cfr. TGD, p. 78.

38. Cfr. TGD, pp. 79-80.

39. Cfr. TGD, p. 81.

40. Cfr. TGD, p. 83. «Un tipico diritto soggettivo relativo è il diritto del creditore nei confronti del debitore: egli ha infatti il diritto di richiedere la restituzione della somma mutuata soltanto dal debitore. La proprietà è invece un tipico diritto soggettivo assoluto: il proprietario ha il diritto di richiedere da tutti di essere lasciato nel possesso indisturbato della sua proprietà. Ad un diritto soggettivo assoluto corrisponde un dovere assoluto, ad un diritto soggettivo relativo un dovere relativo. La distinzione tra *ius in personam* e *ius in rem* si rifà alla distinzione tra diritto relativo e diritto assoluto» (cfr. TGD, p. 86).

41. Cfr. TGD, p. 59.

42. Cfr. TGD, p. 61. Nei diritti soggettivi – ricondotti come abbiamo visto – rientrano tanto quelli “civili” (legati ad esempio a contratti) quanto quelli “politici” (legati ad esempio al voto). Sia l’attore privatistico di un diritto civile che l’elettore politico sono, a titolo differente, garantiti da doveri corrispondenti (di privati o dello Stato); ed entrambi partecipano (l’uno direttamente l’altro indirettamente) alla “creazione del diritto” (cfr. TGD, pp. 88-9).

43. Cfr. LIN, § 20.

44. Cfr. LIN, § 20.

45. Cfr. LIN, § 24.

46. Cfr. LIN, § 25.

dell'ordinamento giuridico, non c'è un individuo autonomo dalla comunità: «l'individuo come totalità autonoma è l'ideologia della libertà»⁴⁷.

Nella *Teoria generale*, la critica di Kelsen parte dalla definizione che, di persona, dà la “teoria analitica del diritto”⁴⁸ di John Austin: «un essere umano considerato come investito di diritti o come soggetto a doveri»⁴⁹. Kelsen ne trae che la persona è – per l'ordinamento giuridico (non in sé considerata) – un insieme di doveri e diritti. La “persona giuridica” «esiste soltanto in quanto “ha” doveri e diritti; senza di questi essa non ha alcuna esistenza». Sviluppando Austin, Kelsen finisce per fare due cose.

- (a) Riduce la persona a categoria giuridica: la “persona fisica” è nient'altro che la persona giuridica individuale, distinta da quella corporativa («la persona fisica è la personificazione di un complesso di norme giuridiche le quali, ponendo i doveri e i diritti che formano il contenuto della condotta di uno stesso essere umano, ne regolano la condotta»).
- (b) Con ciò, dissocia kantianamente “persona” (ridotta a persona giuridica) da “essere umano”: «l'uomo è un concetto biologico e fisiologico, in breve un concetto delle scienze naturali. La persona è un concetto della giurisprudenza, dell'analisi cioè delle norme giuridiche». «Così l'essere umano non è la persona fisica ma, per così dire, soltanto la “delimitazione” di una persona fisica» - o “una limitazione del diritto soggettivo”, come scrive Austin⁵⁰. Così, uno schiavo è un essere umano il cui comportamento non è normato da diritti o doveri. A rigore, la persona non “ha” doveri e diritti: “è” doveri e diritti⁵¹. In altre parole, l'essere umano – in questa prospettiva – è persona in tanto in quanto lo stabilisce il diritto positivo.

3.3. Osservazione

Da parte nostra osserviamo che la persona è tanto poco un “artificio” da essere piuttosto l'unica consistente ragione del costituirsi di un ordinamento giuridico. La normatività come tale non può essere giustificata dall'esistenza di semplici enti e fatti – che di per sé obbediscono a mere regolarità fattuali –, ma ha piuttosto bisogno, per costituirsi, proprio di un referente speciale, che obbedisca anche ad altro genere di legalità (quello morale), precedente a quello della stessa normatività giuridica, che di questa dovrà anzi farsi custode.

4. La pretesa completezza semantica del sistema giuridico

Se la completezza semantica di un sistema è la sua capacità di derivare con le proprie regole tutte le formule valide nel sistema stesso, sembra che Kelsen stesso – a dispetto del suo programma – sia cosciente dell'incompletezza semantica del sistema giuridico, tanto che pone come inderivabile dall'interno di esso la *Grundnorm*.

Del resto, è impossibile che un sistema giuridico realizzi la propria completezza semantica, specie in una società complessa e multiculturale. E questo, sia per l'inevitabile riferimento a figure extra e pre-giuridiche (mai adeguatamente semantizzate o semantizzabili in un sistema giuridico); sia per la varietà e fluidità delle situazioni da interpretare.

Non a caso, Kelsen si profonde nello sforzo di normalizzare, cioè di ricondurre in termini formalisticamente accettabili, la figura della «interpretazione» e quella – ad essa correlata – della «lacuna».

4.1. L'interpretazione giuridica

Quanto alla interpretazione, egli è costretto a riconoscere la sua refrattarietà a essere positiviz-

47. Cfr. LIN, § 25.

48. L'espressione verrà usata da Norberto Bobbio e da Uberto Scarpelli per qualificare la propria posizione teorica.

49. Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., rev. and ed. by Robert Campbell, J. Murray, London 1885, vol. I, p. 350.

50. Cfr. *ivi*, vol. I, p. 369.

51. Cfr. TGD, pp. 94-6.

zata; e, ciò non di meno, egli cerca di positivizzare la assunzione dei suoi margini di libera azione. È necessario – dal grado superiore a quello inferiore della produzione giuridica (dalla costituzione alla legge, dalla legge alla sentenza) – adottare il procedimento della interpretazione, ammette Kelsen⁵². In tal senso la «determinazione» (ritorna il vecchio termine tomista) «non è mai completa»: essa prevede sempre un margine discrezionale⁵³. «Non vi è alcun metodo che si possa designare come positivamente giuridico, secondo il quale fra i vari significati verbali di una norma, si possa ravvisare soltanto uno di essi come esatto» – nemmeno l’analogia. Quale metodo applicare allora ai singoli casi⁵⁴? Il problema si presenta anche quando si tratta di decidere tra nullità, annullabilità o validità di una legge.

Nella *Teoria generale* Kelsen osserva che la possibilità di interpretare una norma autocontraddittoria come ambivalente oppure come irrilevante è «senza fondamento nel diritto positivo»⁵⁵. A suo avviso, l’interpretazione giusta di una norma non è un problema del diritto positivo, bensì un problema «politico-giuridico», in cui entra in gioco la libera opinione dell’organo deliberante. Come non c’è un metodo rigido per trarre dalla Costituzione leggi giuste, così non c’è un metodo per trarre dalle leggi sentenze giuste. C’è uno «schema aperto di possibilità», riempito poi dalla volontà di chi, nei singoli casi, è autorizzato – dall’ordinamento – a interpretare⁵⁶.

4.2. L’*epichéia*

L’interpretazione qui in questione non ha a che fare con la classica *epichéia*, che invece implica la giustizia come suo ideale regolativo. Ricordiamo che – a partire da Platone⁵⁷ e da Aristotele⁵⁸ – l’*epikéia* (la ragionevolezza) è il criterio di orientamento sapienziale valido nella prassi in generale, e in quella interpretativa in particolare: *epikéia* che prevede le eccezioni da fare nei casi in cui l’applicazione rigida della legge presumibilmente eccederebbe l’intento dello stesso legislatore.

Suarez la prevede: (a) quando ci sia conflitto tra legge inferiore e legge superiore; (b) quando seguire la legge positiva potrebbe portare più danni che benefici; (c) quando il caso in questione non sia previsto dal legislatore, e la meccanica applicazione della legge a quel caso contraddirebbe la *ratio* della legge stessa⁵⁹.

L’*epikéia*, dunque, non è un nome per la generica funzione interpretativa; piuttosto indica il criterio per cui la giustizia deve prevalere sulla legalità. Non a caso, Tommaso la qualifica come «la regola superiore degli atti umani»⁶⁰. E anche Rosmini la prevede operante nella sua teoria del Diritto individuale⁶¹.

4.3. La lacuna come *fictio*

L’interpretazione dovrebbe colmare le lacune⁶². Se non che – secondo Kelsen – non esistono lacune giuridiche: sulla base delle norme vigenti ogni questione “deve” poter essere decisa (in un modo o nell’altro). La legge, anche quella cattiva o poco previdente, deve essere applicata: risulta infatti cattiva o sulla base di giudizi soggettivi o per riferimento implicito a un «diritto naturale» che non può avere vigore di legge. Colmare le lacune vorrebbe dire – se si fosse consequenziali – cambiare l’ordinamento giuridico. Al di fuori di una accezione «ideologica» di «lacuna», esistono solo

52. Cfr. LIN, § 32.

53. Cfr. LIN, § 33.

54. Cfr. LIN, § 37.

55. Cfr. TGD, pp. 410-11.

56. Non si tratta di esplicitare ciò che è implicito nel diritto positivo: «il diritto non è un ordinamento fisso» (cfr. LIN, § 39).

57. Cfr. PLATONE, *Politico*, 294 a-301 a; *Leggi*, VI, 757 a ss.

58. Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 14: la legge è tale perché guarda all’universale; l’*epikéia* è invece l’attenzione discreta verso il particolare.

59. Cfr. F. SUAREZ, *De Legibus*, II, cap. 16.

60. Cfr. TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, II II^o, q. 120, a. 2.

61. Cfr. A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di M. Nicoletti e F. Ghia, voll. 27-28/A della Edizione Nazionale e Critica delle Opere Edite e Inedite di Antonio Rosmini, Città Nuova, Roma 2013-15 (d’ora in poi FFD), Diritto individuale, nn. 1195 ss.

62. Cfr. LIN, § 40.

spazi interpretativi⁶³: il legislatore sa che non tutto è prevedibile, e per questo, non cerca di determinare tutti i casi, ma – anche solo implicitamente – legittima a interpretare validamente chi è chiamato ad applicare la legge.

È superfluo richiamare – osserviamo noi – che da tali operazioni interpretative possono sorgere comunque incongruenze, ovvero che non si può sterilizzare a priori il sistema rispetto alla possibilità che al suo interno si producano contraddizioni.

4.4. Inevitabilità di riferimenti extra-giuridici

Nella *Teoria generale del diritto* la questione viene ripresa in termini che fanno riferimento a figure extra-positive. Leggiamo: «Il legislatore [...] si rende conto della possibilità che le norme generali da lui emanate portino in taluni casi a risultati ingiusti e non equi, non potendo egli prevedere tutti i casi concreti che possono accadere. Egli autorizza perciò l'organo che applica il diritto a non applicare le norme generali create dal legislatore, ma a creare una nuova norma nel caso in cui l'applicazione delle norme [...] dovesse avere un risultato insoddisfacente [sul piano giuridico-politico]». Dunque, non occorre di diritto introdurre la figura della “lacuna”, che corrisponderebbe a una impossibilità applicativa: basta parlare di inopportunità applicativa. L'utilità della lacuna, intesa come *factio*, sta nel fatto che essa restringe la discrezionalità del giudice, e lo induce così ad agire *ad mentem legislatoris*⁶⁴.

4.5. Nomodinamica e delegazione

Nella dottrina di Kelsen la delegazione prevale sulla deduzione, la “nomodinamica” sulla “nomostatica”. Ma il prevalere della delegazione non è a sua volta parte del diritto positivo: è semplicemente un criterio consuetudinario. Quindi lo stesso giuspositivismo, per giustificarsi, deve attingere dichiaratamente a fonti di legittimazione non positive.

5. Il formalismo giuridico

Nella Appendice alla *Teoria generale* Kelsen teorizza esplicitamente il suo particolare tipo di “formalismo”, in contrapposizione al giusnaturalismo. Esso consiste nella “separazione” della scienza del diritto positivo (quello storicamente prodotto da volontà umane arbitrarie) dalla filosofia del diritto (che fa riferimento a entità sovrastoriche e “ideali”). Per il formalismo, ciò che conta è la “forma” della legalità, non la materia di essa⁶⁵. Qualunque materia giuridica legalmente formata è da considerarsi “buona e giusta”⁶⁶.

5.1. Contatti e distanze tra formalismo e giusnaturalismo

Anche il positivismo giuridico implica imprescindibilmente – per ammissione dello stesso Kelsen – un residuo di giustizia, nella forma di un “minimo etico”⁶⁷ o di un “dover essere” (*Sollen*) che insiede nella norma giuridica⁶⁸. Si tratta però di una figura che Kelsen cerca di ricondurre, dalla imperatività assoluta, alla imperatività ipotetica (cioè nei termini di un legame “da condizione a conseguenza” giuridica).

Il diritto positivo è “essenzialmente” coercitivo; quello naturale è essenzialmente “non coercitivo e anarchico”: caratteristiche, queste ultime, che accomunano – secondo Kelsen – il cristianesimo primitivo e il marxismo rivoluzionario⁶⁹, in cui egli vede le matrici principali delle varie forme di giusnaturalismo.

63. Cfr. LIN, § 41.

64. Cfr. TGD, pp. 150-51.

65. Cfr. TGD, p. 398.

66. Cfr. TGD, p. 400.

67. Cfr. LIN, § 10.

68. Cfr. LIN, § 11.

69. Cfr. TGD, p. 399.

Il formalismo è solidale col “relativismo epistemologico” come il giusnaturalismo lo è con l’“assolutismo metafisico”. Il primo vuole rappresentare una emancipazione del diritto dalla metafisica, analoga a quella riportata dalle scienze naturali nei secoli dell’età moderna⁷⁰. Del resto, solo il diritto positivo è effettivo, perché dotato di efficacia coercitiva⁷¹.

Entrambi sono sistemi unitari: il diritto naturale procede per derivazione deduttiva (dall’universale al particolare); il diritto positivo procede per delegazione di potere produttivo di norme. Il primo è un sistema “statico”, il secondo è “dinamico”; anche se gli elementi contenutistici, che la *Grundnorm* e le costituzioni contengono, autorizzano anche operazioni deduttive⁷².

5.2. Limiti del formalismo

Il diritto positivo si fonda su una realtà non legalmente derivabile, cioè pre-ordinamentale, che “trasforma il potere in diritto”⁷³: «La norma fondamentale [...] non è diritto positivo, ma solo la sua condizione. Anche questo mostra chiaramente la limitazione dell’idea della “positività” giuridica. La norma fondamentale non è valida perché è stata creata in un certo modo, ma la sua validità è assunta in virtù del suo contenuto [anche se esso non è volto a garantire la “giustizia” dell’ordinamento]. Essa è valida, quindi, al pari di una norma di diritto naturale, a prescindere dalla sua validità puramente ipotetica. L’idea di un diritto positivo puro ha il suo limite, al pari di quella di diritto naturale»⁷⁴.

Tale norma fondamentale ha, rispetto all’ordinamento, una funzione analoga a quella che i primi principi logici hanno rispetto al sapere teorico: non quella di una premessa da cui dedurre, ma piuttosto quella di una condizione a partire dalla quale comprendere⁷⁵.

L’ordinamento, se esiste, è coerente: la norma fondamentale stabilisce per lo meno che esso deve essere interpretato come tale⁷⁶. Il principio di non contraddizione è inteso da Kelsen come dotato di valore assoluto, sia nel campo dell’essere che del dover essere, senza che i due campi (identificati rispettivamente con quello dei fatti e quello delle norme) possano entrare in contraddizione tra loro.

5.3. Incompatibilità tra diritto positivo e diritto naturale nell’ambito del “dover essere”

I due diritti, se hanno – e ce l’hanno – pretesa di giurisdizione sulla medesima sfera (spazio-temporale, personale e materiale) conducono a possibili contraddizioni. Se entrambi vengono collocati nella sfera del “dover essere”, occorrerà scegliere⁷⁷. In realtà, si può considerare la norma morale come una semplice propensione soggettiva (psicologico-sentimentale) a un certo modo di comportarsi – rubricabile sul piano dell’“essere” –, che si trova a coesistere con la norma positiva – che sta piuttosto sul piano del “dover essere” –, sciogliendo così la possibile contraddizione tra le due⁷⁸: contraddizione il cui esito potrebbe essere la denuncia del diritto positivo come “ingiusto”⁷⁹.

Già per Suarez era a priori escluso che si possa essere effettivamente obbligati da leggi tra loro in contraddizione (visto che *ad impossibilia nemo tenetur*); perciò la legge civile ingiusta, in tanto in quanto si oppone alla legge naturale – cioè, in tanto in quanto è inonesta – non è da considerarsi una vera legge, e quindi non è da considerarsi obbligante (come a dire che, se fosse una vera legge civile, obbligherebbe): al contrario, sarà obbligante il non ottemperarvi.

È notevole che Hans Kelsen, tre secoli dopo, abbia fatto valere questa stessa incompatibilità

70. Cfr. TGD, p. 403.

71. Cfr. TGD, p. 405.

72. Cfr. TGD, pp. 406-7.

73. Cfr. TGD, p. 444.

74. Cfr. TGD, p. 408.

75. Cfr. TGD, pp. 443-44.

76. Cfr. TGD, p. 412.

77. Cfr. TGD, p. 414-15.

78. Cfr. TGD, p. 416.

79. Cfr. TGD, p. 418.

per escludere la legge naturale come autentica legge; mentre Suarez evidenzia la stessa incompatibilità per far prevalere la legge naturale sulla civile nei casi opportuni.

Quando il diritto positivo fa riferimento a quello naturale lo positivizza; quando quello naturale fa riferimento al positivo, lo naturalizza (secondo un processo di “delegazione”). Ma delegare il diritto positivo vuol dire riconoscere in esso un principio legittimato a produrre autonomamente norme, che sono tali non per la loro conformità alla giustizia, bensì per la loro conformità a quel principio⁸⁰. E, di fatto, molto giusnaturalismo giustifica il diritto positivo, ad esempio dei sistemi assolutistici⁸¹. Non delegare il diritto positivo, invece, significa – da parte del diritto naturale – considerarlo come un mero “fatto empirico”, basato su semplici “rapporti di forza”. In tal caso, però, il problema della validità o meno del diritto positivo non dovrebbe coerentemente porsi: un mero fatto non è né valido né invalido⁸².

Kelsen imputa alla metafisica un “raddoppiamento” archetipale della realtà, che però finisce – ottimisticamente – per giustificare l’esistente⁸³; oppure – pessimisticamente – per condannarlo totalmente⁸⁴.

5.4. Il kantismo di Kelsen

Il proprio positivismo giuridico è presentato da Kelsen come una filosofia critica o problematicistica di stampo kantiano⁸⁵, con tanto di primato della “ragion pratica” sulla “teoretica”⁸⁶. Egli ammette che questo “positivismo critico” ha bisogno di un “minimo di metafisica” per funzionare (proprio come il sistema kantiano)⁸⁷. E, in tal senso, ammette che è inevitabile porre una certa tensione tra il “dover essere” e l’“essere”: tensione che però non deve superare una certa soglia (altrimenti si ha la rivoluzione), né scendere sotto una certa altra soglia: ma di questo non dà ragione⁸⁸. In realtà, la ragione è esplicitata dopo: l’ordinamento è frutto di un “compromesso tra interessi in conflitto”, che si armano del rivestimento ideologico del loro punto di vista, presentato come “giustizia”⁸⁹. La tensione è tra il fatto del compromesso raggiunto (“pace”) e la consapevolezza che esso non è necessariamente la migliore soluzione possibile, né tanto meno l’unica.

In fondo – sostiene Kelsen –, il giusnaturalismo cerca nell’“ideale della giustizia” un analogo di ciò che il giuspositivismo cerca nella *Grundnorm*. Il positivismo non fa che riproporre l’ideale della giustizia nella forma della *Grundnorm*, trasformandolo da ideale trascendente-contenutistico in ideale trascendentale-formalistico: più precisamente, in principio della coerenza dell’ordinamento delle leggi positive (“sostituzione dell’ideale etico con quello logico”)⁹⁰. La *Grundnorm* si rivela così come l’esigenza di interpretare il diritto vigente come non contraddittorio.

Da quanto sin qui detto è del tutto evidente che Kelsen pratica di fatto una sua filosofia del diritto e una sua metafisica, che per altro egli non esplicita, presumendo così di sottrarsi a indesiderati confronti su ambedue quei terreni.

80. Cfr. TGD, pp. 417-18.

81. Cfr. TGD, pp. 422-23. Il giusnaturalismo è apparso invece rivoluzionario quando la Rivoluzione Francese ha eletto Rousseau a proprio nume. Dopo di allora – sempre secondo Kelsen – si è ripristinato un giusnaturalismo conservatore, in cui i diritti della “ragione” sono stati sostituiti da quelli del *Volksgeist* (cfr. TGD, pp. 424-25).

82. Cfr. TGD, pp. 420-21.

83. Cfr. TGD, p. 428.

84. Cfr. TGD, pp. 432-33.

85. Cfr. TGD, pp. 440-42.

86. Cfr. TGD, p. 450.

87. Cfr. TGD, p. 445.

88. Cfr. TGD, p. 444.

89. Cfr. TGD, p. 446.

90. Cfr. TGD, p. 447.

II Nota su Rosmini

1. *Rifiuto del positivismo giuridico*

La filosofia giuridica rosminiana costituisce una sorta di contestazione, *ante litteram*, del positivismo giuridico. Annota il nostro autore nella “Introduzione” alla sua *Filosofia del diritto*: molti filosofi «prescrivono, le leggi delle civili nazioni dover essere certe, uniche ed universali, ma lasciano poi sottintesa la qualità di esser giuste, siccome quella che viene per così dire co’ suoi piedi». «I moderni trattatisti, molto a lungo ragionando della forma esteriore e logica delle leggi, dell’esteriore loro esposizione, della loro opportunità, delle ragioni politiche di esse, assai leggermente poi trapassano in sulla giustizia, [...] come se dalla giustizia per nessun modo dipendessero». Molti di loro finiscono per identificarla con l’“utilità”; invece, «la giustizia è un principio, l’utilità è una conseguenza»⁹¹, cioè ha senso solo in funzione di ciò che già si sa essere giusto.

La più diffusa causa della trascuratezza nei confronti della giustizia è il “sensismo”: l’abbandono della dimensione “ideale” dell’essere. Si bada ai “fatti” (e alla loro utilità), e si trascura l’idea: l’idea della giustizia, in particolare. «Vedere in questa idea della giustizia i fatti, è vedere “nel generale i particolari”: [...] tale è lo scopo altresì della Filosofia del Diritto». La giustizia è l’“essenza” delle leggi e della autorità., tanto che la legge ingiusta (come già Agostino insegnava) non è legge⁹². E la giustizia non è cosa che gli uomini possano fare o disfare⁹³.

Ma il disimpegno verso la giustizia si registra anche al di fuori della tradizione sensistica. Rosmini denuncia in tal senso la “separazione” (diversa da “distinzione”) del diritto dalla morale, che invece ne è dimensione costitutiva. Tale separazione, propugnata da Christian Thomasius, sarebbe ripresa dallo stesso Kant che – nella *Metafisica dei costumi* – finisce per intendere l’etica come motivo interiore per osservare la legge esteriore.

Ma, al di là della pertinenza della interpretazione rosminiana degli autori citati, si può dire che la separazione in oggetto riduce il diritto a mero “fatto”, «che come tale val quanto è forte, e cessa di valere incontro ad una forza maggiore che venga a distruggerlo»⁹⁴. Ma non si può separare il “giusto” (*justum*) dalla “giustizia” (*justitia*): il primo è il termine della seconda, e la seconda richiede la retta intenzione dell’agente⁹⁵, valutata dalla morale.

La Filosofia del diritto intende «riconduire le leggi tutte al loro fonte primitivo». La Filosofia universale del diritto si articola in “Scienza del diritto razionale” (che investiga il principio dei diritti, la loro derivazione e la loro partizione in “innati” e “acquisiti”) e “Filosofia del diritto positivo”. Quest’ultima investiga come devono essere fatte le leggi positive (“Teoria delle leggi positive”, corrispondente alla Teoria generale del diritto) e poi commisura le leggi delle nazioni a quel paradigma, per vedere che non introducano “diritti nuovi e arbitrari” (“Critica delle leggi positive”)⁹⁶.

2. *Il diritto*

«Il bene eudemonologico, quando è protetto dalla legge veniente dall’oggetto, costituisce il diritto». A istituire il diritto non basta una legge positiva, ma ci vuole una legge oggettivo-ontologica (morale), che “ingiunga ad altri il rispetto” della “facoltà di operare” – in funzione eudemonologica – da parte del soggetto “autore delle proprie azioni”, cioè della “persona”⁹⁷. La fonte del diritto è

91. Cfr. FDD, *Introduzione*, pp. 56-7.

92. Cfr. AGOSTINO, *De libero arbitrio*, I, 5.11.

93. Cfr. FDD, *Introduzione*, pp. 57-9.

94. Cfr. FDD, *Introduzione*, p. 87.

95. Qui Rosmini si riferisce alla II II^e di Tommaso (cfr. FDD, *Introduzione*, p. 89).

96. Cfr. FDD, *Introduzione*, pp. 71-2.

97. «Fu certamente un errore d’altri tempi, a cui pare che non siasi ancora del tutto rinunciato, il credere le bestie capaci di diritti. Esse non sono capaci di diritti, perché non sono capaci di avere la signoria di fatto di quello che fanno, capacità che viene presupposta dalla nozione d’una signoria di diritto» (cfr. FDD, *Essenza del diritto*, p. 179).

dunque la stessa fonte del dovere: ed è la legge morale, la legge che dà forma alla libertà. È per questo che il diritto non indica semplicemente un contenuto “lecito”, ma comporta anche una certa “autorità di operare”, che coinvolge il dovere di “altri uomini”⁹⁸.

«Dal sapere che il diritto è una facoltà, un’attività, [...] ne viene chiaramente il corollario, che dunque il suo esercizio racchiude la forza. Questa forza, colla quale si esercita e pone in atto il diritto, è l’origine della coazione, riconosciuta da tutti per cosa intimamente connessa al diritto medesimo». È inerente al diritto la forza coattiva «che si ritrova di fatto nell’attività del soggetto»; e non «una forza bastevole a difenderlo»: ovvero, il diritto è anche del debole, che non sa difendersi efficacemente da sé⁹⁹. L’eudemonologia del diritto deve avere un fondamento, non meramente psicologico, ma assiologico: «il diritto dee riferirsi sempre ad un bene, ad una cosa piacevole alla natura umana, di guisa che si dee stabilire il principio che “un mero capriccio non può mai essere l’oggetto di alcun diritto”»¹⁰⁰. I beni costituenti oggetto di diritto devono essere “naturali”: non nel senso generico della parola (che può accomunare l’uomo agli altri viventi), ma nel senso propriamente umano, che è qualificato dalla “ragione”, la quale dà “forma” alla materia delle inclinazioni. La natura che detta il diritto è natura “oggettiva”, non “soggettiva”: cioè, è la verità della natura non la mera istintualità vissuta dal soggetto senza mediazioni¹⁰¹. In tal senso, non c’è diritto se non a ciò che è “onesto”, o quanto meno “lecito” (cioè non inonesto): per questo c’è corrispettivo “dovere” di non impedirne l’esercizio. D’altra parte, ci sono atti immorali (non aiutare i poveri) che non sono impedibili coercitivamente, non nel senso che siano oggetto di un diritto, ma nel senso che il loro autore (non nuocendo esplicitamente altrui) ha il diritto di non essere coatto in senso contrario¹⁰². «La libertà morale d’una data attività in una persona e il dovere morale nelle altre di rispettare quella data attività, vengono da fonti diversi, e può benissimo sussistere la prima senza il secondo, e il secondo senza la prima». Ciò significa che si può limitare la libertà di fare cose da taluni rivendicate come diritti, e che diritti non sono; mentre non si può costringere altri al bene supererogatorio, non rispettando il suo diritto a non essere costretto in tal senso¹⁰³. Libertà morale e dovere del rispetto si salderebbero contenutisticamente solo in un regime totalitario.

Bisogna allora distinguere tra ciò che il diritto non proibisce (il “non proibito”), ciò che il diritto permette (il “permesso”) – ovvero ciò che prima proibiva e ora consente –, e il moralmente “lecito”. E, nell’ambito del lecito (ambito di pertinenza della morale), distinguere il “semplicemente lecito”, l’“obbligatorio” e il “supererogatorio”¹⁰⁴.

3. *Il diritto e la giustizia*

Se il diritto è «una facoltà che l’uomo ha di fare o patire checchessia a sé utile, protetto dalla legge morale che impone agli altri l’obbligo di rispettarla», allora esso è una facoltà della sfera eudemonologica (sfera dell’utile), protetta dall’obbligo del rispetto altrui (che pertiene invece alla sfera della giustizia ovvero della morale)¹⁰⁵.

Ma qual è l’autorità che sancisce o protegge legalmente il diritto eudemonologico? Ora, «quest’investigazione è fuori dell’ideale del diritto, è anteriore a questo ideale, ne è la radice [...]. È fonte del diritto, e ne contiene l’autorità». Essa «non si dimostra mediante azioni giuridiche e storiche, ma tutt’al più mediante simboli, rappresentazioni, vocaboli». È un “principio” che richiede una mente che lo pensi adeguatamente: quella divina¹⁰⁶. Tale principio è la giustizia: «il riconoscimento

98. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 174-77.

99. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 183-84.

100. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 184-85.

101. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 185-86.

102. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 187-89.

103. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 189-91.

104. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 202-3.

105. Cfr. FDD, *Introduzione*, pp. 76-7. Non a caso, la Filosofia del diritto rosminiana comprende come sua prima parte il “Sistema morale”.

106. Cfr. FDD, *Introduzione*, pp. 95-6.

pratico dell'essere»¹⁰⁷.

La giustizia è ridicibile – come Kelsen voleva – alla *Grundnorm*, cioè a una statuizione extra-giuridica? No, almeno perché la giustizia è metastorica, e non posta da volontà umana¹⁰⁸.

Come spiega Rosmini, «la prima legge è fatta dall'essere stesso delle cose indipendentemente da noi: è promulgata col semplice presentarsi degli esseri al nostro intendimento, conciossiaché in presentandocisi, essi n'avvisano che non istà in noi il distruggerli, il cangiarli, l'alterarli a tenore dell'utilità nostra e del nostro piacere»¹⁰⁹. È chiaro che il principio *unicuique suum* è formale – come Kelsen sottolineava –; ma non è formalistico, perché indica una adesione pratica all'essere. Anche il principio di non contraddizione è formale, ma non formalistico, perché indica la coerenza teorica con l'essere: sono entrambi principi materiati dall'essere e non dalla statuizione arbitraria degli uomini. Sono anzi un unico principio, considerato sul versante teorico (principio di non contraddizione) e sul versante pratico (principio della giustizia).

4. *Il dovere*

Il dovere di rispettare il diritto è il “dovere giuridico”¹¹⁰, che è una specie del genere del “dovere morale”¹¹¹.

I romani (ma prima di loro, anche Platone e Aristotele) sbagliavano attribuendo ai doveri morali *ut sic* valenza giuridica, rivestendo di forza coattiva i precetti morali. Del resto, il loro progetto è fallito: Roma è decaduta proprio quando si andava compiendo il disegno giuridico del *corpus* giustiniano. Invece la tendenza che Rosmini coglieva in alcune codificazioni a lui contemporanee era – analogamente, ma inversamente – quella di ridurre la moralità nei termini della giuridicità, e quindi – ultimamente – della legalità civile.

In realtà, la morale non può coincidere totalmente col diritto, così da dettare tutti i doveri giuridici. Tipicamente: (1) non può comandare giuridicamente il supererogatorio; (2) può proibire solo il male che lede i diritti; (3) e, anche qui, limitandosi alle lesioni esterne e comprovate. Né il diritto può pretendere di ridurre a sé la morale. Questa distinzione laica è un frutto della civiltà cristiana, e non può prescindere¹¹². Essa sfugge al dilemma apparente tra due impostazioni estreme, tra loro contrarie, ed entrambe false: quella che vuole la perfetta sovrapposibilità tra diritto e legge morale, e quella che vuole la loro perfetta estraneità reciproca.

5. *Rapporto tra diritto e dovere*

La nozione di dovere precede logicamente quella di diritto (per Rosmini come per Kelsen), in quanto quella è implicata nella definizione di questa; e non viceversa. «Il dovere ha un'esistenza sua propria e precedente nell'uomo quella del diritto: il dovere viene imposto dall'oggetto, mentre il diritto scaturisce, quanto alla sua materia, dal soggetto. Come l'oggetto ha un essere dal soggetto umano indipendente, così il dovere ha un'esistenza indipendente dal diritto»¹¹³. Ovvero, il diritto ha un fondamento ultimamente reale, mentre il dovere ne ha uno ideale; e la dissimmetria tra idealità e realtà è la struttura stessa della initialità ontologica. L'ideale ha – per Rosmini – un peso ontologico superiore al reale, che intorno ad esso gravita: del resto, l'ideale può essere concepito a prescindere dal reale, anche se sarebbe contraddittorio pretendere che sussista per suo conto; mentre il reale è propriamente inconcepibile (di una inconcepibilità elenctica) a prescindere dall'ideale.

Ci sono doveri cui non corrispondono diritti (e non viceversa): è il caso dei doveri verso la ve-

107. Cfr. FDD, *Sistema Morale*, p. 131.

108. Cfr. A. MANZONI, *Dell'invenzione. Dialogo*, a cura di P. Prini, Morcelliana, Brescia 1986.

109. Cfr. FDD, *Sistema morale*, p. 129.

110. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, p. 191.

111. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 205 e 207.

112. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 215-17, nota 38.

113. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 196-97.

rità (l'idealità), verso Dio, verso se stessi. In generale, si ha dovere verso ciò che è "infinito", almeno per qualche suo aspetto. «La verità è quell'elemento che rende rispettabile la persona, perocché la verità è qualche cosa d'infinito, e solo l'infinito è ciò che nobilita, ciò che dà la ragion di fine agli esseri intelligenti: ciò per cui essi possono essere suscettibili di diritti»¹¹⁴. È dunque la capacità dell'infinito il fattore specifico dell'umano che abilita l'uomo al diritto e che implica in lui il dovere. Del resto l'infinito, anche quando si mostra nella veste "impersonale" dell'inizialità ontologica (cioè della trascendentalità), rivela poi di avere la sua sede concreta nella "persona": quella divina, che ne è la terminalità appropriata, e quella umana, che è il luogo del suo formale apparire¹¹⁵.

Ed è «il dovere stesso che figlia il diritto»¹¹⁶, all'interno e all'esterno del soggetto: nel senso che il dovere morale delimita la sfera di legittimità del diritto (che deve avere un contenuto "onesto"), e nel senso che è il dovere altrui che protegge tale sfera (come "inviolabile"). Senza queste due delimitazioni non c'è diritto¹¹⁷. I diritti hanno una forma positiva, i doveri a volte positiva a volte negativa¹¹⁸.

6. Il giusnaturalismo di Rosmini

Il "Diritto derivato"¹¹⁹ è la determinazione dei "diritti speciali" a partire dall'unica "essenza del diritto"¹²⁰. Esso è detto da Rosmini anche "diritto razionale", piuttosto che "naturale": infatti la parola "natura" è – a suo avviso - troppo generica¹²¹.

Più precisamente, se la si intende come mera fattualità data dalla somma delle "inclinazioni" che l'uomo (il "soggetto" reale) a suo modo condivide con gli enti naturali, essa non sembra esprimere "idealità" e perciò nemmeno legalità: una inclinazione – almeno *prima facie* – è pura forza¹²². Invece, «la razionalità costituisce la natura propria dell'uomo; e però dicendosi solo diritto razionale, dicesi con ciò stesso, diritto della umana natura»¹²³. Qui Rosmini sembra intendere la teoria tommasiana della legge morale in un senso naturalistico¹²⁴, che in realtà non le compete: Tommaso infatti non dice che l'inclinazione sia come tale obbligazione. Poi Rosmini si corregge, riconoscendo che l'Aquinate (I-II^{ae}, 94, 2, ad 2^{um}) annette legalità alle inclinazioni "in quanto sono regolate dalla ragione"¹²⁵.

Poi il razionale si articola in "diritto individuale" e "diritto sociale"¹²⁶. L'individuale prevede "diritti connaturali" e "acquisiti"¹²⁷. Connaturali sono, fondamentalmente: (1) i diritti di proprietà giuridica di un bene¹²⁸; (2) i diritti di libertà giuridica di porre atti non contrari al diritto (tipicamente i diritti di perseguire i beni propri della persona: "verità, virtù, felicità")¹²⁹. Acquisiti sono: (1) i diritti di relativa libertà giuridica (cioè che il lecito non venga proibito)¹³⁰; (2) i diritti di forza e di

114. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, p. 198.

115. Per un approfondimento di questo punto, rinviamo a: P. PAGANI, *Essere e persona: un destino solidale*, in ID., *Studi di filosofia morale*, Aracne, Roma 2008.

116. E si tratta di un certo punto di contatto col pensiero di Kelsen.

117. Cfr. FDD, *Essenza del diritto*, pp. 199-200.

118. La scienza del diritto considera i diritti (anche in relazione ai relativi doveri); la scienza della morale considera invece i doveri (anche in relazione a certi diritti). (Cfr. FDD, *Introduzione*, p. 201).

119. Cfr. FDD, *Diritto razionale derivato*.

120. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 2.

121. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 3.

122. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 8.

123. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, nn. 5-6.

124. «Ma l'obbligazione morale nasce da questa naturale inclinazione del soggetto? Anzi, questa naturale inclinazione al bene morale nasce dall'obbligazione precedente, cui la ragione immediatamente all'uomo manifesta» (cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 7).

125. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 10.

126. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n.20.

127. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 23.

128. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 247.

129. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 253.

130. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, nn. 254-56.

sanzione (cioè di far rispettare o direttamente o indirettamente i propri diritti)¹³¹.

Infine, diritti più particolari si specificano – a partire dai precedenti – in funzione della loro “materia”¹³².

7. *La persona umana*

I diritti connaturali sono quelli propri di ogni essere umano, anche in condizioni di non dispiegata coscienza. Infatti, «inerente alla natura umana sta sempre un lume di ragione, del quale ella fa uso fino da’ primi istanti di sua esistenza»; e «la volontà si muove a’ suoi atti anche prima di essersi formata la coscienza di sé stessa». Dunque, «l’uomo è sempre un essere razionale e morale [dotato di “dignità personale”], al quale perciò competer possono sempre de’ diritti»¹³³. Più precisamente, l’atto spontaneo dell’intelligenza inclina essenzialmente e perciò necessariamente l’uomo al bene “in universale” (o “in comune”), da cui è “informato”. E questo vale per l’uomo in quanto tale: quindi anche per i pazzi, i fanciulli e i malati¹³⁴. «Se dunque v’han di coloro che riconoscono nell’uomo un principio razionale e volitivo umano, e gli negano tuttavia i diritti innati; questi errano, supponendo essenziali alla costituzione del diritto due cose, che non sono: 1° che colui che ha il diritto ne abbia la coscienza; 2° e che ne conosca la natura morale»¹³⁵. In realtà, fin da subito l’uomo, non solo è in grado di patire, ma è razionale e volitivo (anche se ancora implicitamente): dunque è libero, anche se non ancora capace di deliberare. Insomma, è persona»¹³⁶.

«La persona dell’uomo [si badi: non “che è nell’uomo”] è il diritto umano sussistente: quindi anco l’essenza del diritto»¹³⁷: “principio e fonte” di esso¹³⁸. Infatti, la persona ha gli elementi – realtà e idealità – che entrano nella costituzione del diritto: essa «è un soggetto intellettuale in quanto contiene un principio attivo supremo»¹³⁹; come a dire che essa è quel reale che è capace dell’ideale, cioè della infinità dell’essere, e della sua strutturazione che è “norma della giustizia”. Il “principio attivo” è appunto la capacità dell’essere: ed è “supremo” perché è relazione con l’infinito, quindi con l’incommensurabile. «Poiché la dignità del lume della ragione (essere ideale) è infinita, perciò niente può stare sopra al principio personale [...] di maniera che niuno ha diritto di comandare a quello che sta ai comandi dell’infinito». E, applicando alla persona il principio morale «di riconoscere praticamente le cose per quelle che sono», a nessuno è lecito tentare di sottomettere la persona¹⁴⁰.

A ben vedere la “natura” specifica dell’uomo, essendogli conferita dalla manifestatività dell’essere, viene a lui dal di fuori (e in ciò risiede l’essenza del platonismo di Rosmini); però, la dignità dell’essere infinito è partecipata dalla persona, in quanto ad esso “essenzialmente relata”¹⁴¹. «Quanto si trova nella sfera dell’umana natura è intimamente legato all’umana persona, ed a questa subordinato»¹⁴²: «la signoria dunque dell’umana persona sull’umana natura, delinea la sfera dei diritti materiali innati»¹⁴³.

La persona umana è la sede principale della “libertà giuridica” (“facoltà suprema di opera-

131. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 257.

132. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 67.

133. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, nn. 35-36.

134. «Tali infelici non cessano di essere uomini: il loro difetto consiste solo nel congiungere debolmente, irregolarmente, falsamente le idee, e nel ricevere delle percezioni e de’ sentimenti alterati: e questo stesso prova che hanno idee, percezioni, sentimenti, e in qualche modo li congiungono. Ora se ciò fanno, già usano della ragione, usano della volontà» (cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 31).

135. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 42.

136. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 43.

137. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 49.

138. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 50.

139. Cfr. A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, a cura di F. Evain, vol. 24 della Edizione Nazionale e Critica delle Opere Edite e Inedite di Antonio Rosmini, Città Nuova, Roma 1981, n. 832.

140. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 52.

141. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 52, nota 23.

142. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 54.

143. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 58.

re”)¹⁴⁴; e la natura umana¹⁴⁵ (in quanto subordinata alla persona) è la sede principale della “proprietà” giuridica¹⁴⁶. Non ha invece senso dire che la persona è proprietaria di se stessa: se è proprietaria, non può essere possesso d’alcuno, nemmeno di se stessa¹⁴⁷. Se così fosse, essa – coerentemente – potrebbe alienare se stessa: ipotesi rifiutata giustamente già da tanta letteratura filosofica precedente. Persona e natura sono nell’uomo, non come due addendi, ma piuttosto come sua “forma” e “materia”; e così i loro correlati – “libertà” e “proprietà” – sono forma e materia dei diritti¹⁴⁸.

Si può dire che in Rosmini la persona sia il corrispettivo – materiato – della *Grundnorm* kelseniana? O lo è la giustizia? Potremmo dire che un tale corrispettivo sia la giustizia verso la persona, cioè verso l’essere, che nella persona si realizza concretamente.

8. Leggi ingiuste

Le leggi – e in particolare quelle “organiche” ovvero costituenti – sono giustificate solo se hanno carattere di “necessità” e di “utilità” per la *civitas*¹⁴⁹.

Due secoli dopo Suarez, Rosmini riconosce che la legge civile¹⁵⁰ può anche cessare di obbligare moralmente, quando «rimane priva del suo scopo» – purché il lasciarla inadempita non induca disordine nella società e soprattutto non esiga l’uso della violenza. Anche i magistrati devono attenersi alle leggi ingiuste: quando cessa la *ratio* (e quindi lo scopo) di una legge, cessa infatti la sua obbligatorietà morale, ma non quella legale.

Ma, nel caso in cui un’azione legalmente proibita «si rendesse obbligatoria secondo l’etica»; o viceversa, «l’azione comandata si rendesse [eticamente] illecita», «la legge civile allora non si dovrebbe eseguire» (e qui Rosmini cita Suarez, che insegna non doversi eseguire la legge «*quoties praesumptio est contraria veritati necessariae ad honestatem actus*»). Così come «tutto ciò che è obbligatorio secondo la razionale giustizia», e che non è sancito né sanzionato dal legislatore civile, resta moralmente obbligatorio: si pensi, tipicamente, al riconoscimento dei diritti alla libertà religiosa e dei doveri verso la “società teocratica”¹⁵¹.

Del resto, non può essere il privato a decidere su quale sia il bene o il male pubblico¹⁵². Al privato spetta normalmente di seguire la legge. Competente a decidere in merito sarà piuttosto la comunità civile («o chi fa per lei»)¹⁵³. E sottrarsi unilateralmente alla legge può facilmente portare ad uno squilibrio nella distribuzione dei pesi sociali¹⁵⁴.

In generale, la “società teocratica” è superiore alla “civile”, che a lei deve servire. La «legge atea»¹⁵⁵ – come Rosmini la chiama – è, invece, la legislazione che suppone la non-esistenza della società teocratica¹⁵⁶. Questo tipo di legislazione – che prescinde dalla realtà storica, e prima ancora dalla considerazione della natura dell’uomo – deve essere combattuto «senza violenza», attraverso

144. «Ogni facoltà suprema è necessariamente libera: cioè non v’ha alcun principio attivo, che possa fisicamente e moralmente violentare e sottomettere quella facoltà» (cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 62).

145. Costituita dalle sue inclinazioni o bisogni.

146. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 60.

147. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 64.

148. Cfr. FDD, *Diritto individuale*, n. 67.

149. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2497.

150. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2456.

151. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2488.

152. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2485.

153. In proposito Tommaso, in *Summa Theologiae*, I-II^o, 96, 6, distingue due casi: se il pericolo di danno portato da certe leggi non è immediato, è bene rivolgersi al Principe perché sia lui a rimediare; se il pericolo è imminente, e non c’è tempo di ricorrere al superiore, «la dispensa è implicita, perché la necessità non è soggetta alla legge».

154. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2486.

155. Quest’espressione è rinvenibile in A. ROSMINI, *Le principali questioni politico-religiose della giornata*, V; in: *Id., Opuscoli Politici*, a cura di G. Marconi, vol. 37 della Edizione Nazionale e Critica delle Opere Edite e Inedite di Antonio Rosmini, Città Nuova, Roma 1978. Essa indica la mentalità che vede nell’essere umano semplicemente il cittadino, censurando implicitamente ogni sua appartenenza che non sia quella alla società civile.

156. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2490.

la persuasione dell'opinione pubblica¹⁵⁷.

Rosmini osserva che «le leggi civili nelle quali gli uomini introducono errori contro la giustizia, la moralità e la religione» – cioè quelle che prima chiamavamo “leggi inoneste” –, «sono per lo più leggi facoltative o permissive», cioè leggi che «permettono, ma non comandano»¹⁵⁸. «Qui però è da riflettere che anche la semplice legge civile facoltativa, se si fonda sulla ingiustizia, per lo più induce o protegge dei fatti ingiusti». Perciò – cioè per proteggere gli innocenti dall'ingiustizia avallata da certe leggi –, le persone consapevoli della posta in gioco e che abbiano responsabilità legislativa devono collaborare a porvi rimedio nelle sedi opportune, osserva il nostro autore¹⁵⁹.

In particolare, Rosmini propone un Tribunale di giustizia politica, che abbia il compito di garantire la società dall'ingiustizia (ricoprendo le funzioni di Alta Corte e insieme di tribunale amministrativo)¹⁶⁰. Questa figura giuridico-politica era già stata ampiamente teorizzato dal nostro autore nel testo giovanile *Della naturale costituzione della società civile* (1827)¹⁶¹.

9. La ripresa di Rosmini in Capograssi

In spirito liberamente rosminiano, sarà Giuseppe Capograssi a criticare la “teoria pura del diritto”¹⁶², osservando come essa si traduca di fatto in una paradossale forma di giusnaturalismo, teorizzante la forza come fonte del diritto (il “diritto naturale della forza”).

Nel volume *Il problema della scienza del diritto*¹⁶³, Capograssi osserva che il formalismo è una “provvidenziale eresia”, in quanto evidenzia indirettamente l'imprescindibilità del “diritto soggettivo”, e la sua irriducibilità-inscindibilità da quello “oggettivo”. Si può anche parlare di “incompatibilità” tra le due figure, ma si tratta di una incompatibilità dialettica, in cui «è tutta la vita dell'esperienza giuridica nella sua essenza»¹⁶⁴.

Il formalismo vorrebbe ridurre il soggetto del diritto alla somma dei “diritti soggettivi” (o autorizzazioni). Ma il soggetto eccede rispetto a questa riduzione, in quanto è “centro di imputazione” e, prima ancora, di atti volontari. Ciò è espresso dal concetto di “persona”: la molteplicità e varietà delle persone (individuali o comunitarie) è la stessa vita del diritto, fatto della espressione di “interessi” e “volontà”, non certo una *fictio*. «Dal concetto di personalità nasce il concetto di rapporto giuridico. Il soggetto il quale esplica i suoi diritti è *hoc ipso* in rapporto con gli altri soggetti: esplicitare diritti significa anzi niente altro che creare rapporti di diritto poiché il diritto (soggettivo) è proprio la volontà particolare che ha acquistato valore obiettivo che deve valere cioè per un altro o per gli altri»¹⁶⁵.

Nota conclusiva

Si può dire che l'opposizione del formalismo alla tradizione giusnaturalistica si collochi anzitutto a livello ontologico (e metafisico); come lo stesso Kelsen, del resto, finisce per esplicitare con

157. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2491.

158. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2493. Qui Rosmini fa l'esempio del superamento delle leggi medievali che prevedevano il concubinato pre-matrimoniale o negavano gli alimenti ai figli delle coppie incestuose.

159. Cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2494. Come si è fatto circa la disparità di trattamento degli adulteri, o circa le leggi che consentivano d'uccidere la figlia colta in flagrante fornicazione. La Chiesa ritiene obbligatoria in coscienza l'obbedienza alle leggi civili (salvo nei casi suddetti); ma, d'altra parte, i cattolici sono chiamati a favorire a livello civile – passando attraverso le procedure costituzionalmente previste – l'ottemperanza alle leggi della “società teocratica” (cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2495).

160. FDD, *Diritto sociale*, n. 2662.

161. Il testo, a cura di L.M. Gadaleta, compare attualmente come vol. 34 della Edizione Nazionale e Critica delle Opere Edite e Inedite di Antonio Rosmini, Città Nuova, Roma 2016. All'inverso di Kelsen, per Rosmini la Filosofia della politica inizia dove finisce la Filosofia del diritto (cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2578), entrambe parte di un'unica “scienza sociale” (cfr. FDD, *Diritto sociale*, n. 2584). Per Kelsen la politica accompagna ovviamente la produzione del diritto, ma questa è un'altra questione.

162. Cfr. G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1952.

163. Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè, Milano 1962.

164. Cfr. *ivi*, pp. 79-80, nota 1.

165. Cfr. *ivi*, pp. 80-82.

tutta la chiarezza desiderabile¹⁶⁶.

1. Per riconoscere l'imprescindibilità della posizione giusnaturalistica – e in particolare del giuspersonalismo rosminiano – occorre considerare, a un primo livello, che il diritto positivo (anche quando sia coerente nei propri interni sviluppi) non ha senso se non è complessivamente coerente rispetto alla realtà che si propone di tutelare, che è, non una qualunque convivenza animale (che, come tale, sarebbe già adeguatamente garantita dall'istinto), bensì la specifica convivenza delle persone umane. Questa, seconda (ma non secondaria), forma di coerenza è quella che la tradizione filosofica chiama "giustizia". Il diritto positivo può qualificarsi come autentico diritto – anziché come mero arbitrio – solo in quanto fa riferimento (anche solo implicito) alla giustizia.

2. A un secondo livello, più profondo e generale, occorre considerare che la realtà non è mera fatticità, bensì attuazione e sviluppo di forme, nature, idealità. Per Kelsen, invece, il reale è refrattario a tutto ciò, così da ridursi a fatticità, sentimento o, tutt'al più, opinione. Invece, la tensione dissimetrica (la differenza di potenziale) tra il positivo e l'ideale, che nel primo è inscritto, è l'essenza stessa dell'essere, a qualunque suo livello di attuazione. In questo sta la radicale delegittimazione della Ghigliottina di Hume¹⁶⁷, da Kelsen data invece per acquisita (quasi *res iudicata*). Il "dover essere" (la normatività) non è qualcosa che debba sopraggiungere all'"essere", quasi provenendo dal di fuori di esso (ovvero da qualche convenzione).

In proposito, si può dire che la tensione tra diritto e giustizia sia una proiezione, sul piano teorico, della tensione – che la precede e la giustifica – tra il mero fatto della convivenza umana e la sua idealità regolativa.

3. Analogato principale della polarità ontologica tra fattualità e idealità è la persona umana, perché in essa la polarità è cosciente di sé. La persona è l'unica realtà in cui è presente, in un che di fattuale l'orizzonte dell'essere in quanto tale: orizzonte che è referente della capacità intellettuale. La persona è, per questo, una concreta coniugazione di ontico e ontologico¹⁶⁸: luogo specifico della normatività.

Alla persona è quindi presente sia la propria struttura eidetica, con la sua funzione regolativa; sia – come elemento che qualifica quella stessa struttura – l'orizzonte trascendentale dell'essere, che è il principio di ogni normatività. Infatti, la normatività, nella sua essenza (e quindi nelle sue diverse declinazioni, tra cui quella giuridica), è ultimamente esigenza di coerenza con l'essere: con le sue costanti (i primi principi) e con la sua interna articolazione eidetica; essa è quindi – in linea generale – esigenza di non rinnegare ciò che non può essere (di diritto) rinnegato, perché – se rinnegato (di fatto)¹⁶⁹ – a vario titolo inesorabilmente si ripropone¹⁷⁰.

166. Si pensi in particolare alle ultime pagine di TGD.

167. Per una riflessione critica di questo tema ci permettiamo di rinviare a: P. PAGANI, *Oltre la "Ghigliottina di Hume"*, in «Etica & Politica. *Ethics & Politics*», 20, 2018.

168. Per un più meditato sviluppo di questo tema ci permettiamo di rinviare a: P. PAGANI, *Essere e persona: un destino solidale*, in ID., *Studi di filosofia morale*, Aracne, Roma 2008.

169. Si può dire che la stessa distinzione tra ciò che è "di diritto" e ciò che è "di fatto" acquisti rilievo semantico – a un primo livello – nella trasgressione di strutture che, tentativamente trasgredite, si ripropongono come condizione stessa della loro (a questo punto, illusoria) trasgredibilità; e – a un secondo livello – nella trasgressione di strutture che, quando trasgredite, comportano in vario modo autocontraddizione.

170. A questo punto il discorso si dovrebbe aprire a mille precisazioni e sviluppi, che non potrebbero però trovare adeguata collocazione nell'economia di un intervento come questo. Ci limitiamo, qui, a richiamare che la suddetta non-rinnegabilità dell'essere si manifesta come elencticità, nel caso in cui si presuma di aggirare le costanti ontologiche (cioè i principi in cui ogni positività "conferisce"); nel caso, invece, in cui si creda di aggirare la struttura eidetica dell'essere – cioè di non rispettare le specificità per cui gli enti differiscono e si dispongono in un certo ordine (quello per cui la persona non è riducibile ad animale, l'animale non è riducibile a cosa inanimata; e così via) –, l'inaggirabilità si traduce – ultimamente – nella caduta in un qualche tipo di contraddizione performativa. (Sulla varietà dei modi possibili della contraddizione ci permettiamo di rinviare a: P. PAGANI, *Contraddizione performativa e ontologia*, Franco Angeli, Milano 1999).

4. La non-contraddittorietà interna al linguaggio che formula le norme – nel caso di specie, il linguaggio giuridico – è certamente condizione previa della significanza stessa del linguaggio, e quindi della validità del sistema normativo; ma questa interna coerenza¹⁷¹ (quella su cui insiste il “formalismo” kelseniano) è solo condizione necessaria, ma non sufficiente, perché quella validità sia anche valore. Occorre, a questo scopo, quell’altra coerenza, che sopra chiamavamo “giustizia”, la quale ha come proprio referente la realtà di cui il linguaggio parla; ma la realtà intesa in senso integrale: non solo come fatticità ed evenemenzialità, bensì anche e prima ancora come eideticità e idealità.

Al riguardo, si può osservare che la giustizia verso la persona può far acquistare al diritto entrambe le coerenze – quella interna e quella esterna – in modo solidale: nel realizzare la giustizia si realizza *eo ipso* la coerenza interna del sistema giuridico.

5. Se la convivenza tra persone ha un carattere profondamente diverso dalla convivenza tra esseri animati di natura non personale, è perché la prima è convivenza tra realtà che sono formalmente riferite al principio normativo, che non è alcunché di statuito. E, non a caso, sono le persone – e non le api o i lupi – a porsi il problema della adeguatezza della propria e altrui prassi rispetto alla normatività: cioè a porsi il problema della giustizia, che è il problema di che cosa sia dovuto (*debitum*) a ognuno e a ogni cosa.

Del resto, se non si aprisse sullo sfondo il problema della giustizia, la stessa questione del diritto non si porrebbe come tale (non si porrebbe, cioè, in termini di *sollen*), perché si risolverebbe semplicemente in una questione di composizione fisica delle forze, esattamente come accade nel “mondo animale”.

La ragion d’essere della tradizione giusnaturalistica, nelle sue pur notevoli differenziazioni interne¹⁷², è precisamente quella di tenere in evidenza la polarità – e la relativa tensione – che vige tra il diritto positivo e la giustizia: tra la regolazione del fattuale e la custodia dell’ideale che in esso è inscritto.

171. Coerenza che è comunque obbedienza “logica” a quella costante dell’essere che è il principio di non contraddizione: principio di consistenza dell’essere e del pensiero, e – quindi – di significanza del linguaggio.

172. Si pensi al giusnaturalismo di stampo tomista (con le sue varianti moderne e le sue riprese recenti), al giusrazionalismo moderno (con le sue interne oscillazioni), al giuspersonalismo; ma anche – a suo modo - alla habermassiana “etica del discorso”.