

Riflessioni sulla scienza giuridica. Dal *more geometrico* alla *Geometrie der totalen Rechtserscheinung*



Marco Cossutta
Università degli Studi
di Trieste
cossumar@units.it

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il presente contributo affronta il tema della fondazione di una scienza giuridica sul modello delle scienze fisico-matematiche. La geometria legale compare e si struttura all'interno del giusnaturalismo moderno al fine di rispondere alle richieste di certezza e sicurezza sociale attraverso una semplificazione del complesso fenomeno giuridico e politico e riverbera i suoi effetti almeno sino al Novecento inoltrato. L'assunzione ipotetica di rappresentazioni della realtà fa sì che le stesse non possono che venire sorrette, in ultima analisi, dal dispiegamento di forza dando così fondamento all'equazione diritto-potere.

PAROLE CHIAVE

Geometria legale, Dottrina pura del diritto, Hobbes, Kelsen

1. Alle origini della geometria legale

Non appare fuori luogo iniziare queste brevi e parziali riflessioni intorno al significato ed al portato della scienza giuridica, così come si è venuta a sviluppare agli albori dell'era moderna, dando conto delle espressioni presenti nella sottotitolazione. La prima espressione (il *mos geometricus*) ritrova qui la propria origine nella cosiddetta scuola del diritto naturale o giusnaturalismo moderno¹, che ritrova per bocca

dello stesso Pufendorf in Grozio il proprio fondatore in quanto primo studioso di questioni giuridico-politiche² che ritrae il diritto quale principio razionale volto a promuovere la pace sociale (in altre parole, la pacificazione della società attraverso il controllo/contratto sociale), e ritiene che il diritto, in quanto principio razionale, valga di per se stesso indipendentemente da fondazioni teologiche, morali o politiche³. Aprendo la via ad un laicismo giuridico, da cui al notissimo *etsi Deus non daretur*, Grozio rappresenta il momento d'avvio d'un percorso, il quale, conducendosi sino a Kelsen⁴ – da cui il secondo richiamo alla geometria legale⁵ racchiuso nel sottotitolo⁶ – segna la nascita e l'affermarsi della giurisprudenza come scienza⁷.

quest'ultima opera si veda anche la ristampa curata da C. FARALLI, Roma-Bari 2000).

² Si veda però il *Defensor pacis* di Marsilio da Padova apparso nel 1324. In argomento cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1983.

³ Cfr. N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, Torino, 2009 (ma 1946-1947), E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 108, G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, cit. pp. 104-105 e P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, pp. 99-100.

⁴ Cfr. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 108.

⁵ In tema di geometria legale fondamentale la riflessione di Francesco Gentile. Cfr. *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. Seconda edizione integrata da tre codicilli*, Padova 2001 e *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli 2007. Vedi, su questo aspetto del pensiero di Gentile, F. CASA, *L'epistemologia giuridica di Francesco Gentile. La filosofia della scienza di un metafisico*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit.

⁶ La frase kelseniana è estrapolata dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze* apparsi nel 1911. Nell'edizione consultata (Tübingen, 1923) l'espressione è presente a p. 93. Cfr. la trad. it. curata da A. CARRINO, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli 1991.

⁷ Rileva Norberto Bobbio come "proponendo la riduzione della scienza del diritto a scienza dimostrativa, i giusnaturalisti sostengono per la prima volta con tanto

¹ Cfr. in tema, fra i molti, E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1983, p. 101 e G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: l'età moderna*, Bologna 1968, p. 109 (di

**Il mos
geometricus**

La base della scientia

Una scienza giuridica la quale – come fra gli altri rimarca Guido Fassò⁸ – si costituisce su un modello mutuato dall'ideale di scienza moderna orientato dal *Novum Organum Scientiarum* baconiano del 1620, per il quale *scientia propter potentiam*⁹. La base della *scientia* si colloca su un monismo metodologico forgiato sul procedere induttivo e volto, nell'intenzione degli scienziati, a distinguere radicalmente tale forma di conoscenza dalle precedenti *pseudoscienze* e base teologica o metafisica¹⁰.

Si tratta pertanto di una opera di fondazione razionale della conoscenza, alla quale di lì a poco, nel 1625, si accosterà Grozio: "dichiaro apertamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattare il diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare", così nel *De iure belli ac pacis*, *Prolegomeni* § 58.

2. Dal particolarismo al monismo giuridico

Va rilevato come l'itinerario di sviluppo della giurisprudenza come scienza risulta parallelo all'affermarsi dell'assoluto dominio dell'ente pubblico Stato nei territori (moderni) della politica e del diritto. Un ente pubblico Stato che si costituisce attraverso tre momenti: quello giuridico, ove lo Stato si rappresenta quale unica fonte del diritto; quello politico, per il quale lo Stato si impone quale unico referente del suddito/cittadino; quello sociologico, per mezzo del quale lo Stato si dota di un ap-

impeto nella secolare storia della giurisprudenza, che il compito del giurista non è quello di interpretare regole già date, che come tali non possono non risentire delle condizioni storiche in cui sono state messe, ma è quello ben più nobile di scoprire le regole universali della condotta attraverso lo studio della natura dell'uomo, non diversamente da quello che fa lo scienziato della natura che ha finalmente cessato di leggere Aristotele e si è messo a scrutare il cielo", *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio – M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979, p. 25.

⁸ G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 102.

⁹ Cfr. in tema U. PAGALLO, *Homo homini Deus. Per un'introduzione al pensiero giuridico di Francis Bacon*, Padova 1995, pp. 75-76.

¹⁰ Ivi, pp. 45 e 47.

parato amministrativo professionale¹¹. Per inciso, il primo momento, quello giuridico, porta a quella identificazione tra Stato e diritto che vedrà in Kelsen il massimo cantore novecentesco: "l'identificazione dello stato col diritto, il riconoscere che lo stato è un ordinamento giuridico, è la premessa per un'autentica scienza del diritto"¹².

Possiamo constatare come il realizzarsi di tale unità, per cui Stato eguale a diritto (il che implica una sostanziale eteronomia del fenomeno giuridico rispetto alla comunità che subisce la regolamentazione), conduca ad una indubbia semplificazione dei fatti giuridico-politici ponendo fine ad una variegata realtà caratterizzata da una pluralità di fonti, ove, come fa notare Paolo Grossi, "gli *iura propria* [...] non si pongono in antagonismo frontale al diritto comune, [...] al contrario lo presuppongono, collocandosi in posizione dialettica – ossia in relazione patente o latente – con questo immenso patrimonio che circola per ogni dove e che costituisce lo *ius*, lo *ius* per eccellenza: statuti comunali, consuetudini locali, prima legislazione principesca nelle oramai forti monarchie, diritto feudale, diritto mercantile, si affermano e vivono entro il grande respiro del *ius commune*", il tutto in un contesto informato dall'autonomia, dove però "l'entità autonoma non appare mai come qualcosa che per se sta, avulsa da tutto il resto; anzi è pensata, al contrario, come ben inserita al centro di un fitto tessuto di relazioni che la limita, la condiziona, ma che le dà concretezza, perché mai pensata come solitaria, bensì immersa nella trama dei rapporti con altre autonomie"¹³.

¹¹ Su tale questione, che in questa sede non può ritrovare approfondimento, si vedano almeno le voci di P. Schiera, *Stato moderno*, e N. MATTEUCCI, *Liberalismo*, entrambe redatte per il *Dizionario di politica* (rispettivamente pp. 1329-1333 e p. 576). Cfr. anche F. RICCOBONO, *sub voce Stato* in *Enciclopedia italiana. VII Appendice*, 2007.

¹² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di M. LOSANO, Torino 1975, p. 351. Si veda anche *ibidem*, p. 318 ove si afferma che "in quanto organizzazione politica, lo stato è un ordinamento giuridico [...] relativamente accentrato".

¹³ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari 1995, le citazioni sono tratte rispettivamente da p. 226 e p. 48.

Lo Stato come unica fonte del diritto

La certezza del diritto

Un mondo in vero complesso e fin'anco esecrato dalla nostra prospettiva di pensiero geometrico¹⁴ in quanto foriero di *incertezza* (quella incertezza contro la quale nel Diciottesimo secolo si scaglierà sia l'illuminismo lombardo con Beccaria, che quello partenopeo con Filangieri)¹⁵.

Pare in definitiva che proprio la certezza del diritto e con il suo affermarsi la fine dell'*arcana imperii* e dello sguazzar fra le grida degli Azzecagarbugli, sia uno, forse il più importante, esito d'un incedere geometrico delle attività giurisprudenziali, un moto che non avrebbe mai potuto svilupparsi se il diritto non si fosse accostato alla scienza.

Ma in ogni caso è bene procedere con ordine partendo proprio dall'idea di scienza che ha ispirato la geometria legale.

3. Sui fondamenti della scienza moderna

Va preliminarmente riconosciuto come la scienza, in quanto forma di conoscenza, si può definire soltanto in base ad un ideale scientifico socialmente accettato; pertanto la scienza non appare affatto un fenomeno universalmente ed unanimemente definito, ma la sua determinazione dipende dall'accettazione di un determinato ideale attraverso il quale discriminare ciò che scientifico non è da ciò che invece, per contenuto di conoscenza, per metodo di acquisizione, per metodologie valutative e via discorrendo, appartiene a pieno titolo al mondo scientifico¹⁶. In questo senso, l'ideale di scienza affermatosi in un

¹⁴ Si può ravvisare in questo mondo una "mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme delle leggi vigenti in una data sfera spaziotemporale, individuata in seguito ad un giudizio di valore secondo il quale in quella sfera ci dovrebbe essere, o ci si aspetterebbe ci fosse, unità e coerenza di leggi", così G. TARELLO, *La ideologia della codificazione: dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Genova 1969.

¹⁵ Nel 1951, in un saggio apparso sul primo fascicolo della "Rivista internazionale di filosofia del diritto" intitolato *La certezza del diritto è un mito?*, Norberto Bobbio definiva la stessa come "un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto".

¹⁶ Vedi per tutti P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, cit., pp. IX-XXI.

contesto sociale non appare tanto una necessità della ragione umana, quanto un fatto storico¹⁷.

Dalla rivoluzione antropocentrica operata dall'umanesimo rinascimentale scaturisce e si afferma, anche grazie al Bacone della scienza attiva ed operativa, un'idea di progresso inteso quale acquisizione da parte dell'umanità di un sempre maggiore benessere materiale. Il richiamo al progresso lega inscindibilmente la conoscenza all'operatività; una forma di conoscenza operativa, che necessariamente deve fondarsi sulla comprensione dei fenomeni attraverso la loro semplificazione. Pertanto attraverso l'individuazione di quelli che si ritengono essere i loro elementi primi e costitutivi per mezzo dei quali si ritiene possibile rappresentare il fenomeno stesso.

Al fine d'offrire una conoscenza *oggettiva* i fenomeni vanno rappresentati utilizzando quantità numeriche legate dalla sintassi matematica, come ben indica nel 1623 Galilei ne *Il Saggiatore (nel quale con bilancia squisita e giusta si ponderano le cose contenute nella Libbra)*: "la filosofia è scritta in questo grandissimo libro che continuamente ci sta aperto innanzi a gli occhi (io dico l'universo), ma non si può intender se prima non s'impara a intender la lingua, e conoscere i caratteri, ne' quali è scritto. Egli è scritto in lingua matematica, e i caratteri sono triangoli, cerchi ed altre figure geometriche, senza i quali mezzi è impossibile a intenderne umanamente parola; senza questi è un aggirarsi vanamente in un labirinto oscuro"¹⁸.

Pur non potendo soffermarsi su questo punto, va notato come le rappresentazioni numeriche offrono il destro alla *demostratio*, spingendo fuori dai confini della scienza e, quindi, della conoscenza oggettiva la *disputatio*; *nihil disputando, omnia demonstrado*, è il moto della *Didactica magna* pubblicata da Comenio nel 1640.

Va puntualizzato come ci troviamo di

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Citiamo da *Opere*, volume VI, Firenze, 1890-1909, p. 232.

La scienza come forma di conoscenza

fronte ad una rappresentazione *more geometrico* dei fenomeni che offre una duplice opportunità allo scienziato: per un verso presenta la possibilità di formulare delle leggi universali ritenute necessaria e volte a definire lo svolgersi dei fenomeni, per altro, attraverso queste leggi, si palesa l'opportunità di predire lo svolgimento dei fenomeni così rappresentati e studiati.

Conoscenza
convenzionale

Quindi decomposizione del fenomeno, ricostruzione e riproposizione dello stesso secondo leggi universali. In buona sostanza ci troviamo di fronte ad una conoscenza convenzionale, limitata aprioristicamente dalle ipotesi assunte per effettuare le operazioni di cui sopra, il cui fine non è il sapere in sé, ma il dominio della realtà tramite l'utilizzo di una sua rappresentazione.

In questa prospettiva, la quale, come noto, *non tenta l'essenza*, lo scienziato conosce (ed opera con) artefatti, ovvero con l'omologazione di un precipuo ed irripetibile fenomeno all'interno di una classe coperta, per così dire, da una legge universale.

Come sopra accennato la scienza ci propone una conoscenza per *quantità* e non *qualità*. Più precisamente – seguendo le indicazioni che ci promanano da Galilei, Cartesio e Hume, la conoscenza scientifica si occupa esclusivamente delle cosiddette qualità primarie dei corpi e non di quelle secondarie (fra le prime annoveriamo la figura, il movimento, la grandezza; fra le seconde i colori, gli odori, i suoni). Le prime sono determinate da strumenti d'osservazione, le seconde dai sensi dell'osservatore. Le qualità primarie in quanto misurabili sono esprimibili in quantità numeriche ed in modo indipendente dal soggetto percipiente; pertanto queste hanno un aspetto *pubblico*, in quanto fondate su *giudizi di fatto*. Viceversa le qualità secondarie di un corpo dipendono dal soggetto percipiente e variano al mutare dello stesso, hanno perciò un aspetto *privato* perché fondate su *giudizi di valore*. Le prime *uniscono*, le seconde *dividono*.

Qualità primaria
dei corpi

4. La recezione della geometria nel mondo giuridico e politico

La possibilità di potere costituire una forma di conoscenza oggettiva, la quale, sia pur attraverso lo svolgimento di ipotesi, possa dominare la realtà non può che affascinare il mondo politico e giuridico. A maggior ragione se la stessa si costituisce per messo di proposizioni che, sia pur all'interno d'un universo di discorso delimitato dalle ipotesi assunte, risultino *necessarie*, quindi razionalmente non rifiutabili in quanto *certe*.

La riflessione politica attinge pertanto a piene mani dalla prospettiva scientifica moderna; Galilei "ha a noi aperto la prima porta di tutta quanta la fisica, cioè la natura del mondo", scrive nel 1655 Hobbes nella *Lettera* dedicatoria del *De corpore*.

Anche in questo specifico campo della vita (e dello scibile umano) l'obbiettivo da raggiungere si identifica con il progresso, questa volta rappresentato attraverso l'idea di pace sociale, una pace sociale già perorata con incedere convenzionalistico secoli addietro da Marsilio da Padova¹⁹.

Dalla *Lettera* dedicatoria del *De cive*, redatta nel 1647, possiamo infatti leggere: "la vera saggezza non è altro che la scienza della verità di ogni materia [...] per raggiungerla [...] non c'è bisogno dell'impeto di un animo irrequieto e troppo pronto, ma della retta ragione, cioè della filosofica. Per mezzo di essa infatti si apre la via dalla contemplazione delle cose singole ai precetti universali". il modello di retta ragione, a cui Hobbes si ispira e quello proprio alla scienza moderna tutto compresa nella sintassi matematica. infatti, "i geometri, in verità hanno molto ben amministrato la loro provincia. infatti, tutto l'aiuto che si può trarre per la vita umana dall'osservazione delle stelle, dalla descrizione della terra [...]; tutto quello che è bello negli edifici, resistente nelle fortificazioni, prodigioso nelle macchine; tutto ciò in-

¹⁹ In argomento vedi anche E. ANCONA, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino 2004.

Geometria

somma che distingue il tempo odierno dalla barbarie antiche, è quasi per intero un beneficio della *geometria*". Pertanto si comprende la nota perorazione, ai sensi della quale "se infatti la ragione delle azioni umane fosse conosciuta con la stessa certezza con cui conosciamo la ragione delle grandezze nelle figure, l'ambizione e l'avidità, la cui potenza si sostiene sulle false opinioni del volgo circa il *diritto* e il *torto*, sarebbero disarmate, e la gente umana godrebbe di una pace tanto costante, che non sembra si dovrebbe più combattere".

All'interno di questa rappresentazione l'obbiettivo, la pace sociale, può essere raggiunto solo procedendo con quel metodo scientifico che è proprio ai *geometri*.

Si procede quindi per semplificazioni della complessità sociale e per ipotesi sulla stessa; leggiamo ancora nel *De cive*: "quanto al metodo, ho ritenuto che l'ordine dell'esposizione, per quanto chiaro, non sia da solo sufficiente, ma che si debba iniziare dalla materia dello Stato, quindi procedere alla sua generazione e forma, e alla prima origine delle giustizie. Infatti, ogni oggetto viene conosciuto nel modo migliore a partire dalle cose che lo costituiscono. Come in un orologio o in un'altra macchina un poco complessa non si può sapere quale sia la funzione di ogni parte e di ogni ruota, se non lo si scompone, e si esaminano separatamente la materia, la figura, il moto delle parti, così l'indagine sul diritto dello Stato e sui doveri dei cittadini si deve, se non certo scomporre lo Stato, considerarlo come scomposto, per intendere correttamente quale sia la natura umana".

Ciò premesso, continua Hobbes, "avendo seguito questo metodo, stabilisco in primo luogo, come principio noto a tutti per esperienza, a da tutti ammesso, che l'indole naturale degli uomini è tale che, se non vengono tratti dal timore di una potenza comune, diffidano l'uno dell'altro, e si temono a vicenda"²⁰.

²⁰ Scrive ancora Hobbes nella Lettera dedicatoria del *De cive*: "poiché gli uomini avrebbero conteso a forza il loro

Lo scopo di tale incedere è quello di matematicizzare la realtà sociale, di sottoporla a calcolo in modo tale da produrre dimostrazioni e non da proporre dispute (alla balia della false opinioni del volgo). Seguiamo il ragionamento proposto da Hobbes, che parte dalla seguente constatazione: "l'uomo è superiore a tutti gli altri animali per la facoltà che possiede, quando ha concepito una cosa qualunque, d'essere in grado di indagarne le conseguenze e gli effetti che potrebbe ricavarne. Aggiungo ora quest'altro grado della stessa superiorità, consistente nel fatto che per mezzo delle parole l'uomo è capace di ridurre le conseguenze che trova a regole generali, chiamate *teoremi* o *aforismi*, che è dunque capace di ragionare o di calcolare non solo sui numeri ma in tutti gli altri generi di cose che siano suscettibili di essere addizionate o sottratte l'una dall'altra" (*Leviathan*, I, V).

Ancora nel *Leviathan* leggiamo: "quando una persona *ragiona*, non fa altro che concepire una somma totale risultante dall'*addizione* di parti o un resto derivante dalla *sottrazione* di una somma da un'altra. [...] Come gli aritmetici insegnano l'addizione e la sottrazione con riferimento ai *numeri*, così i geometri insegnano la stessa cosa in ordine alle *linee*, alle *figure* [...]; lo stesso insegnano i logici a proposito della *successione dei termini* [...]. Gli scrittori politici addizionano i *patti* per trovare i *doveri* degli uomini e i giuristi sommano le *leggi* e i *fatti* per trovare cosa sia *giusto* e *ingiusto* nelle azioni dei singoli". Ciò non di meno "questo privilegio è

uso [dei beni messi a disposizione dalla natura all'umanità], trovai che dalla comunità delle cose doveva seguire di necessità la guerra, e da questa ogni genere di calamità: cose da cui tutti rifuggono per natura. Ho rinvenuto così due postulati certissimi della natura umana, uno del desiderio naturale, per cui ciascuno esige l'uso esclusivo delle cose comuni; e il secondo della ragione naturale, per cui ciascuno si sforza di sfuggire alla morte violenta come al sommo dei mali naturali. In base a questi principi, credo di aver dimostrato in questa mia operetta, con l'argomentazione più evidente, la necessità dei patti e di rispettare la parola data; e, a partire di qui, gli elementi della virtù morale e dei doveri civili". Sulla dimensione artificiale dell'essere umano rappresentato da Hobbes interviene, fra gli altri, D. NERI, *Teoria della scienza e forma della politica in Thomas Hobbes*, Napoli 1984, pp. 109 e 111.

Scomposizione dello Stato

Cicerone

tuttavia bilanciato da un altro: quello dell'assurdità a cui non è soggetto alcuna creatura vivente ad eccezione dell'uomo. E fra gli uomini vi sono esposti più di chiunque altro coloro che professano la filosofia. È infatti verissimo quello che Cicerone dice di loro in qualche luogo, che non ci può essere niente di tanto assurdo da non essere rintracciabile nei libri dei filosofi. E la ragione è evidente: nessuno di loro comincia il ragionamento partendo dalle definizioni o dalle spiegazioni dei moti che è in procinto di usare. Tale metodo è stato usato soltanto dalla geometria le cui conclusioni sono perciò diventate indiscutibili".

Procedendo lungo questa prospettiva di sapore geometrico, anche lo scienziato politico si ritroverà ad operare con artefatti²¹. L'artefatto che regge siffatte costruzioni è offerto dalla riduzione dell'intera esperienza giuridica all'attività legislativa dello Stato; da qui il formarsi di quella teoria legislativa del diritto che caratterizzerà il formarsi e lo svolgersi del positivismo giuridico²².

Hobbes

Se, come afferma Hobbes, nel *De cive*, XIV, 3 "vi è una grande differenza tra il diritto e la legge: la legge è un vincolo, il diritto è una libertà e i due termini sono addirittura antitetici", il baricentro dell'esperienza giuridica è tutto sbilanciato verso la legge; è il vincolo e non la libertà a primeggiare ed a caratterizzare questa rappresentazione dei fatti giuridici. Ed è il vincolo, ovvero il potere promanante dallo Stato, a determinare in modo del tutto convenzionale ciò che è legale: ancora dal

²¹ Scrive in proposito delle prime carte costituzionali sorte dalle Rivoluzioni settecentesche Paolo Grossi "grava su di esse il peccato originale del giusnaturalismo, ossia il volersi fondare su una meta/storia, su uno stato di natura che è soltanto creazione intellettuale e pertanto supremo artificio. Uno stato di natura dove non circolano uomini in carne ed ossa ma modelli di uomo uguali e perfetti come statue uscite da un medesimo stampo. Da qui, uno scenario irrealista, che rifiuta la verifica con la concretezza spesso ripugnante ma corposa della storia, quella storia che forgia e deforma gli uomini ma che è ingenuo e, comunque, falsante rimuovere", *L'Europa del diritto*, cit., p. 117.

²² Cfr. in proposito, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino 1961.

De cive, XII, I, "il giusto e l'ingiusto non esistevano prima che fosse istituita la sovranità; la loro natura dipende da ciò che è comandato; e ogni azione è di per se stessa indifferente: che sia giusta o ingiusta dipende dal diritto del sovrano. Pertanto i re legittimi, ordinando una cosa la rendono giusta per il solo fatto che la ordinano e vietandola la rendono ingiusta appunto perché la proibiscono".

Colpisce il fatto che l'unico titolare di un diritto, nel senso hobbesiano di libertà, sia proprio il sovrano, il quale liberamente, in quanto sciolto da vincoli (*legibus solutus*), impone ai sudditi la sua volontà, alla quale questi sono vincolati.

Il diritto si risolve nel potere, la legge nel vincolo ed in questo senso possiamo riprendere la definizione kelseniana: il diritto è "la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria"²³.

5. Rectius sregolatezza

La rappresentazione hobbesiana del diritto come libertà (*rectius sregolatezza*) e della legge quale vincolo evoca, sia pur indirettamente, la *vexata quaestio* intorno alla sussistenza di un diritto soggettivo accanto al diritto oggettivo. La questione, all'interno d'una prospettiva geometrico-legale, è presto risolta attraverso il richiamo di un passo kelseniano: "se un individuo è obbligato nei riguardi di un altro a tollerare un certo comportamento, il contenuto del dovere è proprio il tollerare questo comportamento. Cioè, il comportamento dell'individuo, nei cui riguardi si ha l'obbligazione, e che corrisponde al comportamento dovuto, è già determinato nel comportamento stesso che costituisce il contenuto del dovere". Questo significa che il soggetto tollerato non è titolare di alcuna *posizione di vantaggio* o *facultas*

²³ *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. Milano 1963, p. 19.

agendi, ma gli altri sono obbligati (dalle norme giuridiche di diritto oggettivo), a non ostacolare tale posizione, la quale non è in alcun modo contenuta in un diritto soggettivo, ma, all'incontrario, è descritta nel diritto oggettivo che impone un comportamento attraverso la minaccia di una sanzione. Infatti, "se si definisce come «diritto» il rapporto fra un individuo (nei cui riguardi un altro individuo è obbligato ad un certo comportamento) con quest'ultimo individuo, il diritto in questione è soltanto un riflesso di questo dovere"²⁴.

Consonanze tra Hobbes e Kelsen

Vi sono però altre consonanze tra Hobbes e Kelsen che giustificano l'implicito accostamento dei due nella sottotitolazione del presente intervento, le quali vanno ben al di là della comune propensione all'avalutatività (che caratterizzerebbe ogni approccio conoscitivo scientifico²⁵).

Anche per Kelsen, che pur utilizzando un altro lessico rispetto a quello hobbesiano, lo scopo principale della scienza giuridica è quello di elaborare "i mezzi concettuali coi quali ci si impadronisce di un determinato diritto. In quanto nei fenomeni del diritto positivo distingue un contenuto e una forma, essa scinde i concetti della forma giuridica, che si riscontrano in ogni ordinamento giuridico, da quelli del contenuto giuridico, i quali possono ricavarsi solamente dal confronto degli ordinamenti giuridici storicamente determinati e che rappresentano una tipizzazione dei contenuti giuridici"²⁶.

Formalizzazione dell'oggetto

Si attua in tal modo, anche in questo contesto, una formalizzazione dell'oggetto sottoposto a trattamento stornandolo in quanto artefatto da ogni riferimento alla sua essenza. Non a caso è lo stesso Kelsen a suggerirci come "il positivismo [...] si preclude qualsiasi speculazione giusnaturalistica, cioè qualsiasi tentativo di cono-

scere il diritto in sé"²⁷. In questa prospettiva il diritto si costituisce intorno ad un'ipotesi; Kelsen conseguentemente rileva come "la regola di diritto, inteso tale termine in senso descrittivo, è un giudizio ipotetico che collega determinate conseguenze a determinate condizioni. Questa è pure la forma logica della legge naturale. Alla stessa stregua della scienza del diritto, la scienza della natura descrive il suo oggetto in proposizioni che hanno il carattere di giudizi ipotetici. E alla pari della regola di diritto, anche la legge naturale collega fra loro due fatti, quali condizione e conseguenza. La condizione è qui la causa, e la conseguenza l'effetto"²⁸.

Ci troviamo di fronte ad una regola di diritto, al di là di tutti i distinguo ben evidenziati dallo stesso Kelsen fra un rapporto di causalità, da cui alla legge naturale, ed un rapporto di imputazione, da cui alla legge giuridica, che diventerà operativa attraverso un'ulteriore ipotesi: quella dell'esistenza della *Grundnorm*. Per il nostro, "l'ipotesi della norma fondamentale esprime semplicemente i presupposti necessari per la conoscenza giuridica. La norma fondamentale afferma meramente le condizioni nelle quali il materiale empirico può venir definito più da vicino come diritto positivo dalla scienza giuridica"²⁹.

Ci troviamo di fronte ad una norma fondamentale la cui funzione "è di dare un fondamento alla validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè di un ordinamento coercitivo statuito con atti della volontà umana ed efficace nelle sue grandi linee; la sua funzione consiste cioè nell'interpretare il senso soggettivo di questi atti come loro senso oggettivo. L'affermazione della validità di una norma positiva (statuita cioè con un atto della volontà) e prescrivente un certo compor-

²⁴ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino 1975 (ma Wien, 1960), p. 150.

²⁵ Cfr. ancora N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit.

²⁶ *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, Leipzig, 1929, (trad. it. Roma, 1932). La trad. it. è tratta da F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 148.

²⁷ *Die philosophischen Grundlegen der Naturrechtslehre un des Rechtspositivismus*, Regensburg, 1928, IV, B, e (la trad. it. è tratta da F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 151).

²⁸ *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 46.

²⁹ *Die philosophischen Grundlegen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, cit., II, E (la trad. it. è tratta da F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 154).

**Premessa
minore**

tamento ha luogo secondo lo schema di un sillogismo. In questo sillogismo, la premessa maggiore è la norma considerata come oggettivamente valida (o, meglio, l'enunciazione di tale norma) in base alla quale bisogna obbedire agli ordini di una certa persona, cioè bisogna comportarsi secondo il senso soggettivo di questo atto di imperio; la premessa minore è l'affermazione del fatto che questa persona ha ordinato che ci si comporti in un certo modo; la conclusione è, infine, l'affermazione che la norma è valida, che ci si deve comportare in questo modo". Pertanto, continua Kelsen, "la norma di cui si afferma la validità nella premessa maggiore legittima in questo modo il senso soggettivo dell'atto di imperio, di cui – nella premessa minore – si afferma l'esistenza in senso oggettivo"³⁰. È noto come la Grundnorm, "logicamente indispensabile per attribuire fondamento alla validità oggettiva delle norme giuridiche positive, può essere soltanto una norma pensata come presupposto allorché si interpreta come sistema di norme giuridiche valide un ordinamento coercitivo, efficace nelle sue grandi linee"³¹; è da questa ipotesi che si deduce con rigore logico (ed all'interno d'un sistema normativo dinamico) l'intero ordinamento attraverso *eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung*.

**Norma
fondamentale**

Una *Geometrie* che, parimenti al *more geometrico* hobbesiano, si regge sul potere, meglio sulla trasformazione del potere in diritto, perché, come si suggerisce lo stesso Kelsen, "la norma fondamentale significa [...] in certo senso, la trasformazione del potere in diritto"³²; ma è anche una geometria che *perde* il suo oggetto d'indagine identificando l'esperienza giuridica con l'attività legislativa, confondendo l'artefatto con la realtà.

³⁰ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 227.

³¹ Ivi, p. 230.

³² *Die philosophischen Grundlegen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, IV, B, c (la trad. it. è tratta da F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 156).

RIFERIMENTI

ANCONA E., *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino 2004.

BOBBIO N., *Il giusnaturalismo moderno*, Torino 2009 (ma 1946-1947).

ID., *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino 1961.

ID., *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO – M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Milano 1979.

CASA F., *L'epistemologia giuridica di Francesco Gentile. La filosofia della scienza di un metafisico*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli 2007.

FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. Volume II: l'età moderna*, Bologna 1968.

GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1983.

ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. Seconda edizione integrata da tre codicilli*, Padova 2001.

ID., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli 2007.

GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007

ID., *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari 1995.

KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze*, Tübingen, 1923 (ma 1911). Trad. it. curata da A. CARRINO, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli 1991.

ID., *Die philosophischen Grundlegen der Naturrechtslehre un des Rechtspositivismus*, Regensburg 1928.

ID., *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, Leipzig 1929.

ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. a cura di S. COTTA e G. TREVES, Milano 1963.

ID., *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di M. LOSANO, Torino 1975.

MATTEUCCI N., *sub voce Liberalismo in Dizionario di politica.*

NERI D., *Teoria della scienza e forma della politica in Thomas Hobbes, Napoli 1984.*

OPOCHER E., *Lezioni di filosofia del diritto, Padova 1983.*

PAGALLO U., *Homo homini Deus. Per un'introduzione al pensiero giuridico di Francis Bacon, Padova 1995.*

RICCOBONO F., *sub voce Stato in Enciclopedia italiana. VII Appendice.*

ROSSI P., *La nascita della scienza moderna in Europa, Roma-Bari 2000.*

SCHIERA P., *sub voce Stato moderno in Dizionario di politica.*

TARELLO G., *La ideologia della codificazione: dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica, Genova 1969.*



FILOSOFIA DEI DIRITTI UMANI PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS

Rivista fondata nel 1999

ABBONAMENTI 2018