

**UNIVERSITÀ DI CATANIA
FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE**

Francesco Viola

-PROBLEMI DI TEORIA DEL DIRITTO.

(Anno Accademico 1977-1978)

Pro Manuscripto

-Febbraio 1978-

AVVERTENZA

Gli appunti qui raccolti hanno solamente lo scopo di servire come materiale ausiliario agli studenti che hanno frequentato le lezioni. Non hanno quindi alcuna pretesa né di scientificità né di originalità. Non ci si stupisca dello spirito problematico che li pervade, poiché si è voluto mostrare le ragioni della crisi attuale della teoria del diritto piuttosto che offrire soluzioni alla stessa. Ci è sembrato più opportuno sollecitare una presa di coscienza dello stato attuale della teoria del diritto nella convinzione che qualsiasi superamento della crisi "scientifica" di tale disciplina non dipende esclusivamente dalla scienza stessa ma dal superamento della crisi più profonda del diritto nella società attuale. In questa luce bisogna leggere l'esposizione dei rapporti tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, e inquadrare la preminenza data alle basi antropologiche, politiche, economiche e storiche di tale distinzione.

Si avverte infine che mancano i capitoli relativi alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e alla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo, argomenti che non è stato possibile illustrare per mancanza di tempo.

oooooooooooo

INDICE

Introduzione

1. Nascita ed evoluzione della teoria generale del diritto..... p.1
2. La teoria generale del diritto e le discipline affini..... P.8
3. Cenni di storia dei rapporti tra diritto e scienza..... p.15
4. Teoria scientifica e diritto..... p.21
5. L'oggetto della teoria del diritto..... .p.32
6. I contenuti della teoria del diritto..... . P.39
7. Uno sguardo al passato,..... .p.44/b
8. Un chiarimento. p.44/b

Capitolo primo: Diritto soggettivo e diritto oggettivo

- Introduzione..... p.45
1. La facoltà morale (GROZIO)..... p.52
 2. La facoltà morale e il diritto oggettivop. 60
 - a. La coattività della legge (PUFENDORF).....p.64
 - b. L'unificazione del soggetto giuridico (LEIBNIZ e WOLFF)p.66
 3. Il fondamento economico della teoria del diritto soggettivo (LOCKE E I FISIOCRATICI)..... p.73
 4. La teoria del diritto soggettivo
 - a. Dal soggetto di diritto alla volontà P.83
 - b. Il tentativo di sfuggire al dogma della volontà.....p.89
 - c. La teoria imperativistica del diritto e il diritto soggettivo. p.91
 - d. La critica del diritto soggettivo..... p.96

1. Nascita ed evoluzione della teoria generale del diritto.

Nel 1890 un giurista tedesco, A. Merkel (1830-1896), pubblicava gli "Elemente der allgemeinen Rechtslehre" (Elementi di teoria generale del diritto). Dalla fine dell'Ottocento in poi questa nuova disciplina conobbe sviluppi molto importanti per la problematica generale della scienza giuridica e soprattutto questa denominazione ebbe grande fortuna tanto da essere mantenuta anche quando i contenuti, i metodi, gli scopi di questa nuova scienza mutarono notevolmente.

L'operazione del Merkel fu quella di indicare sotto questa espressione un determinato tipo di ricerche e di studi in cui prendeva corpo l'esigenza antichissima di un'unificazione concettuale del diritto positivo. L'espressione 'teoria generale del diritto' (in un primo tempo il Merkel aveva usato quella di 'enciclopedia giuridica') è più legata a questa esigenza che alla forma particolare in cui si manifestava nella scienza giuridica tedesca alla fine dell'Ottocento. Per questo motivo oggi noi continuiamo ad usare questa denominazione per indicare ricerche di tipo diverso ma sempre legate a quell'esigenza di fondo. Con una sola variazione, peraltro significativa: piuttosto che 'teoria generale del diritto' preferiamo parlare più semplicemente di 'teoria del diritto'. Tutto ciò denota l'accostamento attuale della scienza giuridica alle discipline empiriche e alle loro teorie. Per il Merkel infatti la teoria generale del diritto è una disciplina che raccoglie i concetti comuni ai diversi rami di un determinato ordinamento giuridico positivo (come, ad es., i concetti di norma, sanzione, fatto giuridico, atto giuridico, capacità giuridica e così via). Queste nozioni non interessano solo il diritto civile, ma anche il diritto penale, il diritto processuale, il diritto amministrativo e così via. V'è quindi la necessità di sistematizzare questi concetti comuni che costituiscono il luogo teorico d'incontro delle varie discipline giuridiche. È significativo il fatto che la teoria generale del

diritto sia sorta in clima positivistico e di diritto codificato. Essa all'inizio fu intesa come l'espressione ultima della dottrina giuridica. V'è una significativa corrispondenza tra l'assunzione dello Stato del monopolio dell'uso della forza e l'unificazione delle scienze giuridiche nella teoria generale del diritto. Quando la legge dello Stato si pone come unica fonte del diritto, eliminando ad esempio la consuetudine, è ovvio che la scienza giuridica debba assumersi come unitaria, cioè fondata su principi di carattere generale e su concetti comuni ai vari rami del diritto. V'è una corrispondenza tra l'unità del sapere giuridico e l'unità del potere politico. L'unità e la coerenza dell'ordinamento giuridico sono postulati proprio per rafforzare la convinzione dell'unità della fonte del diritto.

Se oggi si preferisce parlare di "teoria del diritto", sopprimendo l'aggettivo "generale", è non solo per sottolineare le esigenze di carattere epistemologico, ma anche perchè è venuta meno l'unità dell'ordinamento giuridico così come la si concepiva nella ideologia della codificazione e perchè si contesta il pregiudizio statalista. Quella unificazione concettuale del diritto deve ricercarsi in altro modo e deve essere fondata su basi diverse.

In verità molto prima degli studi del Merkel un giurista inglese, John Austin (1790-1859) sostenne la necessità di affiancare allo studio degli ordinamenti giuridici particolari dei singoli popoli una scienza giuridica generale, che, attraverso l'analisi degli ordinamenti giuridici delle società più progredite, compendia gli elementi comuni ed elabora una teoria del diritto positivo. Questo modo d'intendere la teoria del diritto come sintesi degli elementi comuni degli ordinamenti giuridici positivi ebbe poca fortuna nell'Ottocento. Austin chiamò questa disciplina "giurisprudenza analitica" (analytical jurisprudence), cioè analisi logico-descrittiva dei sistemi giuridici, e questa espressione è ancora oggi usata dai giuristi anglosassoni. Non è possibile tradurre l'inglese 'jurisprudence' con l'italiano 'giurisprudenza'. Noi usiamo quest'ultimo termine per indicare sia la scienza giuridica che la raccolta delle sentenze dei giudici. Invece con 'jurisprudence' s'intende oggi un complesso di ricerche attinenti all'esperienza giuridica che sono di carattere teorico, sociologico e filosofico (cfr. Ross, Diritto e giustizia, Einaudi, 1965 pp.3-7).

La differenza tra il modo d'intendere la teoria generale del diritto da parte del Merkel e quella dell'Austin è qualitativa. Il Merkel resta ancora legato al problema dei contenuti di un determinato sistema normativo; la sua è una sorta di dommatica superiore, avente per obiettivo la messa a fuoco dei principi generalissimi del sistema dato. La teoria del diritto dell'Austin si rivolge invece, anche se ancora confusamente, al sistema giuridico in quanto tale e quindi prescinde da un contenuto determinato. In fondo è il maggior grado di generalizzazione in cui si pone la teoria dell'Austin a spingerla verso una considerazione ancora più formale e a spostare l'attenzione sulla struttura del sistema giuridico. Il diritto positivo appare così come una forma dei comportamenti umani e la sua natura è ricercata proprio nel tipico atteggiarsi di questa forma. Ciò che caratterizza il diritto non è questa o quella materia della regolamentazione dei comportamenti, ma la forma della regolamentazione. Fu il Kelsen (1881-1973) ad avere piena consapevolezza di questa svolta nell'ambito del modo d'intendere la teoria generale del diritto. Egli sostenne l'idea che la forma della regolamentazione giuridica è quella dell'esercizio del potere coattivo, cioè per definire il diritto positivo non si deve far ricorso al contenuto delle disposizioni giuridiche ma all'elemento formale della coercizione.

Possiamo quindi affermare che la teoria generale del diritto, sorta originariamente a fini dommatici di sistematica dei principii di un dato ordinamento giuridico, ha assunto poi come suo obiettivo di investigare intorno alla natura del diritto positivo e quindi di porre i fondamenti della scienza giuridica. Queste ricerche furono affrontate con uno spirito positivistico, antimetafisico ed antigiusnaturalistico, che deriva da quella "filosofia del diritto positivo" diffusasi nei primi decenni dell'Ottocento e che può considerarsi l'antecedente della teoria generale (così come la filosofia della natura del 1500 preparò la nascita della scienza moderna).

In tal modo le istanze del Merkel e quelle dell'Austin si sono fuse. Ed oggi anche chi ha elaborato una teoria generale del diritto nel senso del Merkel (ad es. in Italia Francesco Carnelutti) ha necessariamente dovuto far ricorso a modelli generali ai fini di un inquadramento teorico dei contenuti delle norme positive, modelli tratti dalla problematica intorno alla natura del diritto.

Questa fisionomia della teoria del diritto si è delineata con maggiore precisione quando la dottrina pura di Hans Kelsen ha raccolto l'eredità della giurisprudenza analitica e l'ha trasferita con piena consapevolezza nella tradizione giuridica tedesca. Kelsen afferma: "La dottrina pura del diritto è una dottrina del diritto positivo; è una teoria generale del diritto e non un'esposizione o un'interpretazione di un ordinamento giuridico particolare. Per mezzo della comparazione di tutti i fenomeni che vanno sotto il nome di diritto, essa cerca di scoprire la natura del diritto stesso, di determinare la sua struttura e le sue forme tipiche indipendentemente dal contenuto variabile che presenta in epoche diverse e fra diversi popoli. In questo modo essa cerca di determinare i principii fondamentali nei quali può essere compreso qualsiasi ordinamento giuridico. Come teoria il suo unico fine è quello di conoscere il suo oggetto. Essa risponde alla domanda, che cosa è il diritto, non già a quella, che cosa il diritto deve essere. Quest'ultima è una domanda di politica, e invece la dottrina pura del diritto è scienza" (da "La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica", in Appendice a Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, 1967, p.173 -sott.mie).

Kelsen attribuisce quindi alla teoria generale il compito di studiare la struttura del diritto positivo e non già i particolari contenuti di un sistema normativo. A questo proposito si devono fare due osservazioni preliminari. Cosa s'intende per 'diritto positivo'? Esso ha in linea di principio per Kelsen un significato molto ampio in quanto concerne il diritto posto dagli uomini nelle "epoche più diverse" e "tra i diversi popoli".

Ancora un'altra osservazione. Nella citazione del Kelsen sopra riportata si afferma in sostanza che cercare la natura del diritto significa descriverne la struttura e le sue forme tipiche. Ciò ha dato luogo ad un approccio strutturalista al diritto. Per Kelsen tutto il diritto si risolve scientificamente nella sua struttura e non è affatto definito dal fine cui è diretto né dalla funzione che assolve. Obiettivo della teoria del diritto è dunque la ricostruzione di questa struttura e non già la ricerca dei fini del diritto. "Questa dottrina non considera infatti lo scopo che viene perseguito e raggiunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordi-

namento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopi" (da Lineamenti di dottrina pura del diritto, cit., p.72).

E' stata proprio la problematica che si è sviluppata intorno al concetto di struttura giuridica a produrre ulteriori sviluppi nel modo di considerare ed elaborare una teoria del diritto. E' inutile dire che il punto di partenza di questa problematica sono proprio le teorie del Kelsen, che può essere considerato come il fondatore del modo contemporaneo d'intendere la teoria generale del diritto. E tuttavia è bene aggiungere che oggi tale teoria è andata al di là e oltre il Kelsen stesso. Ma in che senso?

Il Kelsen ha sostenuto che la struttura giuridica è una struttura normativa, cioè che il diritto si identifica non già con la singola norma ma con un complesso di norme. Non si può conoscere adeguatamente la singola disposizione se non in quanto inserita nel contesto dell'ordinamento normativo. Questo è l'apporto tipicamente kelseniano e l'innovazione rispetto alla problematica austriaca. Questo complesso di norme ha quindi un ordine ed è propriamente un sistema. Bisogna però chiarire quale concetto di sistema Kelsen applica a o ritrova nell'ordinamento normativo. Kelsen distingue i sistemi statici dai sistemi dinamici. Sistemi statici sono quelli in cui le norme sono collegate tra loro in relazione al loro contenuto, cioè per il fatto che si deducono le une dalle altre partendo da una o più norme originarie di carattere generale. Sistemi dinamici sono quelli in cui le norme sono collegate tra loro in base ad un criterio meramente formale, cioè derivano le une dalle altre attraverso successive delegazioni di potere. Un'autorità inferiore deriva da un'autorità superiore, sino a che non si arriva all'autorità suprema che non ha altra autorità al di sopra di sé. Kelsen sostiene che il sistema giuridico si caratterizza per il fatto di essere un sistema dinamico, pur non escludendo anche la presenza della dimensione statica. Austin pensava un sistema giuridico come la serie di tutte le disposizioni di legge emanate, direttamente o indirettamente, da un sovrano. Kelsen sostituisce la norma fondamentale al sovrano di Austin: un sistema giuridico è la serie di tutte le disposizioni emanate esercitando i poteri conferiti, direttamente o indirettamente, da una norma fondamentale. "Tutte le norme la cui validità può essere ricondotta ad un'unica norma fondamentale costituiscono-

no un sistema di norme, o un'ordinamento" (da Teoria generale del diritto o dello Stato, Milano, 1963, p.112).

Tradizionalmente l'ordinamento giuridico veniva considerato o come un sistema deduttivo o come un sistema induttivo. Un sistema giuridico viene considerato come deduttivo, quando tutte le norme di quell'ordinamento sono derivabili da alcuni principi generali ("i principi generali del diritto"). I giusnaturalisti della scuola razionalistica del 1600 e del 1700 consideravano la scienza del diritto alla stessa stregua della geometria: dai principii generali di diritto naturale derivavano tutte le possibili conclusioni. Un sistema giuridico è induttivo, quando l'opera della scienza non si fonda sulla deduzione ma sulla classificazione, cioè partendo dai contenuti delle singole norme si costruiscono concetti sempre più generali (ad es. il negozio giuridico) e gli "istituti giuridici". In tal caso il procedimento della scienza giuridica è più simile a quello della zoologia e della botanica che a quello della geometria. Questa tipica costruzione di giurisprudenza sistematica ha la sua migliore espressione nella pandettistica tedesca e risale fino al Savigny. (Cfr. per tutto questo argomento N. Bobbio, Teoria dell'ordinamento giuridico, Giappichelli, 1960, pp.70 e segg.).

Kelsen rifiuta entrambi i modi di descrivere un sistema giuridico in quanto forme di sistema statico. Per Kelsen le singole norme di un ordinamento giuridico formano una totalità sistemica in un duplice senso, sia in quanto all'interno i rapporti tra le norme sono organizzati nel senso della coordinazione ed in quello della subordinazione sia in quanto nei confronti dell'esterno tale sistema è autosufficiente, cioè non deriva la sua validità da altri sistemi. Ciò che Kelsen sottolinea con forza è l'autonomia del sistema giuridico ed infatti ciò lo rende in senso proprio una struttura. Per l'autonomia del sistema è necessario che esso preveda il proprio mutamento, regolando da sé la propria trasformazione senza che l'ordinamento stesso cambi la sua identità.

Kelsen ha costruito in tal modo un modello di sistema giuridico normativo pienamente autosufficiente e questo è stato il migliore risultato della dottrina pura del diritto. Il compito fondamentale della teoria generale si è così coagulato nella descrizione e nel funzionamento di una struttura così concepita.

E' stata proprio la riflessione sul modello kelseniano ad aprire nuovi spazi e nuovi problemi alla teoria generale. Kelsen aveva rivolto particolare attenzione alla determinazione dei criteri per cui una norma può dirsi appartenente ad un sistema giuridico. Tale appartenenza è un requisito indispensabile per constatare se una regola giuridica esista o meno, o meglio se una data norma può considerarsi "giuridica". Quando una norma appartiene ad un sistema giuridico, si dice che essa è giuridicamente valida. Validità di una norma equivale ad esistenza di quella norma in quanto regola giuridica. Il problema della validità è divenuto così il problema fondamentale della teoria del diritto, ed in fondo lo è sempre stato. Esso permette di distinguere le norme che appartengono ad un sistema giuridico dalle altre che ne restano fuori e quindi a delimitare l'ambito stesso del sistema.

Tuttavia la validità può risolvere il problema dell'esistenza della singola norma, ma non già quello dell'esistenza del sistema nel suo complesso, che anzi presuppone. Ci si è resi conto cioè che fare della validità il problema fondamentale della teoria del diritto significa ancora restare chiusi nella prospettiva della singola norma, mentre è del sistema giuridico nel suo complesso che bisogna rendere ragione. Quali sono i criteri per l'esistenza del sistema giuridico nel suo complesso? In base a quali criteri noi affermiamo che esiste un sistema giuridico in una data società?

E' frequente che i tecnici del diritto avanzino a questo proposito il criterio dell'efficacia, cioè affermino che l'esistenza dei sistemi giuridici dipende dalla loro efficacia, dal fatto che si obbedisca alle loro disposizioni di legge. Questo criterio può essere inteso in due modi: o si afferma l'esistenza di una norma che è il presupposto di tutto il sistema e la cui validità riposa sulla sua efficacia ovvero si fa riferimento alla effettiva pratica dei tribunali e dei funzionari del sistema, quando individuano il diritto che devono applicare.

La teoria del diritto ha spostato così la sua attenzione dai criteri interni al sistema giuridico ai presupposti del sistema stesso. Ma, così facendo, il sistema giuridico è apparso essere un sotto-sistema di un sistema più comprensivo, da cui dipende.

Dal sistema politico il diritto trae i suoi criteri di legittimazione, dal sistema sociale generale trae la sua funzione specifica. Due nuovi problemi sono quindi entrati a far parte

della teoria del diritto, problemi che non trovavano sufficiente attenzione nel modello kelseniano: 1) il problema del fondamento del diritto positivo e 2) il problema della funzione del diritto positivo. Questi problemi si sono aggiunti alla problematica kelseniana concernente la struttura del diritto positivo e costituiscono insieme ad essa gli obiettivi principali di ogni teoria del diritto.

V'è da ricordare infine che a questi tre obiettivi si deve aggiungere anche la critica alle categorie giuridiche fondamentali. In tal caso si ha riguardo al contenuto comune dei sistemi giuridici e se ne cerca la derivazione extra-giuridica. Di questa critica daremo un esempio nella nostra analisi della distinzione tra diritto soggettivo ed oggettivo.

Riassumiamo così i problemi della teoria del diritto:

1) Il problema dell'esistenza: quali sono i criteri per l'esistenza di un sistema giuridico? Noi distinguiamo i sistemi giuridici esistenti da quelli che o hanno cessato di esistere (per es. il sistema giuridico romano), o non sono mai esistiti (per es. il diritto proposto da Platone per uno stato ideale). Inoltre noi affermiamo che il sistema giuridico francese esiste in Francia, ma non in Belgio.

2) Il problema dell'identità (e il connesso problema dell'appartenenza: quali sono i criteri che determinano il sistema a cui una data disposizione di legge appartiene?). Questi sono i criteri di appartenenza e da essi si possono ricavare i criteri d'identità, che rispondono alla domanda: quali, disposizioni formano un dato sistema?

3) Il problema della struttura: c'è una struttura comune a tutti i sistemi giuridici?

4) Il problema del contenuto: ci sono delle disposizioni che in una forma o in un'altra ricorrono in tutti i sistemi giuridici? C'è qualche contenuto che sia comune a tutti i sistemi giuridici? (Cfr. J. Raz, Il concetto di sistema giuridico, il Mulino, 1977, p. 32).

Da questo quadro d'insieme si comprendono facilmente le ragioni della crisi attuale della teoria del diritto: una pluralità di obiettivi che richiedono per essere raggiunti l'uso di metodi

- 7 ter -

più diversi (metodo filosofico,metodo giuridico,metodo sociologico, etc...). Ma ogni disciplina scientifica si costituisce come tale per l'unicità del metodo. Il declino del modello kelseniano sembra quindi coincidere con il declino della teoria generale del diritto.

2. La teoria generale del diritto e le discipline affini.

Abbiamo già indicato il modo in cui la teoria generale si accosta al diritto. Si tratta di un approccio scientifico teso a descrivere ciò che è il diritto positivo, la sua struttura e la sua funzione. Ma certamente questo non è l'unico modo di affrontare i problemi che l'esperienza giuridica pone all'uomo. Tra essi vi sono problemi che sfuggono all'ottica della teoria generale, ma non per questo sono problemi fittizi ed inesistenti. Proprio il rendersi conto che la problematica giuridica ha un'ampiezza che supera le capacità di comprensione della teoria generale aiuta a non cadere nell'errore di assolutizzare questa disciplina, attribuendo ad essa il monopolio della conoscenza scientifica del diritto.

In quest'errore si cadde in epoca positivista. Riducendo tutto il diritto a diritto positivo ed applicando ad esso il metodo generalizzante ed empirico, la teoria generale apparve essere la scienza suprema del diritto, destinata a soppiantare anche la filosofia del diritto in quanto essa stessa si presentava come filosofia del diritto positivo. Ma per realizzare questa supremazia doveva considerare tutti i giudizi di valore, tutte le richieste di giustizia di cui è piena la esperienza giuridica, come appartenenti al mondo dell'irrazionale, del prescientifico, dell'ideologico. La conclusione era che il problema della giustizia veniva eliminato dal mondo scientifico del diritto per non vedere in esso altro che una emozione irrazionale ovvero il mascheramento di interessi personali o di classe. Oggi invece ci rendiamo conto che anche questo è dogmatismo, il dogmatismo della scienza, e che vi sono problemi reali al di là di quelli affrontati dalla teoria generale, problemi che debbono essere investigati con metodi appropriati e da discipline che si affiancano alla teoria generale. In particolare considereremo qui quelle che hanno connessioni significative con i problemi affrontati dalla teoria generale a tal punto che un esperto di teoria del diritto non può ignorare l'esistenza e la problematica di queste discipline. Solo così si potrà evitare l'assolutizzazione della sua disciplina e una miopia culturale dannosa e mistificante.

a) La storia del diritto

Abbiamo già accennato alla storicità delle categorie giuridiche fondamentali e anche al tentativo ricorrente di attribuire ad esse una perennità ed una dimensione "metafisica". La storia del diritto aiuta il teorico a liberarsi da questa mistificazione, perchè gli mostra l'origine, lo sviluppo e l'evoluzione dei concetti giuridici e la loro connessione con lo sviluppo della civiltà e con fattori ed elementi extragiuridici. Il confronto della cultura giuridica contemporanea con quella del passato ci aiuta a cogliere meglio i mutamenti nella struttura e nella funzione del diritto e a giudicarne l'effettiva portata, che spesso appare a chi è dimentico del passato diversa dalla realtà.

Evidentemente quando parliamo di storia del diritto ci riferiamo non solo alla storia degli ordinamenti giuridici, che spesso non è altro che storia delle leggi del passato, ma più comprensivamente alla storia della cultura giuridica, che tenga presente non solo la storia di determinati sistemi normativi (storia del diritto romano, del diritto italiano, etc..) ma anche la storia dell'attività giuridica e del ceto giuridico e la storia delle idee giuridiche e politiche (storia del pensiero giuridico, delle dottrine politiche).

b) Dogmatica giuridica

Abbiamo già accennato che originariamente la teoria generale del diritto è sorta dalla dogmatica giuridica e che poi da essa si è distaccata, specialmente ad opera di Kelsen, che ha spostato l'attenzione della teoria generale dal contenuto delle norme alla loro forma o struttura. Proprio per questo ruolo di preparazione, che la dogmatica giuridica ha svolto e svolge nei confronti della teoria generale, essa è un presupposto indispensabile di ogni teoria del diritto. La dogmatica giuridica studia dunque le stesse norme nei loro contenuti. Essa assolve a due compiti: un compito esegetico, diretto alla ricognizione del significato delle singole norme, e un compito sistematico, consistente (a) nel raggruppamento di dette norme relativamente all'oggetto (per es., gli istituti della famiglia, della proprietà, del contratto, etc...) e (b) nella enucleazione da essa di principi generali (per es., il principio della buona fede, della giusta causa, etc...).

Tuttavia v'è da ricordare che la dogmatica è sempre relativa ad un determinato ordinamento giuridico e che per una teoria del diritto occorre mettere in relazione ordinamenti giuridici diversi, sia in senso diacronico che sincronico.

Proprio perchè sorta dalla dogmatica, la teoria generale deve ancora pienamente affrancarsi da essa, dopo averne tratto tutti gli insegnamenti necessari. Non è raro che il teorico non sappia distinguere tra particolari contenuti delle norme e la loro struttura formale e tenda ad assolutizzare un particolare ordinamento giuridico.

c) La sociologia del diritto

Gli sviluppi attuali delle scienze sociali hanno posto in modo più pressante il problema del rapporto tra le teorie sociologiche del diritto e le teorie generali del diritto. Per il sociologo il diritto non è altro che un sottosistema all'interno del sistema sociale generale. Il compito della sociologia del diritto è quello della definizione sociologica del diritto e della sua posizione nella società, nonché lo studio del rapporto tra il sistema giuridico e il sistema sociale, tra diritto e cambiamento sociale. Un'attenzione particolare il sociologo dedica al problema generale del rapporto tra attività umana e regole giuridiche, e cioè in specie alla funzione dei diversi operatori giuridici nella società (la professione legale), alle relazioni delle singole norme e dei singoli istituti giuridici con il contesto sociale in cui si attuano (l'azione di modificazione che la legge esercita sul contesto sociale e l'azione che quest'ultimo esercita sulla emanazione, trasformazione, interpretazione, applicazione della legge), e alle opinioni e agli atteggiamenti del pubblico verso le norme e le istituzioni stesse.

La teoria del diritto elaborata dal sociologo è una teoria del diritto come fenomeno sociale elaborata da un punto di vista esterno all'ordinamento normativo stesso. Questa teoria sociologica del diritto si distingue dalla teoria generale in quanto quest'ultima prende le mosse dall'ordinamento normativo e attraverso esso guarda ai fatti sociali. In modo approssimativo si può dire che, mentre la sociologia del diritto va dai comportamenti sociali alle regole che possono essere tratte da essi ed osserva gli effetti sociali delle norme,

il teorico del diritto parte dalle regole giuridiche e si serve di esse per qualificare i comportamenti sociali. Si parla anche di una differenza di metodi, cioè di una differenza tra metodo giuridico e metodo sociologico. Ma ciò è problematico, perchè è difficile oggi affermare l'esistenza di un "metodo giuridico" autonomo. La teoria generale del diritto di Alf Ross, ad esempio, si serve di un metodo sociologico all'interno di presupposti giuridici. E' vero tuttavia che la teoria generale persegue pur sempre l'obiettivo di elaborare una scienza autonoma del dato giuridico. Si tratta di un residuo ancora persistente della ricerca kelseniana della "purezza". Al conseguimento di questa autonomia fa ostacolo proprio questo progressivo accostamento tra scienze giuridiche e scienze sociali. L'emergere dell'approccio funzionalista nel campo della teoria del diritto dimostra il forte influsso esercitato dalla sociologia del diritto. Fra una teoria generale di carattere funzionalistico e la sociologia del diritto le differenze sono ancora più difficili da delineare e vi sono indubbiamente tra esse collegamenti profondi tanto da richiedere competenze specifiche interdisciplinari .

Abbiamo accennato anche all'esistenza di versioni contenutistiche o sociologiche all'interno della teoria generale del diritto (ad es. la cosiddetta "Giurisprudenza sociologica" di origine americana o anche la "teoria dell'istituzione" di origine francese). Si è detto che queste teorie sono dottrine di giuristi e non di sociologi, in quanto pongono pur sempre criteri per individuare le norme giuridiche, pur rifiutandone il formalismo. In linea di principio v'è senza dubbio una differenza notevole tra una dottrina giuridica e una dottrina sociologica, ma essa si attenua sempre più quanto più il sottosistema giuridico è annegato nell'intero sistema sociale e quanto più si nega l'importanza per la teoria del diritto di una struttura normativa formale.

d) La Politica del diritto

Si è spesso notato che il teorico del diritto piuttosto che descrivere la struttura e le funzioni del diritto positivo prescrive come esse debbano essere e in che direzioni debbano andare. Spesso il teorico crede di descri-

vere e non fa altro che prescrivere. Tanto più scientifica è l'apparenza delle sue tesi quanto maggiore è l'effetto persuasivo nei confronti degli operatori giuridici (legislatore, giudici, etc...). Certamente l'obiettivo ideale della teoria del diritto è quello propriamente scientifico, cioè descrittivo. Nella misura in cui questo obiettivo non viene raggiunto v'è uno scarto ideologico in cui le aspirazioni e gli ideali del teorico trovano posto. In ogni caso però ormai è ampiamente dimostrato l'effetto ideologico delle teorie scientifiche, esse contribuiscono a modificare la realtà che studiano. Non bisogna dimenticare anche che non avrebbe senso studiare come il diritto è se non a fini di un miglioramento di esso e in definitiva della società.

La sempre maggiore richiesta di giustizia, che pervade la società contemporanea, si traduce nel campo giuridico in una richiesta per un diritto migliore. Si studia il diritto del presente ai fini di progettare un diritto futuro più giusto. Direttamente questa progettazione non è compito della teoria del diritto, ma della politica del diritto. Questa riceve dalla politica i fini che si vogliono realizzare e dalla scienza e dalla tecnica i mezzi con cui questi fini debbono essere realizzati. La politica del diritto in un certo senso è una politica vera e propria, ma è una politica del mezzo e non del fine.

Essa si basa sulla constatazione che i mezzi non sono mai pienamente neutrali rispetto ai fini ma contribuiscono inevitabilmente nel concretizzarli e determinarli, a dare ad essi una fisionomia specifica, che può non essere rispondente a quella voluta dal legislatore. Non è raro il caso di riforme legislative che hanno sortito conseguenze opposte a quelle volute proprio per un uso del mezzo giuridico non appropriato al fine proposto.

La politica del diritto si serve dunque di tutte quelle discipline di cui abbiamo già parlato: dalla sociologia del diritto trae preziose indicazioni sugli effetti sociali che conseguono dall'uso di certi mezzi, dalla dogmatica impara come inserire i nuovi strumenti giuridici nel sistema senza farlo entrare in crisi mettendolo in contraddizione con se stesso, dalla teoria generale deriva indicazioni sul funziona-

mento del diritto positivo e sul modo tipico con cui esso controlla e trasforma la società.

Bisogna quindi mantenere ben distinta la teoria generale dalla politica del diritto: l'una è una scienza, cioè conosce il diritto per conoscerla, l'altra è un'arte (o una tecnica), cioè conosce il diritto per trasformare la società.

e) La Filosofia del diritto

Come è stato necessario distinguere la teoria generale da quella nuova scienza, che è la sociologia del diritto (e si è vista tutta la difficoltà di questa distinzione, così è necessario rendersi conto dei rapporti tra la teoria generale e una disciplina ancora più antica di essa, cioè la filosofia del diritto.

In effetti in passato, cioè nel 1600 e nel 1700, la Filosofia del diritto svolgeva tra l'altro ricerche, che noi oggi consideriamo proprie della dogmatica giuridica e della teoria generale. Ed infatti si chiamava "juris naturalis scientia" ed era l'insegnamento giuridico principale delle università dell'epoca. In seguito, ed in particolare nell'Ottocento, è iniziato un processo di separazione di campi di ricerca specifici dalla filosofia del diritto e la loro costituzione in discipline autonome, un processo molto simile a quello di affrancamento delle scienze dalla teologia avvenuto intorno al 1400 e al 1500.

Originariamente la filosofia del diritto rispondeva ai seguenti problemi: che cosa è il diritto, come è il diritto e che cosa deve essere il diritto. Oggi si afferma che alla filosofia del diritto non è rimasto altro che l'ultimo problema, cioè quello della giustizia, poiché la teoria generale risponde a quello della natura del diritto e la sociologia del diritto affronta quello della sua effettività e del rapporto tra diritto e società. La filosofia del diritto è quindi ridotta a filosofia della giustizia, cioè allo studio di quei valori che fanno una legge giusta o ingiusta. Poiché si tratta di valori e non di dati di fatto, essa non viene considerata una scienza, ma un'ideologia cioè la razionalizzazione degli interessi individuali o di classe, dei desideri o delle aspirazioni ad una società migliore. Ciò evidentemente ha prodotto un notevole declino degli studi di filosofia del

diritto e della sua importanza tra le discipline giuridiche. Una delle conseguenze negative di ciò è stato il diffondersi di una certa anarchia tra i vari settori della ricerca giuridica, poiché è venuta meno quell'*actio finium regundorum* che la filosofia del diritto aveva sempre svolto nei confronti delle altre discipline giuridiche.

Vi sono anche buoni motivi per credere che la filosofia del diritto abbia ancora qualcosa d'importante da dire intorno a quei problemi oggi propri della teoria generale e della sociologia del diritto. Abbiamo detto che la teoria generale si occupa del problema della natura del diritto positivo, ma chi ci dice che tutto il diritto non sia altro che diritto positivo? V'è forse un diritto diverso da quello posto dall'uomo? A queste domande la teoria generale non può rispondere, poiché il suo oggetto è per definizione il diritto positivo. Essa non ne conosce altro.

La teoria generale del diritto ha bisogno quindi di una disciplina che ne definisca l'oggetto e ne critichi i metodi e i risultati.

In conclusione la filosofia del diritto svolge nei confronti delle scienze giuridiche i seguenti compiti:

- 1) un compito metascientifico : il sapere filosofico è una riflessione critica sul sapere scientifico, dei suoi metodi (metodologia, epistemologia, logica giuridica) e dei suoi risultati (cioè la filosofia del diritto si chiede se le risposte della scienza esauriscano tutto ciò che possiamo sapere del diritto e che valore ha un altro genere d'interrogativi che pure sono presenti nell'uomo).
- 2) un compito demitizzante : il sapere filosofico svolge compiti di critica di ogni assolutizzazione delle varie forme di conoscenza umana, e quindi anche della conoscenza giuridica. La critica delle categorie giuridiche è inconcepibile senza l'apporto della filosofia. La critica marxiana del diritto ne è un esempio.
- 3) un compito metafisico : il sapere filosofico ricerca il senso ultimo e totale del mondo del diritto. Le scienze invece sono nate come considerazione razionale ristretta a parti o settori dell'esperienza e hanno tecniche d'indagine

che possono valere solo in funzione delle strutture di queste parti. La filosofia ha il compito di recuperare il senso dello intero per poter collocare al giusto posto questi vari settori dell'esperienza stessa. E' ciò possibile? Molti ne dubitano. Tuttavia il problema resta ed è reale; se lo si elimina sbrigativamente come fittizio o "metafisico" si sarà costretti a fare i conti con quella nuova metafisica, che è lo scientismo o l'ideologismo.

3. Cenni di storia dei rapporti tra diritto e scienza.

La scienza giuridica appartiene ad una categoria di scienze che oggi è particolarmente interessata dal travaglio epistemologico attuale. Le scienze umane sono - come è noto - dilaniate tra empirismo e dialettica, razionalismo e storicismo (cfr. la fisionomia che l'attuale lotta dei metodi ha assunto nel dibattito Popper-Adorno). Esse stentano a trovare un metodo che soddisfi pienamente le peculiarità del loro oggetto. Tale problema si ripresenta in tutta la sua gravità a proposito della applicazione della teoria scientifica al mondo del diritto, con in più alcune difficoltà specifiche e caratteristiche.

L'esistenza di una disciplina quale la teoria generale del diritto è in fondo l'affermazione di questa possibilità di dare una dimensione autenticamente scientifica alla conoscenza giuridica. Ma in che senso e su quali basi? E' necessario riandare al secolo scorso per avere un'idea approssimativa dei difficili rapporti tra giurisprudenza e scienza.

V'è un disagio atavico del giurista nei confronti della scientificità della giurisprudenza (adoperiamo qui 'giurisprudenza' come sinonimo di 'scienza del diritto'), un complesso d'inferiorità che ha radici lontane. Nel 1848 un giurista tedesco, il von Kirchmann, pubblicò a Berlino un libretto intitolato "La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza", in cui riassume in modo felice ed incisivo questa insoddisfazione che gli stessi giuristi provano per la loro attività e le ragioni del disprezzo così diffuso per le forme e le procedure della giustizia. Le ragioni a detta del von Kirchmann sono le seguenti:

1) Il diritto, a differenza dell'oggetto delle altre scienze, è

continuamente in mutamento. Quindi i risultati raggiunti dalla scienza giuridica sono instabili e debbono essere continuamente rimessi in discussione.

- 2) Nello studio del diritto entrano inevitabilmente in gioco i sentimenti personali (diremmo oggi le varie posizioni ideologiche). Quindi non è possibile tradurre il suo oggetto in termini razionali.
- 3) Quando poi l'oggetto della scienza giuridica è la legge

positiva, (siamo già nell'epoca delle codificazioni), che è qualcosa di arbitrario e contingente, legata alle circostanze particolari di tempo e di luogo, allora tale oggetto non solo è mutevole, ma addirittura muta senza una regola che ne disciplini lo sviluppo e quindi la scienza giuridica è abbandonata al caso ed ai capricci del potere legislativo: "Tre parole innovatrici del legislatore, ed intere biblioteche divengono carta da macero".

In conclusione, l'oggetto della scienza giuridica è mutevole e non v'è possibilità di dare una spiegazione razionale di questa mutevolezza e non di fondarsi su un metodo razionale.

V'è da notare che questa crisi della scienza giuridica è strettamente collegata con il positivismo giuridico, cioè con l'abbandono della convinzione dell'esistenza di un diritto naturale immutabile ed assoluto, fondato su presupposti razionalistici, convinzione che aveva esteso la sua influenza fin alla Scuola storica del diritto.

Proprio l'accentuazione della positività, che nel campo delle scienze naturali era stata la condizione necessaria per fondarne la scientificità, nel campo del diritto agisce invece in senso opposto, cioè pone in crisi la scienza giuridica come scienza. Non si vede più alcuna alternativa possibile ad una riduzione più o meno totale delle discipline giuridiche a compiti meramente esegetici.

A questo punto non restavano che due strade: o continuare a sforzarsi di ricavare dai dati giuridici positivi dei contenuti omogenei e permanenti di giuridicità, riadattando il vecchio ideale giusnaturalistico alla nuova situazione ovvero tentare una rifondazione della scienza giuridica attraverso una trasformazione radicale dell'approccio al mondo del diritto.

Evidentemente la prima via era la più facile, la più comoda, la più consona alla mentalità tradizionalista, tipica del giurista ed infatti fu quella più battuta sino ai nostri giorni. Abbiamo già visto che le origini della teoria generale del diritto nella seconda metà dell'Ottocento sono l'ovvia conseguenza di questo atteggiamento. Ma i dubbi sulla scientificità della giurisprudenza non furono dissipati.

Intanto, mentre la scienza giuridica cercava di uscire da questa strettoia, entravano in crisi proprio quei punti di riferimento che avevano messo in difficoltà la scienza giuridica. A questo proposito v'è da notare un indubbio ritardo culturale del giurista sia nei confronti delle trasformazioni sociali sia nei confronti dei dibattiti scientifici. Non è raro il caso che ci si sforzi nel mondo giuridico di superare difficoltà che il mondo culturale ha già demistificato abbondantemente. Il che pone la scienza giuridica in uno stato quasi di crisi perenne e di instabilità continua.

Le amare constatazioni di von Kirchmann si basavano evidentemente sul preconetto delle scienze naturali come modello ideale della scientificità. E per molti decenni, i giuristi furono condizionati da questa convinzione. Intanto si verificarono sviluppi, e addirittura capovolgimenti di posizioni, che possono essere, grosso modo, distinti in tre fasi:

- a) la distinzione tra scienze naturali e scienze spirituali
- b) la distinzione tra scienze empiriche e scienze storiche
- c) la distinzione tra scienze naturali e scienze umane.

(Su tutta la questione della classificazione delle scienze in connessione con le vicende della giurisprudenza cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950).

Prima si cercò di sfuggire alla supremazia delle scienze naturali, distinguendo le scienze in base al loro oggetto. Ma questi tentativi ben presto fallirono, perché non riuscirono a fornire alle cosiddette "scienze spirituali" un metodo adeguato alla differenza dell'oggetto e perché in fondo si basavano su un'indebita separazione tra natura e spirito, identificando la natura con la materialità e quindi intendendo la spiritualità in modo soprannaturale.

Maggiore fortuna ebbe la fondazione delle scienze stoiche, basate su una differenza di metodo rispetto a quelle naturali (metodo individualizzante per le une e generalizzante per le altre). E' noto che il neoidealismo italiano arrivò al punto di considerare come pseudo-scienze le scienze empiriche rispetto alle vere scienze, cioè quelle storiche.

Tuttavia i fatti hanno dimostrato che il metodo storico, pur avendo un'indubbia dignità scientifica, non è autosufficiente ed ha bisogno di essere coniugato con altri metodi, non escluso quelli classificatori e generalizzanti.

Oggi tutte queste distinzioni appaiono superate e sostituite da un'altra dai contorni molto sfumati ed imprecisi. Al posto di scienze spirituali e storiche si parla di "scienze umane", cioè scienze che si occupano del mondo dell'uomo in tutte le sue manifestazioni. In questa ampia categoria hanno posto le discipline più diverse e i metodi più vari. Vi sono tentativi ricorrenti di dare a questa categoria una fisionomia più precisa, un'ossatura più solida, ma ancora non si è approdato a nulla. Oggi si discorre molto, ad esempio, sulla priorità tra metodo empirico e metodo dialettico. La ragione di questa disputa non risiede tanto in un'esigenza di purezza metodica, ma nella convinzione diffusa che escludere un metodo a vantaggio di un altro significa precludersi la possibilità di attingere aspetti importanti della realtà. In questa luce deve essere considerata la disputa attuale se la scienza sociale di Marx sia fondata sul metodo empirico o sul metodo dialettico. Il meno che possiamo dire è dunque che sul piano epistemologico le scienze umane debbono ancora compiere molti progressi.

Queste periodiche rivoluzioni in tema di classificazione delle scienze hanno naturalmente avuto ripercussioni notevoli in campo giuridico. Suscitarono però più problemi e nuove difficoltà che soluzioni soddisfacenti. Non si riuscì infatti mai a collocare la scienza giuridica in modo completo e definitivo in una categoria scientifica precisa. Se è vero infatti che il diritto non appartiene al mondo della natura ma a quello dello spirito, tuttavia per il metodo d'indagine a carattere generalizzante e classificatorio è più vicino alle scienze della natura. Nonostante tutti gli sforzi compiuti, non s'è riuscito ad applicare in modo soddisfacente il metodo storico alla scienza giuridica, al di là di utili ma parziali apporti nel campo dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme.

Le posizioni assunte dai teorici del diritto andarono quasi sempre nel senso di una caratterizzazione della scienza giuridica come scienza di confine, come scienze intermedia. Ma ciò evidentemente gettava un'ennesima ombra sulla sua fondatezza scientifica.

Oggi il diritto viene considerato senza esitazione come una scienza umana. Il problema odierno non è più quello di distinguerlo dalle scienze naturali. E' un altro, cioè di distinguerlo dalle altre scienze umane. Esse ci appaiono oggi come un mare magnum, in cui le distinzioni epistemologiche e metodologiche sono ardue e difficili.

V'è da notare puro un deciso avvicinamento della scienza giuridica alle scienze sociali. Anzi addirittura si può parlare di una subordinazione della scienza giuridica a quest'ultime. Oggi il diritto non occupa più quel posto privilegiato nel sistema globale della società che gli era stato per lunga tradizione assegnato. La cultura illuministica aveva avvalorato il primato del diritto. Kant aveva indicato la meta della storia umana nella realizzazione di uno stato universale secondo il diritto. Il positivismo ottocentesco invece ha combattuto questo primato del diritto e il feticismo della legge. Non diversamente la pensava Marx, quando affermava: "...il vostro diritto è soltanto la volontà della vostra classe elevata a legge" (Manifesto, Bari, 1958, p.92).

Oggi il diritto non viene considerato come il nucleo più significativo di una civiltà o di uno Stato, ma come un epifenomeno, come un momento secondario dello sviluppo storico, come uno strumento sempre meno significativo di mutamento sociale. Sorgono oggi altri strumenti di controllo sociale con un peso ben maggiore di quello giuridico (cfr. N. Bobbio, "Il Diritto", in Le Scienze umane in Italia oggi, Il Mulino, Bologna, pp.259-260). Oggi il giurista deve stabilire nuovi e più profondi contatti con psicologi, antropologi, politologi e prendere coscienza del fatto che l'organizzazione giuridica è un sottosistema dell'organizzazione generale della società.

Il problema che il sociologo ed il giurista hanno in comune è quello del rapporto tra regola e comportamento.

Ebbene, il sociologo usa le regole di comportamento che trova per spiegare perchè certi individui si comportano in un certo modo. Il giurista usa le stesse regole per qualificare i comportamenti come leciti o illeciti, cioè per stabilire perchè ci si debba comportare in un modo piuttosto che in un altro. Si tratta quindi di due operazioni diverse sullo stesso oggetto. Proprio perchè scienza giuridica e scienze sociali si distinguono come approcci diversi, pur nell'identità di materia, si spiega il fenomeno della duplicazione, per cui ogni disciplina giuridica ha una specie di controfigura in una disciplina sociologica e viceversa (Bobbio, op. cit., pp. 274-275).

D'altronde questa differenza di prospettive rende difficile e problematica l'utilizzazione dei metodi delle scienze sociali ai fini dell'indagine giuridica. Per essa alle difficoltà che attraversano gli studi sociologici contemporanei si aggiunge la difficoltà di recepire in modo convincente i loro metodi collaudati. E' necessario perciò accennare ad alcuni di questi più rilevanti ostacoli.

4. Teoria scientifica e diritto.

Abbiamo usato ed abusato del termine 'teoria'. A questo punto si impone un chiarimento di questo termine, che abbiamo mutuato dal linguaggio scientifico. Cosa è lecito aspettarsi da una teoria?

Solitamente 'teoria' si oppone a 'pratica' per indicare una attività conoscitiva che non ha come fine la modificazione della realtà, ma solo la sua comprensione. E' questo il significato tradizionale di teoria, quello - per intenderci - che risale ad Aristotele, per cui la teoria si identificava con la vita contemplativa e con la beatitudine (Etica Nicomachea, X, 8, 1178 b 25).

Questo significato di teoria era evidentemente collegato ad un modo specifico d'intendere la filosofia, l'antropologia e l'etica, e quindi ne ha seguito le sorti. Il rifiuto della filosofia greca e cristiana ha significato anche il rigetto di questo senso specifico di teoria in tutta la sua originaria pregnanza.

Sono rimasti i resti, di cui si è appropriata la scienza moderna. L'accento è stato posto vigorosamente sul carattere descrittivo della teoria. Ogni teoria è una descrizione di un gruppo di fenomeni che interessano un settore dell'esperienza umana. Anche in questo senso la teoria si distingue nettamente dalla pratica. Essa non prescrive come comportarsi, non dirige l'azione, ma solo descrive il suo oggetto. Così la parte teorica di una scienza è quella che non considera le applicazioni della scienza stessa alla tecnica produttiva. E' evidente che per 'descrizione' non s'intende una pura e semplice elencazione di fenomeni, ma la ricerca dei nessi e dei collegamenti tra loro, cioè una ri-

ostruzione del loro impianto strutturale. Per questo il primo obiettivo di una teoria è sistematico, cioè un obiettivo di unificazione concettuale.

Questa unificazione è compiuta sulla base di ipotesi di lavoro, che dapprima hanno un valore provvisorio e che attendono una verifica dal confronto con i fatti. Per questo una teoria scientifica contiene, oltre la sua parte ipotetica, un apparato che consente la sua verifica o conferma. La teoria non è un mero insieme di ipotesi, ma un sistema coerente di ipotesi verificabili. E' ovvio altresì che le modalità ed il grado di prova e di conferma, che una teoria deve possedere per essere dichiarata o creduta "teoria scientifica", non sono definibili con criteri unitari. Evidentemente, la verità di una teoria psicologica o di una teoria economica richiede apparati di prova completamente diversi da quelli di una teoria fisica, perchè le tecniche di verifica sono completamente diverse. Ciò implica una pluralità di metodi. Ogni teoria si identifica non solo per la specificità delle sue ipotesi, ma anche per la specificità dei suoi metodi.

V'è infine un'ultima caratteristica, che oggi si ritiene sempre più importante e fondamentale ai fini della validità di una teoria scientifica, e cioè la sua capacità di previsione. Una teoria scientifica è considerata come uno strumento di previsione dei fatti futuri, è tanto più scientifica quanto più il suo impianto concettuale consente la previsione di tali fatti. Così molte teorie sono crollate proprio per la loro incapacità di assimilare nuovi dati di fatto e quindi per la loro assoluta dipendenza da quel complesso di fenomeni in funzione dei quali sono state pensate. La storia della scienza è un cimitero di teorie cadute in disuso non già perchè errate, ma perchè fornite di un basso grado di previsione (cfr. N. Abbagnano, voce "Teoria", in Dizionario di Filosofia, Torino, Utet, 1964).

In conclusione possiamo affermare che una teoria scientifica è un sistema di concetti o di regole collegato ad un metodo specifico di verifica e dotato di un'alta capacità di previsione.

Ora, il problema che si impone è il seguente : in che senso la teoria generale del diritto è una teoria scientifica? Questo problema ci terrà occupati per tutto il resto di questa introduzione. Dobbiamo infatti esporre le ragioni di varia natura che hanno costituito un serio ostacolo alla scientificità della teoria generale del diritto.

Bisogna però subito aggiungere che questa caratterizzazione della scientificità di una teoria è stata elaborata prendendo a modello principalmente le scienze della natura e che in seguito è stata applicata alle scienze umane, ergendoci così a prototipo della scientificità. Il risultato è stato che le scienze umane per essere ammesse nell'olimpico delle scienze dovevano dimostrare la loro conformità assoluta a questo modello, pena la scomunica e la riduzione allo stato di mere tecniche o di ideologie,

Ora, questa adeguazione delle scienze umane al modello-tipo della teoria scientifica è irta di difficoltà e di ostacoli, che a taluni appaiono insormontabili. Due di essi sono particolarmente rilevanti e quindi degni di nota.

Innanzitutto la constatazione che le scienze umane hanno a che fare con il mondo dei valori, un mondo che difficilmente può essere ridotto alla pura fattualità per quanto anch'esso sia suscettibile di descrizione. Inoltre la considerazione che l'oggetto delle scienze umane è irrimediabilmente storico, cioè in continuo mutamento e sviluppo e quindi inafferrabile mediante categorie statiche e suscettibile di previsione solo in un senso molto diverso da quello proprio delle scienze della natura, perchè la storia è il regno della libertà umana.

In questa luce si spiega la maggiore deperibilità delle teorie proprie delle scienze umane, la continua sostituzione dei modelli esplicativi, l'utilizzazione dei metodi più diversi e compositi. Tutte condizioni che in base a quel modello-tipo da noi sommariamente illustrato sono valutate sfavorevolmente e finiscono per gettare sulle scienze umane il sospetto di una loro mancanza di scientificità.

Questo sospetto si aggrava ulteriormente quando si considerano le scienze giuridiche. Vediamone le ragioni.

Il modello di "teoria" da noi sommariamente illustrato (e forse ormai esso stesso superato) è quello proposto dalle scienze empiriche. Chiedersi se la scienza giuridica possa assumere la fisionomia di una scienza empirica significa interrogarsi sulla possibilità di elaborare un concetto empirico di norma giuridica. Si è già detto che il concetto di norma è un elemento centrale ed ineliminabile di una teoria del diritto. Non è certamente l'unico elemento, perchè accanto ad esso vi sono i valori a cui la norma si ispira e i comportamenti che essa regola, tutti elementi che non possono essere trascurati dalla teoria del diritto. Tuttavia la norma è indubbiamente il filtro dei valori e dei comportamenti sociali per un giurista. In essa il giurista coglie le valutazioni compiute dal legislatore e mediante essa qualifica come giuridici i comportamenti umani regolati. Il concetto di norma è quindi il banco di prova della teoria scientifica applicata al diritto. Se essa non sarà in grado di fornire un'adeguata spiegazione della normatività del diritto positivo, potrà essere una teoria ma sicuramente non sarà una teoria giuridica. Anche se alla scienza giuridica si assegna il compito di prevedere comportamenti futuri, questa previsione dovrà pur sempre essere elaborata attraverso l'uso adeguato del concetto di norma. Non è quindi esagerato affermare che, costituendo il concetto di norma giuridica un ostacolo di grande rilievo alla formulazione empirica della scienza del diritto, questo problema è quello decisivo ai fini della stessa possibilità di applicare quel modello di teoria alla giurisprudenza.

a) La norma come schema d'interpretazione

A questo proposito è opportuno accennare al pensiero di un teorico del diritto che ha sostenuto la possibilità e la necessità che la scienza giuridica sia considerata in tutto e per tutto una scienza empirica. Si tratta del danese Alf Ross.

Secondo Ross una norma è una direttiva che presenta uno schema di comportamento generalmente seguito e sentito come vincolante dai membri di una società (Directives and Norms, p.93. Gli elementi che costituiscono questo concetto di norma sono dunque i seguenti: 1) un modello d'azione e di comportamento - 2) effettivamente seguito da un gruppo sociale - 3) sentito dai membri del gruppo come

socialmente vincolante (Diritto e giustizia, p.17).

Questa è una definizione "realistica" di norma, perchè i suoi elementi possono essere empiricamente verificati. Dai comportamenti effettivi dei membri della società si possono trarre dei modelli di azione. Inoltre si può, adottando il metodo introspettivo, accertare se queste regole sono seguite per abitudine o per ragioni tecniche ovvero in ragione della motivazione che esse sono sentite come socialmente vincolanti. Solo in quest'ultimo caso si può parlare di norme obbligatorie. Il diritto valido significa un insieme di idee astratte che servono da schema d'interpretazione dei fenomeni di diritto in azione (phenomena of law in action), ciò vuol dire che queste norme sono effettivamente seguite e lo sono perchè sono sentite come socialmente obbligatorie.

Su queste basi Ross ritiene che la scienza giuridica possa assumere la fisionomia di una scienza empirica. Lo scienziato del diritto si serve delle norme come di schemi d'interpretazione di certi fatti sociali nel senso che esse gli permettono di cogliere il significato di certi fatti. A loro volta questi schemi non sono arbitrari, ma il loro uso è legittimo solo nella misura in cui sono verificati dai fatti stessi che intendono spiegare. Questa spiegazione empirica del diritto consente anche di prevedere il comportamento dei destinatari delle direttive. Quando affermiamo che una determinata disposizione di legge è diritto valido, prevediamo che, se i fatti condizionanti enunciati nell'articolo di legge sono considerati esistenti, ferme restando tutte le circostanze, la direttiva al giudice contenuta nell'articolo formerà una parte integrante del ragionamento che regge la decisione.

L'effettivo comportamento del giudice conforme alla direttiva sarà il fatto che verificherà l'esattezza della previsione (Diritto e Giustizia, pp. 41-42). Secondo Ross una regola è diritto valido, quando è applicata dalla pratica delle corti. Una direttiva è giuridica in quanto ha per destinatari i giudici. Per cui tra le norme, che sono seguite perchè sentite come socialmente vincolanti, sono giuridiche quelle dirette ai giudici. Ciò serve per Ross a distinguere le norme giuridiche dalle norme sociali in generale e rende il destinatario parte integrante del suo concetto di norma giuridica. Poiché inoltre la validità del diritto dipende dalla sua verificabilità, la scienza giuridica è formulata nei termini rigorosi di una scienza empirica.

A questo punto si tratta di osservare se in tal modo si è data una spiegazione adeguata della norma giuridica. Affinchè essa possa essere assoggettata ai modelli scientifici dell'empiricità, è stata tradotta in termini fattuali. Vorrei soffermarmi su questo modo di rendere ragione dell'obbligatorietà di una norma, perchè essa è la caratteristica che più difficilmente si può empiricamente verificare.

Per Ross avere un obbligo giuridico significa sentirsi vincolati a seguire una regola. L'obbligatorietà di una norma è resa nei termini di uno stato psicologico del destinatario di una direttiva (il giudice). Se questo sentimento manca, allora la regola non è più obbligatoria e quindi non è propriamente una norma giuridica. E' ovvio che Ross non si riferisce ai sentimenti di un singolo destinatario, ma ai sentimenti diffusi in un gruppo determinato che è quello dei giudici; per cui il venir meno del sentimento del singolo non mette in crisi ancora l'obbligatorietà della norma. Ross parla infatti di ideologia normativa, di ideologia delle fonti del diritto.

Si deve invece constatare che l'obbligatorietà della norma è indipendente dal sentimento soggettivo dei destinatari. E' una cosa ben diversa "avere un obbligo" e "sentirsi obbligati" (Hart). Avere un obbligo significa avere il dovere di conformare il proprio comportamento ad una norma indipendentemente dai nostri sentimenti soggettivi. Il sentimento di essere vincolato da una norma è semmai la conseguenza della obbligatorietà della norma, ma non già il suo fondamento. Ross è convinto che la scienza giuridica debba spiegare perchè i giudici agiscano in un dato modo, qual è la causa delle decisioni giudiziali. Ed invece questo è il compito della sociologia del diritto o almeno di un particolare modo d'intendere la sociologia giuridica.

Non è esatto rendere l'idea della obbligatorietà nei termini di una relazione empirica tra causa ed effetto. Una norma propriamente non "causa" in senso fisico un comportamento, ma lo guida, lo valuta e lo qualifica. Ciò che insomma è deformante per la scienza giuridica è proprio l'utilizzazione della causalità propria delle scienze empiriche. Essa ha bisogno di un diverso principio epistemologico su cui fondarsi e che renda ragione della relazione caratteristica tra norma giuridica e condotta umana.

Cerchiamo ora di osservare quali altri vie sono possibili.

b) La norma come schema di qualificazione

Kelsen - come è noto - separa nettamente il mondo della natura dal mondo morale, l'uno è il mondo dell'essere, mentre l'altro è il mondo del dover essere. All'interno del mondo del dover essere la norma giuridica si distingue dalla norma morale per il fatto di non essere un imperativo, ma una giudizio logico-ipotetico. Si sa che ogni giudizio implica l'attribuzione di un predicato ad un soggetto. Un giudizio ipotetico esprime un rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata. La norma giuridica è quindi un giudizio logico caratterizzato da una determinata forma di connessione tra predicato e soggetto. "Come la legge naturale connette un determinato fatto come causa a un altro come effetto, così la legge giuridica connette la condizione con la conseguenza del diritto (cioè con la così detta conseguenza dell'illecito). Nell'un caso la forma della connessione dei fatti è la causalità, nell'altro è l'imputazione in cui la dottrina pura del diritto ravvisa la speciale struttura del diritto. Come l'effetto è attribuito alla sua causa, così la conseguenza giuridica è attribuita alla sua condizione giuridica, ma quella non può essere considerata come causalmente prodotta da questa". (Lineamenti di dottrina pura del diritto, p.63).

Il principio che regge la scienza giuridica è dunque quello dell'imputazione (Zurechnung), cioè in sostanza della responsabilità. Ad un determinato comportamento (illecito) è imputata una sanzione. Noi diciamo che un uomo è responsabile delle sue azioni, quando connettiamo ad esse una conseguenza sul piano del dover essere. Propriamente la sanzione è imputata all'illecito, non è l'effetto dell'illecito. La scienza giuridica nello spiegare i fenomeni che studia non si può quindi servire del principio di causalità, ma di quello di imputazione.

Evidentemente qui siamo agli antipodi della concezione del Ross. Kelsen evidentemente rifiuta l'idea di una scienza giuridica come scienza empirica e va alla ricerca di un principio metodico che fondi l'autonomia del mondo giuridico e della scienza che lo studia. Tuttavia anche questa spiegazione della obbligatorietà della norma non è pienamente convincente.

Nella concezione kelseniana, proprio perchè essa presuppone la separazione totale tra essere e dover essere, abbiamo una totale indipendenza della norma dai comportamenti regolati. Essa spiega la struttura interna della norma, ma non riesce a rendere ragione del fatto che la norma è un elemento-guida dell'azione umana.

L'obbligatorietà è intesa come un collegamento tra due comportamenti (quello del cittadino e quello del giudice) e risiede nella forma stessa di questo collegamento; e non è intesa come il collegamento tra un principio d'azione e l'azione stessa. Kelsen spiega in maniera convincente la struttura interno della norma, tuttavia il suo essere-norma consiste nella relazione tra questa struttura e l'azione umana. Non è questo un elemento irrilevante per il mondo del diritto a meno di non identificarlo con il mondo delle norme giuridiche.

L'atteggiamento della scienza giuridica in seguito agli influssi kelseniani è ben espresso in quest'affermazione di un giurista italiano: "Noi riteniamo che il rapporto tra norma e comportamento dei consociati non sia necessario alla definizione del diritto obiettivo, il quale si esaurisce nel nesso ipotetico tra un fatto ed un effetto" (Irti, Introduzione allo studio del diritto privato, Giappichelli, 1976, pp.44-45).

In conclusione l'obbligatorietà della norma giuridica è illustrata in modo deformante da Ross e viene elusa da Kelsen.

e) La norma come giudizio di valutazione

Questa concezione è stata sostenuta da giuristi italiani (Perassi, Allorio, Giuliano). Secondo questi autori la norma qualifica certi comportamenti come portatori di certe conseguenze. E fin qui non si dice niente di diverso dalla teoria kelseniana della norma come giudizio ipotetico. Si aggiunge però che questa qualificazione operata dalla norma è una valutazione.

Che cosa valuta propriamente la norma? Su questo punto i pareri sono discordi. Per alcuni (Perassi, Esposito) la norma valuta il fatto (l'azione o la situazione), ricollegando ad esso determinati effetti giuridici e con ciò giudica tale fatto come biasimevole o lodevole; prende posizione nei suoi confronti. Per altri (Giuliano) la norma non valuta il fatto, ma nell'ipotesi che accada valuta come doveroso un comportamento umano. Qui l'oggetto della valutazione è il comportamento umano, che viene definito proprio dal fatto previsto in ipotesi.

Si fa notare (Irti, cit., p. 39) che questa funzione valutativa della norma è compatibile con la sua struttura di giudizio logico. In quanto giudizio essa istituisce un nesso logico tra effetto e fatto contemplato in ipotesi. In quanto valutazione essa sceglie, all'accadere del fatto previsto in ipotesi, un comportamento tra gli altri possibili e lo rende doveroso. Oggetto della valutazione

normativa non è quindi l'esterna realtà sociale, né i conflitti d'interesse né i fatti ipotetici, ma proprio il contegno umano dichiarato doveroso.

Il comportamento umano non è in sé né doveroso né antidoveroso: soltanto nell'ipotesi che si verifichi il fatto previsto dalla norma esso riceverà una valutazione di conformità al diritto. La qualifica di doverosità riguarda un comportamento futuro, che la norma valuta ed approva come doveroso tra gli altro possibili.

Se ci chiediamo ora come questa concezione possa rendere ragione della obbligatorietà di una norma, ci rendiamo conto subito che essa evita di concepire l'obbligo sia come fondato su una rappresentazione psicologica (il sentimento di obbligatorietà di Ross) sia come meramente fondato su un nesso logico tra due comportamenti (l'imputazione di Kelsen). Essa ci viene presentata piuttosto come un atto di valutazione che attribuisce al comportamento condizionato la qualifica di doverosità.

Tuttavia anche questa concezione della obbligatorietà di una norma non appare soddisfacente. La spiegazione reale che essa offre è la seguente: nell'ipotesi che si verifichi un determinato fatto, un determinato comportamento è obbligatorio. Ma essa non spiega che significa "un determinato comportamento è obbligatorio", mentre è proprio questo il problema in questione.

Non possiamo quindi ritenere la teoria della norma come giudizio di valutazione una spiegazione adeguata della sua obbligatorietà. Essa tuttavia evidenzia un problema interessante e degno di attenzione e cioè il rapporto tra una norma e il giudizio di valore che essa esprime. Non vi è dubbio che ogni norma presupponga un giudizio di valore. A monte della norma v'è una valutazione degli interessi presenti nella realtà sociale ed una soluzione dei possibili conflitti, in base ad una scelta di valori presenti nella realtà sociale e politica. Questa valutazione della realtà sociale e degli interessi in conflitto è il presupposto della norma, appartiene -come si è detto- propriamente alla fase nomogenetica, cioè "non alla valutazione in cui la norma consiste, ma alla valutazione da cui la norma è generata e determinata" (Irti, op.cit, pp. 36-37). Lo studio di questi giudizi di valore, su cui le norme si fondano, non appartiene propriamente alla scienza giuridica ma alla politica del diritto, alla sociologia giuridica e politica, e alla teoria della giustizia. D'altronde i teorici della norma come giudizio di valutazione si sforzano di distinguere il giudizio di valore che

sta a presupposto della norma con quello compiuto dalla norma stessa (cfr. Irti, pp.37-38). Ma allora qual è il compito della norma stessa? E' evidente che la qualifica di doverosità di un comportamento è già contenuta nel giudizio di valore che è il presupposto della norma. La sua funzione specifica in quanto nonna è quella di prescrivere come obbligatorio un comportamento già valutato e approvato.

L'obbligatorietà di una norma non può ridursi alla valutazione che essa sottende. Il fatto che un comportamneto tra gli altri sia valutato come doveroso non è una mera valutazione, ma piuttosto aggiunge ad essa la prescrizione del comportamento stesso. La valutazione normativa cioè è nella sostanza una prescrizione che consegue ad una antecedente valutazione (cfr. Bobbio, Teoria della norma giuridica, Giappichelli, 1958, pp. 164 ss.).

d) Alcune indicazioni orientative

Tutto ciò che si è detto porta alla conclusione che il carattere specifico della norma è quello prescrittivo e che non si può rendere ragione della obbligatorietà di una norma se si prescinde dalla sua dimensione prescrittiva. Che la norma sia una proposizione prescrittiva significa che essa ha il fine di modificare e di dirigere l'azione umana. Questo fine è perseguito attraverso varie forme di prescrizione tra le quali un rilievo preminente ha il comando, ma che non si riducono ad esso. La crisi dell'imperativismo giuridico non implica necessariamente il rigetto del prescrittivismismo giuridico.

Tuttavia il riconoscimento della norma giuridica come prescrittiva non è ancora una dimostrazione della sua obbligatorietà. Cosa rende una prescrizione giuridica propriamente "obbligatoria"? Per rispondere a questa domanda bisogna rivolgere la nostra attenzione alla struttura dell'azione umana per osservare come la norma appartiene ad essa nel ruolo di principio-guida. Si può affermare che essa "causa" l'azione non già però come un fatto è causa di un altro secondo la legge della causalità fisica e neppure quindi nel senso che la norma suscita uno stato psichico, causa del comportamento, ma nel senso che la norma appartiene all'ambito delle cause finali dell'azione. Essa propone un modello d'azione che l'obbligato deve seguire. Tale modello diventa il fine da realizzare quando si conforma ad esso il proprio comportamento. Solo in quanto lo schema d'azione prescritto dalla norma viene a costituire il fine dell'azione concreta, la norma entra

a far parte dell'azione stessa, diventa un suo elemento interno, acquista il ruolo di una causa finale attraverso l'intenzionalità. Ciò significa che una norma non è propriamente obbligatoria se non viene in qualche modo accettata dal soggetto obbligato. Accettare una norma, cioè assumere lo schema d'azione da essa prescritto come causa finale del proprio comportamento, non significa propriamente "sentirsi obbligato" da essa, ma usare di fatto quella norma come criterio per dirigere la propria azione. Se ciò vale in generale per il rapporto tra norma e azione, per le norme giuridiche c'è da specificare ulteriormente.

Lo spostarsi dell'attenzione della teoria del diritto dalla singola norma al sistema di norme ha messo in luce che il problema dell'obbligatorietà della singola norma è in realtà il problema dell'obbligatorietà dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e che è solo verso di esso, nel suo insieme, che l'atteggiamento del soggetto obbligato assume rilevanza giuridica. Non ha importanza che le singole norme siano osservate per adesione spontanea ovvero per timore della pena. L'importante è che si accetti la legittimità del sistema normativo nel suo complesso e quindi implicitamente anche la legittimità dell'applicazione della sanzione in caso di inosservanza. Quest'adesione interna si manifesta "nella critica degli altri e nella richiesta di conformità quando viene compiuta, o minacciata una deviazione, e nel riconoscimento della legittimità di tali critiche e richieste, quando vengono fatte da altri" (Hart, Il concetto di diritto, Einaudi, p.69-sott.mia). Tutti questi atteggiamenti ci fanno comprendere quando e in che senso una norma è assunta come principio generale di condotta. Non è necessario che ad essi si aggiunga il sentimento di obbligatorietà, poiché si può benissimo usare una norma come criterio di condotta senza tuttavia "sentirsi" obbligato da essa (o provare sentimenti di obbligatorietà nei suoi confronti).

Al di fuori di quest'accettazione globale del sistema le norme giuridiche non sono giuridicamente obbligatorie; semmai si potrà dimostrare l'obbligatorietà morale di alcune di esse, mentre le altre non obbligheranno del tutto ma costringeranno, essendo imposte con la forza.

In conclusione:

- 1) Il problema dell'obbligatorietà di una norma non può prescindere dal suo rapporto con l'azione concreta da regolare.
- 2) Il problema dell'obbligatorietà della norma giuridica è in realtà il problema dell'obbligatorietà del sistema normativo nel suo

complesso.

3) L'obbligo giuridico è fondato sull'obbligo politico, cioè sull'accettazione della legittimità del sistema di norme positive.

4) La teoria del diritto non può essere resa nei termini di una scienza empirica per l'inadeguatezza della legge di causalità fisica, nè può fare a meno della dimensione prescrittiva delle norme.

5) La connessione tra norma e azione viene adeguatamente spiegata solo sulla base della spiegazione teleologica.

5. L'oggetto della teoria del diritto.

Il nostro discorso sull'obbligatorietà della norma giuridica ha messo in luce il suo collegamento da una parte con il mondo dei valori e dall'altra con il mondo dei fatti. La norma giuridica ci appare così come la cerniera tra l'uno e l'altro, come quello strumento che consente di tradurre le scelte politiche e sociali nella azione concreta e nel comportamento sociale. Non v'è dubbio che, proprio per questa sua posizione centrale, la norma occupa buona parte dell'attenzione del giurista. Tuttavia il "diritto" non coincide con la norma, perchè si estende anche al mondo dei valori presupposti e dei fatti da regolare. Ed in ogni caso, anche ammesso che il diritto si identifichi con quello strumento del diritto che è la norma, non si può adeguatamente conoscere uno strumento se non si conoscono i fini a cui è destinato e gli oggetti su cui agisce.

E' proprio questa eterogeneità dei fattori che costituiscono il diritto che rende assai complessa la costruzione di un impianto teorico che sia al contempo rigorosamente scientifico e rispettoso di questa varietà di elementi. Come si può approntare un metodo che consenta di verificare al contempo fatti, che appartengono al mondo dell'essere, valori, che appartengono al mondo della cultura, le norme, che appartengono al mondo del dover essere? Ciò è evidentemente impossibile, specie tenendo presente l'abisso che la cultura contemporanea ha scavato tra il mondo dell'essere e quello del dover essere, mondi che ci appaiono come due universi comunicabili ed eterogenei, programmaticamente strutturati sulla loro incompatibilità.

Sembrerebbe allora che non resti da fare altro che servirsi di metodi diversi, di quello sociologico accanto a quello normativo. Ma questa eterogeneità dei metodi è evidentemente in contrasto con la unità della scienza e con il suo rigore. Non si può più parlare di "teoria del diritto", ma semmai di teoria di un aspetto del diritto, di una teoria della norma o di una teoria dei comportamenti giuridici. Ma in questo modo viene meno l'obiettivo di fondo che la teoria generale del diritto si è proposto, cioè investigare la natura del diritto positivo. Essa nella migliore delle ipotesi può indagare intorno ad uno degli elementi che caratterizzano il diritto. L'unica possibilità di salvare la scientificità e l'originaria destinazione della teoria generale sembrerebbe quella di assumere uno di questi aspetti del diritto come lo

elemento essenziale e determinante, come ciò per cui il diritto è diritto. Si tratta di un tentativo, di cui abbiamo molti esempi rilevanti. Per tutti valga il caso della dottrina pura del diritto.

Come è noto, Kelsen ha costruito la sua teoria del diritto come teoria delle norme giuridiche. Egli non nega il fatto che nella considerazione del diritto entrino aspetti politici, sociologici, ideologici e fattuali, ma sostiene che l'elemento caratterizzante il diritto è quello normativo. Centrando l'attenzione su di esso si potrà elaborare una teoria del diritto, che abbia un metodo proprio ed omogeneo e che risponda effettivamente al problema della natura del diritto positivo. Il metodo giuridico sarà dunque il metodo normativo, fondato sul principio dell'imputazione al posto del principio di causalità proprio delle scienze della natura. La teoria del diritto acquista così una propria autonomia metodica e si distingue nettamente sia dalle scienze naturali sia dalle scienze sociali.

Questo tipo di soluzione, che consente di superare tutte quelle difficoltà già prospettate, è stata resa possibile dall'assunzione della norma come essenza del diritto positivo, dalla riduzione del diritto a norma. Noi sappiamo che il movimento antikelseniano si fonda proprio sul rigetto di questo riduzionismo. Se è vero -si sostiene- che i valori politici e i fatti sociali intervengono insieme alle norme a costituire il diritto (come lo stesso Kelsen ammette), perchè poi dobbiamo eliminarli dalla "scienza giuridica"? Come possiamo pretendere di conoscere il diritto, quando lo mutiliamo di quegli elementi in vista dei quali si struttura la realtà normativa e che ne riempiono il contenuto? Abbiamo già accennato come in base a queste istanze vi sia stato un emergere del problema della funzione del diritto accanto a quello della sua struttura.

Queste esigenze sono evidentemente legittime, ma rimettono in discussione il problema della scienza giuridica, la ricacciano nel caos da cui Kelsen sperava di averla fatta uscire. Le indagini attuali di molti giuristi aperti alla sociologia e alla politica aiutano a comprendere tutta la complessità dell'esperienza giuridica, ma spesso mancano di

rigore, istituiscono collegamenti scarsamente verificati, decadono nelle costruzioni aprioristiche del tipo "struttura/sovrastuttura", insomma sono prive di nerbo metodico e quindi si prestano alla strumentalizzazione politica e ideologica.

Su questo problema così scottante e decisivo non è nostra intenzione avanzare soluzioni possibili, ma solo evidenziare la situazione paradossale e paralizzante in cui sé trova oggi la teoria del diritto: per essere "teoria" deve rinunciare ad esserlo "del diritto" ma solo di un aspetto di esso, altrimenti deve rinunciare a presentarsi come una vera e propria "teoria". La situazione non è nuova (ricorda sotto molti aspetti la problematica kantiana intorno alla scientificità della filosofia), ma si ripropone oggi in termini nuovi dopo la crisi della scienza giuridica kelseniana. Un contributo notevole, che non bisogna trascurare, ci proviene dagli indirizzi che avanzano la necessità di una critica ideologica del diritto. Mi riferisco a Marx, a Pareto, a Weber. E' stato in seguito all'influsso di questi pensatori che la teoria del diritto ha sviluppato una critica delle categorie giuridiche. Tuttavia anche in questo caso l'impianto metodico è ancora insoddisfacente, troppo fragile ed approssimativo. Non possiamo più accettare il determinismo della struttura socio-economica nei confronti della sovrastruttura. Com'è noto, Weber ha dimostrato ampiamente la possibilità di un condizionamento inverso della sovrastruttura sulla struttura. Lo stesso marxismo oggi rigetta non solo il determinismo, ma considera come spuria, cioè non autenticamente marxiana, la stessa terminologia struttura/sovrastuttura. E Gramsci ha basato la sua interpretazione del marxismo sul ruolo positivo della sovrastruttura. Ma allora ci chiediamo su che basi si fonderanno i collegamenti istituiti tra i valori politici, i fatti sociali e le norme giuridiche. Hanno essi la possibilità di assurgere ad una dimensione diversa da quella meramente storica, cioè dalla constatazione di ciò che di volta in volta è avvenuto nella storia? E' chiaro che dalla risposta a questa domanda dipende la possibilità di far

sorgere dalla critica storica alle categorie giuridiche una vera e propria teoria del diritto. In questa direzione v'è quindi ancora molto da avanzare.

Resta però ancor vivo nei giuristi il convincimento che una teoria del diritto deve istituire rapporti privilegiati con le norme. Non vi sarebbe nessuna difficoltà a considerare la norma come l'oggetto proprio della conoscenza giuridica qualora si potesse mettere a punto un approccio che permetta di attingere attraverso lo studio della norma tutti gli elementi costitutivi dell'esperienza giuridica. Ma questo sembra un obiettivo irraggiungibile ove si pensi che gli stessi sostenitori della identificazione tra diritto e norma hanno trovato serie difficoltà nel fondare la scientificità di una scienza normativa. Queste difficoltà possono essere distinte in due gruppi: 1) v'è un problema generale attinente alla possibilità di una "scienza normativa" e alla maniera d'intenderla; 2) v'è inoltre il problema specifico di precisare in che modo la scienza giuridica è una scienza normativa, problema che -come abbiamo visto- deve tener conto delle relazioni tra norme e valori, tra norme e fatti.

Sul problema della possibilità di una scienza normativa molto s'è scritto (cfr. per una panoramica completa sull'argomento G. Kalinowski, *Querelle de la science normative*, Paris, 1969). La confusione che regna in questo campo è aggravata dal fatto che non v'è un modo univoco di intendere la scienza normativa.

Alcuni ritengono contraddittorio parlare insieme di scienza e di normatività; quindi è assurdo affermare l'esistenza di "scienze normative". Tuttavia altri obiettano che esse di fatto esistono e sono ad esempio l'etica, la logica, l'estetica, la grammatica, la pedagogia, la dottrina giuridica, la politica, etc....

Altri ancora negano che il problema esista per ragioni opposte: in quanto cioè tutte le scienze sono in certa misura normative. Secondo Marx, ad esempio, ogni scienza, oltre il carattere teorico, ha un carattere pratico e quindi in questo senso normativo.

Tra queste due posizioni estreme si collocano coloro che ammettono la possibilità di scienze normative distinte dagli altri tipi di scienza. Ma anche tra costoro vi sono divergenze sul modo di intenderle. Accenneremo qui molto sommariamente alle posizioni principali in relazione alla scienza giuridica.

Partiamo dall'assunto che sono scienze normative tutte quelle che hanno a che fare con norme, cioè quelle il cui oggetto di studio è costituito da norme. In verità questa posizione è poco contestata, perché ancora troppo generica

non precisando in che senso una scienza ha a che fare con le norme. A questo proposito sono ipotizzabili tre atteggiamenti diversi delle scienze che hanno le norme come proprio oggetto e di fatto queste tre vie sono state percorse dalla scienza giuridica.

1) Sono scienze normative quelle che hanno come fine la conoscenza delle norme. Indipendentemente dal metodo di cui si servono, queste scienze sono normative per il loro oggetto, cioè in quanto hanno per obiettivo la conoscenza della norma. Ad esempio la vecchia dogmatica giuridica, poiché è diretta a conoscere il contenuto delle norme giuridiche e a compiere un'opera di sistematica, rientra indubbiamente in questa categoria di scienze.

2) Sono scienze normative quelle che si servono delle norme per conoscere qualcos'altro (come ad es. la realtà sociale). "Servirsi delle norme" può avere un senso debole e un senso forte. In senso debole si serve delle norme anche il sociologo dèi diritto quando le usa come schemi d'interpretazione della realtà sociale. A noi qui interessa invece propriamente il senso forte in cui ci si può servire delle norme. In tal caso la scienza giuridica è caratterizzata da un vero e proprio metodo normativo che la distingue dal metodo sociologico e più in generale dal metodo empirico. La teoria kelseniana del diritto si basa su questa assunzione del metodo normativo, mentre quella di Ross rifiuta la legittimità di un metodo scientifico diverso da quello empirico (Ross, *Diritto e Giustizia*, cit., p. 11 nota 4).

3) Sono scienze normative quelle che pongono norme, che producono norme. Si tratta di scienze il cui risultato è la formulazione di direttive. Pensiamo ad esempio alla logica, che formula norme che ogni ragionamento deve seguire se vuole essere corretto. Ma la scienza giuridica si può ritenere normativa in questo senso? Ci sono molti indizi a favore di una risposta positiva. C'è stata, ad esempio, una scuola di giuristi tedeschi nella prima metà dell'Ottocento, la Scuola storica del diritto, fautrice del carattere produttivo della scienza giuridica. Se il diritto è un sistema di concetti, come allora si pensava, la scienza non fa che esplicitare i principii contenuti in esso, producendo nuovi concetti giuridici (il cosiddetto "diritto scientifico" o "diritto dei giuristi", Juristenrecht). Ma, anche non accettando questo concettualismo giuridico, si può constatare che la scienza giuridica in varia misura ha sempre esercitato un influsso notevole nella formazione del diritto positivo. Spesso i risultati della scienza hanno influenzato l'opera del legislatore e quindi hanno rivolto direttive "de lege ferenda" ovvero quella dei giudici, che non di rado sono condizionati dall'interpretazione delle norme compiuta dai giuristi (direttive "de sententia ferenda"). Nel nostro ordinamento la dottrina non è considerata una fonte di diritto, ma ha comunque una notevole "autorevolezza" specie nei periodi in cui si presenta come uniforme ed omogenea. Ross ha sottolineato in modo efficace questo ruolo politico esercitato dalla scienza giuridica, anche se riconosce che in linea di principio essa in quanto scienza descrive e non prescrive.

(Per tutta la presente questione cfr. N. Bobbio, Essere e dover essere nella scienza giuridica, in Studi per una teoria generale del diritto, Giappichelli, Torino, 1970).

Abbiamo cercato di evidenziare alcuni dei principali atteggiamenti che può assumere la normatività della scienza giuridica. Ci chiediamo ora se essi sono compatibili, cioè se la scienza giuridica può essere normativa sia per l'oggetto che per il metodo e il risultato. Ebbene, in linea di principio ciò è possibile. Pensiamo al caso di una scienza

giuridica che abbia per obiettivo di conoscere le norme e questo obiettivo persegua servendosi di altre norme e che in effetti finisca per prescrivere come le norme devono essere interpretate e applicate. Questa ipotesi non è affatto campata in aria, perchè di fatto è ciò che avviene più frequentemente. È questa la fisionomia tradizionale della scienza giuridica. Ebbene, proprio essa è stata vigorosamente contestata dalle correnti contemporanee principali di teoria del diritto. A questo modello di giurisprudenza è stato rimproverato il formalismo e la pseudo-avalutatività, cioè il mascheramento ideologico.

Le accuse provengono da posizioni opposte. Kelsen, come è noto, rimprovera a questo tipo di scienza giuridica tradizionale la funzione ideologica, cioè la pretesa di presentare la propria interpretazione delle norme giuridiche come l'unica esatta (*richtig*) e quindi di produrre norme. Per Kelsen invece la scienza giuridica è normativa solo in quanto conosce norme mediante un metodo normativo, ma non in quanto produce norme.

Per Ross al contrario la scienza giuridica tradizionale è formalistica e quindi sganciata dalla realtà sociale proprio perchè si serve di un metodo normativo che non ha niente di scientifico. Invece la giurisprudenza è diretta a conoscere le norme mediante il metodo empirico, cioè in base alla previsione di ciò che faranno i tribunali, ma così facendo finisce inevitabilmente per influenzare l'operato dei giudici.

Entrambi, sia Kelsen che Ross, vogliono riformare la scienza giuridica tradizionale: l'uno riguardo alla sua funzione e l'altro riguardo al suo metodo.

Come si vede, c'è molta confusione sia intorno al modo di intendere una scienza normativa sia intorno alla considerazione della scienza giuridica come scienza normativa. Non vi è dubbio sul fatto che il compito del giurista sia quello di conoscere le norme, ma ci si accorge sempre più che, se si vuole arrivare ad un'autentica conoscenza di esse, si devono formulare giudizi sui fatti e giudizi sui valori, che sono a fondamento delle norme, e che questi giudizi extranormativi

non si possono estromettere dalla scienza giuridica. (Sulla presenza di giudizi di valore nell'opera del giurista cfr. Bobbio, Essere e dover essere nella scienza giuridica, cit, pp.164-166),

Ciò significa che il metodo normativo non è l'unico metodo di cui si serve il giurista, ma anche che neppure il metodo empirico lo è. La teoria del diritto si trova così ricondotta a quella commistione di metodi, da cui Kelsen e Ross hanno tentato di purificarla inutilmente. Si può accettare dunque di considerare la scienza giuridica una scienza normativa, a patto però di essere consapevoli, che con ciò non si sono per nulla risolti i problemi e le difficoltà in cui ancor oggi si dibatte la teoria del diritto.

Se sono vere le osservazioni che fin qui sono state avanzate, la conclusione obbligata a cui si perviene è la seguente: affinché la teoria sia veramente tale, cioè "scientifica", deve rinunciare alla pretesa di cogliere la natura del diritto positivo e più modestamente indirizzarsi ad investigare un aspetto di esso. Sarà così possibile elaborare legittimamente teorie dell'attività giuridica, teorie della norma giuridica, teorie del valore giuridico (o della giustizia). Ma nessuna di esse dovrà pretendere di esaurire la complessità del fenomeno giuridico. Nessuna sarà in grado di identificare pienamente il proprio oggetto con il "diritto". Non si potrà neppure negare però la legittimità del tentativo di riunificare questi settori dell'esperienza giuridica, ma ciò è opera della filosofia del diritto.

Il tanto travagliato e discusso problema del concetto di diritto è, quindi, di competenza della filosofia del diritto. D'altronde il ruolo che tale disciplina verrebbe a giocare nei confronti delle scienze giuridiche sarebbe del tutto simile a quello che la filosofia sociale e politica svolge nei confronti delle scienze sociali e che l'antropologia filosofica svolge nei confronti delle scienze umane in generale. Tali scienze hanno un rapporto di tipo diverso e molto più stretto con la filosofia di quello che essa ha con le scienze della natura, poiché le scienze umane hanno bisogno del suo apporto non solo nella messa a punto dei presupposti, delle ipotesi di lavoro e dello stesso metodo di ricerca, ma anche in quanto raggiungono nella ricomposizione dei risultati dei vari settori della ricerca il loro obiettivo gnoseologico.

Ciò significa che il problema della natura del diritto positivo non è un problema di pertinenza della scienza giuridica né della c.d. "teoria del diritto", ma è un problema filosofico. Ciò non significa tuttavia che si possa risolvere facendo a meno degli apporti della teoria del diritto o che quest'ultima non sia cointeressata alla ricerca.

6. I contenuti della teoria del diritto

Finora ci siamo occupati della scientificità della teoria del diritto, del suo oggetto e del suo metodo, ed abbiamo prestato scarsa attenzione ai suoi contenuti. E' opportuno dunque fare qualche cenno alle risposte più importanti che sono state date al problema della natura del diritto positivo.

Per ragioni di comodo si sono distinte le teorie del diritto in due grandi categorie: le correnti formalistiche del diritto e le correnti contenutistiche. Le une erano accomunate dal fatto che consideravano come fondamentale l'elemento formale del diritto, mentre le altre i contenuti sociali a cui il diritto è in varia guisa collegato. Ma, al di là di questo orientamento comune, all'interno di ognuna di queste categorie v'è molta eterogeneità e non di rado una profonda divergenza nella maniera stessa di considerare la forma e i contenuti del diritto. Non è nostra intenzione impegnarci in un esame delle principali teorie del diritto. Desideriamo soltanto accennare a due di esse particolarmente significative, e cioè alla teoria imperativistica per l'indirizzo formalistico e alla teoria dell'istituzione per l'in-

dirizzo contenutistico. Si tratta di teorie che hanno fatte il loro tempo ed ora sono quasi completamente abbandonate. Eppure restano estremamente significative, perchè rispecchiano le ideologie tipiche della codificazione e pongono le basi teoriche al diritto codificato. Dato che l'una si oppone all'altra, si potrebbe obiettare che entrambe non possono essere rappresentative di una medesima cultura giuridica. In effetti però entrambe sono accomunate dall'intento di dare un fondamento autonomo al diritto, di garantire l'autosufficienza della "sfera giuridica".

Il nucleo concettuale della teoria imperativistica è molto semplice: per essa il diritto è un comando, un imperativo. Vale a dire è un atto di volontà mediante cui si ordina ciò che si può o non si può fare, ciò che si deve o non si deve fare. Questa concezione non è per nulla nuova nella storia del pensiero giuridico. Già Modestino, un giureconsulto romano, affermava: "legis virtutes haec sunt: imperare, vetare, permettere, punire". E per tutto il Medioevo fu vivo il dibattito intorno alla natura della legge, se cioè essa sia un atto di volontà o di ragione. La novità non è questa dunque, ma un'altra. Ammettiamo pure che la legge giuridica sia un comando, ma comando di chi?

Austin, quel giurista inglese che già conosciamo, ha sostenuto che un comando è giuridico quando proviene da un'autorità sovrana. Soltanto quest'ultima ha il potere di emanare vere e proprie norme giuridiche. In tal modo la teoria imperativistica si collegava allo statalismo. Essa sosteneva in sostanza che tutto il diritto non è altro che il complesso di comandi emanati dallo Stato.

Certamente questa non è stata l'unica versione dell'imperativismo. Vi è stato pure chi ha cercato di sganciarlo dallo statalismo, ammettendo l'esistenza di ordinamenti giuridici non statali. E dal punto di vista logico non v'è collegamento tra imperativismo e statalismo. Tuttavia l'atteggiamento più spontaneo del giurista e del giudice di fronte al diritto è ancora oggi quello di assumere il diritto come i comandi dello Stato rivolti ai cittadini e agli organi pubblici. Tutto il resto, cioè il diritto non statale, è diritto solo in quanto è, implicitamente o meno, riconosciuto come tale dallo Stato. Ognuno vede perciò

quanto l'imperativismo statalistico si presti a fornire una base ideologica alla codificazione. Il compito del giurista e del giudice sarà allora quello di accertare se una determinata norma si possa considerare comando dello Stato, cioè se è stata emanata dagli organi legislativi secondo le procedure previste. Una volta compiuto questo accertamento, il giurista cercherà d'interpretare e il giudice di applicare il comando dello Stato. Essi non sono quindi che i funzionari proposti a questa concretizzazione del comando generale nei casi particolari, perchè la ragion d'essere di un comando è che venga obbedito.

In Francia, in seguito alla codificazione napoleonica del 1804, si sviluppò per quasi cento anni, una scuola di giuristi, la cosiddetta Scuola dell'esegesi, che portò avanti quest'idea centrale: la scienza giuridica non è altro che l'esegesi della volontà del legislatore. La teoria imperativistica e statalistica fu quindi collegata ad una teoria dell'interpretazione giuridica, che si raffigurava l'interprete (giurista e giudice) come colui che aveva il compito di chiarire la volontà del legislatore e di coordinare i contenuti della legge. Egli non doveva niente aggiungere e niente togliere alla volontà sovrana.

Ebbene, la crisi della teoria imperativistica è cominciata quando è entrata in crisi proprio questa teoria dell'interpretazione giuridica, cioè quando si è constatato che essa era un'ideologia in quanto in realtà nell'interpretare una legge non si può fare a meno d'introdurre dei giudizi di valore, di compiere scelte tra i contenuti possibili delle norme. Se è così, allora lo Stato perde il monopolio della produzione giuridica, perchè i giuristi e i giudici contribuiscono con le loro scelte e le loro applicazioni a formare il diritto positivo, pur se nell'ambito dei limiti posti dalla legge. Anche se il diritto continuerà ad essere comando, non sarà comunque esclusivamente comando dello Stato. Ma, se il diritto non è più essenzialmente comando dello Stato, allora la teoria imperativistica diviene troppo generica e poco caratterizzante, perchè non ci dice più cosa distingue il comando "giuridico" dagli altri tipi di comando.

Per aggirare questa difficoltà si è cercato di spostare l'accento dal chi comanda al come si comanda. Si è notato cioè che la norma giuridica si distingue per il fatto di collegare ad un precetto, che contiene il comportamento comandato, un particolare tipo di sanzione, che consiste nella minaccia di conseguenze spiacevoli che seguiranno la violazione del precetto. La teoria imperativistica si è collegata così alla teoria della sanzione. Ma a questo punto la vera questione è quella di distinguere le sanzioni giuridiche dalle altre forme di sanzione, quali le sanzioni morali e quelle sociali. Si è detto che la sanzione giuridica si distingue da quella morale in quanto è esterna e da quella sociale in quanto è organizzata. La sanzione giuridica non è altro che l'istituzionalizzazione della forza in una determinata collettività, questa organizzazione della forza è tanto più efficace e tanto più uniforme quanto più forte è il potere centrale in un ordinamento. Solo esso può garantire infatti l'eguaglianza di trattamento ed eliminare il più possibile l'autotutela dei diritti (cioè quando il titolare del diritto violato esercita la stessa sanzione) a vantaggio dell'eterotutela, cioè quando la sanzione è esercitata da un organo *super partes*, i giudici). Vale a dire che la sanzione giuridica trova nello Stato la sua migliore realizzazione. Per questa via incontriamo dunque di nuovo lo statalismo, anche se in linea di principio è possibile essere sostenitori della teoria della sanzione e non essere statalisti. Quello che voglio dire è che in fondo il modello a cui si è ispirata la teoria della sanzione è quello di un ordinamento giuridico statale.

In conclusione, la teoria imperativistica del diritto da sola è insufficiente a dar ragione del fenomeno giuridico. Deve perciò essere coniugata con altre teorie ed il più delle volte finisce per ricadere nelle braccia dello statalismo, cioè nella riduzione di tutto il diritto a comando dello Stato. Certamente non bisogna sottovalutare il fatto che la teoria imperativistica si è presentata sotto molte forme. Non vorremmo aver dato di essa una raffigurazione semplicistica. Intendo solo affermare che la versione forte dell'imperativismo è stato il modello preferito del diritto

codificato, quello che meglio ha fornito ad esso una giustificazione ideologica e che ha contribuito ad integrare l'opera del giuristi e dei giudici nel sistema politico dello Stato di diritto.

In una diversa prospettiva si nuove la teoria della istituzione, che si sviluppa nei primi decenni del Novecento. Non si può comprendere questa teoria se non si tiene presente che, dopo il boom delle codificazioni, si comincia a constatarne i limiti. Man mano che il tempo passa, si accentua l'inadeguatezza delle prescrizioni normative nei confronti della realtà sociale. La "volontà del legislatore" appare sempre più estranea ed esterna alla realtà sociale, e quindi la legge come qualcosa di sempre più astratto e per ciò stesso repressivo. E' ovvio che si cerchi di riportare il diritto alle sue base sociali e quindi che si presti maggiore attenzione al problema dell'origine sociale del diritto. L'atto di volontà del legislatore appare come condizionato da ciò che è ad esso preesistente, cioè l'organizzazione sociale. Si ritiene cioè che lo istituzioni sociali, quali il matrimonio, la famiglia, il contratto, la successione, preesistano alla legge, che in un secondo tempo interviene a recepire ciò che è creazione spontanea della vita sociale, codificandola. In questa idea v'è in un certo senso un ritorno al giusnaturalismo (come sempre capita quando si reagisce al positivismo formalistico) con l'importante differenza che il dato extragiuridico non è naturale, ma sociale e storico.

E' significativo che la teoria dell'istituzione, di cui sono esistite molteplici versioni, abbia trovato la sua patria d'elezione in Francia, dove maggiore era stato l'influsso del volontarismo giuridico attraverso la Scuola dell' esegesi.

(F. Geny fu il primo grande giurista francese a reagire vigorosamente al formalismo della Scuola del l' esegesi. M. Hauriou (1856-1929) formulò una teoria giuridica della istituzione; G. Renard (1876-1943) diede ad essa una base filosofica; G. Gurvitch (1894-1965) ne sviluppò gli aspetti più propriamente sociologici). (In Italia il più autorevole

Rappresentante della teoria dell'istituzione fu Santi Romano, ma la sua concezione ha ben poco in comune con quella francese ed è molto più influenzata dal normativismo).

Il sorgere della teoria dell'istituzione corrisponde al sorgere e allo svilupparsi degli studi sociologici, che - come abbiamo già più volte sottolineato- osservano il diritto in una prospettiva funzionalistica, cioè tendono a considerare il diritto in funzione del gruppo sociale, come fattore che interviene nella fase organizzativa, prodotto dalla stessa società e non dallo Stato. Di fatto però l'apertura degli studi giuridici a quelli sociologici fu favorita da una crisi più generale della concezione individualistica e contrattualistica del diritto a favore di una rivalutazione dell'aspetto solidaristico e del ruolo della coscienza collettiva nella formazione del diritto sociale.

L'opera dei giuristi fu quella di dare una veste più giuridica alle suddette istanze, di consacrarne la giuridicità, cioè di trasformare ciò che era un fatto culturale e un rilievo sociologico in una teoria giuridica. Evidentemente l'idea che esercitò maggiore forza di attrazione sulla sensibilità del giurista fu quella di organizzazione. Essi si adoperarono a giuridicizzare questo concetto impregnato di sociologismo. Il che non fu cosa difficile in quanto esso non era estraneo allo strumentario concettuale dei giuristi. Ricordiamo, infatti, che già l'abbiamo usato a proposito della sanzione e della sua istituzionalizzazione. Essi partirono dalla convinzione che l'essenza dell'istituzione consista nel concorso di attività organizzate per la realizzazione di un fine comune. Organizzare è istituire organi, cioè strumenti per far funzionare il tutto.

Hairiou definisce l'istituzione come "l'idea di un'opera o di un'impresa che si realizza e perdura in un ambiente sociale; per la realizzazione di quest'idea si costituisce un potere che procura degli organi; inoltre, tra i membri del gruppo sociale interessato alla realizzazione di quest'idea si producono manifestazioni comunitarie dirette dagli organi al potere e regolate mediante determinati procedimenti". In questa definizione l'elemento centrale è proprio quello di organizzazione. È essa infatti che permette al gruppo

di durare oltre la vita dei suoi membri, cioè che costituisce il gruppo in una vera e propria entità autonoma. Siccome questa attività organizzativa era contrassegnata dai caratteri dell'ordine, della autorità e della gerarchia dei poteri, si vedeva in essa la sede naturale del diritto.

D'altronde gli stessi sociologi, con Durkheim in testa, erano ancora fortemente condizionati dall'idea che il diritto fosse lo strumento più importante dell'organizzazione sociale.

Queste affermazioni non erano contestabili, e tuttavia già possiamo in esso intravedere una rivincita della tesi dell'autonomia della giuridicità all'interno stesso di una teoria, che era partita dal suo rifiuto. È significativo che Hauriou nella elaborazione della sua teoria giuridica abbia lasciato da parte l'esame di quella caratteristica fondamentale propria dell'istituzione, cioè l'idea dell'opera da realizzare ovvero lo scopo intorno a cui si aggregano gli individui, ed abbia concentrato la sua attenzione alla formazione del potere organizzato. Per Hauriou i caratteri di questa organizzazione sono la separazione dei poteri e la rappresentatività. Tali caratteri trasformano le forze in diritto.

V'è quindi nei confronti della teoria imperativistica la consapevole riduzione del diritto da fine a mezzo, ma ancora persiste la convinzione che questo mezzo si possa comprendere senza bisogno di ricorrere al fine per cui concretamente è apprestato, cioè la convinzione che sia autonomo. Vale a dire che anche la teoria della istituzione può essere considerata come un ulteriore tentativo di difendere l'autonomia della sfera giuridica, un tentativo in fondo meno convincente perchè già nel suo interno v'erano le premesse per un suo superamento.

Abbiamo detto che queste due teorie del diritto (il diritto è comando; il diritto è istituzione) hanno fatto il loro tempo. Oggi il concetto di istituzione ha assunto una fisionomia più marcatamente sociologica e sempre meno giuridica tanto da alimentare il sospetto che il concetto sociologico e quello giuridico di istituzione siano cose radicalmente diverse. Ma quello che soprattutto ha fatto il suo tempo è l'antica pretesa dei giuristi di prescindere dai fini del diritto nell'elaborazione di una teoria giuridica. Vi sono indubbiamente nel diritto elementi formali e la dimensione prescrittiva è uno di questi; vi sono anche elementi contenutistici e l'istituzionalizzazione della forza è uno di questi; ma non si riuscirà mai a far luce sul fenomeno giuridico

se non si chiameranno in causa i valori politici e sociali che danno significato agli uni e agli altri.

7. Uno sguardo al passato

Dopo questo sommario schizzo dei problemi fondamentali della teoria generale del diritto, credo che sia più che legittimo un certo disorientamento e scoramento. Permangono forti dubbi sulla scientificità della teoria generale, sulla adeguatezza dei suoi contenuti, sulla autonomia dei suoi concetti. E non è poco! La scienza giuridica oggi è in crisi: crisi di crescita o crisi di esaurimento? Non sappiamo che cosa rispondere. Più che interrogare le nostre speranze è preferibile interrogare l'esperienza del passato per comprendere e progettare il futuro. La storia forse può venire in nostro soccorso, Tagliare i ponti con il passato, cancellare la memoria storica dell'umanità, significa non già liberarsene ma rendersi pronti e disponibili agli errori di sempre.

Le parti che seguiranno si propongono perciò di seguire la nascita e lo sviluppo delle grandi divisioni della teoria generale. Essa ha portato sempre con sé la distinzione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, tra diritto pubblico e diritto privato, tra diritto naturale e diritto positivo, e nello stesso tempo ha sempre cercato di superare, se non di eliminare, queste distinzioni proprio perchè ha visto nel loro permanere una ragione della crisi della teoria giuridica e soprattutto dello stesso diritto.

Il taglio storico e non dommatico che daremo alla nostra esposizione, che è ben lontana dall'essere esaustivo, è giustificato dalle cose dette in questa introduzione.

8. Un chiarimento.

Un modo efficace di approccio al concetto di diritto è quello di cominciare con il chiarire il senso di alcune distinzioni che si operano all'interno del diritto stesso, come diritto soggettivo e oggettivo, diritto pubblico e privato, diritto naturale e diritto positivo, per vedere poi se è possibile rintracciare alcune caratteristiche comuni a questi vari usi del concetto di diritto. Ci poniamo così all'interno dell'esperienza giuridica e delle categorie dominanti della scienza giuridica per tentare quella unificazione concettuale che è l'obiettivo primo di ogni teoria del diritto. Tuttavia bisogna preliminarmente avvertire che le distinzioni, che sottoporremo al nostro esame, hanno valore e significato diversi. Esse indicano usi così diversi del concetto

di diritto, che è possibile un vario e molteplice intrecciarsi e combinarsi tra loro di queste distinzioni. E' bene subito avvertire che le distinzioni, che prenderemo in esame, non debbono essere considerate come singole specie dell'unico genere che è il diritto ovvero come sottoclassi dell'unica classe che abbraccia tutti gli enti giuridici. Ognuna di queste distinzioni deve invece considerarsi come una prospettiva particolare alla cui luce osservare tutto il mondo del diritto.

Così la distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo è relativa al significato del termine 'diritto'. Essa "serve a chiarire una possibile confusione terminologica, derivante dal fatto che la stessa parola "diritto" viene adoperata, in certe lingue, in due significati diversi" (Bobbio, La grande dicotomia, in Dalla struttura alla funzione, Milano, 1977, p. 149). Nella lingua inglese invece si usa il termine 'law' per indicare il diritto oggettivo, mentre il termine 'right' è riservato a designare il solo aspetto soggettivo. Tuttavia non sarebbe corretto limitare la portata della distinzione al suo carattere meramente terminologico. V'è - come vedremo - un motivo ben valido e radicato che ha condotto la maggior parte delle lingue europee ad usare un solo termine per le due diverse accezioni. Tale motivo risiede molto semplicemente nel fatto che il diritto soggettivo e il diritto oggettivo sono aspetti correlativi della stessa esperienza giuridica. Non è possibile dare una descrizione corretta di questa esperienza, eliminando uno dei due termini né è possibile definire l'uno senza far ricorso all'altro. La distinzione tra diritto soggettivo e oggettivo assume così la fisionomia di una correlazione. E' proprio della correlazione tener presente contemporaneamente entrambi i termini della correlazione stessa. Per questo è opportuno cercare di mantenere anche a livello terminologico l'unità del concetto di diritto.

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato invece riguarda il contenuto del diritto, cioè il carattere degli enti che appartengono al mondo giuridico. Da questo punto di vista la distinzione assume la fisionomia di una dicotomia, cioè essa divide il mondo giuridico in due sottoclassi mutuamente escludentesi, per cui ogni ente giuridico (sia esso rapporto, norma o istituzione) o appartiene ad una di queste sottoclassi o appartiene all'altra. Una conferma del carattere dicotomico della suddetta distinzione è data dalla constatazione che per definire ognuno dei suoi termini non è necessario far ricorso all'altro. Non v'è quindi correlazione, ma separazione. Per Bobbio la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non solo è una dicotomia, ma è anche una "grande dicotomia":

"grande" sia nel senso di "totale" che nel senso di "principale" (Cfr. Bobbio, *La grande dicotomia*, cit., pp.149-158).

La distinzione tra diritto naturale e diritto positivo attiene infine alla fonte del diritto. Dal diritto posto dagli uomini si distingue un diritto non creato dalla volontà umana. Qui non siamo di fronte ad una correlazione perchè non è necessario invocare il diritto positivo per definire il diritto naturale, qualsiasi concezione se ne abbia, e viceversa. Nè si tratta di una dicotomia nel senso che il mondo giuridico si possa dividere in due sottoclassi: l'una degli enti di diritto naturale e l'altra degli enti di diritto positivo. Quando la distinzione tra diritto positivo e diritto naturale è stata considerata una dicotomia, è perchè più o meno incoscientemente si è raffigurato il diritto naturale sulla falsariga del diritto positivo. Ed allora la suddetta distinzione si è intrecciata, assimilata o ridotta a quella tra diritto consuetudinario e diritto statuito ovvero a quella tra diritto privato e diritto pubblico, come fa il Bobbio ("*La grande dicotomia*", cit., pp.15 -163).

Se non si tratta nè di correlazione nè di dicotomia, qual è il senso di tale distinzione per una teoria del diritto?

Si potrebbe forse sostenere la tesi che si tratta di un uso analogico del concetto di diritto e quindi, per una teoria del diritto positivo, extrasistemico, mentre nei casi precedenti abbiamo un uso intrasistemico ed univoco del concetto di diritto.

Capitolo primo

DIRITTO SOGGETTIVO E DIRITTO OGGETTIVO

Noi usiamo il termine 'diritto' per indicare un complesso di norme che regolano i rapporti sociali. Sappiamo che certi comportamenti sono comandati, altri vietati ed altri permessi dal diritto dello Stato italiano. In questo senso 'diritto' è sinonimo di 'legge¹ o di 'norma'. Eppure parliamo anche di "nostro diritto" e di "diritto altrui" e di "avere dei diritti". Ma in questi casi diamo un altro significato al termine 'diritto'. Noi solitamente distinguiamo tra ciò che ci appartiene e ciò che appartiene agli altri. Io posso fare ciò che voglio delle cose che mi appartengono, ma rischio di mettermi nei guai se prendo le cose che appartengono agli altri. Le cose che mi appartengono sono "mie", cioè io ho un diritto su di esse. Di solito ciò significa che non dipendo dalla volontà altrui nello sceglierne come usarne. E -se sono in mio potere ognuno si rende conto quanto questo significato di diritto sia diverso dal precedente. Non solo è diverso, ma è addirittura opposto. Il diritto oggettivo mi impone di uniformare i miei comportamenti alla volontà del legislatore, ma il diritto soggettivo mette al primo posto la mia volontà. Fin dall'infanzia si radica la convinzione che certi atti, come ricevere un regalo o fare un acquisto, diano origine ad un diritto su un oggetto e che dall'esistenza del diritto vengano conseguenze circa la maniera coerente di comportarsi: la libertà, per il titolare del diritto, di usare lo oggetto e la proibizione per gli altri di adoperarlo senza permesso. Ciò che è diritto soggettivo per l'uno è per l'altro diritto oggettivo, cioè dovere.

Dobbiamo quindi arrivare alla conclusione che dietro il termine generico di 'diritto' si nasconde sia la libertà che l'obbligo, sia la liberazione che la repressione, sia il potere che la legge e così via. All'interno di esso vi è quindi un conflitto potenziale tra questi aspetti, che pure consideriamo tutti appartenenti al "diritto". Dietro questo conflitto sviluppato in termini giuridici intravediamo già chiaramente il conflitto tra Stato ed individuo, tra il singolo e l'autorità. La storia di questa conflittualità è molto an-

tica, ma non si è ancora risolta. Essa si pone però in modo diverso nelle varie epoche, come varie sono state le soluzioni tentate.

La permanenza storica di questa duplicità di significato, la sua resistenza ad ogni tentativo di eliminazione dimostrano indubbiamente l'esistenza di motivi reali a cui essa fa appello. Questi motivi possono essere così sintetizzati: una libertà senza legge rende impossibile la convivenza sociale e quindi è estranea al diritto; una legge che non sia in funzione della libertà diventa un ostacolo al processo di liberazione individuali ed è perciò la negazione del diritto. Su quest ragioni si fonda la connessione logica tra diritto soggettivo e oggettivo, il fatto cioè che diritto soggettivo e oggettivo sono concetti correlativi e che non è possibile pensare una norma relativa a rapporti intersoggettivi che non delimiti le sfere di liceità d'azione dei soggetti cui si rivolge, e che col far ciò non attribuisca a un soggetto diritti soggettivi e ad un altro obblighi; e che d'altra parte non è possibile pensare diritti soggettivi o obblighi i quali non facciano capo a una norma che li connetta tra loro. (cfr. G. Fassò, Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo, in Riv.trim.dir.e proc.civ., 1972, pp.373-374). E' vero però che la tendenza dominante della teoria del diritto è quella della unificazione del concetto di diritto e quindi dell'eliminazione degli elementi eterogenei o almeno della subordinazione dell'uno all'altro al fine di recuperare l'univocità del concetto. Questa tendenza concettuale, che peraltro ha significativi collegamenti con le vicende sociali e politiche, ha da fare i conti con quei motivi reali a cui abbiamo accennato. I fallimenti delle teorie giuridiche a questo proposito sono spesso imputabili a questo misconoscimento degli agganci reali.

La storia registra una grande varietà di operazioni culturali aventi per oggetto la distinzione tra diritto soggettivo e oggettivo. Questi tentativi percorrono tre direzioni principali:

- 1) Il diritto soggettivo è il fondamento del diritto oggettivo
- 2) Il diritto oggettivo è il fondamento del diritto soggettivo
- 3) Eliminazione della distinzione attraverso una critica giuridica, sociologica, psicologica, storica o politica di essa.

All'interno di queste tre direzioni si possono poi distinguere diverse versioni e modi diversi di impostare la questione. Ma in linea generale possiamo dir che la prima via è quella percorsa dal giusnaturalismo moderno, la seconda dal giusnaturalismo medioevale, per cui il diritto oggettivo è la legge naturale, e dal positivismo ottocentesco (con le sue propaggini contemporanee), per cui il diritto oggettivo è la legge positiva, la terza dalle più diffuse correnti contemporanee del diritto (da Kelsen al realismo sociologico di Ross e al realismo psicologico di Olivecrona).

Questa è evidentemente una schematizzazione della storia dei rapporti tra diritto soggettivo e oggettivo, che deve essere accolta con riserva, e con cautela, perchè non sono mancati cospicui tentativi all'interno del giusnaturalismo moderno di dare la prevalenza al diritto oggettivo (pensiamo a Kant ad esempio), come d'altronde ancora oggi non mancano tentativi di far risuscitare la distinzione dando forza autonoma ai diritti soggettivi.

Nel delineare la storia di questo problema non si deve dimenticare la sua rilevanza etico-politica, che sta a monte dei tentativi dogmatici di riunificazione e di ricomposizione concettuale. Gli antecedenti del diritto soggettivo non sono logici, ma storici; non sono tecnici ma ideologici (R. Orestano, Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, in Jus, 1960, p. 159). Questa dimensione appare ancora più evidente ove si consideri che fin dall'inizio la configurazione astratta del diritto soggettivo si estrae dalla considerazione di determinati e particolari diritti soggettivi (pensiamo al ruolo che hanno giocato agli inizi del giusnaturalismo moderno i diritti di libertà e di proprietà), così come la teoria del diritto oggettivo ha presente una determinata concezione della legge giuridica (pensiamo, ad esempio, a quella che è propria della epoca delle codificazioni) legata alla teoria dello Stato. E' quindi solo considerando le particolari figure di diritto soggettivo che ci possiamo meglio rendere conto della natura e della funzione della teoria del diritto soggettivo e lo stesso vale per il diritto oggettivo.

Ciò ci fa comprendere anche che le esigenze di riunifica-

zione del concetto di diritto non sono mai puramente teoriche, tese cioè a realizzare un'armonia architettonica concettuale per puro spirito di sistematicità, ma sottendono sempre istanze etico-politiche, tensioni socio-culturali che la distinzione manifesta e che si vogliono o ricomporre o giustificare. Ne consegue la valenza ideologica delle varie teorie sul diritto soggettivo e oggettivo. Ciò non significa che il problema non abbia una dimensione reale. Lo prova il fatto che esso riemerge nelle più diverse situazioni culturali e sotto i più diversi regimi politici. E' un problema costantemente presente perchè è legato alla natura e alla funzione stessa del diritto inteso come mediazione tra la regola di condotta e il soggetto individuale. Tuttavia questo problema si traveste a seconda delle diverse situazioni storiche e ciò dà ad esso inevitabilmente una dimensione e una portata ideologica, che esige una critica ed una demistificazione.

Nel clima ideologico del diritto moderno la difficoltà principale che la dicotomia incontra si può far risalire al cosiddetto "dogma della volontà", a cui si ispira sia la concezione del diritto soggettivo che quella del diritto oggettivo: il diritto soggettivo è inteso come potere della volontà individuale ed il diritto oggettivo come atto di volontà dello Stato (legge positiva). Due volontà si fronteggiano. Si tratta di vedere chi avrà o deve avere la prevalenza. In ogni caso una delle due sarà sacrificata in tutto o almeno in parte. Si può dire così che il volontarismo giuridico si pone nel diritto moderno come la base teorica su cui fondare tutta l'articolazione dell'esperienza giuridica, ma anche che proprio questa concezione impedisce di mantenere la distinzione tra il diritto soggettivo e oggettivo, pervenendo necessariamente o alla subordinazione dell'uno all'altro o all'eliminazione dell'uno o dell'altro.

Noi cercheremo di osservare alcune delle tappe principali di questa storia, che vede il tentativo disperato di salvare una distinzione mediante una prospettiva teorica fatta per eliminarla. Si tratterà di un esempio tra gli altri delle contraddizioni e delle tensioni che ha ereditato l'epoca che viviamo. La storia che racconteremo si può riassumere in poche battute.

1° quadro: la soggettivizzazione del diritto

2° quadro: la fondazione della soggettività giuridica ad opera della norma positiva

3° quadro: la soggettivizzazione dello Stato

Prima di procedere ad un esame delle tappe di questa storia, è bene ricordare i tratti caratteristici con cui la dottrina giuridica del Novecento delinea la figura del diritto soggettivo. Possiamo dire infatti che, nonostante molteplici variazioni, v'è nelle linee generali una chiara convergenza intorno ad alcuni punti qualificanti, che sono poi quelli che la cultura giuridica tradizionale ha lentamente costruito e consolidato. Avere di fronte il modello dominante, pur se chiaramente in crisi, ha quindi l'utilità di mettere a fuoco quegli elementi caratteristici del diritto soggettivo di cui dovremo ripercorrere la storia.

Secondo questa dottrina giuridica, che è uscita fuori dalla pandettistica tedesca del secolo scorso e che si è affermata nell'Europa continentale, il diritto soggettivo risulta dalla sintesi di due elementi: la facoltà e la pretesa, così da essere definito "la facoltà di volere e di pretendere attribuita ad un soggetto, alla quale corrisponde un'obbligazione da parte d'altri" (G. Del Vecchio, Lezioni di Filosofia del diritto, Milano, 1962, p.273).

1) La facoltà è il contrassegno dell'individualità o della soggettività del diritto e ne definisce il suo aspetto interno. Il diritto soggettivo è attribuzione di facoltà, di un insieme di facoltà che ineriscono al volere. Il soggetto ha un complesso di facoltà, può godere di qualcosa, può disporre di alcunché, può fare qualcosa, può muoversi in un certo senso. Tale complesso costituisce una sfera di possibilità d'azione, cioè la sfera giuridica lecita. All'interno di questa sfera si esercita la discrezionalità (cioè la libertà) del soggetto, che può porre in essere tutti quei comportamenti che non sono né vietati né imposti. Ma si tratta di una libertà che vive all'ombra di una norma, non solo in quanto è tutelata dalla norma stessa ma anche in quanto è limitata da essa.

2) La pretesa è il contrassegno della bilateralità del diritto e ne costituisce il suo aspetto esterno. La facoltà è giu-

ridica solo in quanto abbia per corrispettivo un contegno obbligato. Sono gli altri che con il loro positivo dare o con il loro positivo fare rendono possibile il mio diritto, il quale quindi si rivela nella pretesa che gli altri facciano o diano. Allora il diritto soggettivo è legato ad un obbligo giuridico qualificato, ad un vero e proprio dovere (anche nel senso del non impedimento).

Il diritto soggettivo è in conclusione un complesso di possibilità giuridiche che il diritto oggettivo attribuisce ad un soggetto.

Si insiste molto sulla necessaria connessione tra facoltà e pretesa, non ritenendosi sufficiente l'una o l'altra da sole a definire il diritto soggettivo, in quanto la mera facoltà non pone in rilievo il carattere intersoggettivo del diritto. E' significativo che la storia di questa teoria del diritto soggettivo nasca con l'accentuazione della facoltà e si compia con l'accentuazione della pretesa (cfr. A. Levi, Teoria generale del diritto, Padova, 1967, p. 286). Il primo momento indica il collegamento del diritto a qualcosa di "pregiuridico", cioè il mondo del soggetto umano e delle sue possibilità di azione; il secondo momento rivela chiaramente il primato del diritto oggettivo (cioè la giuridicizzazione del mondo umano), che garantisce e tutela queste facoltà. In tal caso il diritto soggettivo viene a risiedere in questa tutela piuttosto che nell'oggetto di essa (F. Carnelutti, nella sua "Teoria generale del diritto", tenta di sganciare il diritto soggettivo dal presupposto individualistico della "facoltà" per ridurlo alla pretesa ed un tentativo del genere è anche operato da Cesarini Sforza. Cfr. F. Battaglia, Corso di Filosofia del diritto, II, pp. 203-205). Ancora una volta ci troviamo di fronte ad un esempio del contrasto perenne tra formalismo e contenutismo all'interno della scienza del diritto.

E' noto inoltre quanto sia travagliato il problema della classificazione dei diritti soggettivi. Anche a questo proposito sono stati avanzati diversi criteri, che devono essere giudicati in base alla loro utilità e che oggi sono caduti quasi tutti in disuso (diritti assoluti e relativi, originari e derivati, trasmissibili ed intrasmissibili e così via).

In definitiva ognuno di questi criteri di classificazione non fa che riproporre sotto diverso nome e con sfumature particolari la ripartizione tradizionale tra diritti reali e diritti d'obbligazione. Si metteva in rilievo che nei diritti reali si ha riguardo più al loro titolare e alle sue possibilità d'azione che al rapporto con gli altri. Così il diritto di proprietà (figura tipica e principale di diritto reale) appariva come un rapporto tra l'uomo e la cosa, mentre interesserebbe gli altri solo indirettamente, cioè nella misura in cui potevano impedire l'esercizio del diritto da parte del suo titolare. Invece nei diritti d'obbligazione appariva predominante la bilateralità del rapporto, poiché di fronte al soggetto attivo titolare del diritto v'è il soggetto passivo che è obbligato ad un determinato comportamento. Come nei diritti reali è predominante l'elemento della facoltà, così nei diritti d'obbligazione è prevalente la pretesa (cfr. A. Levi, cit., pp. 304-305).

Non v'è da stupirsi quindi se a seconda della definizione del diritto soggettivo si sia cercato di eliminare da tale categoria o i diritti reali o i diritti d'obbligazione, riducendo gli uni agli altri e viceversa. Tentativi spesso ispirati più alle esigenze razionalistiche della costruzione giuridica che da una sensibilità ai fattori sociali.

V'è da ricordare infine il trasferimento, operato dalla giuspubblicistica tedesca, di questa dottrina nel campo del diritto pubblico. Gerber ha sostenuto che i diritti dei sudditi sono altrettanti riflessi dello Stato e che quindi potessero costituire la fonte di pretese verso lo Stato in quanto esso stesso, in relazione ai suoi fini, lo consentisse. Su questa base Laband e Jellinek hanno costruito la categoria dei diritti pubblici soggettivi nei confronti dello Stato, che esso stesso riconosce come sfera privata dei soggetti. Non si tratta è vero di diritti concessi dallo Stato, ma tuttavia debbono essere riconosciuti da esso (autolimitazione dello Stato). Pensiamo ad esempio ai diritti politici.

Questo quadro, qui sommarariamente tracciato, della dottrina ormai classica del diritto soggettivo ci servirà come modello di riferimento per rintracciare il lento emergere nello sviluppo storico di questi elementi, nonché il loro movimento di aggregazione e di connessione.

1. La facoltà morale (GROZIO)

All'Inizio del 1600 Grozio così definisce il termine 'jus' nelle prime battute della sua opera fondamentale "De jure belli ac pacis":

"Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum. . . " (L.I, cap. 1 , par. 4). Il diritto viene inteso come una qualità che inerisce ad una persona. Si tratta di una facoltà di avere o di fare qualcosa. Essa può consistere in un potere su se stesso (potestas in se, cioè la libertà) o in un potere su altri (potestas in alios, ad es. la patria potestà) o in un potere sulle cose (potestas in res, es. la proprietà).

Questo è l'atto di nascita di un pensiero giuridico individualista. In effetti questa definizione di Grozio è stata ripetuta ed approfondita da tutti i più importanti teorici illuministi del diritto, assumendo una portata ed un'ampiezza molto superiore a quella che vi aveva dato il suo autore (per Pufendorf e Thomasius cfr. Villey , Les origines de la notion du droit subjectif, in Leçons . . . , pp. 222-226) .

Ma la formula groziana non è per nulla originale, anzi ha antecedenti significativi, che risalgono ad Occam e si ritrovano in Gerson e Soto. E' ancor più significativo che in Suarez si ritrovi una formula molto simile:

"Solet proprie jus vocari facultas quadam quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam" (De legibus et legislatore Deo, L.I, cap.2) .

Più esplicita ancora è la definizione del L.II, cap.18: "Jus enim interdum significat moralem facultatem ad rem aliquam".

(per questi antecedenti cfr. Villey, Les origines. . . , pp.240-244 e soprattutto l'esposizione del pensiero di Occam in "Histoire. . . "). (Formule simili si ritrovano in Hobbes e Gassendi, in cui la facultas è intesa più chiaramente come "libertas" - cfr. Villey, Les origines. . . , pp. 246-247 - e anche in Spinoza e Quesnay).

Sofferamoci sul significato che Grozio dava a questa sua definizione di diritto. Cosa intendeva per 'qualità' o 'facoltà'? Egli concepisce il diritto soggettivo come una positiva qualità di un soggetto: ciò vuol dire che il diritto

è un potere (potestas) sia pure non fisico, ma morale. E' significativo che, anche se in un altro contesto, Grozio consideri il potere statale come facoltà morale di reggere lo Stato (facultas moralis civitatem gubernandi - 1,3,6,1), collegando così il diritto soggettivo con l'imperium. Infatti i diritti vengono classificati in base ai punti di riferimento delle potestates -come abbiamo visto.

Nello stato di natura secondo Grozio non vi erano diritti propriamente detti (facultates morales) né sulle persone né sulle cose. Tutti sono liberi; il diritto di proprietà non esiste: esso viene introdotto più tardi dalla volontà degli uomini. Tuttavia v'è già un suum originario d'ognuno, comprendente la vita, le membra e la libertà. Inoltre questa sfera originaria del suum viene a comprendere anche tutte le cose cui è necessario appropriarsi per il loro uso. Ma non v'è ancora diritto di proprietà, perchè esso consiste in una facoltà morale su tutti gli altri soggetti e quindi non può concepirsi fondato su un atto unilaterale di appropriazione.

Tra le varie potestates, la potestas in se assume un valore fondamentale. Essa significa che all'interno dell'ego v'è un rapporto di appropriazione del soggetto nei confronti della propria vita, delle proprie membra e della propria libertà. La sfera del suum è inviolabile. Nessuno può, senza commettere ingiustizia, violare il suum di altri che non gli abbia recato ingiustizia. Questa identificazione dell'individuo come appropriazione di sé a se stesso e quindi come fonte di poteri, che si estendono tendenzialmente sulle cose esteriori in quanto queste ultime hanno relazioni necessarie con la sfera materiale dell'io, è una concezione che Grozio ha derivato tra l'altro dalla Seconda Scolastica, che ne aveva sviluppato la portata etico-giuridica.

Il soggetto, distaccato dalle cose, tendeva ad identificarsi sempre più nella posizione del dominus, riposante unicamente nell'autonomia della sua volontà. Di conseguenza l'ordine giuridico tendeva ad essere valutato come un cumulo di situazioni dominative (P.Grossi, La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica, in La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Milano, Giuffrè, 1973, p. 124) .

All'origine della storia del diritto soggettivo v'è proprio questa equivalenza tra libertà e proprietà. Essere liberi significa avere la signoria dei propri atti e quindi del proprio corpo. Questa identificazione è espressa con chiarezza da Suarez:

"Idem esse censetur nostros actus esse liberos et nos illorum habere dominium" (cit. da Grossi, p.133).

Ogni trattato sulla proprietà dei grandi maestri della Seconda Scolastica ha sempre un capitolo iniziale dedicato al "dominium sui" (Grossi, p.135 - cfr. la cit. di Soto e le altre a p.136). In tal modo la proprietà viene collocata all'interno del soggetto, viene concepita come una sua qualità intrinseca. La dottrina della proprietà viene ad assumere una dimensione intrasoggettiva (Grossi, p.136). E conseguentemente l'appropriazione della cosa (dominium rerum) non è che la logica espansione del dominium sui, cioè della libertà. Bisogna però precisare che ancora non siamo nel campo propriamente giuridico, ancora non si arriva ad una categorizzazione giuridica del diritto soggettivo, ma siamo in quel retroterra antropologico da cui tale caratterizzazione prenderà l'avvio e l'ispirazione. Il discorso sul diritto soggettivo (e sulla proprietà) prima ancora di proporsi come economico-giuridico è puramente e semplicemente antropologico (Grossi ne è consapevole e lo dimostra abbondantemente - cfr. p.216). Il dominium rerum è una prerogativa dell'uomo (cfr. cit. a p.139).

Non bisogna sottovalutare queste basi antropologiche della teoria del diritto soggettivo, perchè esse consentiranno quella giuridificazione del potere individuale che è già in atto nell'opera del Grozio. V'è infatti il tentativo da parte dei seguaci della Seconda Scolastica di risalire dalla varietà dei poteri individuali alla loro radice antropologica, concependo quest'ultima essa stessa come diritto. Il Molina distingue chiaramente il diritto di proprietà dal complesso dei poteri che da esso scaturiscono e sostiene che tale diritto è un prius, in quanto fonte da cui sgorgano tutti i poteri individuali (Grossi, p. 145) - "Ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consummendum distinctum quid est a dominio", il quale "in eo precise est positum, quod res sit sua simpliciter". Ed ancora "ratio

dominii circa unam rem est unica et simplicissima" (cit. da Grossi, p.145).

In queste affermazioni si può vedere già la versione ontologica della formulazione moderna del diritto soggettivo. A questa si aggiunge l'insistenza sull'assolutezza piuttosto che sulla relatività di questo diritto originario. Non interessa tanto precisare il tipo di relazione che intercorre tra il dominus e le cose quanto piuttosto affermare la absolutezza della libertà. Per Banez si tratta di una "potestas absoluta ordinata ad actus reales" (Grossi, p.147). Insomma la persona individuale si pone nei confronti degli altri come indipendente (ratio independentiae) e nei confronti delle cose come superiore (ratio superioritatis). In quanto indipendente è sciolta da ogni legame (potestas absoluta) nell'ambito di quella sfera originaria di appartenenza, che delimita il suum. In quanto superiore nei confronti delle cose assume una fisionomia ontologica specifica, mentre il mondo materiale è visto solo in funzione strumentale. Si tratta solo di germi dell'individualismo etico e giuridico, che dalla Seconda Scolastica sono appena accennati e subito temperati dalla fedeltà alla tradizione del pensiero medioevale più attenta alla natura delle cose come fonte del diritto. Tuttavia questi germi assumeranno nei teorici del 1600 e del 1700 proporzioni gigantesche, segnando un profondo iato tra soggetto e natura che ancora oggi ci sforziamo di superare. (Suarez infatti ritornerà nella definizione di proprietà a quella propria della cultura giuridica medioevale -cfr. Grossi, pp.196-198).

Si approfondirà sempre più il distacco metafisico del soggetto dalla natura, la degradazione di quest'ultima ad un ruolo meramente strumentale e conseguentemente la priorità psicologica del proprium sul commune (Grossi, p. 156). Il distacco metafisico è la premessa della scissione morale, sociale ed economica. Se la natura è uno strumento a servizio dell'uomo, è impossibile fissare dei contenuti tipici del diritto soggettivo di proprietà estratti dalla natura stessa delle cose cui si dirige. Tale diritto consisterà nella libertà di tenere sulle cose qualsivoglia comportamento. La proprietà abbandona così il terreno del bonum publicum per essere assimilata completamente al bonum privatum (Grossi, pp.156-157).

La proprietà è la posizione del soggetto sulla cose la più semplice che sia ipotizzabile; è posizione di libertà, di indipendenza, di superiorità, dalla quale si è in grado di realizzare il proprio commodum personale (Grossi, p.173).

Ci siamo soffermati su questa prima caratterizzazione della proprietà e della libertà proprio per sottolineare l'avvio che essa diede alla problematica del diritto soggettivo. Siamo ora in grado di renderci meglio conto del significato che Grozio attribuiva alla "facultas moralis".

Per facoltà o qualità egli intendeva sottolineare questa inerenza del potere al soggetto. Non è la cosa che appartiene al soggetto, ma il potere sulla cosa, ed in primo luogo su se stesso e attraverso di se sulle cose. Tuttavia Grozio, da buon giurista (a differenza dei maestri della Seconda Scolastica che erano più teologi che giuristi), sa bene che ancora non può parlarsi propriamente di "diritto". Il potere naturale di usare gli oggetti per i propri scopi non è ancora "morale" fin quando non implica un obbligo da parte degli altri soggetti. Se tutti godono di un'originaria libertà come possono aversi dei diritti soggettivi? Come è possibile che una persona venga assoggettata al potere morale, alla facultas moralis di un'altra persona? Ciò è evidentemente possibile solo qualora si ammetta l'esistenza di una legge, che regoli il conflitto di poteri individuali. Questa legge ha un carattere morale, "morale" nel senso largo di "regola razionale di condotta". Già gli Scolastici avevano messo in luce che la facultas è morale in quanto è conferita al soggetto da una legge morale. Molina afferma che la facultas (o licentia) non è solamente il prodotto di una legge morale permissiva, ma anche di una legge proibitiva, che proibisce cioè ai terzi di opporsi a quest'uso permesso che io farò della cosa. Quindi il diritto soggettivo è concepito come una conseguenza, una dipendenza dalla legge morale. Suarez sostiene che parlare di diritto e di legge è la stessa cosa ("ius cum lege convertitur" - "De legibus ac legislatore", cap.20 - cfr. Villey, Loi et droit subjectif... in Quaderni fiorentini, cit). Negli autori scolastici questa legge aveva ancora una risonanza giuridica, perchè si ricollegava alla legge naturale dei medioevali; ma tale collegamento via via si attenuò sempre più, sempre più si palesò la difficoltà di fondare un concetto

giuridico - come quello del diritto soggettivo - su un obbligo di natura morale. C'era soltanto un modo per conseguire questo risultato: un atto della volontà dell'individuo medesimo, il quale poteva, volontariamente appunto, sottomettersi al potere morale di un altro.

Questa fu la via seguita da Grozio. I diritti soggettivi sia sulle cose che sulle persone hanno origine in un atto di volontà. La facoltà è morale per un triplice ordine di motivi: perchè appartiene alla libertà interiore del soggetto, perchè consiste in un potere sulle persone attraverso le cose, perchè deriva da un atto di volontà nel rispetto di una legge morale. Ma la volizione interiore non basta. Occorre che la volontà sia dichiarata, perchè altrimenti non si potrebbero conoscere gli atti interni dell'uomo. La volontà deve manifestarsi in un segno esteriore, che è la declaratio voluntatis. Questa dichiarazione di volontà deve essere sufficientemente chiara perchè abbia valore giuridico nei rapporti della vita associata. Ma come può una dichiarazione della volontà creare nella controparte un potere morale? Per Grozio si è vincolati dalle proprie promesse in virtù di un principio morale che impone di rispettare i patti, senza cui nessuna vita associata è possibile. Ma questo principio ci dice che il promittente è obbligato a mantenere la promessa e non dice nulla riguardo ai diritti del promissario. Ed è questo il vero problema: spiegare proprio come in seguito ad una dichiarazione di volontà sorga un diritto nel senso di *facultas moralis*.

Secondo Grozio mediante tale dichiarazione ha luogo un trasferimento del diritto del promittente al promissario. In sostanza il promittente cede ad un altro una parte della sua potestas e l'altro si appropria di una *facultas moralis*. Si tratta cioè di una vera e propria vendita di parte della libertà personale e della propria disponibilità delle cose ("alienatio particulae nostrae libertatis"). In fondo quindi il diritto soggettivo nasce dall'atto di trasferimento dei poteri; quest'atto crea il diritto soggettivo in quanto tale, che però preesiste in quanto potere al trasferimento stesso. Questa dottrina è molto lontana dal nostro modo di vedere. Per noi la promessa crea nel promissore un diritto nuovo prima inesistente. Però bisogna rendersi conto che tra noi e Grozio

è intervenuto il positivismo giuridico. Ciononostante si è mantenuto un filo ben saldo di collegamento.

Grozio ha avanzato un'idea che sarà molto feconda per l'individualismo giuridico: sulle nostre azioni noi abbiamo un diritto uguale a quello che abbiamo sulle nostre cose. Ciò che si trasferisce in tal caso è un vero e proprio potere morale. Per questo la facoltà che sorge è di carattere morale.

Naturalmente, perchè il diritto soggettivo si perfezioni, è necessario che la promessa venga accettata dal promissario. Quest'ultimo non può acquisire una *facultas moralis* sul comportamento del promittente senza una partecipazione attiva della propria volontà.

Il significato del diritto soggettivo come *facultas moralis* è ora sufficientemente chiaro.

"Il diritto soggettivo è il potere morale di una persona su di un'altra, in virtù del quale la prima può comandare alla seconda di tenere o non tenere un certo comportamento, con la conseguenza che diventa per questa moralmente necessario comportarsi come le viene richiesto. Il diritto soggettivo ha origine dalla promessa (sia essa quella diretta intercorrente tra due soggetti o quella implicita nel contratto sociale), la quale consiste nell'alienazione ad opera del promittente di parte della sua potestas in se, del suo potere sulle proprie azioni, con la conseguenza che il diritto soggettivo è una parte della potestas in se del soggetto obbligato in quanto posseduta ed esercitata dal promissario, a cui è passato il potere di decidere concernente un determinato comportamento" (Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972).

Questa teoria si basa su una determinata concezione della libertà umana intesa come complesso di tutte le azioni possibili che noi possiamo lecitamente compiere, cioè confusa con il suo oggetto, e su una equiparazione tra la relazione che abbiamo con le cose e la relazione che abbiamo con le nostre azioni, per cui la proprietà diventa il modello fondamentale della teoria del diritto soggettivo.

E' vero che la teoria di Grozio ha come fulcro centrale la promessa e quindi sembrerebbe poggiare sul contratto piuttosto che sulla proprietà. E' noto che per Grozio la proprietà pri-

vata è un istituto di diritto positivo e che nello stato di natura i beni sono comuni. Il suum quindi non si può identificare puramente e semplicemente con il diritto di proprietà (cfr. Solari, Individualismo e diritto privato, Torino, 1959, p. 15). In realtà però il concetto di dominium diventa ancora più fondamentale del concetto di promessa, perchè la promessa di trasferire il diritto di proprietà consiste nel trasferimento di un potere che può trasferirsi in quanto è "appropriato" (cioè la stessa libertà del promittente ridotta a cosa, ad oggetto di dominio) (Olivecrona, p. 306).

Così Grozio spiega la promessa di fare (promissio faciendi) come analoga al trasferimento di proprietà. Il diritto che abbiamo sulle nostre azioni è uguale al diritto che abbiamo sulle nostre cose, per cui possiamo trasferirlo ad altri, così come possiamo trasferire il diritto di proprietà. Questa equiparazione si basa sul fatto che nel suum del soggetto è compresa la stessa libertà, assimilata cioè alle cose.

Il dominium è un potere della volontà sull'oggetto al quale la *facultas moralis* si è aggiunta mediante il contratto sociale. Insomma la proprietà attiene alla base antropologica e naturale della possibilità di trasferire un diritto (e quindi del diritto soggettivo), mentre la *facultas moralis* sorge su questa base per l'intervento del contratto sociale. La *facultas* non è un irresistibile potere di fatto: è un potere morale, che abilita chi lo possiede ad avanzare una pretesa nei confronti di un altro soggetto con la conseguenza che in questo si crea un obbligo. Ma è sempre possibile che qualcuno recalcitri, onde la *facultas moralis* deve essere sostenuta dalla forza: ad essa si riconnette secondo Grozio un diritto secondario, ossia il titolare della *facultas moralis* ha il diritto di realizzare la propria facoltà con la forza. Questo è un elemento essenziale in un diritto soggettivo perfetto. Ricorrendo alla forza su queste basi non si commette ingiustizia. Nello stato civile questo diritto soggettivo secondario viene esercitato dal potere statale attraverso i tribunali. Questa teoria è quindi all'origine dei tentativi di ridurre il diritto soggettivo al diritto di azione. Ma per Grozio questo diritto secondario non è una *facultas moralis* ed ha un significato puramente negativo. Il suo significato è che l'uso della forza non

incontra alcun ostacolo morale: il trasgressore ha perso la protezione che gli era accordata dal diritto naturale e si è esposto alla applicazione della sanzione. Vengono così evidenziati i due sensi principali di diritto soggettivo: 1) quello primario, come *facultas moralis*, cioè potere morale di imporre agli altri un obbligo per mezzo di un comando; 2) quello secondario, come abilitazione a possedere o a fare alcunché senza commettere ingiustizia verso gli altri (Olivecrona, pp.308-310).

2. La facoltà morale e il diritto oggettivo

Grozio ha posto così le fondamenta della teoria moderna del diritto soggettivo e del pensiero giuridico individualista. Tuttavia essa è ancora in stato embrionale e soprattutto la sua maturazione è condizionata da quel rinnovamento generale del diritto rispetto all'ordinamento feudale a cui pose mano la scuola del diritto naturale dei secoli XVII e XVIII e che sfociò nel sistema giuridico della Codificazione. Mentre le idee di Grozio erano già piuttosto avanzate per quanto riguardava la considerazione delle basi naturali del soggetto giuridico (la teoria del *sum* e del rapporto di appropriazione tra il soggetto e le sue azioni ovvero la teoria della libertà) e l'accentuazione dell'importanza della volontà individuale nel trasferimento dei diritti attraverso la forma del contratto, era invece ancora lacunosa per quanto riguardava il collegamento della facoltà morale di imporre obblighi con la legge dello Stato e quindi con il diritto oggettivo. D'altronde la legge positiva così come era intesa dagli ideologi della codificazione non ebbe solo la funzione di tutelare i diritti soggettivi e di renderli efficaci, ma anche quella di tradurre sul piano giuridico il soggetto naturale, procedendo all'unificazione del soggetto giuridico. La situazione giuridica infatti agli inizi del sec.XVIII è stata definita "particolarismo giuridico". Particolarismo significa pluralità disorganica delle fonti di diritto, che spesso si accavallavano,rendendo impossibile stabilire a priori quali comportamenti fossero vietati e quali permessi. Il particolarismo interessa ovviamente e conseguentemente anche i

soggetti e gli oggetti giuridici (Sul "particolarismo giuridico" cfr. G. Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, I, Bologna, 1976, pp. 28-41 e per la Francia in specie cfr. pp. 72-85) .

Lo strumento potente della necessaria semplificazione del diritto oggettivo ed unificazione del soggetto giuridico fu il diritto naturale e il concetto di stato di natura inteso come stato di eguaglianza originaria. Ma il diritto naturale per svolgere questa funzione insieme critica della situazione giuridica preesistente e costruttiva di un nuovo ordinamento giuridico dovette essere giuridicizzato ed umanizzato, cioè sganciato dai presupposti teologici e ridotto ad un'etica razionale da cui trarre le regole fondamentali del vivere sociale. In tal modo il diritto naturale fu il modello di unificazione giuridica da contrapporre al particolarismo esistente.

In quest'opera di positivizzazione del diritto naturale si furono grandemente agevolati dalla riscoperta del diritto romano inteso come la traduzione giuridica delle stesse leggi della ragione. Risorgono quindi forme e norme giuridiche romane ma coordinate all'ideologia della scuola di diritto naturale, adattate ad esprimere i bisogni e le tendenze dell'età moderna. I principi del diritto naturale, concretandosi in norme derivate dal diritto romano, perdono il loro carattere astratto e si trasformano in norme positive di condotta; d'altro canto il diritto romano idealizzato si spoglia degli elementi propri dell'epoca in cui era sorto e diventa una sorta di "ratio scripta" col carattere della oggettività e dell'universalità. Tuttavia il metodo con cui procedettero i giusnaturalisti fu ben diverso da quello dei giureconsulti romani. Questi ultimi non partivano da posizioni preconcepite, ma traevano dal contesto sociale e dalla realtà la regolamentazione più adeguata. Con i giusnaturalisti prevale invece il deduttivismo e quindi l'astrattezza (nel senso di separazione dal reale). Per questi non è più il "pater" o il "civis", che serve di base all'applicazione della "ratio juris", ma l'homo generico, non condizionato ai tempi e ai luoghi, concepito come una personalità

astratta, dotata di facoltà e di tendenze originarie, che assurgono a dignità di diritti inviolabili. Perciò il diritto soggettivo, anziché essere come per i romani l'espressione della volontà riflessa, si identifica con pretese qualità innate della natura umana (cfr. Solari, Individualismo e diritto privato, cit., pp.49-55).

Quest'opera di umanizzazione e di sganciamento del diritto naturale dalla teologia morale raggiunse piena consapevolezza in Pufendorf (giusnaturalista tedesco nato nel 1632, insegnò nella cattedra di diritto naturale e delle genti che era divenuta per la prima volta oggetto d'insegnamento universitario, cui più tardi sarebbe stato dato il nome di filosofia del diritto. La sua opera maggiore è "De jure naturae et gentium" del 1672). Abbiamo già accennato al ruolo che la legge morale, come fondamento dei diritti soggettivi, svolgeva nella Seconda Scolastica e come anche Grozio non sia sostanzialmente uscito da questa impostazione di pensiero. Questa legge era direttamente derivata da quella legge suprema mediante cui Dio dirigeva tutte le cose, cioè dalla legge eterna (cfr. Todescan), e quindi direttamente dipendente da un ordinamento oggettivo, di cui l'uomo era parte, parte centrale ma pur sempre parte.

Si assiste perciò ad un processo di soggettivizzazione della legge. Il diritto naturale si va sempre più identificando con i diritti della personalità individuale. I diritti civili non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma la legge è fondata sui diritti innati dell'uomo. Nel razionalismo soggettivo il diritto di natura non è che l'obiettivizzazione della libertà, è la libertà dell'uomo razionalmente attuata. L'individuo, astratto dalla storia e dalla stessa società, è considerato come la sola realtà da cui trarre le leggi fondamentali del diritto privato e del diritto pubblico, inteso come frutto dell'accordo tra i privati (Solari, p. 56).

La separazione tra giurisprudenza e teologia morale si trova chiaramente espressa da Pufendorf nella prefazione a "De officio hominis et civis". La separazione è fondata su tre punti di vista. Dal punto di vista della conoscenza il diritto naturale è conoscibile mediante la ragione naturale, mentre la legge morale e divina si conosce solo attraverso

la rivelazione soprannaturale. Dal punto di vista del fine il diritto naturale regola la vita terrena dell'uomo, mentre la legge morale e divina regola la vita dell'uomo in quanto riferita ad un fine ultraterreno. Dal punto di vista dell' oggetto il diritto naturale (e positivo) regola le azioni esterne, mentre la legge morale le azioni interne (Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, p.109). Mediante questa separazione si avviava il processo di laicizzazione e di umanizzazione del diritto corrispondente a quello di umanizzazione di tutto il sapere umano. Il mondo del diritto appare così opera dell'uomo e fatto per l'uomo ed è mondo umano non solo perchè la sua validità è fondata sulla natura dell'uomo e non deriva da principii che trascendono l'uomo, ma anche perchè i suoi istituti fondamentali sono creati dalla libera volontà degli uomini viventi in società (Bobbio, pref. a Pufendorf, p.XVI).

In questo quadro culturale il problema più spinoso era quello dell'apporto tra questo modo d'intendere il diritto naturale, come complesso di diritti collegati alla libertà originaria dell'uomo naturale, e la legge positiva dello Stato. Si delineano ben presto le tre possibili soluzioni intorno a cui ruoterà tutta la problematica del giusnaturalismo moderno.

1) Il diritto naturale è concepito come un complesso organico di diritti e doveri soggettivi. La legge dello Stato ha solo il compito di renderli effettivi mediante le sanzioni giuridiche (Pufendorf).

2) Il diritto naturale è concepito come un complesso di diritti ancora imperfetti che la ragione storica deve sviluppare in istituzioni positive. Per cui il diritto positivo si presenta come un'espansione dei contenuti stessi del diritto naturale (Leibniz).

3) Il diritto naturale riguarda uno stato anteriore alla società civile, cioè lo stato di natura, in cui per mancanza dello Stato non v'è convivenza possibile. Di conseguenza gli istituti di diritto civile hanno la loro origine nelle leggi dello Stato (Hobbes-Rousseau).

In questi tre modelli si può notare un progressivo affievo-

limento del diritto naturale prima inteso come complesso di contenuti giuridici, poi come complesso di principii che la storia deve attualizzare e sviluppare ed infine come giustificazione dell'onnipotenza del diritto positivo.

Queste tre posizioni hanno ognuna il loro ruolo e la loro importanza nella formazione della teoria del diritto soggettivo e dei suoi rapporti con il diritto oggettivo. La prima approda all'individuazione della coattività come elemento essenziale e caratterizzante della legge positiva. La seconda favorisce la recezione da parte del diritto positivo delle istanze del diritto naturale, che vengono tradotte in istituzioni positive, per cui l'unificazione del soggetto di diritto, postulata dagli Scolastici e da Grozio sul piano naturale, viene ora tradotta in termini giuridici. La terza infine perviene alla derivazione del diritto soggettivo dal diritto oggettivo e identifica quest'ultimo con il diritto posto dallo Stato. Che queste tre posizioni appartengano ad un unico orientamento di pensiero lo dimostra il fatto che tutte, nessuna esclusa, contribuirono alla elaborazione della teoria moderna del diritto soggettivo.

Ci soffermeremo qui ad esaminare solo la prima e la seconda direzione, poiché la terza appartiene già alla vera e propria teoria moderna dei diritti soggettivi.

a. La coattività della legge (PUFENDORF)

Per Pufendorf già anteriormente all'esistenza dello Stato vi sono le condizioni per una vita sociale ordinata in quanto la ragione stessa detta i diritti e i doveri dei singoli. Ma la forza morale di questi precetti naturali non è ancora sufficiente a garantire la loro osservanza. Per questo nello stato di natura non v'è sicurezza ed il diritto è ancora imperfetto. Per Pufendorf le leggi civili stanno alle leggi naturali come il diritto perfetto sta al diritto imperfetto: esse non sono che le stesse norme di diritto naturale a cui lo Stato dà riconoscimento e forza obbligatoria.

Per Pufendorf lo Stato è l'organo formale più che mate-

riale del diritto e suo compito non è tanto quello di creare il diritto quanto quello di eseguirlo. Quindi il carattere formale e coattivo diventava carattere essenziale della norma giuridica positiva, mentre, in mancanza delle leggi civili, continuava ad avere vigore la legge naturale ma con valore puramente etico, in quanto sprovvista di azione e quindi fonte solo di diritti e di obblighi imperfetti. Per Pufendorf lo Stato aveva l'obbligo di attenersi alle leggi naturali, ma di fatto, essendone l'interprete, il diritto individuale, quello che l'individuo ha per natura, finiva per dipendere dall'arbitrio dello Stato, poteva cioè farsi valere solo qualora fosse da esso riconosciuto. D'altra parte lo Stato poteva per i suoi fini speciali, per motivi di ordine pubblico, sospenderlo o modificarlo. In tal modo il diritto privato viene a dipendere dal diritto pubblico.

Pufendorf cercò in tal modo di conciliare l'individualismo etico con l'assolutismo politico. Egli sostenne che solo la volontà del sovrano origina il diritto perfetto e che il sovrano è tenuto solo formalmente all'osservanza del diritto naturale; contro le eventuali violazioni l'individuo non ha da contrapporre che un diritto imperfetto, cioè praticamente inefficace. I diritti soggettivi spettanti agli individui sono sempre imperfetti se il sovrano non li riconosce (Solari, pp.64-65).

Dal punto di vista dell'identificazione del diritto soggettivo con la "facoltà morale" non v'è un progresso sostanziale nel pensiero di Pufendorf rispetto a Grozio, semmai si può parlare di un rafforzamento della teoria groziana. Infatti Pufendorf con la sua caratteristica distinzione tra enti fisici e enti morali (enti moralia) non faceva che dare un fondamento più sicuro alla teoria della facoltà morale. L'azione umana secondo Pufendorf possiede, oltre i suoi elementi fisici e psichici che sono eticamente indifferenti, una qualità morale positiva o negativa sulla base della sua conformità alla norma. In tal modo Pufendorf rendeva autonomo il mondo del diritto da quello fisico e andava in cerca delle strutture essenziali dei contenuti del mondo spirituale. Il diritto naturale diventò così nelle

sue mani diritto della cultura in quanto totalità di norme che obbligano gli individui a coltivare la loro natura biologica (Welzel, Diritto naturale e giustizia materiale, p.198). Ciò però condusse ad un'entificazione dei contenuti della libertà umana e rafforzò quella tendenza ad una materializzazione della libertà individuale ai fini di spiegare i trasferimenti del potere.

Ma tutto ciò era ancora nella linea del pensiero di Grozio. Ciò in cui Pufendorf si distinse fu il suo tentativo di legare il diritto privato allo Stato. Distinguendo tra diritti perfetti ed imperfetti, fa in definitiva prevalere sulla ragione naturale ed obiettiva del diritto la volontà e il criterio soggettivo del sovrano. Ad ogni modo con Pufendorf fu acquisito dalla scuola del diritto naturale in Germania che lo Stato è l'interprete e il custode della legge di natura e dei diritti dell'individuo (Solari, p.65).

Inoltre, l'aver messo in luce la coattività della legge positiva come suo elemento essenziale e caratterizzante, spogliando la legge positiva di contenuti propri, che per Pufendorf dovevano essere quelli del diritto naturale, preparò l'identificazione del diritto con la legalizzazione della forza, la successiva riduzione del diritto positivo al suo elemento puramente repressivo, la concezione che il potere e la libertà del singolo è quello riconosciuto o concesso dallo Stato, preparò insomma il ribaltamento del giusnaturalismo nel giuspositivismo, del diritto soggettivo nel diritto oggettivo.

b) L'unificazione del soggetto giuridico (LEIBNIZ e WOLFF)

Nella sua opera di riunificazione del soggetto giuridico Leibniz (l'idea di una giurisprudenza come scienza esatta di tipo matematico è al centro della sua maggiore opera giuridica "Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae" del 1667) fu agevolato dalla convinzione che il diritto naturale dovesse fornire al diritto positivo principii semplici ed un inquadramento logico entro cui i fattori storici potessero essere accolti, articolati e strutturati. Proprio per questa sua concezione del diritto naturale

Leibniz ha molta importanza per la teoria generale del diritto e per la logica giuridica moderna, di cui si può considerare uno dei fondatori. Certamente non si può comprendere appieno il significato delle sue proposte di logica giuridica se non si leggono nel contesto del suo giusnaturalismo metafisico. Eppure mentre quest'ultimo ha fatto il suo tempo, l'attualità di Leibniz permane (e direi è stata riscoperta) per quanto riguarda il suo contributo alla formazione del diritto moderno. Come spesso capita, aspetti parziali si sganciano dall'insieme della visione di un pensatore ed assumono per ragioni storiche o politiche una portata ideologica imprevedibile.

Abbiamo parlato dell'esigenza di una semplificazione del diritto. Il difetto maggiore del particolarismo giuridico era l'incertezza del diritto e quindi la certezza del diritto era l'obiettivo fondamentale a cui mirare. Per raggiungere questo obiettivo era necessario non solo un accentramento nelle mani dello Stato della produzione giuridica (la legge positiva come unica o superiore fonte del diritto), ma anche in'opera di razionalizzazione del materiale giuridico tesa al coordinamento delle varie discipline ed alla unificazione dei concetti. Un'opera che rientrava nello spirito dei tempi ed a cui il genio matematico di Leibniz sembrava portato. Il suo specifico contributo sarà quindi relativo alla struttura del ragionamento giuridico. Affinchè esso fosse corretto e si conformasse pienamente al ragionamento logico, era però preliminarmente necessaria un'opera di formalizzazione del diritto in modo da poter partire da proposizioni giuridiche certe e dedurre da esse tutte quelle conseguenze relative ai vari casi giuridici. Il programma di Leibniz è il seguente: "Noi speriamo che ogni caso (o causa) possa essere deciso in base al solo diritto" (Leibniz, *Specimen difficultatis in jure*, par.XI-cit. da Tarello, p.137 n.108).

Ciò significa che il diritto deve essere considerato come un sistema completo che consenta di risolvere mediante l'uso di regole logiche tutti i problemi interni. Proprio per consentire quest'operazione le norme del diritto vigente vengono presentate come proposizioni. Le proposizioni

sono, secondo la tradizione logico-dialettica, predicazioni cioè unioni di un predicato ad un ente mediante una copula. Nella proposizione giuridica un diritto (predicato) è attribuito ad un ente (soggetto). Questo ente è il soggetto che ha il diritto. Il vocabolo 'subjectum', che prima di allora era usato in senso giuridico solo per designare il suddito, nel senso cioè di "sottoposto" o di "assoggettato", con Leibniz acquista un senso nuovo, cioè "soggetto" di una proposizione giuridica (cfr. Orestano).

Su queste basi si sviluppa una concezione nuova che perverrà alla sua compiutezza nella Pandettistica tedesca e nella Giurisprudenza dei concetti fino agli studi recenti di logica giuridica. Essa può essere così riassunta: il diritto è un complesso di norme, cioè di proposizioni coordinate tra loro in un sistema. L'ordine di tali proposizioni è quello della logica e della matematica, prima cioè vengono le definizioni dei termini, poi le regole generali o principii, poi le proposizioni più particolari fino alle eccezioni. E' strettamente indispensabile che il legislatore formuli solo i principii generali e le eccezioni, poiché tutte le altre norme intermedie possono essere ricavate per via logica-dimostrativa. Chiaramente affinché questa operazione abbia successo, è necessario che il soggetto delle proposizioni sia unico, cioè i soggetti giuridici si debbono presumere eguali e ciò corrispondeva alle istanze etiche della scuola di diritto naturale che identificava nella soggettività giuridica l'uomo naturale (Tarello, pp.138-139). Il contributo geniale di Leibniz fu proprio quello di avere tradotto giuridicamente quest'esigenza dell'antropologia filosofica. Infatti questa razionalizzazione del mondo giuridico si attua nella maniera più perfetta proprio nel campo di ciò che Leibniz considera il jus strictum, cioè in quello che comprende tutti quei rapporti reali che hanno per principio e fine l'individuo considerato a sè, astratto da qualsiasi legame sociale. Secondo Leibniz il diritto di proprietà costituisce l'elemento unificatore del jus strictum. Diritto in senso soggettivo ed obbligazione giuridica sono qualitates morales (potentia moralis egli chiama il diritto e necessitas moralis l'obbligazione giuridica) (cfr. "Nova methodus...", pars secunda, par.15). I soggetti del diritto sono

le persone (naturali o civili), mentre soggetti dell'obbligazione possono essere anche le cose. Oggetto del diritto e dell'obbligazione giuridica sono il corpo del soggetto, la cosa, la persona altrui. Libertas, facultas, potestas egli chiama rispettivamente il diritto del soggetto sul proprio corpo, sulle cose e su altre persone (Solari, pp.68-69).

Notiamo anche in Leibniz quella interdipendenza tra diritti reali e diritti di obbligazione che già abbiamo evidenziato in Grozio. In più è significativo il fatto che le esigenze di razionalizzazione del diritto lo portino a considerare, quando è necessario, le persone come oggetto e le cose come soggetto, perchè evidentemente solo così il calcolo logico-matematico viene assicurato ed il diritto astratto fondato.

E' chiaro che in questo contesto il valore dell'eguaglianza assumeva un significato particolare ed un'importanza decisiva. V'è un connubio tra l'eguaglianza come valore politico e l'eguaglianza come valore logico su cui si fonda la matematizzazione del diritto.

Sulla linea del pensiero di Leibniz Wolff sviluppò la nozione di diritto soggettivo e diede maggiore importanza alla volontà come fonte del diritto. Con Wolff si evidenzia sempre di più che la matematizzazione del diritto è stata prodotta e resa possibile da un trasferimento sul piano giuridico di concetti metafisici, Wolff prende le mosse da una definizione metafisica di 'subjectum', come essenza o sostanza metafisica, dotato di potenzialità e di una tendenza continua all'azione. Da questa base egli fa scaturire tutto il diritto: "Io ho trovato la fonte di tutto in diritto nella natura dell'uomo" (pref. a "Istitutiones juris et naturae"). "Homo moralis est subjectum obligationum atque jurium" (Jus naturae, I, 70).

"Essentia et natura humana fons est omnis obligationis" (pref. a Jus naturae, I).

Il diritto è fondato su un'essenza oggettiva, una sostanza che fa parte dell'universo oggettivo così come Dio l'ha voluto e creato. Avevamo già sottolineato che in Grozio il diritto soggettivo implicava già nella sua definizione il con-

cetto di obbligo. In Wolff quest'ultimo assume un'importanza capitale: "Jus oritur ex obliigatio". Il diritto procede dalla obbligazione (Istitutiones, 46). Ma Wolff elabora un concetto di obbligazione ben diverso da quello della tradizione del diritto romano. Non lo intende come "vinculum juris" (legame di diritto), che per lui ha un significato solo derivato, non principale. Il significato dominante è quello di "obbligazione naturale", cioè di obbligazione che è derivata dalla stessa natura umana, obbligazione connaturale. La natura umana ha un unico scopo: la perfezione individuale dell'uomo. Per cui il principio supremo è: fai tutto ciò che favorisce la tua perfezione ed evita tutto ciò che le nuoce. Non si tratta della perfezione del genere umano nel suo complesso o della società umana, ma dell'individuo isolatamente considerato. Dice Wolff: se i doveri nei confronti di se stesso e quelli verso gli altri si scontrano, il dovere verso se stesso ha la meglio.

In conclusione, Wolff usa il termine 'obligatio' in senso filosofico, psicologico, morale e giuridico. Derivato dall'anima umana esso ne esprime l'essenza, gli attributi, le qualità. L'obbligazione naturale è necessaria, immutabile e serve alla perfezione egoistica dell'uomo (Thomann, pp. 157-158). I diritti naturali, cioè le posizioni soggettive favorevoli del soggetto-uomo in generale, sono quindi definiti come momenti necessari del processo di adempimento degli obblighi naturali. Il mondo giuridico per Wolff non è un mondo naturale di diritti e di facoltà, ma un mondo naturale di obblighi per adempiere i quali si configurano i diritti soggettivi. Secondo Wolff infatti il soggetto giuridico (l'uomo) ha un diritto naturale su tutto quanto è necessario per adempiere le obbligazioni naturali. L'eguaglianza nell'obbligo implica l'eguaglianza nel diritto. Ponendo un intrinseco collegamento tra dovere e diritto (anzi ponendo il dovere come termine primario e il diritto come derivato), Wolff evitava la conseguenza a cui avrebbe portato (ed in effetti portò) la teoria del diritto soggettivo di Grozio, Pufendorf e Hobbes, e cioè l'attribuire tutto il diritto e la libertà alla natura e tutto l'obbligo e il dovere allo Stato e alla legge positiva. Avanzò invece l'idea di una connessione naturale di doveri e di diritti e rese così il soggetto naturale (l'uomo)

un modello autosufficiente per la formulazione giuridica. Si configura in altre parole uno schema di diritto naturale che, prendendo le mosse dall'esistenza di obbligazioni "connatae", eguali per tutti gli uomini, include l'idea che i diritti naturali in quanto strumentali siano anch'essi eguali per tutti e che diritti e obblighi, collegati da un rapporto di strumentalità rispetto allo stesso soggetto, sono collegati da rapporti di correlatività nei rispetti di soggetti differenti. Lo schema pertanto si caratterizza come sistema retto dalle leggi dell'eguaglianza e della simmetria. Dalle leggi fondamentali del sistema di diritto naturale, cioè dalle leggi dell'eguaglianza e della reciprocità, discende ogni diritto naturale di libertà (facoltà di fare) e di sicurezza (divieto per gli altri di turbare), che permettono la stessa sussistenza materiale e spirituale dell'uomo, cioè la sua felicità, che è un dovere naturale per il singolo individuo e il fine proprio dello Stato.

La cosa strana ed emblematica è che con Wolff la scuola del diritto naturale ha raggiunto il suo apice, la sua completa esplicazione in quanto ha reso il diritto naturale un modello autosufficiente del mondo giuridico. Ma nel contempo proprio per questo essa si capovolge nella sua negazione, cioè nel positivismo. Come le tesi di Grozio conducevano a porre tutto il diritto nella natura e tutto il dovere nello Stato, così le tesi di Wolff ponevano tutto il dovere nella natura e tutto il diritto e la libertà nello Stato. Entrambe queste tesi solo in apparenza opposte appartengono alla Scuola di diritto naturale. Tutti gli elementi teorici che individuano la concezione moderna della legge positiva sono stati elaborati proprio dalla Scuola moderna di diritto naturale: l'aspetto coattivo, la razionalizzazione del materiale giuridico (in primo luogo l'unificazione della soggettività giuridica ed in secondo la derivazione del diritto dal dovere), sono tutti elementi che favoriscono il primato della legge a motivo del primato della ragione e del dovere. Ma questa legge è quella positiva, quella dello Stato. Il diritto soggettivo da diritto naturale diviene così istituto del diritto positivo fondato sulla supremazia della legge, ma conserva inalterato il suo contenuto d'origine.

Certamente affinché tutto ciò prevenga a piena maturazione, è necessario uno sviluppo del quadro e della teoria politica. L'assolutismo illuminato aveva bisogno del diritto naturale come copertura ideologica. Esso si basava sulla convinzione che solo il sovrano è il legittimo interprete della legge della natura e della ragione e quindi è in grado di predisporre i mezzi più adeguati al benessere e alla felicità dei sudditi. Ma il processo di positivizzazione della legge ne mise sempre più in luce il carattere autoritario e repressivo. Le ragioni di questa repressività ed esteriorità delle leggi furono individuate non già nei loro caratteri essenziali, ma nei soggetti da cui provenivano. Il problema fondamentale apparve essere non già quello di ristrutturare la legge positiva ma quello di sostituire il soggetto che deve emanare le leggi, cioè di un cambiamento nell'individuazione della volontà da cui la legge emana. Si pensò che si potesse salvare l'elaborazione della scuola di diritto naturale dando una diversa risposta al problema del "chi" è legittimato ad emanare le leggi. La teoria democratica (Rousseau) postulò allora una riappropriazione della legge da parte della volontà popolare ed in essa individuò la fonte principale e suprema dell'interpretazione delle leggi della ragione. La rivoluzione francese portò alla ribalta il nuovo soggetto storico senza peraltro modificare nella sostanza la struttura del diritto oggettivo quale era stata lentamente costruita dalla scuola del diritto naturale. Si verificò così una permanenza dei contenuti giuridici, nonostante il capovolgimento politico. La rivoluzione politica non solo non implicò una rivoluzione economica, sociale e quindi giuridica, ma fu anzi un rafforzamento degli istituti economici e sociali del giusnaturalismo moderno che infatti ritroviamo trasfusi nella Codificazione napoleonica del 1804.

Abbiamo quindi una continuità nell'elaborazione della teoria del diritto soggettivo. I suoi teorici maggiori dell'Ottocento sono gli eredi perfettamente conseguenti delle tesi di Grozio.

3. Il fondamento economico della teoria del diritto soggettivo. (LOCKE e i FISIOCRATICI)

Prima di concludere questa panoramica delle origini storiche della teoria del diritto soggettivo, è bene accennare alle connessioni che la teoria giuridica ha con la base economica e sociale.

Abbiamo visto che le tesi di Grozio erano una giuridicizzazione dell'antropologia filosofica della tarda Scolastica. Ma esse a poco a poco si resero indipendenti da essa e si incontrarono, e si sposarono, con la visione che della natura diede l'individualismo empirico. Abbiamo detto che libertà e proprietà sono i due contenuti fondamentali del diritto soggettivo e che in Grozio l'elemento naturale è la libertà, mentre l'elemento propriamente giuridico è la proprietà. Per cui la libertà è trattata in termini di proprietà. Ma Grozio sta solo all'inizio del pensiero giuridico moderno. E' più l'erede del passato che l'anticipatore del futuro. In Locke invece c'è una chiara inversione di prospettiva tra libertà e proprietà che sarà densa di conseguenze future proprio in tema di diritto soggettivo. E' fondamentale per comprendere l'opera di Locke quest'affermazione: "Perciò il grande fine principale del fatto che gli uomini si uniscono in società politiche e si sottopongono ad un governo, è la conservazione della loro proprietà" (Secondo Trattato, sez.124).

Per Locke l'individuo acquista coscienza di sé nel dominio dei fatti economici, si afferma come homo oeconomicus e si foggia un ordine politico e giuridico corrispondente. Per Locke solo l'ordine economico è propriamente "naturale", mentre le istituzioni giuridiche e politiche sono l'opera artificiale degli uomini, non hanno valore per se stesse né contenuto proprio, ma servono solo a dare vita e forma ai fatti economici. Alla dottrina antica dell'uomo politico per natura Locke contrappone la concezione dell'homo oeconomicus per esigenza psicologica.

Questo particolare modo di considerare l'uomo naturale ha effetti importantissimi sul piano della teoria del diritto. I diritti soggettivi innati, che pure Locke ammetteva, non sono

più esigenze ontologiche della personalità razionale e morale dell'uomo (secondo la tesi della seconda Scolastica ed ancora di Grozio), ma vengono derivati da una base empirica, cioè dal rapporto tra l'uomo come essere di bisogni teso all'utile e alla felicità e le cose esterne. L'attività nella quale consiste il diritto considerato soggettivamente è per il Locke un'attività essenzialmente economica e non può concepirsi indipendentemente dalle cose esterne a cui si applica (Solari,25). Egli quindi tratta la proprietà in termini di libertà. "La libertà a tutti ugualmente riconosciuta di appropriarsi delle cose del mondo esterno atte a soddisfare i naturali bisogni, sostituisce il diritto dell'uomo per eccellenza che riassume tutti gli altri. La libertà, l'uguaglianza, la proprietà sono per il Locke concetti indissolubili ed entrano a costituire il concetto di diritto di natura non come esigenze razionali, ma come condizioni imprescindibili dell'esistenza individuale" (Solari,26). Nella teoria di Locke il termine 'proprietà' ha sia un significato ristretto, cioè indica quel particolare potere sulle cose, che un significato più largo e generale, che si riferisce al diritto naturale per eccellenza, che assomma tutti gli altri: "Ognuno ha la proprietà della propria persona, alla quale non ha diritto nessun altro che lui. Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi" (Secondo Trattato, sez.27).

"L'uomo...ha per natura il potere non soltanto di conservare la sua proprietà, e cioè la propria vita, libertà e fortuna...".

Ed ancora più esplicitamente:

"...non è senza ragione che l'uomo cerca e desidera unirsi in società con altri che già sono riuniti, o hanno intenzione di riunirsi, per la mutua conservazione della loro vita, libertà e averi, cose ch'io denonimo, con termine generico, proprietà (Cfr. Bobbio, Locke e il diritto naturale, p.218; Macpherson, pp.229-230).

Con Locke perciò il diritto di proprietà diventa il diritto naturale per eccellenza, riassuntivo di tutti gli altri e antecedente agli istituti di diritto positivo.

In questa costruzione l'elemento propriamente giuridico- positivo è la libertà ed infatti esso è connesso in Locke

al problema della legge ("dove non vi è legge non vi è libertà") , ma il contenuto empirico e assiologico di questa libertà è la relazione di appropriazione delle cose esterne. Si mantiene quindi e si rafforza quella tendenza, che già avevamo notato in Grozio, ad una materializzazione del problema della libertà e quindi dell'uomo intero: l'uomo si realizza in quanto proprietario. Infatti secondo Locke i nullatenenti non hanno una vera e propria dignità umana.

A quell'epoca dominavano due dottrine in ordine all'origine e alla natura della proprietà. Per Hobbes la proprietà è un'istituzione positiva dello Stato, per Grozio e Pufendorf ha invece un fondamento contrattuale, cioè è per opera della volontà degli uomini che si perviene ad una spartizione consensuale dei beni originariamente comuni. Ma entrambe queste costruzioni avevano un carattere o politico o morale, prescindendo da un'analisi dei fatti concreti. La peculiarità di Locke consiste nell'aver abbandonato nel trattare della proprietà i criteri politici e morali, dandone invece una spiegazione economica, una giustificazione rispondente alla sua funzione economica, e nell'aver identificato ciò con il diritto naturale. Per dare alla proprietà individuale un fondamento che la mettesse al riparo dall'ingerenza del sovrano (teoria politica) e degli altri estranei all'accordo (teoria convenzionalistica) bisognava sostenere il carattere dichiarativo e non già costitutivo del diritto positivo di proprietà, cioè considerarlo come un riconoscimento successivo di un diritto già costituito (Bobbio, Locke e il diritto naturale, p.223). Locke diede quindi al diritto naturale una sua consistenza storica e al contempo sottrasse al diritto positivo la fondazione dell'istituto della proprietà privata. Questa giustificazione serviva gli interessi della proprietà capitalistica (quella della industria e del commercio, fondata sul lavoro e sul risparmio) che era alla ricerca di un fondamento per rafforzare le sue posizioni nei confronti della grande proprietà fondiaria, che invocava a sua giustificazione il diritto naturale tradizionale (Solari, p.27).

Nel riconoscimento della virtù creatrice del lavoro sta secondo Locke l'esigenza oggettiva economica della proprietà.

Il lavoro per la sua produttività giustifica l'appropriazione individuale poiché i frutti del lavoro appartengono di diritto a chi lavora. Inoltre essa è estrinsecazione della personalità sulle cose materiali e quindi realizzazione totale dell'uomo, per cui il diritto alla personalità e alla vita si estende a tutto ciò che è utile a conservarla e a svilupparla.

La proprietà privata ha dei limiti: si estende fin dove è necessario alla soddisfazione dei bisogni dell'individuo. Tutto ciò che non è di utilità all'individuo appartiene alla comunità, perchè ogni uomo ha uguale diritto a soddisfare i bisogni necessari della vita. Questo sistema di limiti posti alla proprietà assicurava nello stato di natura la proprietà per tutti e l'uguaglianza delle proprietà. Fin qui la concezione lockiana della proprietà, fondata sul divieto di accumulare ricchezze al di là dei propri bisogni, potrebbe sortire esiti non necessariamente individualistici per quanto sia già materialistica. Ma il limite posto da Locke in effetti non ha valore assoluto, perché viene superato con l'introduzione della moneta. L'essenza della moneta è per Locke quella di essere un bene che non deperisce: il grano eccedente marcisce, mentre di monete posso accumularne quanto è in mio potere senza pericolo che si deteriorino. Per cui egli riconosce che con l'introduzione della moneta "gli uomini hanno consentito a un possesso della terra sproporzionato ed ineguale". Ma è evidente con ciò che si poneva fine a quella eguaglianza economica che sembrava rispondere alla legge di natura e che sorgeva l'ineguaglianza tipicamente capitalistica.

Inoltre, poiché Locke ammette implicitamente l'alienazione del lavoro in quanto la prima proprietà di cui è titolare l'individuo è quella della propria persona, onde "il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi" e, poiché appartiene all'essenza della proprietà la libera disposizione della cosa, una delle manifestazioni più normali di questa libera disposizione è il trasmetterla ad altri, cioè l'alienarla (Bobbio, cit., pp.228-233).

In conclusione Locke pone le basi agli istituti fondamentali dell'economia capitalistica. L'astratto stato di natura dei teologi e dei giusnaturalisti si riempie in Locke di un contenuto concreto, diventa il luogo dei rapporti economici tra gli individui, e rappresenta assai bene la scoperta di un piano economico dei rapporti umani separato dal piano politico. Lo stato di natura, in cui gli uomini vivono secondo le leggi naturali, cioè non poste da un'autorità civile, si trasforma in una società dominata dalle leggi, anch'esse naturali, della libera concorrenza economica. Nel rapporto tra società economica e società politica la prima ha il ruolo della struttura, la seconda della sovrastruttura. Per Locke la politica deve essere a servizio dell'economia. In questo primato dell'economico, che è anche il naturale, stanno la caratteristica e la modernità del giusnaturalismo lockiano (Bobbio, cit., p.239). Il diritto naturale viene pertanto in Locke ad identificarsi col diritto privato. I rapporti di famiglia, di proprietà, di scambio, di successione, i diritti di personalità preesistono allo Stato, hanno base naturale non civile. Le leggi positive dello Stato hanno solo la funzione di garantire e rendere sicuro l'ordine naturale, cioè l'ordine economico (quindi subordinazione del diritto pubblico al diritto privato). Come la proprietà è condizione di libertà e costituisce il contenuto del diritto naturale, così la difesa e lo sviluppo della proprietà costituiscono la ragion d'essere dello Stato e il motivo determinante le forme libere di governo. I diritti di libertà e di eguaglianza sono per Locke legati alla proprietà, cosicché tutti i diritti soggettivi vengono a dipendere da essa come dal diritto soggettivo naturale fondamentale.

La rimozione dei limiti interni al diritto soggettivo di proprietà
(tesi del Macpherson)

L'operazione di Locke secondo il Macpherson è quella di rimuovere "i limiti della legge di natura" dal diritto naturale di proprietà dell'individuo. "Ciò che Locke riuscì sorprendentemente a fare, fu ricondurre il diritto di proprietà al fondamento del diritto e della legge naturale, e

poi rimuovere i limiti della legge di natura dal diritto di proprietà" (Macpherson, p.231). La norma della legge di natura, che con le sue condizioni specifiche limitava la quantità di cui ciascuno poteva appropriarsi in modo che ciascuno disponesse solo di quanto era in grado di usare, ora dopo l'introduzione della moneta non vale più (2° Trattato sez.36).

Locke in conclusione ha rovesciato il rapporto tra proprietà e potere (libertà): non è più il potere la condizione della proprietà, ma quest'ultima la condizione della libertà e del potere. Assumendo la proprietà come diritto soggettivo naturale originario, traspone sul piano della proprietà quegli attributi che sono propri della libertà come potestas. Come la potestas era assoluta così l'appropriazione individuale è illimitata. Come la proprietà dei beni materiali era un'estensione della libera disposizione di sé e dei propri atti, così il potere sugli altri uomini è un'estensione del possesso dei beni materiali e in particolare del denaro. Locke in fondo non ha fatto che mettere a nudo la base economica su cui poggiava la teoria del trasferimento di potere e della facultas moralis.

Il diritto soggettivo di proprietà viene sganciato di fatto dalla legge naturale nel senso morale e ontologico del termine e asservito alla legge oggettiva dell'economia, a quella del mercato del lavoro e della accumulazione della ricchezza.

I fisiocratici portarono a compimento l'opera di Locke, perfezionando la trasformazione della legge naturale in senso più rigorosamente economicistico. Il diritto naturale aveva assunto -come abbiamo visto- in Locke un contenuto economico e nello stesso tempo si era affrancato dalla legge naturale tradizionale accentuando l'aspetto della soggettività. Tuttavia la legge ha una funzione imprescindibile nella teoria lockiana del diritto soggettivo, perchè istituisce quel legame giuridico che rende vincolante per gli altri il potere del soggetto. Ma ora questa legge non è più cercata nella struttura ontologica dell'uomo naturale, ma nei rapporti oggettivi

della convinvenza umana. Ad un diritto naturale di contenuto economico deve quindi corrispondere una legge naturale tratta dall'ordine stesso dei rapporti economici. Questo sviluppo perfettamente consequenziale delle idee di Locke è operato dalla Scuola fisiocratica (Quesnay e Turgot).

Quesnay parte da una definizione del diritto naturale in chiave economicistica:

"Le droit naturel de l'homme peut être défini vaguement le droit que l'homme a aux choses propres à sa jouissance" (in F.Q. et la Physiocratie, Paris, 1958, II, p. 729), cioè come un diritto a fruire dei beni. Tale diritto naturale di proprietà viene rafforzato dalle leggi positive. Il diritto naturale di proprietà è diritto al godimento dei beni economici.

Fin qui non si aggiunge niente alle idee di Locke. Poi Quesnay distingue nell'ambito delle leggi naturali quelle fisiche da quelle morali. Le leggi naturali fisiche regolano quell'ordine naturale dei rapporti umani più vantaggioso al genere umano. Le leggi naturali morali regolano le azioni umane in modo da renderle conformi all'ordine fisico. Vi è insomma un ordine naturale dei rapporti economici cui l'azione morale deve adeguarsi, affinché si assicurata la tranquillità e la prosperità sociale. Le leggi naturali hanno quindi un contenuto esclusivamente economico. Ad esse la legislazione positiva deve pienamente adeguarsi, se vuole assicurare l'aumento della ricchezza della società. Donde la necessità di unità ed armonia nel sistema delle leggi. Con ciò Quesnay ha fondato l'economia politica come scienza naturale. Le ha assegnato per fine ultimo l'accrescimento della ricchezza ed ha creato così un modello completo a cui la legislazione positiva deve adeguarsi, per cui essa di riflesso sarà una regolamentazione scientifica dei rapporti umani. Le leggi naturali hanno infatti come oggetto i diritti sui beni economici e le leggi positive della società civile servono a rafforzare e ad estendere tali diritti economici. Il fine delle leggi positive è dunque la distribuzione della ricchezza (cioè la politica) e la tutela dell'ordinamento della proprietà privata. L'essenza del diritto positivo sta nel mantenimento di determinati rapporti economici tra gli uomini (Rebuffa, pp. 7-13).

Esso quindi deve avere un contenuto pienamente conforme all'ordine naturale dei rapporti economici ed una funzione di tutela di tali diritti soggettivi. E' chiaro che dallo stesso "ordine naturale economico" si debbono trarre i criteri relativi al modo di distribuire le ricchezze. Ora la caratteristica fondamentale di questo ordinamento è il fatto che esse è un ordine dell'ineguaglianza. Per natura i beni sono distribuiti inegualmente: vi è una disuguaglianza nelle doti naturali, come anche una disuguaglianza nella produttività dei beni economici. Le leggi positive devono tutelare questa ineguaglianza. L'eguaglianza nella distribuzione dei beni economici impedirebbe, secondo Quesnay, la produzione della ricchezza. Una distribuzione in cui tutti gli uomini fossero eguali ed indipendenti gli uni dagli altri impedirebbe gli scambi e quindi l'aumento della ricchezza (Rebuffa, pp.21-22).

Da questo dato di fatto, della ineguale distribuzione della ricchezza per natura, prende le mosse il Turgot. La "natura" di Turgot è lo stesso modo con cui sono distribuiti i beni economici tra gli individui e fra le nazioni. Questa distribuzione, essendo ormai avvenuta in un tempo storicamente definito e concluso, assume la forza di una legge naturale non più modificabile. Qui la stessa politica viene quindi considerata come appartenente all'ordine naturale economico. Osservare e descrivere le regole di questa distribuzione infatti diventa lo stesso che osservare e descrivere l'ordine naturale (Rebuffa, p.55). Affinchè questo "ordine naturale" sia tutelato, è necessario garantire la libertà naturale.

Turgot intende per "libertà naturale" il libero funzionamento dei meccanismi secondo cui si svolgono i rapporti economici. In fondo la principale delle manifestazioni della libertà naturale è la libertà di commercio, cioè il mercato. A Turgot mancava la nozione di libertà politica, donde la scarsa influenza che ebbe il suo pensiero nell'ambito del movimento di idee che precorre la rivoluzione francese. Turgot critica il sistema feudale proprio in quanto vede in esso una struttura economica che inceppa il funzionamento libero dell'ordine naturale (Rebuffa, p.56). L'unico compito dell'autorità civile è giuridicizzare (cioè tutelare) questa libertà naturale. La libertà dell'uomo si assicura proteggendo-

do il mercato, cioè la libertà di scambio. La libertà così s'identifica con l'eguaglianza. Non è più la natura dello uomo e della personalità la matrice della libertà, ma l'ordine economico stesso. La soggettività giuridica è così soggettività economica. In Turgot v'è ben poco l'interesse per la libertà come tema generale della politica e del diritto. "La preoccupazione costante di Turgot è quella di sottolineare come sia necessario che vengano garantite le libertà ma in quanto funzionali al processo di formazione e di riproduzione della ricchezza" (Rebuffa, p.102). Per Turgot proprietario è colui che ha le possibilità e le capacità di far accrescere la ricchezza su cui ha titolo (Rebuffa, p.109).

L'elemento caratterizzante la proprietà è dunque la sua funzione economica. E' proprio questo elemento che consente di unificare il soggetto economico, cioè colui che ha capacità di accumulare ricchezza, eliminando la distinzione feudale tra dominio diretto e dominio utile, e di unificare i beni che possono essere oggetto del diritto di proprietà (equiparazione tra terra e capitale), eliminando la frammentazione e il particolarismo giuridico feudale nonché le forme di proprietà collettiva a cui il feudalesimo aveva dato luogo. Il disordine politico ed economico generalmente lamentato nel sec. XVIII e che si manifestava nel contrasto stridente tra il lusso delle classi superiori e la miseria delle classi produttrici della ricchezza, nel protezionismo commerciale, nell'eccessiva importanza accordata al capitale mobiliare e alla popolazione delle città a danno dell'agricoltura e della classe agricola era, secondo i fisiocratici, da attribuirsi al disconoscimento dell'ordine naturale delle società umane, al sistema artificiale dei rapporti economici che a quello si era andato storicamente sostituendo" (Solari, pp.91-92).

Ma a questo punto le esigenze economicistiche di Turgot venivano a coincidere con il razionalismo leibniziano e wolffiano, confluendo entrambi nel movimento verso la codificazione, cioè verso un nuovo modo d'intendere il diritto oggettivo.

oooooooo

Abbiamo così passato in rassegna alcune delle tappe più significative che condurranno alla teoria del diritto soggettivo elaborata nell'Ottocento.

Grozio ne ha posto le basi teoriche generali con la sua distinzione tra le cose e il potere soggettivo su di esse, tradotto in termini di "facoltà morale".

Pufendorf ha preparato la sostituzione della legge positiva alla legge morale, sottolineandone l'aspetto coattivo.

Leibniz ha predisposto gli strumenti logici per una razionalizzazione del diritto positivo attraverso l'unicità del soggetto giuridico.

Wolff ha mostrato il diritto naturale (e l'uomo naturale) come il modello teorico di questa razionalizzazione.

Locke ha tradotto il diritto naturale soggettivo in termini economicistici.

Quesnay e Turgot hanno tradotto la stessa legge naturali in termini economicistici.

Certamente da questo quadro è restato fuori tutto il filone del costituzionalismo e la problematica tipicamente illuministica dei diritti di libertà, problematica raccolta dalla rivoluzione francese e convogliata nelle carte costituzionali. Ma essa - a nostro parere - ha ben poco influito sulla teoria del diritto soggettivo, che è storicamente una categoria giusprivatistica, che solo molto più tardi viene trasferita sul piano del diritto pubblico. La proprietà e il contratto sono gli istituti giuridici fondamentali di cui il diritto soggettivo costituisce un'astrazione.

V'è da sottolineare infine che la teoria del diritto soggettivo prende le mosse dalla distinzione tra il bene oggetto del diritto e il potere soggettivo sul bene stesso. Proprio la considerazione di questo potere come entità separata dal bene stesso ed inerente al soggetto dà la possibilità di porre i fondamenti teorici del diritto soggettivo stesso. Tuttavia, posta questa base ideale, lo sviluppo storico di questa teoria è condizionato dalla problematica dell'istituto giuridico della proprietà, per cui la relazione tra il soggetto e il suo potere sulle cose è lentamente assimilata a quella tra il soggetto e un bene oggettivo. In sostanza il potere viene entificato e materializzato come un bene. In effetti contrariamente a quello che si è portati a credere prendendo per prototipo il diritto di proprietà, il diritto soggettivo non è una relazione tra un soggetto di diritto ed un oggetto di

diritto, ma tra un soggetto d'azione ed un'azione (cfr. G. Kalinowski, *Logique et philosophie*, in APD 1964, p.40). Non bisogna scambiare l'azione con il suo oggetto.

4. La teoria del diritto soggettivo.

a) Dal soggetto di diritto alla volontà.

Il diritto soggettivo come categoria giuridica è una creazione del diritto positivo moderno che si assume il compito di fondere le elaborazioni del giusnaturalismo illuministico relativamente all'intagibilità della sfera individuale di libertà e le istanze dell'assolutismo illuminato riguardo al carattere forte e autoritario dello Stato. Questi due filoni di pensiero, filtrati dalla Rivoluzione francese, sono consegnati all'elaborazione dei teorici e dei politici dell'Ottocento, eredi in tal modo di tutti gli equivoci e le contraddizioni inerenti a queste posizioni di partenza (G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.144).

La varietà delle definizioni di diritto soggettivo che la storia del pensiero giuridico dell'Ottocento e del Novecento ci presenta è di per se stessa dimostrativa dell'inquietudine che questa categoria giuridica suscita. Da una parte non se ne può fare a meno, anzi per tutto l'Ottocento essa conosce una progressiva e galoppante espansione, dall'altra proprio per questo aumenta la sua dipendenza dal diritto oggettivo fino a ridursi ad un semplice riflesso di esso. Ciò è il segno di un aggravarsi continuo del conflitto tra individuo e Stato così come esso era stato impostato sin dai tempi di Grozio e Pufendorf.

Nel Codice napoleonico del 1804 il principio di autonomia della persona individuale domina e caratterizza i fondamentali istituti del diritto privato. Il fatto che esso si ispirasse al diritto naturale significa in sostanza il riconoscimento del principio individuale come principio informatore e direttivo del Codice, il riconoscimento cioè di principi di diritto fondati nella natura delle cose, anteriori e superiori alla legislazione positiva, che lo Stato lungi dal creare sanziona solo e determina meglio. In sostanza il

Codice rendeva omaggio alla dottrina dei diritti dell'uomo, poneva l'individuo con diritti suoi propri di fronte allo Stato in condizioni di superiorità, sanciva l'autonomia del diritto privato nei rapporti con il diritto pubblico (Solari, p.171).

Il diritto naturale, a cui il Codice faceva riferimento, era in sostanza quello di Locke. Per Locke i diritti naturali sono esigenze etiche della personalità nella sua esplicazione esteriore e si sostanziano nei due concetti di libertà e proprietà. La proprietà è la condizione fisica della libertà, è l'estrinsecazione della ragione e del volere sulle cose. I due termini uniti in un vincolo indissolubile costituiscono da soli tutto il Codice civile, originano norme e istituti naturali più che civili. Essi più che nella legge hanno i loro limiti nella necessità di svolgere e di non ostacolare e distruggere le condizioni di sviluppo della personalità (Solari, p.171). La proprietà in questa prospettiva non può essere che assoluta e individuale: essa è il diritto di godere e di disporre delle cose "de la manière la plus absolue" (art.544). E' un'istituzione naturale, donde la critica dell'idea dell'originaria comunione dei beni, la critica all'opinione di Rousseau secondo cui la proprietà fondiaria è fonte di discordie e di disuguaglianza sociale e la critica alla dottrina del dominio eminente dello Stato (cfr. Portalis, Discorso preliminare) (Solari, p.172). Da tutta la regolamentazione dell'istituto della proprietà si evince l'intenzione di porre il diritto di proprietà al sicuro da qualsiasi attentato da parte del pubblico potere. Nel Codice soggetto della proprietà non è il cittadino, ma l'uomo concepito come essere razionale in cerca dell'utile e della felicità (cfr. Arnaud). L'autonomia della volontà individuale è affermata con absolutezza anche a proposito delle obbligazioni e dei contratti. Alla volontà delle parti nella formazione e nella risoluzione del rapporto obbligatorio viene riconosciuta una sovranità quasi assoluta (art.1134). Lo stesso avviene nella regolamentazione del diritto successorio (cfr. Solari, pp.174-183).

Se è vero che non si può ancora trarre dal Codice una vera e propria teoria dei diritti soggettivi, tuttavia c'è già

una netta propensione ad evidenziare e tutelare di potere della volontà del soggetto in ogni ramo del diritto privato, già tutto il sistema giuridico poggia sulla potestà del volere dell'individuo-soggetto del diritto con tutti i suoi attributi e predicati. Ma la teorizzazione del diritto soggettivo evidentemente spettava ai giuristi. Essa fu infatti appannaggio della più grande scuola giuridica dell'Ottocento, cioè la Scuola storica del diritto.

Il trasferimento della dottrina dei diritti soggettivi dal piano filosofico a quello giuridico si venne a compiere in un momento storico e in un'atmosfera culturale già notevolmente cambiati rispetto a quella illuministica. V'è una rivalutazione dello Stato, della società, della nazione. Su tutto ciò agisce l'influsso della cultura giuridica tedesca tesa a vedere nello Stato il perfetto compimento dell'ordine naturale e la sua piena efficacia (come già abbiamo visto Pufendorf). Con Kant il diritto naturale continuerà ad essere il solo diritto, ma la sua efficacia ed attuazione saranno condizionate dall'esistenza dello Stato, cioè dalla sua trasformazione in diritto positivo e perentorio dello stato civile. Con Fichte sarà eliminata ogni nozione di diritti individuali assoluti indipendenti dal reciproco riconoscimento ("fuori dalla convivenza comune può concepirsi una libertà, non un diritto"), onde non si dà uno stato naturale di diritto e non si hanno diritti originari dell'uomo. Con Schelling ed Hegel lo Stato verrà proclamato come la più perfetta creazione dello spirito, unione dell'ideale e del reale, della libertà e della necessità (Orestano, pp.163-164).

L'elaborazione del diritto soggettivo come categoria giuridica è proprio il insultato del travaglio e dell'incontro tra l'individualismo giusnaturalistico e lo statalismo dell'Ottocento, donde la necessità della "saldatura" tra diritto soggettivo e diritto oggettivo. Per questo la Scuola storica del diritto, che tentò di fondere l'esigenza sistematica del giusnaturalismo razionalistico con lo storicismo romantico, era particolarmente adatta ad operare questa saldatura. Tuttavia il successo di tale impresa fu provvisorio e legato al fatto che il positivismo della Scuola storica non era an-

cora rigidamente statalistico, poiché il giuspositivismo allo stato puro, in quanto è statalizzazione del diritto, consegna del diritto alla volontà del legislatore, è oggettivizzazione di tutto il diritto: è alienazione del soggetto, quindi ammissibilità del diritto soggettivo solo in quanto e per quanto sia tollerato dal diritto statutale (Piovani, Linee di una filosofia del diritto, Padova, 1958, p.229).

Savigny, il fondatore della Scuola storica, afferma che il diritto soggettivo è un potere che appartiene ad un soggetto, una sfera all'interno della quale la sua volontà è sovrana senza che altri vi faccia opposizione, e che, in quanto tale, esso è un fenomeno dello spirito, anche se si manifesta in forma sensibile. Il diritto soggettivo viene, quindi, definito come "potere della volontà" (Willensmacht): "un potere appartenente alla persona, un dominio in cui regna la sua volontà ..." (Sistema I, p.7). "Ogni diritto esiste a causa e in favore della libertà morale inerente ad ogni uomo" (Sistema II, p.22). Come si può notare Savigny riprende le idee di Grozio e di Pufendorf, riprende anche il concetto di dichiarazione di volontà: forza creativa, egli afferma, è la volontà, la quale soltanto è in se stessa, propriamente parlando, importante ed efficace; la manifestazione esteriore occorre solo per renderla nota agli altri (Olivcrona, cit., pp. 184-185). Ma l'Orestano fa notare che il Savigny non pone a fondamento del sistema il diritto soggettivo ma il rapporto giuridico e lascia nel vago il rapporto tra quest'ultimo e il primo. Il suo intento era quello di riportare tutto il problema del diritto e degli stessi diritti soggettivi su un piano di oggettività sociale e quindi storica. "L'idea di ordine, non quella di libertà, appare nel pensiero più tipico della Scuola storica come elemento costitutivo del diritto, onde il diritto obiettivo, formazione collettiva della coscienza popolare, diviene il presupposto logico e temporale del diritto soggettivo" (Orestano, pp.165-166). In sostanza l'affermazione del dogma della volontà non è il prodotto tipico della Scuola storica, ma un residuo dell'individualismo e del razionalismo giuridico. Ciò spiega perchè Savigny sia considerato da molti come uno dei corifei della teoria dei diritti soggettivi.

Il vero teorico del diritto soggettivo è invece

B. Windscheid. Egli definisce il diritto soggettivo come il potere esercitato dalla volontà di un soggetto su quella di un altro. Un credito, ad esempio, implica che la volontà del creditore sia determinante per quella del debitore con riguardo ad una certa azione, ossia quella di soddisfare il debito: il creditore può comandare al debitore di compiere quest'atto.

A questo punto però ci si trovava di fronte ad un'alternativa decisiva: questo potere della volontà è un potere originario derivato dalla personalità ovvero è concesso all'individuo dall'ordinamento giuridico? Mentre il Puchta sembra prendere la prima strada quando considera kantianamente il diritto della personalità come diritto fondamentale e originario (ma sembra intenderlo più in senso idealistico che illuministico), il Windscheid invece ritiene che il potere della volontà individuale (*Willensmacht*) è concesso dall'ordinamento, per cui la regola obiettiva dà la facoltà ad un soggetto di servirsi delle norme per realizzare i propri fini. Windscheid intende anche questo potere come sovranità della volontà (*Willensherrschaft*) concessa dall'ordinamento, per cui la volontà del soggetto è produttrice di norme giuridiche (ad esempio, gli atti di volontà del proprietario relativamente alla cosa sono veri e propri comandi per i terzi).

Di fronte all'obiezione che può esistere un diritto soggettivo anche nel caso che la volontà del soggetto sia assente (incapaci, pazzi, etc.), Windscheid in un primo tempo sostiene che la concessione da parte dell'ordinamento non riguarda la volontà del titolare ma un certo contenuto del volere. Ma ciò è palesemente insostenibile, perchè non può esserci alcun contenuto del volere al di fuori del potere di volere. Allora Windscheid dà un senso ancora più positivistico alla sua teoria del diritto soggettivo. Egli sostiene che la volontà in questione nel diritto soggettivo non è quella del titolare ma quella stessa dell'ordinamento giuridico. Per cui v'è una sorta d'identificazione tra la volontà del soggetto privato e quella dell'ordinamento giuridico ed è identica cosa affermare che l'ordinamento assuma come pro-

pria la volontà privata ovvero che la volontà dell'ordinamento si sostituisca a quest'ultima (Orestano, p.172; Dabin, p.60).

Come si può notare, v'è un considerevole mutamento di prospettive rispetto alle posizioni del Codice napoleonico. Non si tratta più di garantire quello spazio di libertà individuale appartenente per natura al soggetto privato, ma di attribuire a quest'ultima la forza stessa della pretesa, il potere. La qualità, l'attributo della persona in cui consiste il diritto soggettivo, viene visto come riconosciuto, concesso, creato, dato, conferito dal diritto oggettivo. Non più come qualcosa che preesiste ad esso ed è inerente alla struttura ontologica della persona e dell'ordinamento prestatuale.

La definizione del Windscheid è quindi un notevole passo avanti sulla via della totale subordinazione del diritto soggettivo al diritto oggettivo codificato. L'Orestano, nel passare in rassegna le varie definizioni che da allora in poi si succedono nella storia del pensiero giuridico dell'Ottocento e del Novecento, nota il delinearsi di questo processo sempre più conseguente di derivazione del diritto soggettivo dal diritto oggettivo (Orestano, pp.172-173): dal riconoscimento di un potere preesistente si passa a considerare quest'ultimo come un mero riflesso della volontà dello Stato. Si ripercorre così la strada in senso opposto: mentre prima la norma veniva considerata come l'obiettivizzazione del diritto soggettivo, ora quest'ultimo viene considerato come la soggettivizzazione della norma (Orestano, p.179).

Questo capovolgimento di prospettiva era inevitabile dal momento che per ovvii motivi l'attenzione prevalente dei giuristi era rivolta a definire il tipo d'obbligo che conseguiva dall'esercizio del diritto soggettivo, cioè a quello che abbiamo chiamato l'aspetto esterno del diritto soggettivo, la pretesa. Da questo punto di vista il diritto soggettivo si presenta come comando. L'accentuazione dell'elemento volitivo sta a significare proprio questa precedenza data al problema dell'esercizio del diritto su quello della sua titolarità (Dabin, p.63). Nell'epoca delle codificazioni e del trionfo del diritto positivo, nell'epoca in cui lo Stato assume

il monopolio della forza è chiaro che il potere di obbligare deriva tutto dallo Stato, che mette la sua forza a servizio degli interessi individuali. In questa prospettiva si può affermare con eguale fondamento sia che la persona comanda e il diritto oggettivo fa proprio questo comando (come in un primo tempo affermò il Windscheid) sia che "la volontà imperante nel diritto soggettivo è soltanto la volontà dell'ordinamento, non la volontà del titolare" (Pand., par.37, n.3, trad.it., I, pp.108 e ss. - cit.da Orestano, p.172). Si può sostenere con eguali ragioni sia che il diritto soggettivo è la privatizzazione del diritto oggettivo sia che il diritto oggettivo pubblicizza la volontà privata.

b) Il tentativo di sfuggire al dogma della volontà.

Abbiamo visto che, se si concepisce il diritto soggettivo in termini di potere della volontà, si impone immediatamente il problema del rapporto tra la volontà individuale e quella statale con l'inevitabile soppressione di una delle due. Lo Jhering cercò di sfuggire a questa inevitabile conclusione, mettendo in primo piano non già il potere della volontà, ma il contenuto di essa, cioè l'interesse individuale a cui lo Stato accorda protezione e tutela. La sua famosa definizione è -come è noto- quella che vede nel diritto soggettivo "un interesse giuridicamente protetto".

Per Jhering due sono gli elementi costitutivi del diritto soggettivo: un elemento sostanziale (l'utilità individuale) e un elemento formale (la protezione dell'ordinamento giuridico) che assicura il godimento ai suo titolare. Si tratta di una definizione teleologica e funzionale del diritto soggettivo, in cui quest'ultimo viene determinato per il suo fine (la materia) e per i mezzi di godimento (la forma). Jhering rifiuta in tal modo la Willenstheorie del Windscheid e può considerare la volontà solo come una condizione per l'esercizio del diritto. Si evita così in verità quel presupposto che aveva funestamente pesato sulla teoria giusnaturalistica del diritto soggettivo e cioè che avere un diritto soggettivo significasse "appropriarsi" di una parte della libertà altrui, presupposto legato alla materializzazione della libertà individuale. Ad esso si sostituisce una concezione uti-

litaristica e naturalistica che al posto della libertà come potere pone l'utilità come fine, di cui il potere è mezzo. In tal modo lo Stato non trasferisce all'individuo l'assolutezza del suo potere, anche se in un settore determinato, ma garantisce il conseguimento del suo utile personale ritenuto socialmente rilevante. Mediante questa concezione v'è quindi il tentativo non tanto di concedere libertà, ma di regolare l'uso di queste libertà individuali, un uso che sia al contempo la coincidenza dell'interesse privato e di quello sociale. Con Jhering quindi la teoria del diritto soggettivo abbandona l'ideologia giuridico-naturalistica della garanzia di una sfera, seppur limitata, entro cui esercitare con assolutezza il proprio potere, per assumere una dimensione decisamente funzionale.

Tuttavia, se ci chiediamo se realmente la concezione di Jhering riesca a sfuggire a tutte quelle contraddizioni già evidenziate, sorgono molteplici perplessità.

Alcuni, ad esempio, mettono in evidenza i legami di Jhering con la teoria volontaristica. Jhering in effetti non mette mai in dubbio che il solo vero diritto proviene dalla volontà dello stato. La sua critica è rivolta a una certa forma della teoria della Willensmacht, quella attribuita ad Hegel e ai suoi seguaci, secondo la quale il potere della volontà è fine a se stesso. Jhering respinge questo assunto. Il diritto soggettivo per lui non viene conferito ad un soggetto perchè possa provare la soddisfazione del senso del potere: gli è dato perchè serva agli interessi, alle esigenze e ai fini dei rapporti sociali, questo fine pone dei limiti alla volontà (Olivecrona, p.188). Jhering quindi non rifiuta il volontarismo, ma solo cerca di porre dei limiti alla sua assolutezza, introducendo all'interno di esso il richiamo a criteri sostanzialistici tratti dall'utilitarismo. Ma un interesse non è di per se stesso giuridico se non in quanto è protetto dal potere dello Stato. Il diritto in quanto tale sorge allora in seguito all'intervento dello Stato. E' proprio questa la stessa conclusione a cui era pervenuta la teoria della volontà. Sia per Jhering che per Windscheid tutta la giuridicità deriva dall'ordinamento giuridico stesso. La differenza tra i due risiederebbe piuttosto nei re-

ferenti metagiuridici o extragiuridici: per l'uno è il potere della volontà individuale, per l'altro l'interesse.

Tuttavia bisogna anche tener presente che il pensiero di Jhering è molto più complesso ed articolato e che v'è quel noto passaggio dal concettualismo ad un contenutismo giuridico che ha tinte decisamente sociologiche (cfr. Viola, Jhering e la conoscenza del diritto). Per molti versi la cultura giuridica del suo tempo non era ancora preparata a cogliere tutte le implicanze del suo pensiero. Per altri versi egli restò legato in modo equivoco ai presupposti del formalismo giuridico. V'è da notare ancora che la sua famosa definizione del diritto soggettivo si trova in Geist III, sez.2 (1865) e che da allora v'è un costante sforzo di dare del diritto soggettivo una raffigurazione sempre più realistica. Nel saggio sugli "effetti passivi del diritto" (1866) afferma che il diritto è una qualità della cosa (cit.). Nella sua ultima opera "Lo scopo nel diritto" (1877) v'è un netto superamento della problematica del diritto soggettivo. Il termine stesso viene soppresso, poiché al soggetto individuale si sostituisce il soggetto sociale, che d'altronde non si identifica con ciò stesso con lo Stato (cfr. Villey, Droit subjectif..., in Seize Essais, 1969). Si può quindi concludere che da un certo punto di vista la teoria di Jhering non sfugge al dogma della volontà, da un altro anticipa gli sviluppi futuri della dottrina dello Stato, avanzando la distinzione tra socialità e statualità (cfr. Villey...).

c) La teoria imperativistica del diritto e il diritto soggettivo.

In base agli elementi che abbiamo raccolto siamo ora in grado di gettare uno sguardo più penetrante sulla situazione che per tutto l'Ottocento si è prodotta in tema di diritti soggettivi. Non esitiamo a definire paradossale questa situazione. Bisogna dare una spiegazione a questo fatto stupefacente: come mai la teoria del diritto soggettivo si afferma e si sviluppa in un'epoca in cui il diritto si identifica con il comando dello Stato?

La teoria imperativistica del diritto è l'ausilio concettuale più appropriato del diritto codificato. Se tutto il di-

ritto risiede nei codici e nelle costituzioni e quest'ultimi sono una raccolta di prescrizioni emanate dagli organi legislativi dello Stato, tutto il diritto non è altro che comando, imperativo dello Stato. La teoria imperativistica è infatti la più diffusa ancora oggi tra gli operatori giuridici. Essa ha potentemente contribuito a costruire la mentalità tipica del giurista e del giudice del nostro tempo, l'uno attento esegeta della legge e ordinatore dei concetti giuridici estratti dai testi legislativi, l'altro fedele esecutore della volontà generale nella sua applicazione ai casi concreti. La teoria imperativistica è l'ideologia della codificazione. Non già che non vi siano stati dei tentativi di reagire all'imperante teoria imperativistica, ma essi sono e restano alla fin dei conti marginali, poiché il loro successo è condizionato dalla trasformazione dello strumento legislativo e del concetto stesso di legge giuridica. Ricordiamo che l'opera italiana più importante di teoria generale del diritto, quella del Carnelutti, è ancora fortemente ispirata alla teoria imperativistica del diritto.

Orbene, la cosa paradossale è che il concetto di diritto soggettivo incontra serie difficoltà ad essere accolto nello ambito di tale teoria. Anzi si può affermare che da un punto di vista logico non vi è posto per essa in un sistema giuridico fondato sulla teoria imperativistica. In essa in luogo di diritti creati, modificati ed estinti mediante fatti giuridici avremo solo dei "riflessi" degli imperativi. Il titolare del diritto soggettivo, che, in virtù di esso, imponeva agli altri degli obblighi, viene sostituito dal fruitore di certi relativi vantaggi provenienti dagli imperativi del legislatore. Si è persa l'immagine dell'individuo sovrano, il cittadino che vive sotto la protezione dello Stato gode dei benefici sicuri che le leggi gli accordano (Olivecrona, p.192).

Dal punto di vista della teoria imperativistica, nell'ipotesi del diritto di proprietà, si dà la situazione seguente: che A è "proprietario" di un oggetto significa che moltissimi comandi, rivolti a tutti, eccettuato lui, ne proibiscono

l'uso; che nel sistema delle norme vi è mio "spazio vuoto", in cui si trova il proprietario, il quale, dal momento che è a tutti prescritto di astenersi dall'interferire nell'uso dell'oggetto, lo possiede e può adoperarlo come preferisce. Vi sono anche norme positive, che comandano agli organi dello Stato di sostenere il proprietario contro le usurpazioni, e da esse questi trae considerevoli vantaggi, che sono il riflesso dei comandi dello Stato e del regolare funzionamento dei tribunali e degli organi esecutivi (Olivecrona, pp.192-193). "La teoria imperativistica conduce alla negazione del diritto soggettivo, perchè non può assimilarne il concetto" (Olivecrona, p.193). Tuttavia esso permane e non solo è stato difficile metterlo a bando dalla dottrina giuridica, ma i suoi difensori più accesi sono stati proprio gli imperativisti. Diverse spiegazioni sono possibili di questa situazione paradossale e probabilmente tutte sono in una certa misura plausibili e interagiscono tra loro.

Ci limitiamo qui a compiere una breve rassegna delle principali.

Innanzitutto v'è una spiegazione collegata alla natura stessa del fenomeno giuridico. Diritto oggettivo e diritto soggettivo sono concetti correlativi. Non è possibile pensare una norma relativa a rapporti intersoggettivi che non delimiti la sfera di liceità d'azione dei soggetti a cui si rivolge e che col far ciò non attribuisca a un soggetto diritti soggettivi e ad un altro obblighi; e d'altra parte non è possibile pensare diritti soggettivi e obblighi i quali non facciano capo ad una norma che li connetta tra loro. E' ovvio che a seconda delle circostanze storiche e delle diverse ideologie si è potuto attribuire, con intenti più o meno manifestamente politici, maggiore rilievo ora all'aspetto oggettivo ora a quello soggettivo del diritto. Ma in ogni caso non si potrà mai arrivare ad un'eliminazione di questa correlazione interna al concetto stesso del diritto (Fassò, *Riflessioni logico-storiche...*, pp.373-374 - cfr. per una storia di questa alternanza Cesarini Sforza, *Avventure del diritto soggettivo...*; per una rassegna dei sostenitori di questa correlatività interna cfr. Orestano, pp.174-175).

Ciò spiega perchè il linguaggio dei giuristi non possa fare a meno del termine e dell'idea di diritto soggettivo. Si tratta evidentemente di rendersi conto del significato e del ruolo che essa svolge.

Un'altra spiegazione è di carattere storico. Se è vero che l'aspetto soggettivo del diritto è ineliminabile dal concetto di diritto, la storia della cultura giuridica ci presenta modi diversi d'intendere il diritto soggettivo e il soggetto di diritto. Sotto queste espressioni possono nascondersi significati molto diversi e contrastanti. In fondo la teoria imperativistica si è adoperata a neutralizzare gli effetti della teoria giusnaturalistica del diritto soggettivo e del soggetto giuridico, da cui pur nondimeno ha tratto -come abbiamo visto- la sua origine. Il diritto soggettivo per l'imperativismo non è altro che la soggettivizzazione del diritto oggettivo, della norma. Questo rovesciamento di posizioni si può constatare in ordine allo stesso concetto di soggetto di diritto. Secondo la teoria giusnaturalistica esso era considerato il prius logico e ontologico del diritto soggettivo (se ed in quanto si è soggetto di diritto si è titolari di diritti soggettivi): dalla soggettività dell'uomo naturale si traevano le varie "facoltà morali". Nel pensiero giuridico contemporaneo il soggetto tende a risolversi variamente in una conseguenza del diritto soggettivo (se e in quanto si è titolari di diritti soggettivi si è soggetti di diritto) e, per ciò stesso, in una conseguenza del diritto oggettivo, che crea la personalità giuridica e ne determina le caratteristiche (a questo proposito potrebbe essere utile esaminare il pensiero del Kelsen). E vi è ormai chi non esita a dire che la persona "finisce per prendere posto, in quanto simbolo sotto il quale cade una situazione unificata, fra gli "oggetti" del diritto" (Magni, cit. da Orestano, p.179).

Il soggetto diventa la norma e l'individuo diventa oggetto. A tutto ciò probabilmente non è estranea l'influenza che la stessa teoria tradizionale del soggetto giuridico e del diritto soggettivo ha esercitato sul modo di considerare quelle "entità", cui

diamo nome di "società", di "collettività", di "Stato" e di "ordinamento giuridico", e che sono variamente entificate, ipostatizzate, personificate (Orestano, p. 180). V'è da notare in più che questa obiettivizzazione del soggetto giuridico, che si dissolve nelle fattispecie normative, deriva proprio dall'averlo condeipito come un fascio di poteri e di facoltà, nei confronti delle quali ha una relazione di possesso e di appropriazione. E' stata proprio la materializzazione e la quantificazione della libertà umana a ridurla al rango di oggetto, di cosa. La falsa soggettività del giusnaturalismo moderno ha svelato il suo vero volto nell'oggettivismo normativistico del positivismo. Infatti oggi si sente il bisogno di adeguare la terminologia tradizionale, mettendo al posto dei vecchi diritti soggettivi espressioni quali "situazioni giuridiche soggettive", "figure giuridiche soggettive", "qualificazioni giuridiche soggettive", "posizione giuridica" e simili. In tal modo anche l'uomo viene ridotto al rango di una fattispecie tra le altre, di un oggetto tra oggetti con la conseguenza che il suo essere uomo non ha più alcuna rilevanza propriamente giuridica e viene considerato come dato metagiuridico estraneo al mondo del diritto (Orestano, pp.193-194).

Infine vi sono anche ragioni ideologiche che spiegano questo odio-amore della teoria imperativistica per il diritto soggettivo. Se tutto il diritto è comando dello Stato (lo statalismo in verità non coincide con l'imperativismo, ma ne è la versione forte) e se lo Stato è la volontà sovrana risultato dell'unione delle volontà individuali, bisognava necessariamente dare a quest'ultime una qualche consistenza giuridica conforme alle esigenze dell'unificazione del soggetto e della eguaglianza dei soggetti. Il diritto soggettivo all'interno della teoria imperativistica sta a testimoniare questo necessario riferimento metagiuridico di ogni positivismo da una parte e dall'altra il tentativo di vanificare quest'appello metagiuridico mediante un soggetto giuridico astratto che tutto quello che ha riceve dall'ordinamento giuridico. L'uomo naturale, preso come modello della soggettività giuridica dal giusna-

turalismo moderno, si rarefà in un diafano e astratto soggetto del diritto, una mera creazione del formalismo giuridico ormai avulsa da ogni concreto aggancio con la realtà dell'uomo e della società. Attraverso esso non è il mondo sociale che penetra nel giuridico e si esprime nelle sue forme, ma il mondo giuridico stesso che corona la sua autonomia ed autosufficienza costruendo da sé le fondamenta su cui poggiare, giuridicizzando tutto e in definitiva costituendosi come il dominio dell'astratto.

Quanto questa separazione del giuridico dal sociale giovasse al mantenimento della disuguaglianza sociale e dello sfruttamento di classe non è nostro compito indagare. In ogni caso esso ha reso estraneo l'uomo dal mondo giuridico e lo ha ridotto a suo oggetto.

d) La critica del diritto soggettivo.

Le fasi che la teoria del diritto soggettivo ha attraversato hanno messo a nudo il nodo cruciale di questa problematica: cioè i rapporti tra mondo metagiuridico e mondo giuridico. Se si può affrontare il problema del diritto oggettivo e della norma, prescindendo da basi extragiuridiche (come ha fatto Kelsen), lo stesso non si può fare a proposito del diritto soggettivo, perchè esso chiama in causa inevitabilmente il rapporto sociale tra i membri della collettività e la rilevanza giuridica delle loro persone. Che vie d'uscita sono possibili per sfuggire a quel paradosso che contrassegna la storia del diritto soggettivo?

1) Il primo passo è una critica alla teoria del diritto soggettivo, denunciandone la base falsamente metafisica. Si tratta di compiere un'opera di demitizzazione della idea stessa di diritto soggettivo mettendone a nudo la origine metafisica, ideologica, psicologica e così via. I nostri richiami alla nozione di soggetto giuridico del giuridismo moderno servono a questo scopo di smascheramento ideologico. Tuttavia anche in questo caso, se non si vuole dare nuova forza al positivismo giuridico formalistico, bisogna offrire una teoria del diritto alternativa che dia una spiegazione soddisfacente della persistente problematica che ruota intorno al diritto soggettivo

e ne giustifichi gli autentici agganci con la realtà umana e sociale. L'opera di Marx, Duguit, Ross e Olivecrona ha ben assolto a questo compito demitizzante, ma non lo stesso si può dire riguardo al compito costruttivo.

2) Il secondo passo è la critica della teoria imperativistica, specie nella sua versione statalista. Ma evidentemente questa critica non sarà mai veramente efficace nella misura in cui permangono nell'organizzazione sociale dei dati di fatto che verificano l'imperativismo. Esso riposa su dati di fatto inconfutabili che la storia ha posto e cioè il modo d'intendere la legge positiva nel diritto codificato e lo Stato come unica fonte del diritto. Una teoria alternativa che non tenga conto di questi fatti rischia di trasformarsi in un'utopia. Ed infatti i vari tentativi già ampiamente esperiti sono imperativismi mascherati o sono costruzioni logiche irreali. Non basta quindi cambiare la teoria per mettere a posto le cose, occorre evidentemente trasformare la realtà politica e sociale e segnatamente operare per un mutamento della struttura e della funzione della legge positiva e del ruolo legislativo dello Stato. In questa prospettiva la teoria del diritto come tale ha ben poco da dire a meno di trasformarsi in politica del diritto.

3) Il terzo passo, che è in fondo l'apporto più costruttivo che la teoria del diritto può dare a questo rinnovamento giuridico, è il riesame senza pregiudizi del problema del soggetto del diritto e del suo potere, rimettendo in discussione le basi stesse della nostra cultura giuridica, basi che nel nostro argomento risalgono, come abbiamo detto, alla seconda Scolastica e a Grozio. Occorre affrontare in modo nuovo la questione del collegamento tra mondo giuridico e realtà economica, sociale e politica. Si deve però constatare che i critici contemporanei del diritto soggettivo sono ancora troppo legati all'antropologia del giusnaturalismo moderno e quindi incapaci di andare oltre un'opera di mera demitizzazione mai peraltro veramente radicale.

E' evidente che ognuna di queste possibilità richiama l'altra e che si tratta di tre strumenti non alternativi, ma che bisogna attivare e adoperare congiuntamente. La teoria del diritto soggettivo non è una pura e semplice opera di mistificazione come suggeriscono alcune correnti del realismo giuridico contemporaneo, ma ha ben precisi punti di riferimento di carattere storico, culturale e antropologico. Per prendere realmente posizione nei suoi confronti bisogna mettere a nudo queste fondamenta. Per criticarla occorre prendere posizione nei confronti del giusnaturalismo moderno e del positivismo imperativistico. Ma per far ciò bisogna proporre una nuova antropologia ed una nuova concezione del diritto.

Non è questo il compito di questo nostro corso. A noi è sufficiente avere dimostrato questo assunto: il diritto moderno si fonda sulla distinzione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, ma d'altra parte si fonda su una concezione del diritto che rende impossibile mantenere questa distinzione.