

Grozio, Pufendorf e il “Tribunale della Scienza”

Franco Todescan

Università degli Studi di Padova

Abstract: Grotius, Pufendorf and the “Tribunal of Science”.

In the historical context of the birth of the modern State, this essay aims to analytically examine the criticisms made by Kelsen, from the point of view of the *pure theory of law*, and by Olivecrona, from the point of view of *Scandinavian realism*, to the natural law doctrines of Grotius and Pufendorf. Kelsen focuses his attention on *natural law*, while Olivecrona on *natural right*. The main Kelsenian criticism is that natural-law doctrine confuses the plane of *is* with that of *ought*. The main Olivecronian criticism is instead that natural right does not exist ontologically but is a pure residue of ancient magical beliefs. The basic idea of this essay is that such criticisms do not make any sense, because the natural-law doctrine belongs to the field of philosophy of law and not of legal science, and therefore it is absurd to want to judge it *from the point of view of science*.

Keywords: Natural Law, Kelsen, Olivecrona, Grotius, Pufendorf.

Sommario: 1. Introduzione: un trittico nello stile di Jan Vermeer. – 2. La *cornice* storica: la nascita dello Stato moderno e la scoperta delle Americhe. – 3. La *tavola centrale*: la dottrina pura del diritto e il realismo giuridico scandinavo. – 4. *Primo pannello*: Kelsen e il diritto naturale oggettivo. – 4.a. Il fondamento religioso del diritto naturale e il problema della secolarizzazione. – 4.b. La conoscibilità del diritto naturale e il problema del razionalismo. – 4.c. La natura dell'uomo e il problema della caduta. – 4.d. Il punto di vista della scienza e il problema del *dover essere*. – 5. *Secondo pannello*: Olivecrona e il diritto naturale soggettivo. – 5.a. Diritto naturale primario e diritto naturale secondario. – 5.b. L'origine storica del diritto soggettivo. – 5.c. Il fondamento giuridico del diritto soggettivo. – 5.d. Il fondamento psicologico del diritto soggettivo. – 6. Osservazioni finali.

1. Introduzione: un trittico nello stile di Jan Vermeer

Il problema della giustificazione dell'obbligo giuridico viene (oggi) eluso dalle più affermate fra le contemporanee teorie generali del diritto. Eluso dalla teoria secondo la quale una norma sarebbe obbligatoria perché facente parte formalmente di un ordinamento giuridico; in quanto resterebbe sempre da dimostrare perché l'ordinamento nel suo complesso sia obbligatorio. Eluso dalla teoria secondo la quale la cogenza della norma dipenderebbe dalla sua capacità “di suggestionare”, di esercitare una “pressione psicologica” sulla popolazione; in quanto resterebbe sempre da dimostrare perché si subisca tale condizionamento psicologico. Eluso infine dalla teoria secondo la quale

l’obbligatorietà della norma troverebbe la sua ragione in un motivo ideologico. In tal caso, fermo restando che l’argomento varrebbe soltanto per chi condivide l’ideologia sottesa alla scelta normativa, resterebbe comunque da giustificare l’ideologia stessa. Usando, sia pure in maniera traslata, il linguaggio freudiano, si potrebbe dire che queste teorie hanno “rimosso” il problema della giustificazione dell’obbligo giuridico, per un inconscio rifiuto di corrispondere ad una istanza profonda in esse tuttavia implicita. Sicché si tratterebbe di riportare in luce tale istanza e di darvi adeguata soddisfazione.

Così Francesco Gentile, fondatore de *L’Ircocervo*, alla cui memoria dedico queste pagine, nelle belle parole introduttive al saggio *Un oggetto misterioso: il diritto naturale*¹, con aperta allusione alle dottrine del positivismo giuridico di stampo kelseniano e del realismo giuridico scandinavo. Posto il problema in questi termini, non è strano – egli prosegue – che si prospetti come opportuno ricorrere, per la giustificazione delle norme giuridiche, alla natura dell’uomo: è l’eterno ritorno del diritto naturale di cui ci parla Rommen. Ma positivismo e realismo giuridico obiettano che in tal caso si ricade nella terza posizione, quella dell’ideologismo e per questo motivo ripudiano il giusnaturalismo. Pertanto, ci si deve chiedere *in limine* se sia fondato a propria volta il ripudio del diritto naturale da parte di queste due importanti correnti del pensiero contemporaneo.

A questo punto invito i miei lettori a fare un piccolo sforzo di fantasia, perché intendo presentare le mie riflessioni come un trittico, nello stile del pittore olandese Jan Vermeer, il famoso conterraneo di Grozio. Come ogni trittico che si rispetti, esso sarà composto da una cornice, da una tavola centrale e da due pannelli laterali. Cercherò di tracciare un percorso che permetta di mettere a confronto tra loro, in un quadro coerente, la dottrina di due tra i più significativi rappresentanti del giusnaturalismo moderno, Grozio e Pufendorf, con le critiche contenute nei saggi di due altrettanto significativi esponenti del positivismo e del realismo giuridico contemporaneo: *La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza*, di Hans Kelsen², e *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, di Karl Olivecrona³.

¹ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Nota X, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 171-172. Ringrazio la Casa editrice Wolters Kluwer-Cedam per la cortese autorizzazione a pubblicare i ritratti di Grozio e Pufendorf disegnati da mio fratello Alessandro per la copertina della traduzione italiana da me curata del libro I rispettivamente del *De jure belli ac pacis* e del *De jure naturae et gentium*.

² H. Kelsen, “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza” (1949), in Id., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1966, pp. 335-387.

³ K. Olivecrona, “Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf” (1969), in “Appendice” a Id., *La struttura dell’ordinamento giuridico*, trad. it. a cura di E. Pattaro, Etas Kompass, Milano, 1972, pp. 282-310.

2. La cornice storica: la nascita dello Stato moderno e la scoperta delle Americhe

Per capire il significato del giusnaturalismo moderno, è opportuno tenere presenti due considerazioni. La *prima* è che l'interpretazione dell'età moderna va fatta seguendo la parabola del consolidamento dell'antropocentrismo, rispetto al teocentrismo medioevale. Per comprendere il senso della modernità, è necessario vedere la concezione medioevale teocentrica come una specie di sfondo scenico, dal quale progressivamente la civiltà moderna si costruisce distaccandosi. È un costruirsi progressivo, lento, attraverso canali che non sono facilmente coglibili ad uno sguardo superficiale⁴. La *seconda* è che il costruirsi di questa visione antropocentrica a sua volta è un tipo di risposta ad una certa situazione storico-culturale, fatta di divisioni e di lacerazioni. È all'interno del frantumarsi dell'universalismo medioevale che nasce la civiltà moderna.

Sul piano giuridico questo ha due conseguenze. La *prima*: nella misura in cui lo Stato nazionale moderno vuole affermare la propria autonomia politica, deve affermare anche la propria autonomia giuridica. Questo implica un distacco progressivo dal diritto romano come *ius commune*. Se il diritto romano serviva nel medioevo all'Impero, come strumento unificante, così ora, nella misura in cui un nuovo Stato vuole staccarsi dall'Impero, deve abbandonare il diritto romano, per sostituirvi i singoli diritti nazionali. Questo ha immediati riflessi sulla metodologia giuridica, che tende a studiare il diritto romano come puro oggetto storico⁵.

C'è poi una *seconda* conseguenza di più ampia portata: la costituzione di comunità politiche poste tutte sullo stesso piano giuridico, che affermano ciascuna la propria sovranità, e disconoscono l'esistenza di un Impero ad esse sovraordinato, suscita una serie di problemi di diritto internazionale. Non ci potranno più essere controversie giuridiche risolte dalla volontà dell'Imperatore, perché l'Impero ha perso la sua estensione universale, ed è diventato uno Stato come gli altri Stati⁶.

A ciò si aggiunga che i problemi di diritto internazionale sono sollecitati anche da situazioni prima sconosciute, come la scoperta di nuovi continenti. Le scoperte che avvengono alla fine del XV secolo aprono l'orizzonte culturale dell'Europa. Nell'Europa medioevale, dal punto di vista antropologico, esistevano due grandi categorie, i cristiani e i non cristiani: o chi aveva abbracciato la religione di Cristo, o chi la combatteva (in particolar modo possiamo pensare ai Maomettani).

⁴ Ho sviluppato questo tema nel mio *Dal cosmocentrismo classico all'antropocentrismo moderno. Appunti di antropologia filosofica*, Edizioni del Rezzara, Vicenza, 1985.

⁵ V. sul tema P. Grossi, "Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)", in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, XXV (1996), pp. 267-284; v. pure G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

⁶ Per un quadro generale, v. E. Reibstein, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, vol. I, Karl Alber, München-Freiburg 1958; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1982.

Ma si trattava sempre di due categorie che trovavano il loro punto di incontro e scontro nell'accettazione o nel ripudio del cristianesimo.

La scoperta delle Americhe pone improvvisamente, di fronte alla cultura europea, una terza categoria di persone che, pur avendo analoghe caratteristiche somatiche, non hanno né abbracciato né negato il cristianesimo, ma semplicemente non l'hanno conosciuto: sono i c.d. *Indi*.

Si apre una nuova serie di problemi: è lecito fare la guerra a questi popoli che non hanno attaccato l'Europa? È lecita la colonizzazione? Sono leciti gli scambi internazionali? Si rompe l'universo medioevale sia perché l'Impero decade, sia perché si allargano i suoi orizzonti a dismisura⁷.

Inoltre, viene a cadere l'unità religiosa. La presenza del Papa non era simbolo solo di unità spirituale, ma talvolta anche di possibile unità politica; famosa, ad esempio, è la controversia scoppiata tra Portogallo e Spagna, all'epoca della scoperta delle Americhe, sulla divisione dell'Oceano Atlantico; la mediazione venne fatta dal Pontefice.

Come forza internazionale, alla fine del '400, troviamo il Papa, ma sono gli ultimi atti di un universalismo che sta tramontando. Il '500 segna la spaccatura sul piano religioso, perché accanto allo scisma di Enrico VIII, scoppiano le due grandi rivoluzioni protestanti di Lutero prima e di Calvino poi, che rendono la carta religiosa d'Europa estremamente variegata. Spagna e Italia trovano motivo di forza nella fedeltà al cattolicesimo; la Germania è profondamente divisa; anche la Francia è divisa tra fedeltà alla Chiesa cattolica da un lato e adesione al calvinismo dall'altro. L'età moderna nasce, a tutti i livelli, come età di divisione.

Dal punto di vista giuridico-politico la religione cattolica, calvinista e luterana non sono solo il segno di una frattura europea, ma rappresentano ideologie che trasformano il clima culturale, e quindi in modo decisivo influiscono sul pensiero moderno⁸.

3. La tavola centrale: la dottrina pura del diritto e il realismo giuridico scandinavo

La figura di Hans Kelsen⁹, dal punto di vista rigorosamente filosofico, non è facilmente inquadrabile; la difficoltà non sta tanto in eventuali oscurità del suo pensiero, quanto piuttosto nel fatto che Kelsen più che un vero filosofo del diritto

⁷ V. sul tema J. Brufau Prats, *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del nuevo mundo*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1989; A.-E. Pérez-Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992.

⁸ Cfr. il mio *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 127 ss.

⁹ Per la vasta bibliografia di e su Hans Kelsen (Praga, 1881-Berkeley [CA], 1973), v. M.G. Losano, “Bibliografia”, in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1966, pp. LXI-XCI; R. Walter, *Hans Kelsen. Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Manz, Wien, 1985, pp. 27-97.

fu un giurista estremamente lucido che tratteggiò una teoria generale del diritto facendo riferimento a molteplici (e non sempre omogenei) presupposti filosofici (soprattutto al neo-kantismo della *Scuola di Marburgo* e al neo-positivismo del *Circolo di Vienna*). La sua produzione scientifica è assai vasta. Tuttavia, tra le sue opere, spicca indubbiamente la *Reine Rechtslehre* della quale esistono due edizioni: la prima, comparsa a Vienna nel 1934, la seconda, pure a Vienna, nel 1960¹⁰. Ma se il titolo è lo stesso, il contenuto è alquanto variato; soprattutto è importante osservare che tra la prima e la seconda stesura si situa quell'esperienza che incise profondamente sul giurista praghese. Quando infatti Kelsen, professore all'Università di Colonia, dopo l'avvento del nazismo, decise di andare ad insegnare prima a Ginevra e poi negli Stati Uniti, in un clima culturale profondamente diverso da quello viennese, un clima segnato dal pragmatismo e inserito in un sistema giuridico "aperto" di *common law*, le nuove idee si mischiarono alle idee contenute nella *Reine Rechtslehre*, espressione di una dottrina, invece, singolarmente in sintonia con i sistemi giuridici "chiusi", muniti di codici. Infatti, la seconda edizione, scritta dopo oltre vent'anni d'insegnamento negli Stati Uniti, è frutto di questa commistione e come tale rappresenta un'opera parzialmente diversa dalla prima. Comunque, l'idea centrale resta quella della costruzione di una dottrina pura del diritto¹¹.

L'aggettivo *puro*, che individua l'elemento essenziale intorno a cui ruota la concezione kelseniana, vuole indicare, com'è noto, una dottrina né ideologica, né empirica. Per salvaguardare la purezza della sua dottrina, il giurista praghese (riprendendo spunti già presenti nella dottrina giuspubblicistica tedesca di fine Ottocento) ritiene di dover attuare una drastica separazione rispetto a due campi che tradizionalmente il giusnaturalismo teneva congiunti: è necessario separare da un lato diritto e *natura*, dall'altro diritto e *morale*. Solo se si riescono ad operare rigorosamente queste due separazioni, si può costruire una dottrina "pura" del diritto veramente scientifica¹².

¹⁰ *La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, è la traduzione italiana della prima edizione di *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1934 (ora col titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967); *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, è invece la traduzione italiana della seconda edizione di *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960.

¹¹ In particolare, per quanto riguarda lo sfondo metodologico del nostro tema, v.: A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, ESI, Napoli, 1987; G. Winkler, *Teoria del diritto e dottrina della conoscenza: per la critica della dottrina pura del diritto*, trad. it., ESI, Napoli, 1994; B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999; nonché il mio *Il "caso serio" del diritto naturale. Il problema del fondamento ultimo del diritto nel pensiero giuridico del sec. XX*, Cedam, Padova, 2011, pp. 15-89.

¹² Cfr. il mio *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2013, p. 439 ss.

Karl Olivecrona¹³ costituisce invece, con Axel Hägerström e Vilhelm Lundstedt, uno dei maggiori esponenti del c.d. *realismo giuridico scandinavo*, cioè di quella corrente di pensiero che, nata e sviluppata in seno alla *Scuola di Uppsala*, nel comune intento di reagire all’idealismo e al soggettivismo epistemologico di C. I. Boström dominante nelle università svedesi, cercò di spiegare il fenomeno giuridico partendo da presupposti nettamente antimetafisici¹⁴. La metafisica infatti da questi teorici è respinta come un non-senso; come reale è accettato solo il mondo degli oggetti che possono essere sottoposti all’osservazione scientifica, cioè in definitiva solo il mondo dello spazio e del tempo macrofisico. Compito della filosofia è un’analisi dei concetti che serva a metterne in luce la matrice empirica, spogliandoli di ogni assurdo riferimento ad un inesistente mondo sovrasensibile. Quanto poi alle proposizioni morali (cui sono assimilabili le norme del diritto naturale), la loro funzione è non assertiva, ma prescrittiva, non di comunicare un’informazione, ma di “esercitare un’influenza”. Nelle opere di Olivecrona¹⁵ si riscontrano cioè i germi di tutta quella più ampia problematica che era stata sollevata dal positivismo logico del *Circolo di Vienna* e dalle correnti analitiche inglesi.

Il metodo scientifico può essere applicato soltanto alle idee concretamente analizzabili sul piano storico e psicologico; la scelta delle valutazioni non riguarda la scienza. Solo le idee effettive di diritti e di doveri, quali appaiono nella pratica giudiziaria e nella legislazione, possono essere quindi investigate scientificamente¹⁶.

Ora, all’interno di questa cornice teoretica, qual è la posizione generale di fondo espressa nell’opera di questi due Autori rispetto al giusnaturalismo?

¹³ Per la biografia e un’aggiornata bibliografia su Karl Olivecrona (Norrbäck, 1897-Lund, 1980), v. S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 377-393.

¹⁴ Sulle dottrine della Scuola di Uppsala, v. R.T. Sandin, “The Founding of the Uppsala School”, in *Journal of the History of Ideas*, XXIII (1962), pp. 496-512; F. Schmidt, “The Uppsala School of Legal Thinking”, in *Scandinavian Studies in Law*, XXII (1978), pp. 151-175.

¹⁵ *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano, 1967, è la traduzione italiana della prima edizione di *Law as Fact*, E. Munksgaard-H. Milford, Copenhagen-London, 1939; *La struttura dell’ordinamento giuridico*, Etas Compass, Milano, 1972, è invece la traduzione italiana della seconda edizione di *Law as Fact*, Stevens, London, 1971.

¹⁶ Cfr. K. Olivecrona, “The legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt”, in *Scandinavian Studies in Law*, III (1959), p. 136; v. pure il mio “Il problema della validità giuridica nel realismo giuridico di Karl Olivecrona”, in *Etiam si daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 179-193, che comprende rifusi due miei studi giovanili: “A proposito della validità giuridica in Olivecrona”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLV (1968), pp. 631-640; e “Il fondamento del diritto nel realismo di K. Olivecrona”, in *Aa.Vv., I fondamenti del diritto*, a cura del Centro di Studi Filosofici di Gallarate, Gregoriana, Padova, 1968, pp. 191-196.

Kelsen, nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, a proposito dell'origine del dualismo tra diritto oggettivo e soggettivo presente nella teoria generale del diritto giuspositivistica, afferma:

Questo dualismo è l'erede della teoria del diritto naturale, al cui posto è subentrata la *teoria generale del diritto*. Il dualismo del diritto naturale [...] consiste nel fatto che, al di sopra dell'ordinamento statale del diritto positivo, si suppone l'esistenza d'un ordinamento giuridico più elevato, divino, razionale o naturale, la cui funzione è stata conservatrice e legittimista almeno secondo i rappresentanti classici della teoria giusnaturalistica nei secoli XVII e XVIII. [...] Vogliamo parlare di quel [perdurante] dualismo manifestamente intrasistemico che si rivela nelle distinzioni fra diritto oggettivo e soggettivo, pubblico e privato, e in altre numerose coppie di concetti opposti fra le quali non è ultimo l'antagonismo fra lo Stato e il diritto¹⁷.

Olivecrona, dal canto suo, aggiunge nella seconda edizione di *Law as fact*:

Poiché il "positivismo giuridico" venne lanciato come l'alternativa veramente scientifica alle dottrine giusnaturalistiche "classiche" dei secoli XVII e XVIII, queste ultime costituiscono il suo sfondo immediato. Per capire il positivismo giuridico non sarà perciò necessario andare più indietro [e inoltre] non è [nemmeno] necessaria l'esposizione sistematica delle dottrine giusnaturalistiche di due secoli, allo scopo bastando uno o due esempi di teorie che ebbero seguito; penso di scegliere quelle di Grozio e di Pufendorf, perché sono tipiche del pensiero giusnaturalistico e perché la loro importanza per lo sviluppo della teoria giuridica non è stata poi superata da nessun'altra¹⁸.

Ora, se proprio non sia proprio necessario 'andare più indietro' lo vedremo fra poco. Accogliamo invece senza esitazione l'altro suggerimento del giurista scandinavo: concentrare l'attenzione sulle figure di Grozio e di Pufendorf, all'interno del rapido schizzo geopolitico sopra abbozzato, poiché "il pensiero di questi studiosi muoveva necessariamente dalla situazione politica generale prevalente ai tempi loro".

4. Primo pannello: Kelsen e il diritto naturale oggettivo

In apertura del suo saggio Kelsen dice:

¹⁷ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 77-78 (corsivo aggiunto con traduzione parzialmente modificata).

¹⁸ K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 66-67.

Grozio definisce la legge di natura come un dettame di carattere razionale con cui certi atti sono proibiti o imposti ‘dall’autore della natura, Dio’¹⁹. Egli afferma che la legge naturale derivando dalle ‘caratteristiche essenziali impresse nell’uomo può giustamente essere attribuita a Dio perché Egli ha voluto che tali caratteristiche esistano in noi’²⁰. [...] [Dal canto suo] Pufendorf afferma che se i dettami della ragione – vale a dire i principi della legge naturale – debbono avere forza di legge, si deve ‘in ogni circostanza sostenere che il precetto della legge naturale deriva da Dio’²¹. Solo così si può ammettere che il diritto dedotto dalla natura è eterno ed immutabile, al contrario del diritto positivo che, creato dall’uomo, è solo un ordinamento temporaneo e mutabile, che i diritti stabiliti dalla legge naturale sono diritti sacri, innati nell’uomo perché impressi nell’uomo dalla natura divina, e che la legge positiva non può né crearli né abolirli, ma soltanto salvaguardarli²².

Questa secondo Kelsen è l’essenza del moderno giusnaturalismo seicentesco, che sostituisce e supera dopo un lungo travaglio l’antica concezione

¹⁹ U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, I, I. *Sul pensiero di Ugo Grozio* (Delft, 1583-Rostock, 1645) v.: G. Ambrosetti, *I presupposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*, Zanichelli, Bologna, 1955; F. De Michelis, *Le origini storiche e culturali del pensiero di U. Grozio*, La Nuova Italia, Firenze, 1967; A. Droetto, *Studi groziani*, Giappichelli, Torino 1968; M. Berljak, *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1978; P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, PUF, Paris, 1983; P.C. Westerman, *The Disintegration of Natural Law Theory. Aquinas to Finnis*, Brill, Leiden-New York-Köln, 1998; Aa.Vv., *Grotius*, a cura di J. Dunn e I. Harris, 2 voll., Edward Elgar, Cheltenham 1997; Aa.Vv., *Grotius, Pufendorf and Modern Natural Law*, a cura di K. Haakonssen, Ashgate, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1999; R.M.J. van Ittersum, *Profit and Principle. H. Grotius, Natural Rights Theories and the Rise of Dutch Power in the East Indies, 1595-1615*, Brill, Leiden-Boston, 2006; Aa.Vv., *Property, Piracy and Punishment. Hugo Grotius on War and Booty in “De iure praedae”*. *Concepts and Contexts*, a cura di H. W. Blom, Brill, Leiden-Boston, 2009.

²⁰ U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, Proleg. 12.

²¹ S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, II, III, 20. Sul pensiero di Samuel Pufendorf (Dorffchemnitz, 1632-Berlino, 1694), v.: E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Mohr, Tübingen, 1963; L. Krieger, *The Politics of Discretion. Pufendorf and the Acceptance of Natural Law*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1965; H. Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, C. H. Beck, München, 1972; P. Laurent, *Pufendorf et la loi naturelle*, Vrin, Paris, 1982; F. Palladini, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990; V. Fiorillo, *Tra egoismo e socialità: il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Jovene, Napoli, 1992; D. Döring, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biographie Samuel von Pufendorfs und zu seiner Entwicklung als Historiker und theologischer Schriftsteller*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992; H. Welzel, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*, trad. it. di V. Fiorillo, Giappichelli, Torino, 1993; Aa.Vv., *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica. Atti del Convegno Internazionale* (Milano, 11-12 novembre 1994), a cura di V. Fiorillo, La Città del Sole, Napoli, 1996; M.G. Labriola, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e di Grozio. Dalla costruzione della sovranità alla teoria della resistenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003; P. Becchi, *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Aracne, Roma, 2007.

²² H. Kelsen, “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza”, cit., pp. 336-337.

animistica. Il giurista praghese pone dunque chiaramente in primo piano il problema del fondamento del *diritto naturale oggettivo* e cerca di inquadrare questo problema tanto storicamente quanto teoreticamente.

4.a. Il fondamento religioso del diritto naturale oggettivo e il problema della secolarizzazione

Sotto il profilo storico, osserviamo in primo luogo che l'interpretazione kelseniana ricorda singolarmente la *legge dei tre stadi* di Auguste Comte. La storia, com'è noto, secondo il positivista francese sarebbe passata, in modo irreversibile (cioè non ciclico), attraverso tre fasi contraddistinte da un atteggiamento dell'uomo rispetto alla realtà radicalmente diverso: a) *stadio teologico*; b) *stadio metafisico*; c) *stadio positivo*²³. In particolare, lo *stadio metafisico*, nel quale vengono collocate le dottrine giusnaturalistiche, conserva la *forma mentis* dello stadio teologico sostituendo però il punto di riferimento, che non è più il Dio religioso, ma un'entità puramente metafisica: la *Dea Ragione*. L'uomo secolarizza il dato religioso e cerca di spiegare tutta la realtà attraverso un principio filosofico. Parallelamente il diritto non è più l'espressione della volontà di un Dio religioso, ma di una volontà metafisica, la volontà dello Stato. Non a caso Comte parla di "volontà generale" con evidente richiamo al termine rousseauiano, apice del discorso giusnaturalistico²⁴.

In modo parzialmente analogo, ma non coincidente, per il giurista praghese è invece nello stadio teologico (sia pure a un livello superiore dell'evoluzione religiosa, quando l'animismo primitivo è stato sostituito dal monoteismo) che la natura viene concepita dai giusnaturalisti come opera della creazione di Dio e perciò considerata una manifestazione della Sua volontà onnipotente e giusta. Ora se la dottrina del diritto naturale vuole rimanere coerente con sé stessa, dice Kelsen, essa deve conservare il suo carattere religioso perché possono dedursi dalla natura regole di condotta giuste solo in tanto in quanto la natura sia concepita come una manifestazione della volontà divina. Dunque, il fondamento del diritto naturale oggettivo, per lo meno per Grozio e Pufendorf, sarebbe la volontà divina, non la natura o la ragione.

Rispetto a Comte la vicenda del diritto naturale moderno è dunque inclusa ancora dentro lo stadio teologico e questo perché Kelsen, a mio avviso, non coglie a dovere la rilevanza del fenomeno della secolarizzazione prodottasi nel campo della filosofia giuridica e politica in età moderna. Il termine "secolarizzazione", che originariamente designava lo spossessamento dei beni ecclesiastici operato dagli Stati moderni, a partire dai trattati di Westfalia, ha assunto oggi, com'è noto, un significato spiccatamente culturale: esso sta a significare che il pensiero moderno

²³ Sul pensiero di Comte, v. in generale Antimo Negri, *Introduzione a Comte*, Laterza, Roma-Bari, 1983.

²⁴ Cfr. il mio *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 330-333.

ha “spogliato”, per così dire, il pensiero religioso medioevale di larga parte dei suoi contenuti, trasferendoli a modelli e forme di pensare *laici* lasciando inalterata la terminologia esteriore. Questo è accaduto anche per la “legge naturale” e il “diritto naturale”. Ecco perché la secolarizzazione è una chiave di lettura particolarmente indicata per indagare il passaggio dal Medioevo all’età moderna; infatti è solo attraverso tale processo che si spiegano taluni capovolgimenti prodottisi nel profondo, ma tenendo inalterata la facciata.

Lo conferma ad esempio il fatto che il giurista praghese non prende minimamente in considerazione la circostanza che Grozio è stato a lungo considerato il “padre” della *Scuola del diritto naturale* laico. Il perché è legato in larga misura, com’è noto, all’interpretazione della frase contenuta nel Prolegomeno 11 della sua opera maggiore, il *De jure belli ac pacis*: il diritto naturale resterebbe immutato “*etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*”²⁵.

Concentrando l’attenzione su questa frase, tutta la storiografia ottocentesca, e in larga misura anche novecentesca, vedeva nel giurista olandese l’assertore del diritto naturale “laico”, valido a prescindere da qualunque supporto teologico. Ora questa interpretazione può essere considerata troppo semplicistica e riduttiva: è chiaro che una frase da sola non può far sorgere una nuova mentalità.

Tuttavia, essa coglie un aspetto reale, e precisamente che nell’opera di Grozio stavano maturando i germi della modernità, ma non tanto perché l’autore olandese abbia improvvisamente inventato la “formula” del diritto naturale laico, quanto perché, attraverso un processo assai più complesso, nelle sue opere si manifestano

²⁵ La formula groziana secondo cui il diritto naturale sussisterebbe anche nell’ipotesi dell’inesistenza di Dio appare quasi identica presso un teologo agostiniano del secolo XIV, Gregorio da Rimini; e la stessa tesi è sostenuta o menzionata da altri teologi dei secoli XV e XVI, come Gabriel Biel, Gabriel Vázquez e Francisco Suárez. Sulla vicenda dell’*etiamsi daremus* groziano, già brevemente segnalata da O. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Koebner, Breslau, 1929 (la ed., 1880), p. 74, nota 45, si sono particolarmente soffermati: G. Fassò, “U. Grozio tra medioevo ed età moderna”, in *Rivista di Filosofia*, XLI (1950), pp. 174-190 (ora, ampliato, in *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna 1964, pp. 128-166); G. Del Vecchio, “Note groziane”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXVII (1950), pp. 357-364 (ora col titolo *Per l’interpretazione del pensiero del Grozio*, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 67-77); A. Grumelli, “Prospettive moderne nel pensiero di Ugo Grozio”, in *Studia Patavina*, IV (1957), p. 143 ss.; e inoltre, J. St. Leger, *The “etiamsi daremus” of Hugo Grotius. A Study in the Origins of International Law*, Pontificia Università Gregoriana, Romae, 1962; M.B. Crowe, “The ‘Impious Hypothesis’: a Paradox in Hugo Grotius?”, in *Tijdschrift voor Filosofie*, XXXVIII (1976), pp. 379-410; J. Hervada, “The Old and the New in the Hypothesis ‘Etiamsi daremus’ of Grotius”, in *Grotiana*, n.s., IV (1983), pp. 3-20; L. Besselink, “The Impious Hypothesis revisited”, in *Grotiana*, n.s., IX (1988), pp. 3-63; P. Negro, “Un ‘topos’ in Hugo Grotius: ‘etiamsi daremus non esse Deum’”, in *Studi Filosofici*, XVIII (1995), pp. 57-80; Ead., “A Topos in Hugo Grotius: ‘Etiamsi daremus non esse Deum’”, in *Grotiana*, n.s., XIX (1998), pp. 3-23; A. Dufour, “Grotius laïcizans?”, in *Persona y Derecho*, XL (1999), pp. 147-156; v. pure il mio *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, cit.

alcuni sintomi della nascente secolarizzazione²⁶. Ma Kelsen, ripetiamo, non sembra consapevole di questo processo.

4.b. La conoscibilità del diritto naturale e il problema del razionalismo

Se ora passiamo dal problema del *fondamento* a quello della *conoscibilità* del diritto naturale Kelsen osserva che per Grozio

i principi [della legge naturale], *se soltanto vi si presta la debita attenzione*, sono in sé stessi manifesti e chiari, quasi così evidenti come ciò che si percepisce con i nostri sensi; e i sensi non sbagliano se i loro organi sono ben formati e se vi sono le altre condizioni necessarie alla percezione²⁷.

E Pufendorf, pur ammettendo che presso gli uomini vale l'aforisma *tot capita, tot sententiae*²⁸ e che ciascuno ritiene che il proprio modo di pensare sia quello migliore, afferma che alla facoltà di apprendimento e di giudizio dell'uomo inerisce una rettitudine naturale, che non ci consente di essere indotti in errore nelle questioni morali, "*se ad esse attribuiamo l'attenzione appropriata*"²⁹. E ancor più recisamente il giurista sassone prosegue:

Se non vogliamo completamente distruggere la moralità nelle azioni, dobbiamo ad ogni costo affermare che l'intelletto dell'uomo è per natura retto e che, previa sufficiente indagine, esso intende chiaramente, e quali realmente sono, le cose che gli si presentano. Inoltre, il giudizio pratico, almeno per quanto concerne i precetti generali del diritto naturale, non può essere tanto corrotto da non essere tenuto responsabile per ogni cattiva azione che venga da esso, *a causa di un insuperabile errore di ignoranza*³⁰.

Quale per Kelsen la principale conseguenza di tali affermazioni? Se teniamo presente che la moderna dottrina del diritto naturale è caratterizzata da un fondamentale dualismo tra diritto naturale e diritto positivo, per cui al di sopra dell'imperfetta legge positiva creata dall'uomo esiste nelle menti di ognuno una legge naturale perfettamente giusta e pienamente conoscibile posta dalla divinità, sorge per il giurista praghese una *prima paradossale contraddizione*.

²⁶ È questo il *fil rouge* che sostiene la mia interpretazione del pensiero groziano ne *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII*, Cedam, Padova 2014, pp. 23-139, interpretazione che attualmente tuttavia considero bisognosa di un ripensamento che tenga maggiormente conto di tutte le sfumature di quel pensiero.

²⁷ U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, Proleg. 39 (corsivo aggiunto).

²⁸ S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, II, I, 7.

²⁹ *Ivi*, I, III, 3 (corsivo aggiunto).

³⁰ *Ibidem*; cfr. Kelsen, "La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza", nota 2, pp. 342-343

Se [...] la legge positiva è valida solo in quanto corrisponde a quella naturale; se è possibile, come asserisce il giusnaturalismo, trovare le norme del diritto naturale mediante una analisi della natura; se, come taluni scrittori affermano, la legge della natura si evidenzia perfino da sé, la legge positiva è allora del tutto superflua. Di fronte all’esistenza di un giusto ordinamento della società, intelligibile nella natura, l’attività dei creatori del diritto positivo equivale ad uno stupido sforzo di fornire luce artificiale in pieno sole³¹.

Ora, se riflettiamo bene, questa conseguenza si verifica solo se del diritto naturale si accoglie una concezione razionalistica, ove per *razionalismo* non intendo genericamente ogni posizione che accentui il valore della ragione rispetto all’esperienza, così come l’empirismo accentua quello dell’esperienza rispetto alla ragione. Intendo una posizione teoretica che sta a monte di entrambe, sostenendo che la ragione è un potere dell’uomo in grado di conoscere *esaustivamente* la verità³².

Pretendere di conoscere esaustivamente, significa considerare la ragione più grande della verità: il pensiero razionalistico seicentesco pretendeva che non la *ratio* fosse misurata dalla verità, ma che misurasse essa stessa la verità. Riprendendo l’antico motto di Protagora, si potrebbe dire che l’uomo aspirava nuovamente ad essere “misura di tutte le cose”.

Inoltre, il razionalismo seicentesco assume spesso, anche nel campo del diritto, le vesti del *matematismo*. Così Grozio:

Dichiaro [...] esplicitamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattar del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare³³.

³¹ *Ibidem*.

³² Il significato che do qui al razionalismo, è lo stesso di quello secondo me ottimamente espresso da Del Noce: “[È] nient’altro che quello a cui giunge il Laporte nelle pagine introduttive al Rationalisme de Descartes, destinate alla delucidazione di questo concetto: ‘decisiva [...] è la posizione assunta nei riguardi della religione. Il razionalista accetta la religione, purché si tratti di una religione razionale, traducendo in un linguaggio simbolico le affermazioni della ragione, o limitandosi alla coscienza stessa che noi abbiamo della ragione, in quanto principio di comunione universale tra gli uomini. Egli rifiuta ogni trascendenza. Egli si chiude nell’immanenza, perché pensa che la ragione, la nostra ragione, non si appoggia su nulla di altro, che essa non ha dunque a curarsi di alcun al di là. Egli si accomoderà, a rigore, con l’inconoscibile. Egli non tollererà mai il soprannaturale’. Ossia [...] bisogna distinguere tra la definizione vera del razionalismo, che non può venir formulata che per la sua opposizione nei riguardi del soprannaturale, e quella del razionalismo entro lo stesso razionalismo, che lo riduce a una posizione gnoseologica (concludente nel dommatismo, all’inverso dell’empirismo concludente nello scetticismo)” (A. Del Noce, *Il problema dell’ateismo. Il concetto di ateismo e la storia della filosofia come problema*, Il Mulino, Bologna, 1965², pp. XVII-XVIII).

³³ Grozio, *De jure belli ac pacis*, Proleg. 58

E Hobbes nel *Leviathan*³⁴ sostiene che il ragionamento umano, anche nel campo del diritto e della politica, procede secondo il metodo matematico, fatto di addizioni e di sottrazioni. Spinoza poi, nella sua *Ethica*, si avventura persino in una ininterrotta serie di dimostrazioni condotte *more geometrico*.

Ora l'obiezione di Kelsen può valere certamente per la visione moderna, razionalistica e matematica, del diritto naturale. Ma vale anche contro la concezione aristotelico-tomista, o in ogni caso contro ogni altra concezione non razionalistica del diritto naturale?

4.c. La natura dell'uomo e il problema della caduta

A dir vero comunque tutti, anche i giusnaturalisti, insistono sulla necessità del diritto positivo. Anzi una delle funzioni più importanti di tutte le dottrine del diritto naturale sembra essere quella di giustificare l'esistenza dello Stato competente a fornire il diritto positivo. Ma questo implica per Kelsen una *seconda contraddizione*. Da una parte infatti i giusnaturalisti affermano che la natura umana è la fonte del diritto naturale; il che implica che la natura umana è considerata fondamentalmente buona. Dall'altra parte sostengono la necessità del diritto positivo, il cui meccanismo coercitivo serve a frenare la cattiveria di questa stessa natura.

Se la massa degli uomini a causa della propria natura non regola la propria vita secondo ragione, se la maggior parte degli uomini è stupida e malvagia per natura, come si possono ricavare dalla natura dell'uomo il diritto naturale, i dettami della ragione e l'ordinamento assolutamente giusto della vita sociale? Non è dalla natura umana quale essa è realmente che Pufendorf e tutti gli altri scrittori deducono ciò che essi considerano diritto naturale; bensì dalla natura umana quale essa dovrebbe essere e come sarebbe se corrispondesse alla legge di natura. Non è questa che viene dedotta dalla natura, dalla natura reale dell'uomo, bensì è la natura dell'uomo, una sua natura ideale, che è dedotta da una legge naturale presupposta in qualche modo³⁵.

Così Pufendorf, dopo aver messo in rilievo che “il modo più adatto e diretto di apprendere la legge naturale consiste nell'accurato studio della natura, della condizione e dei desideri dell'uomo stesso”³⁶, dichiara anzitutto che, se esiste una legge naturale come *dictamen rectae rationis* desumibile da questa natura, è necessario che l'uomo “sia socievole, cioè desideroso di unirsi con altri suoi simili, e si comporti verso di loro in modo che essi, lungi dall'avere motivo di fargli del male, abbiano ragione di preservare e accrescere la sua buona sorte”³⁷.

³⁴ Hobbes, *Leviathan*, V.

³⁵ H. Kelsen, “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza”, p. 346.

³⁶ S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, II, III, 14.

³⁷ *Ivi*, II, III, 15.

Ma poi il giurista sassone, consapevole del fatto che questa non è la reale natura dell'uomo, ammette che l'uomo è “in tutti i tempi maligno, petulante e facilmente irritabile, come pure pronto e capace di far del male”. Ammette pure che “la massa degli uomini regola la propria vita non secondo ragione, ma in base all'impulso”³⁸. E, pur non attingendo il *climax* dell'*homo homini lupus* hobbesiano, conclude; “È tale invero la perversità della maggior parte degli uomini che ogni qual volta essi pensano di ricavare un bene maggiore dalla violazione anziché dall'osservanza delle leggi, prontamente le violano”³⁹.

Ma in realtà questa non è una vera contraddizione. Lo sarebbe solo se i giusnaturalisti si riferissero a un'unica immutabile natura umana. Il che non corrisponde al loro pensiero segnato dal comune ricorso alla triade ermeneutica; *stato di natura-contratto sociale-Stato politico*. Questa triade può leggersi infatti, come ho cercato di dimostrare in altra sede⁴⁰, come una secolarizzazione delle tappe dell'*historia salutis* teologica. Nei teologi medioevali la *historia salutis* veniva tradizionalmente scandita in tre momenti: *status naturae integrae*, *status naturae lapsae*, *status gratiae*, corrispondenti alla situazione felice della natura creata e integra di Adamo prima del peccato originale, allo stato infelice della natura decaduta dopo il peccato originale e prima della Redenzione, e infine alla condizione ferita, ma riammessa alla salvezza, dell'uomo dopo la Redenzione.

E lo *status naturae* dei giusnaturalisti? In Grozio, ad esempio, lo stato di natura non viene a coincidere con lo *status naturae integrae* della teologia, ma è la somma di *status naturae integrae* e *status naturae lapsae*, in forma secolarizzata. Per il giurista di Delft, gli uomini originariamente erano felici, e fra loro sussisteva la *communio primaeva bonorum*: alle origini della storia i beni erano in comune. Ma una condizione di comunione avrebbe potuto durare solo se gli uomini avessero conservato un atteggiamento di disponibilità e di amore reciproco, che storicamente non si è dato. Non essendosi verificata la continuità di questo amore reciproco, sono sorti conflitti per la distribuzione dei beni, e sulla progressiva rovina della comunione è sorta la proprietà privata come regime giuridico ordinario⁴¹.

³⁸ *Ivi*, VII, I, 2.

³⁹ *Ivi*, VII, I, 8; cfr. H. Kelsen, “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza”, pp. 344-345. Per comprendere meglio la complessità del problema, possiamo ricordare, a titolo esemplificativo, il dibattito tra F. Palladini, “‘Appetitus societatis’ in Grozio e ‘socialitas’ in Pufendorf”, in *Filosofia politica*, X (1996), p. 70, secondo cui, in tema di *socialitas*, Grozio sarebbe un ‘naturalista’, Pufendorf invece un ‘convenzionalista’, nel quale la *socialitas* rappresenterebbe un *Sollen*, e V. Fiorillo, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Jovene, Napoli, 1992, p. 37, per la quale invece “la socialità, pur rappresentando per Pufendorf la *lex naturae fundamentalis*, ... non è da interpretarsi come concetto normativo, ma, piuttosto, come denotazione di un atteggiamento antropologico, di un ethos socialmente operante, costruendosi come *Seins-* e non *Sollensbegriff*.”

⁴⁰ Ne *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII*, cit.

⁴¹ Cfr. il mio *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 172-174.

Vi è dunque una *natura buona originaria*, alla quale bisogna fare riferimento precipuo nell'elaborazione della legge e una *natura decaduta* che va disciplinata anche, se necessario, con lo strumento coercitivo del diritto. Solo la scarsa consapevolezza del problema della “caduta” dell'uomo (sia pure in chiave secolarizzata) spiega la (apparente) contraddizione sollevata da Kelsen.

4.d. Il punto di vista della scienza e il problema del *dover essere*

Non sarebbe dunque dalla natura umana quale essa è *realmente* che Grozio e Pufendorf deducono quello che essi considerano il diritto naturale oggettivo, bensì dalla natura umana quale *dovrebbe essere*. A questo punto, dopo le considerazioni storiche, è giunto il momento di affrontare le due obiezioni teoretiche fondamentali che Kelsen muove ai due autori *dal punto di vista della scienza*.

Prima obiezione. I giusnaturalisti, parlando di legge naturale sul piano *lato sensu* dell'eticità, annullano la differenza essenziale che sussiste tra le leggi con le quali le scienze empiriche descrivono il loro oggetto (la natura fisica) e quelle con le quali la scienza giuridica descrive invece il suo (il diritto). La *legge naturale del primo tipo* descrive la regola per cui due fenomeni sono in rapporto tra loro secondo il *principio di causalità*, senza l'intervento di alcun atto volontario, umano o sovrumano. La *legge naturale del secondo tipo* designa invece la regola che prescrive un determinato comportamento, il che implica l'intervento di atti volontari umani o sovrumani. Essa pone in relazione (come tutte le norme giuridiche, anche di diritto positivo) una certa condizione e la sua conseguenza non più secondo il principio di causalità, ma secondo un principio del tutto diverso, che si può definire *principio di imputazione*. Una legge naturale del primo tipo afferma che se c'è A, c'è B (ad es.: “se si riscalda l'acqua fino a 100 gradi, c'è la sua ebollizione”), mentre una legge naturale del secondo tipo dichiara che se c'è A' ci *deve essere* B' (ad es.: “se un uomo commette un omicidio, *deve essere* punito”)⁴². Siamo di fronte ancora una volta al tentativo, già enunciato nella *Reine Rechtslehre* del 1934, di distinguere in maniera “formale”, cioè nella maniera ritenuta da Kelsen scientificamente valida, il *dover essere* dall'*essere*. Lo sforzo del giurista praghese è teso a giustificare “formalmente” la irriducibilità del *dover essere* all'*essere* nel quadro di una dottrina pura del diritto⁴³.

Ma è possibile, si chiede giustamente Luigi Bagolini, determinare la differenza tra il *dover essere* normativo e l'*essere* empirico in maniera “formale”, cioè a prescindere dai rispettivi contenuti, come intende fare appunto la dottrina pura del diritto? Teniamo presente che Kelsen intende operare dal punto di vista della scienza, cioè dal punto di vista di un discorso descrittivo. Ora il punto di vista di un discorso descrittivo è quello del tempo quantitativo e obiettivato nello spazio,

⁴² Cfr. H. Kelsen, “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza”, cit., p. 337 ss.

⁴³ Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 62 ss.

e cioè del tempo newtoniano la cui nozione entra nel campo delle conoscenze scientifiche e naturalistiche. Si tratta del tempo spazializzato per il quale la posizione reale delle lancette dell’orologio è soltanto quella presente⁴⁴.

Riprendiamo il ragionamento kelseniano: se c’è A, c’è B: relazione di causalità, esprimibile col verbo *essere*. Se c’è A’, ci *deve essere* B’: relazione di imputazione, esprimibile col verbo *dover essere*. Restando sul piano “formale” del discorso voluto da Kelsen, ci troviamo di fronte rispettivamente alla successione temporale di B ad A e di B’ ad A’; tanto che si tratti dell’*essere* quanto che si tratti del *dover essere*, “formalmente” ci troviamo, in entrambi i casi, in presenza di una successione temporale obiettivata nello spazio. Di conseguenza si può rilevare che nel discorso del giurista praghese la differenza tra *essere* e *dover essere* finisce per divenire puramente verbale perché “formalmente” i due verbi, nei due rispettivi contesti in cui si trovano collocati, esprimono la medesima relazione fra un *prima* e un *dopo*: prima A e poi B, prima A’ e poi B’. Il tentativo kelseniano di operare in generale una distinzione “formale” di *essere* e di *dover essere* resta pertanto vano⁴⁵.

Nel caso poi particolare del diritto naturale, sempre volendo rimanere sul piano formale, non si capisce perché vi sarebbe una differenza fra le norme di diritto positivo, accettate da Kelsen (ad es.: “se un uomo commette un omicidio dev’essere punito con trent’anni di carcere”) e le norme di diritto naturale, ripudiate invece dal giurista praghese (ad es.: “se un uomo commette un omicidio dev’essere punito severamente”).

Seconda obiezione. La scienza si basa su *giudizi di fatto*, mentre il giusnaturalismo si basa su *giudizi di valore*. Ora il valore, secondo Kelsen, si fonda sulla relazione di un oggetto con una norma presupposta valida che lo apprezza o non lo apprezza. Il valore non è dunque immanente alla natura di un oggetto e quindi non può essere dedotto da essa. Il fatto che qualcosa è, non implica che debba essere o non essere fatto. È la legge di Hume⁴⁶.

Ciò cui qualcuno mira come ad un fine è sì chiamato valore, ma nel significato soggettivo del termine e se esso è un fine ultimo, e non un mezzo per un fine, è chiamato valore supremo. Vi è grande varietà di opinioni circa i fini ultimi o i valori supremi in senso soggettivo, e spesso un valore supremo è in conflitto con un altro, come ad esempio la libertà personale con la sicurezza sociale, il benessere del singolo individuo con il benessere dell’intera nazione, in situazioni nelle quali si può conseguire l’uno solo a spese dell’altro. Sorge allora la domanda circa quale fine sia preferibile o quale valore sia superiore e quale inferiore: qual’è invero il valore supremo?⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. L. Bagolini, “Tempo e ‘dover essere’ nell’esperienza giuridica”, in Id., *Visioni della giustizia e senso comune*, Il Mulino, Bologna 1968, p. 93.

⁴⁵ *Ivi*, p. 98.

⁴⁶ Sul tema v. l’ampio studio di G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall’essere*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁴⁷ H. Kelsen, “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza”, pp. 339.

A questa domanda secondo Kelsen si potrebbe rispondere solo emotivamente, a seconda dei sentimenti o dei desideri del soggetto che decide. Un soggetto può essere portato dalle sue emozioni a preferire la libertà personale, un altro la sicurezza sociale. Nessuna considerazione razionale potrebbe provare chi abbia ragione e chi torto. Di conseguenza vi sono nella realtà storica sistemi molto diversi sia morali che giuridici⁴⁸. In quest'ottica anche il diritto naturale sarebbe irrazionale, perché carico di contenuti valoriali. Kelsen vede una irriducibile eterogeneità fra elemento emozionale ed elemento razionale per cui sarebbe impossibile qualsiasi giustificazione razionale dell'elemento emozionale.

Ma è proprio vero che la scelta di un valore (anche supremo) esclude da sé l'elemento conoscitivo? Ancora una volta concordiamo con Bagolini quando osserva che le argomentazioni adoperate da Kelsen a questo proposito possono essere fatte valere contro la sua opinione, se è vero che per lo stesso giurista praghese la scelta di un valore supremo implica pur sempre relazioni e comparazioni di valori. I valori supremi sono spesso in relazione fra loro come mezzi a fini laddove, ad esempio, il conseguimento di un fine sia a propria volta mezzo per il conseguimento di un fine ulteriore. La scelta di un fine, per non essere folle, implica necessariamente, anche per Kelsen, che il fine sia comparato e messo in relazione con altri fini attuali o possibili. E dove c'è relazione e comparazione, anche per Kelsen, c'è razionalità⁴⁹.

5. Secondo pannello: Olivecrona e il diritto naturale soggettivo

Dice Olivecrona:

Dalla concezione dei maestri del giusnaturalismo appare che essi impiegavano la parola diritto soggettivo, *jus* in due sensi diversi: uno positivo, secondo il quale essa stava ad indicare una *facultas moralis*, facoltà morale di imporre obblighi ad un altro soggetto, ed uno negativo, che comportava che non si commettesse ingiustizia nel tutelare il *suum*, o i propri diritti soggettivi primari. Scopo del diritto soggettivo secondario era il dare sostanza a quello primario⁵⁰.

5.a. Diritto naturale primario e diritto naturale secondario

Ponendo in primo piano, a differenza di Kelsen, la nozione di *diritto naturale soggettivo*, il giurista scandinavo osserva anzitutto come sia rilevabile

⁴⁸ *Ivi*, pp. 339-341.

⁴⁹ Cfr. L. Bagolini, *Giudizi di valore e neopositivismo* (1950), ora in Appendice a *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., p. 403.

⁵⁰ K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 183.

un’anfibologia nella concezione delineata da Grozio. Bisogna parlare, nel suo pensiero, secondo Olivecrona, di due diversi diritti, uno primario e uno secondario.

Il *diritto naturale primario* è per Grozio la *facultas morulis*, cioè il potere morale di imporre agli altri un obbligo per mezzo di un comando. Questo potere deriva quasi sempre, direttamente o indirettamente, da un atto del volere, con cui il soggetto obbligato aliena una parte della sua libertà originaria, con la conseguenza che per lui diviene poi moralmente necessario comportarsi come gli viene richiesto⁵¹.

[E anche] Pufendorf spiega che il diritto soggettivo implica il potere di avanzare pretese nei confronti di una persona, con la conseguenza che essa diventa obbligata a comportarsi nella maniera richiesta: il creditore – egli afferma – ha un *imperium* sul debitore, la cui volontà è sottomessa al suo dominio, nel senso che il debitore ha l’obbligo di soddisfare alle pretese che restino nell’ambito del diritto soggettivo⁵².

Ogni *facultas moralis* deriva, direttamente o indirettamente, dalla volontà della parte obbligata, la quale ha alienato e trasferito alla controparte una porzione della sua libertà, facendo contestualmente sorgere, presso un’altra persona o un numero indeterminato di persone, un obbligo. Questa regola presenta un’unica eccezione, nel caso del diritto dei genitori di pretendere obbedienza dai propri figli, che secondo Grozio, si fonda sulla procreazione⁵³.

Tuttavia, la *moralis facultas* richiedeva per il giurista di Delft un necessario complemento, perché l’obbligo, che mediante essa si imponeva, poteva venire violato. In questa ipotesi il titolare del diritto soggettivo primario aveva, nello stato di natura, un *diritto secondario*, quello di fare uso della forza, essendo a ciò autorizzato nella misura in cui fosse stato necessario costringere il trasgressore all’adempimento del suo dovere o al risarcimento del danno arrecato.

Il diritto secondario aveva dunque un significato puramente negativo: che non commetteva ingiustizia, nello stato di natura, chi in caso di necessità perseguiva con la forza il proprio diritto primario nei confronti di un aggressore il quale aveva perso col suo comportamento la tutela che gli accordava il diritto naturale oggettivo⁵⁴.

Con la formazione storica della società il diritto di farsi giustizia era stato però trasferito allo Stato, il quale lo esercitava per mezzo della forza pubblica e dei tribunali nell’interesse dell’offeso; i singoli, tuttavia, conservavano il diritto di fare direttamente ricorso alla forza, qualora il ritardo derivante dall’adire un tribunale avesse comportato un pericolo o un danno, oppure nelle località in cui non fosse esistita una comunità, come, ad esempio, nelle isole deserte⁵⁵.

⁵¹ K. Olivecrona, *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., p. 301.

⁵² K. Olivecrona, *La struttura dell’ordinamento giuridico*, cit., p. 180.

⁵³ Cfr. *ibidem*; cfr. U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, II, V, 1.

⁵⁴ Cfr. K. Olivecrona, *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., pp. 309-310.

⁵⁵ U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, I, III, 1 e 2; cfr. K. Olivecrona, *La struttura dell’ordinamento giuridico*, cit., p. 183; Id., *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., p. 307.

5.b. L'origine storica del diritto soggettivo

Per capire meglio l'interpretazione olivecroniana su questo tema del pensiero di Grozio e Pufendorf è opportuno prendere in esame anzitutto quale fosse secondo il realismo giuridico scandinavo l'origine storica dei diritti soggettivi. Secondo i suoi maggiori esponenti, infatti, studiosi anche del diritto romano, si tratterebbe di una derivazione, sotto il profilo genetico, dagli antichi diritti sacrali.

Ad esempio, il diritto di proprietà nel diritto romano, secondo Hägerström, caposcuola di Uppsala, era un potere mistico soprasensibile inerente all'oggetto⁵⁶. Tale potere veniva creato e trasferito attraverso atti di tipo magico. Allo stesso modo un obbligo era un vincolo mistico. Il diritto romano arcaico, rappresentato dalla *Legge delle Dodici Tavole*, era un sistema di regole per l'acquisto e l'esercizio di poteri mistici. Tutti gli atti giuridici del diritto romano in età arcaica non erano altro che atti magici. L'antica cerimonia di vendita, la *mancipatio*, andrebbe letta in questo contesto: era una cerimonia rigidamente formale, nella quale la caratteristica che maggiormente colpisce, al confronto con la compravendita dei nostri giorni, è la posizione passiva del venditore e quella attiva del compratore. In presenza di cinque testimoni e di un *libripens*, il compratore prendeva l'oggetto e recitava la formula prescritta; dopo di che colpiva la bilancia con un pezzo di rame, che dava poi al venditore, e il bene era suo⁵⁷.

Lo stesso dicasi per il diritto medioevale. Era un rito magico quello col quale si faceva re, sul prato vicino ad Uppsala, l'uomo prescelto: egli veniva posto su una pietra sacra e gli uomini del diritto recitavano la loro formula, conferendogli la dignità di monarca, con il risultato che egli diveniva re. Ciò senza dubbio significava che il prescelto acquisiva poteri segreti, cosicché doveva essere obbedito fino al limite a cui essi si estendevano⁵⁸.

Una simile concezione che, secondo gli scandinavi, si sarebbe mantenuta nella struttura esteriore anche quando nel mondo medioevale venne meno la credenza nelle forze magiche, avrebbe lasciato qualche traccia sul concetto giusnaturalistico di diritto soggettivo. Grozio – abbiamo visto – concepiva il diritto soggettivo come una *facultas moralis* e Pufendorf come una *qualitas moralis* cioè come il potere (non più magico, ma) morale di una persona su di un'altra, in virtù

⁵⁶ Cfr. G. Mac Cormack, "Hägerström's Magical Interpretation of Roman Law", in *The Irish Jurist*, IV (1969), pp. 153-167; C. Faralli, *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, Giuffrè, Milano, 1982, cap. II.

⁵⁷ Cfr. il mio *Il "caso serio" del diritto naturale*, cit., p. 144, nota 24. Il problema dell'esistenza di un substrato magico nei diritti antichi è stato più volte affrontato anche dall'Olivecrona in alcuni notevoli saggi storici, di cui ricordiamo particolarmente: *The Acquisition of Possession in Roman Law*, C. W. K. Glerup & O. Harrassowitz, Lund-Leipzig, 1938, e *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischen Akt*, Lund University Yearbook, Lund, 1947.

⁵⁸ Cfr. K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 252-253.

del quale la prima poteva comandare alla seconda di tenere o non tenere un certo comportamento, con la conseguenza che diventava per questa moralmente necessario comportarsi come le veniva richiesto.

Nella formazione del concetto giusnaturalistico di diritto soggettivo concorrevano comunque, secondo Hägerström, diversi altri fattori: il carattere morale sarebbe derivato dal diritto naturale stoico, inteso come legge divina; l’idea della *potestas in sé* dalla teorizzazione medioevale della sovranità popolare, che conservava come corollario l’idea che ognuno aveva un potere su sé stesso e le proprie azioni, a patto che queste rispondessero ai principi della pacifica convivenza. Ma la concezione del singolo come detentore di un potere di obbligare e costringere altri sarebbe principalmente derivata dal diritto romano⁵⁹.

Tuttavia, questa ricostruzione “sincronica”, in riferimento a Grozio e a Pufendorf, non mi pare del tutto soddisfacente, perché manca, come in Kelsen, la consapevolezza della sottostante visione “diacronica”. Prendiamo l’esempio emblematico del diritto di proprietà. Tenendo presente il parallelismo con la dottrina teologica degli *status* (di cui abbiamo già parlato, commentando la “natura umana” secondo il giurista praghese), abbiamo visto che nello stato di natura per l’autore olandese gli uomini originariamente erano felici, e fra essi sussisteva una *communio primaeva bonorum*, i beni cioè erano tutti in comune. Ma una condizione di comunione avrebbe potuto durare solo se gli uomini avessero conservato un atteggiamento di amore reciproco, che storicamente non si è dato. Non essendosi prodotta la continuità di questo amore reciproco, sono sorti molteplici conflitti per la distribuzione dei beni, e sulla progressiva rovina della comunione è nata la proprietà privata.

Grozio, nelle sue opere teologiche, parla esplicitamente del peccato originale, ma nel *De jure belli* usa formule attenuate, l’idea del peccato originale sfuma, mentre invece questa era un’idea centrale nella tripartizione medioevale. Sfuma la causa, rimane sottolineato l’effetto, cioè la disintegrazione della *communio primaeva bonorum* ed il sorgere della proprietà come diritto soggettivo primario. La proprietà non viene indicata come la causa dei mali degli uomini (lo farà Rousseau), ma come un effetto. Se dunque lo stato di natura segna la perdita della *communio primaeva* e la caduta nella proprietà privata, se si vede il regime di proprietà come una perdita della felicità originaria, la connotazione con cui si presenta tale istituto è velatamente negativa: una sorta di “male” sociale e politico che si trova ai primordi della storia. In questo senso la proprietà privata si avvicina all’idea di peccato originale secolarizzato della storia dell’uomo⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. C. Faralli, *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, cit., p. 97.

⁶⁰ Cfr. il mio *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 172 ss.

5.c. Il fondamento giuridico: il problema della promessa

Per un'adeguata interpretazione del pensiero dei nostri due maestri del giusnaturalismo resta dunque a mio avviso imprescindibile il riferimento alla triade *stato di natura-contratto sociale-Stato politico*. Del resto, lo stesso Olivecrona ricorda che per questi due autori nello stato di natura tutti sono liberi, non vi è persona che dipenda da un'altra, non vi è uomo che abbia qualche *moralis facultas* nei confronti di un altro uomo. Con il contratto sociale e l'istituzione del potere dello Stato i membri della società perdono però la loro libertà naturale, e, autonomamente, fanno sì che divenga per loro moralmente necessario obbedire ai comandi del sovrano; da questo nasce il potere morale dello Stato di governare.

Ma non si può ancora affermare che i singoli abbiano tra loro dei poteri morali. Per creare tali poteri occorre un atto di volontà reciproco con il quale un soggetto rinuncia a parte della propria libertà ed un altro assume il corrispondente potere: il debitore promette di pagare una somma di denaro e il creditore, accettando la promessa, consegue il potere di pretendere il pagamento⁶¹.

In questo modo la *facultas moralis* di una persona nei confronti di un'altra nasce attraverso un atto di volontà dell'una accettato dall'altra. Ma la volizione interiore non è sufficiente, perché gli altri non sono in grado di averne conoscenza: per motivi pratici, è necessario che la volontà venga espressa in maniera adeguata. Ebbene, una promessa è la dichiarazione di volontà con la quale il dichiarante aliena una parte della propria libertà ad un'altra persona, ragione per cui egli perde il suo potere di decisione su determinate azioni in favore dell'altra persona, alla quale il potere si trasferisce⁶².

Il fondamento della forza vincolante della promessa ha per Grozio un primo principio di ordine generale. Nei *Prolegomeni* al *De jure belli* il giurista di Delft afferma che l'obbligo di mantenere le promesse è di diritto naturale⁶³. La promessa è vincolante perché è necessario che fra gli uomini vi sia uno strumento per obbligarsi, e non se ne può immaginare un altro che sia migliore per natura⁶⁴. Ciò dovrebbe bastare; per cui quando giunge, nel libro II al capitolo sulle promesse, l'autore olandese potrebbe semplicemente rinviare ai *Prolegomeni*⁶⁵. Invece non lo fa; egli fornisce una elaborata discettazione sulla natura della promessa, per spiegare come il promittente ne venga vincolato. Perché mai – si chiede Olivecrona – il giurista di Delft si avventura in tale intricato terreno? La sua parrebbe una preoccupazione superflua.

Grozio in realtà non dice mai al lettore perché non gli basti un generico rinvio ai principi del diritto naturale; ciononostante il perché può cogliersi dal suo

⁶¹ Cfr. K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 180-181.

⁶² Cfr. *ibidem*; v. pure K. Olivecrona, *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., p. 297 ss.

⁶³ U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, Proleg. 8.

⁶⁴ *Ivi*, Proleg. 15.

⁶⁵ *Ivi*, II, XI.

ragionamento. Egli vuole spiegare come dalla promessa possa sorgere, per il promissario, un diritto soggettivo. Il diritto naturale oggettivo dice solo che il promittente è obbligato a mantenere la promessa, ma non dice nulla sui diritti del promissario, mentre per Grozio il vero problema è spiegare come, attraverso la promessa, nasca una *facultas moralis*, come possa cioè una dichiarazione di volontà creare nella controparte un potere morale⁶⁶.

L'autore olandese spiega la creazione del diritto soggettivo in capo al promissario come un caso di trasferimento di diritti⁶⁷: la promessa non crea un diritto nuovo, bensì ne cede uno preesistente. Questa è l'essenza della dottrina groziana sulla natura della promessa. E Pufendorf concorda con lui: è da tutti riconosciuto – egli dice – che i diritti soggettivi si trasferiscono ad altri per mezzo di patti e di promesse.

Tuttavia, a questo punto riaffiora un problema da noi già segnalato a proposito del *dover essere* in Kelsen, ma non presente in Olivecrona. Il punto di vista “scientifico” di un discorso descrittivo qual è anche quello del *diritto come fatto* è il punto di vista del tempo quantitativo e obiettivato nello spazio, per il quale la posizione reale delle lancette dell'orologio è soltanto quella presente., non essendo nulla rimasto delle posizioni passate. Ciò che realmente è, è soltanto il presente; il passato e il futuro non hanno una loro specifica *positività*. Dal punto di vista del tempo spazializzato appare dunque assurdo che ciò che non è più possa vincolare il comportamento umano reale e presente. A livello di un discorso descrittivo, implicante una visione temporale macrofisica, anche il carattere obbligatorio di un diritto posto in essere da una promessa fatta in passato appare un assurdo. È assurdo che una volontà presente sia vincolata da una volontà passata e irreali.

La validità stessa del groziano *pacta sunt servanda*⁶⁸, e quindi del *dover essere* vincolante delle promesse, rappresenta una grave difficoltà. Dal punto di vista empirico e descrittivo del diritto come fatto, cioè dal punto di vista del tempo spazializzato, non si spiega il *dover essere* obbligante della volontà passata del promittente, mentre esso si può spiegare dal punto di vista (filosofico, e non scientifico, bergsonian) del tempo psicologico coscienziale che giustifica la realtà e la “interpenetrazione” di tutte e tre le forme temporali⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. K. Olivecrona, *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., p. 298.

⁶⁷ U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, II, II.

⁶⁸ *Ivi*, Proleg. 15.

⁶⁹ Cfr. L. Bagolini, “Tempo e ‘dover essere’ nell’esperienza giuridica”, cit., pp. 93-95; nonché Id., “Tempo della coscienza e tempo obiettivato dello spazio”, *ivi*, pp. 105-124 al quale rinvio per la spiegazione di sapore bergsonian fondata sulla “interpenetrazione” delle forme temporali.

5.d. Il fondamento psicologico del diritto naturale soggettivo

Rimane un dubbio. La concezione realistica del diritto soggettivo approda forse, per un'altra via, a una spiegazione di questo tipo? Apparentemente sì. Dice infatti Olivecrona:

Questa concezione [di Grozio e Pufendorf] ha un'ovvia radice psicologica. È naturale sentirsi obbligati quando si fa una promessa: si considera che, con la promessa, la propria libertà abbia subito una limitazione; si deve fare quello che si è promesso, quantomeno se l'altra parte lo richiede; si ha la sensazione di sottostare ad una necessità morale o di avere un dovere e, corrispondentemente, si guarda al promissario come se avesse su di noi una sorta di potere: chiedendo, egli rende concreto il nostro obbligo e può, d'altra parte, lasciarlo cadere, se così gli piaccia⁷⁰.

La concezione del diritto soggettivo fondato sulle promesse avanzata dai due giusnaturalisti potrebbe sembrare strana, se non assurda, agli occhi del pensiero realistico, e tuttavia non è basata sul nulla, ma ha un fondamento psicologico. Allorché si fa una promessa è naturale sentirsi vincolati e considerare pertanto limitata la propria libertà di azione; si deve agire come si è promesso, quantomeno se l'altra parte lo richieda. Si tratta della sensazione di sottostare ad una necessità morale o di avere un dovere. Nella dottrina giusnaturalistica questi sentimenti soggettivi vengono oggettivati e trasformati in entità, che appartengono ad una dimensione metafisica (pensiamo agli *entia moralia* di Pufendorf)⁷¹.

È questa allora un'affermazione della realtà del tempo psicologico coscienziale e della "interpenetrazione" delle forme temporali? Nient'affatto. La nozione di diritto soggettivo è certamente accompagnata da determinate emozioni, o sentimenti. Un sentimento di forza, di potenza sorge spontaneo in chi è convinto di possedere un diritto. "Si combatte meglio quando ci si batte per difendere i propri diritti", aveva osservato Hägerström. Infatti, si ha la sensazione di essere sorretti da un potere superiore. Tale sentimento viene per così dire oggettivato, e si finisce col ritenere che vi sia un potere reale⁷². Ma qual è il fondamento di questa sensazione psicologica?

Il diritto soggettivo è solo una traccia residuale della vecchia mentalità animistica, che non è del tutto scomparsa. Secondo Olivecrona ancor oggi la nozione di diritto soggettivo conserva sostanzialmente la stessa origine magica. Naturalmente è stata depurata dalle formule magiche in senso stretto. Ma noi continuiamo a parlare dei diritti soggettivi come di poteri e vincoli che vengono creati e trasferiti per mezzo di contratti e di altri fatti concludenti. Tali poteri e

⁷⁰ K. Olivecrona, *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., pp. 301-302.

⁷¹ Cfr. K. Olivecrona, *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, cit., pp. 303-304.

⁷² Cfr. K. Olivecrona, *Il diritto come fatto*, in *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, cit., p. 77 (questo saggio non deve essere confuso con l'omonima traduzione di Law as Fact 1).

vincoli non appartengono al mondo dei fatti. Hanno sì un riscontro in poteri effettivi e in situazioni fattuali di costrizione, ma questi sono dovuti al buon funzionamento della “macchina del diritto”⁷³. Ma i diritti soggettivi in sé non esistono; esistono solo come frutto di una proiezione su di una irreale sfera metafisica, che si libra nebulosa, per così dire, al di sopra del mondo della realtà empirica⁷⁴. Il realismo scandinavo non nega che esistano determinate pretese tutelate; nega che esista *il* diritto soggettivo, perché vede nell’uso di questa terminologia il ricorso a una nozione metafisica. E il compito che esso si è assunto è quello di espungere i residuati metafisici presenti nel linguaggio giuridico⁷⁵.

Questa spiegazione richiama ancora una volta alla mente la “legge dei tre stadi” di Comte e tende a ridurre i concetti metafisici a meri fatti psicologici. Ma mentre Kelsen voleva liberare la scienza giuridica da ogni surrettizia introduzione dell’elemento deontologico per arrivare a una dottrina *pura* del diritto, Olivecrona mira invece a disgregare criticamente lo stesso tessuto normativo del diritto per cogliere, al di là delle formule, ciò che il diritto soggettivo – secondo lui – veramente è, e cioè pura relazione di fatti psicologici a valenza sociale⁷⁶.

6. Osservazioni finali

In conclusione, una obiezione contro la legittimità del giusnaturalismo di Grozio e di Pufendorf (e non solo) viene mossa concordemente sia dal campo del positivismo che da quello del realismo giuridico. Il giusnaturalismo, si dice, è privo di oggettività. Esso cioè non ci dice quello che il diritto tanto oggettivo quanto soggettivo *realmente* è. Si tratta solo di un complesso di ideologie giuridiche meramente soggettive. La sua dottrina, più che inutile, è perniciosa per la comprensione del fenomeno giuridico, in quanto finisce col confondere ciò che il diritto *è* con ciò che il diritto *dovrebbe essere*. Solo la scienza giuridica (secondo Kelsen) o la sociologia giuridica (secondo Olivecrona) ne assicurano una conoscenza oggettiva. Di qui la sua condanna dinanzi al “tribunale della scienza”.

⁷³ Per riprendere il titolo dell’accurato libro di S. Castignone, *La macchina del diritto*, cit.

⁷⁴ Cfr. il mio *Il “caso serio” del diritto naturale*, cit., p. 146.

⁷⁵ Cfr. sul tema, per Hägerström: G. MacCormack, “Hägerström on Rights and Duties”, in *The Juridical Review*, XII (1971), pp. 59-78; per Lundstedt: S. Castignone, *La macchina del diritto: il realismo giuridico in Svezia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, cap. III; per Olivecrona: K. Marc-Wogau, “Über die Begriffe ‘bindende Kraft des Rechts’, ‘Rechtspflicht’ und ‘subjektives Recht’. Bemerkungen zu Karl Olivecronas Kritik dieser Begriffe”, in *Theoria*, VI (1940), pp. 227-237 (a questo articolo fece seguito un dibattito: K. Olivecrona, “Zum Begriff des subjektiven Rechts. Bemerkungen zu Konrad Marc-Wogaus Kritik”, *ivi*, VII [1941], pp. 46-52; K. Marc-Wogau, “Zum Begriff des subjektiven Rechts. Antwort auf die Bemerkungen Karl Olivecronas”, in *Theoria*, 1941, *ivi*, VII [1941], pp. 141-151); M. Fries, “Das subjektive Recht und der Realitätsbegriff”, *ivi*, VII (1941), pp. 135-140; C.J. Arnholm, “Olivecrona on Legal Rights. Reflections on the Conception of Rights”, in *Scandinavian Studies in Law*, VI (1962), pp. 9-31; N.K. Sundby, “Legal Rights in Scandinavian Analysis”, in *Natural Law Forum*, XIII (1968), pp. 72-107.

⁷⁶ Cfr. L. Bagolini, *Giudizi di valore e neopositivismo*, cit., p. 404 ss.

Tuttavia, per valutare bene tale critica al giusnaturalismo bisogna tener conto che in essa si sovrappongono motivi diversi a seconda che i loro autori si siano posti, nel formularla, (secondo la nota distinzione proposta da Hart) da un punto di vista interno o da un punto di vista esterno all'ordinamento⁷⁷.

Per quanto concerne la critica rivolta dal *punto di vista interno* all'ordinamento tipica del positivismo giuridico (verso cui indubbiamente sospinge il pensiero di Kelsen che dichiara programmaticamente di voler costruire una "teoria del diritto positivo")⁷⁸, bisogna osservare che la scienza giuridica, volendosi identificare con la dogmatica giuridica, finisce per assegnarsi un compito profondamente conservatore procedendo, nella sua opera di teorizzazione e di interpretazione, all'assolutizzazione dell'ordinamento vigente, mentre il giusnaturalismo sembra invece riservarsi una perenne forza critica, ponendo sempre al di sopra di tutto il rispetto dei valori ideali. Tant'è vero che l'*ideologismo* sembra costituire l'accusa più ricorrente mossa da Kelsen contro i giusnaturalisti⁷⁹. Tale accusa può però essere facilmente ribaltata, poiché non vi è nulla di più ideologicamente condizionato quanto l'assolutizzazione della dogmatica. Nella sua veste di dogmatico, infatti, il giurista accoglie incondizionatamente l'ideologia di qualunque forza storica (i "padri della costituzione" di cui parla Kelsen) che si sia impadronita del potere legislativo, facendone il presupposto basilare della rigosità del proprio lavoro⁸⁰.

Tuttavia, il giurista praghese, a ben guardare, pur sospingendo verso il positivismo giuridico, si è messo da parte sua intenzionalmente a considerare il *dover essere* giuridico nella sua esterna oggettività, cioè da quel punto di vista formale esterno all'ordinamento attraverso il quale, come abbiamo visto sopra⁸¹, non è possibile cogliere la distinzione fra *essere* e *dover essere*. E anche Olivecrona, come Kelsen, si è posto nel suo realismo sul piano di un discorso puramente descrittivo, implicante quindi una visione del tempo spazializzato, per la quale risulta inconcepibile la *forza vincolante* del *dover essere* normativo, in quanto il

⁷⁷ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, p. 121 ss. Riprendo qui, applicandole al giusnaturalismo, le profonde riflessioni di Enrico Opocher sul rapporto tra scienza e filosofia del diritto contenute nelle pagine introduttive delle sue *Lezioni di filosofia del diritto* (Cedam, Padova, 1993), anche se devo doverosamente segnalare che pure il mio Maestro, dal punto di vista della sua filosofia dei valori, critica in quelle stesse pagine il giusnaturalismo.

⁷⁸ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47.

⁷⁹ Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 5 ss.

⁸⁰ È questa la nota critica di G. Capograssi, "Impressioni su Kelsen tradotto", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, II (1952), pp. 767-810 (ora in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 311-356; qui p. 322); ad essa ha replicato N. Bobbio, "La teoria pura del diritto e i suoi critici", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, VIII (1954), pp. 356-377 (ora in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 75-107), il quale ha sostenuto che la tesi del Capograssi sarebbe inficiata "dallo stesso errore su cui hanno impiantato la loro critica i giusnaturalismi: sulla confusione tra criterio di validità e criterio di giustificazione del diritto". Per i motivi sopra esposti propendo per la tesi di Capograssi.

⁸¹ Cfr. L. Bagolini, "Tempo e 'dover essere' nell'esperienza giuridica", cit., p. 100 ss.

contenuto di questo presuppone un passato che non c'è più. Il *dover essere* delle norme di condotta si dissolve così nella pressione psicologica esercitata sulle azioni concrete, attuali e presenti degli uomini che agiscono, nel momento in cui agiscono: *Law as fact*, come recita il titolo dell'opera più famosa del giurista scandinavo⁸².

Più importante dunque a questo punto appare l'approfondimento della critica rivolta al diritto naturale dai nostri due autori ponendosi da un *punto di vista esterno*. E questo indipendentemente dal fatto che essi considerano rispettivamente il proprio oggetto l'uno da un punto di vista *logico-formale* (Kelsen), l'altro da un punto di vista *storico-sociologico* (Olivecrona). In entrambi i casi, infatti, la scienza giuridica si pone indiscutibilmente come scienza nel senso più rigoroso del termine ed i suoi rapporti con il giusnaturalismo fanno emergere il più ampio problema del rapporto tra scienza e filosofia del diritto.

La critica dei nostri due autori appare infatti strettamente collegata a un comune *presupposto scientifico*, vale a dire ad un atteggiamento che, particolarmente nelle epoche di grande progresso scientifico-tecnologico e di offuscamento della vita della coscienza, come quello attuale, inducono lo scienziato a vedere nella scienza l'unica possibile fonte di conoscenza e a negare, di conseguenza, la legittimità a ogni forma di sapere che non si riduca ai canoni della ricerca scientifica⁸³. Ma è un presupposto, come ognuno sa, del tutto insostenibile. E che sia insostenibile lo dimostra il fatto che l'atteggiamento scientifico non appena si trasforma in scientismo, pretendendo cioè di affermare la propria esclusiva validità, perde il proprio carattere di rigorosa oggettività, e diviene un punto di vista squisitamente filosofico, per non dire ideologico. Nel momento stesso, dunque, in cui Kelsen o Olivecrona condannano il giusnaturalismo dinanzi al “tribunale della scienza” per la sua mancanza di scientificità (e contestualmente disconoscendone l'essenziale natura filosofica), assumono essi stessi un atteggiamento tutt'altro che scientifico e testimoniano, nonostante i loro sforzi, i limiti della conoscenza scientifica nel campo del diritto⁸⁴.

Come ho iniziato, così concludo ancora una volta con le parole di Francesco Gentile:

E se dunque sarebbe pura fantasia o, come direbbe Benedetto Croce, prenderemmo ‘un ircucervo’ se pensassimo di dedurre meccanicamente [o ‘scientificamente’] le norme positive da un presunto diritto naturale, solo per una ottusità preconcepita ci precluderemmo d'intendere come il riconoscimento della natura dell'uomo con tutto quanto le è proprio, a cominciare dalla regolarità del comportamento, costituisca il fondamento dell'obbligo derivante da ogni singola norma⁸⁵.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 7 ss.

⁸⁴ *Ivi*, p. 9 ss.

⁸⁵ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Nota X, cit., p. 186.

Voler portare il diritto naturale “dinanzi al tribunale della scienza” significherebbe, in definitiva, prendere non già un *filosofico*, bensì uno *scientifico* “ircocervo”.