

Massimo La Torre

NORME, ISTITUZIONI, VALORI

Per una teoria istituzionalistica del diritto

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore

Prefazione alla seconda edizione

Dopo più di vent'anni dalla prima edizione ripubblico ora una versione di questo libro riveduta e in vari luoghi corretta. Il panorama della filosofia del diritto in questi due decenni si è modificato, ma non di troppo. Esso sempre si alimenta della perenne controversia tra positivismo giuridico e giusnaturalismo, o, se si vuole, del contrasto tra una teoria che il diritto riconduce al potere ed un'altra che meno realisticamente, ma più ottimisticamente, il potere vuole subordinato al diritto. Cambiato invece, ovviamente, è l'autore, ormai entrato nell'età della vecchiaia, e segnato dal tempo trascorso, i capelli da neri son diventati bianchi, e dunque con certezze e idee mosse e rimosse secondo gli eventi e gli argomenti che il tempo ci offre instancabilmente.

Il libro che ora si ripropone è servito per l'insegnamento di filosofia del diritto ed ha afflitto gli esami di ormai più generazioni di studenti, in vari luoghi ed atenei, che mi piace ricordare, innanzitutto a Bologna, dove ritornai dopo il felice e lungo periodo trascorso da docente all'Istituto Universitario Europeo di Firenze. Il libro fu poi testo d'esame e corso di lezioni a Catanzaro, a Messina, ed a Reggio Calabria, senza interruzioni per vari anni. Ma nel frattempo è chi scrive che interrompeva un certo filo di discorso e ne iniziava altri, ed alla fine si ritrovava a disagio con pagine la cui origine rimontava agli anni Ottanta del secolo scorso, in una fase di studio molto esposta all'influenza della scuola italiana di filosofia analitica ed in particolare alla sua variante realista "scandinava", rappresentata dalle ricerche di Enrico Pattaro, allora Ordinario di Filosofia del diritto all'Università di Bologna, e di cui l'autore delle pagine che seguono fu diligente e fedele e operoso assistente nel suo ruolo di "ricercatore universitario". A contatto con quella scuola e con questa variante "realista", con l'ambiente bolognese, dovetti rivedere molte delle mie iniziali e immature posizioni giusfilosofiche, in particolare per ciò che concerneva la metodologia e la filosofia morale. Portato naturalmente e per scelta per così dire "politica" a pendere piuttosto verso il cognitivismo metaetico mi feci, per necessità di chiarezza metodologica, noncognitivistica, ma sempre moderato, mai adottando le tesi emotivistiche e prescrittivistiche, se non addirittura decisionistiche, allora dominanti nella scuola analitica italiana.

Ma col noncognitivismo non andai mai veramente a nozze, così come col giu-
spositivismo, che a questo spesso si accompagna. E così, una volta più consape-

vole e libero anche intellettualmente, ed esposto ad altri contesti di dibattito, ripresi a maturare una posizione questa volta in direzione cognitivista, senza cadere però nel cosiddetto “realismo morale” o in forme di platonismo normativo o di giusnaturalismo “esclusivo”. Ciò mi rese il libro che ora si ripubblica per certi versi distante, e dissonante rispetto alle mie nuove idee. Questa seconda edizione è allora il tentativo di ricomporre le dissonanze, e dunque di riproporre in luce diversa una teoria istituzionalistica del diritto, positivista nelle versioni originali di MacCormick e Weinberger, entrambi altresì noncognitivisti in metaetica. Si tratta cioè di rendere il neoistituzionalismo congruente con una possibile evoluzione in senso non positivista per ciò che concerne la definizione della natura del diritto, e sottendendo una metaetica ora (moderatamente) cognitivista. Dworkin è l'autore la cui lettura più mi ha sospinto verso questa mia revisione, autore il quale, pur non giocando un ruolo centrale nella stesura primigenia del mio libro, tuttavia ora in qualche modo mi serve da nume tutelare. MacCormick, Weinberger e Dworkin però ci hanno abbandonati nel frattempo; e la loro intelligenza non è più rintracciabile e godibile che sulla pagina scritta.

Spero che questa seconda edizione non sia solo il frutto della vanità di un vecchio studioso, ma possa invece rappresentare un genuino progresso cognitivo. Certo in essa c'è implicita la confessione della fallibilità che la filosofia sempre porta con sé e che però essa non può mai accettare.

Vivamente ringrazio la casa editrice Giappichelli di Torino per volere ospitare questo testo, e renderlo disponibile al lettore sotto nuova forma. E questa seconda edizione dedico ai miei studenti calabresi, dell'Università “Magna Græcia” di Catanzaro, cui sono grato per la loro frequenza alle lezioni, sia pure a distanza, e per la loro ininterrotta dedizione allo studio, specialmente in questo tempo d'isolamento e di pericolo provocato dalla pandemia che tutti ci affligge. Confido che loro vorranno perdonarmi di ulteriormente affliggerli con le mie talvolta ingarbugliate, e forse inconcludenti, riflessioni e ruminazioni.

M.L.T.

Valencia, El Saler, agosto 2021

Prefazione

Questo saggio è nato dall'esigenza di rivedere e ripresentare la teoria del diritto alla luce di un'aggiornata prospettiva istituzionalistica. Si tratta di ripercorrere le linee della tradizione teorica dell'istituzionalismo giuridico, il cui rappresentante più acuto è stato certamente Santi Romano, di individuare quanto d'essa ha resistito al tempo e agli sviluppi della più moderna teoria del diritto, e di collegare questi «resti» (a mio avviso significativi) a una nuova versione di istituzionalismo giuridico che si è andata affermando in questi ultimi anni, quella per l'appunto dei professori Ota Weinberger e Neil MacCormick. Quest'ultima forma di istituzionalismo ha ovviamente radici assai diverse da quelle che hanno alimentato l'elaborazione teorica di Romano, per non parlare di Hauriou o di Renard che già rispetto a Romano si collocavano in uno spazio più rarefatto e – oserei dire – meno innovativo. Nel caso di Weinberger il retroterra culturale è fornito dalla tradizione della Grande Vienna, e quindi dalla filosofia neopositivistica, con qualche elemento fenomenologico proveniente da Meinong, Brentano e Husserl. Nel caso di MacCormick non v'è dubbio ch'egli sia espressione della filosofia analitica anglosassone, in particolare della sua scuola oxoniense. Dietro Weinberger possono scorgersi le figure di Hans Kelsen e Franz Weyr, e del primo Wittgenstein, dietro MacCormick quelle di H.L.A. Hart e Richard M. Hare, e del secondo Wittgenstein.

La mia ricerca ha, dunque, l'ambizione di costituire una revisione della teoria istituzionalistica del diritto. La revisione consiste essenzialmente nell'introduzione nel corpo tradizionale dell'istituzionalismo giuridico di metodologie provenienti dalla filosofia analitica, in ciò giovandomi – come si è appena detto – degli studi di Neil MacCormick e di Ota Weinberger. Alla prospettiva di questi due autori aggiungo una riflessione più ampia sul rapporto tra diritto e potere politico, ulteriori considerazioni sul rapporto tra norme e istituzioni, un utilizzo più convinto e spregiudicato della nozione di «norme costitutive», e infine una specifica nozione di «istituzione». La mia revisione passa inoltre per il tentativo di rendere l'istituzionalismo riformato di MacCormick e Weinberger permeabile a strategie metaetiche moderatamente cognitive. Invero, la differenza tra «cognitivismo» e «noncognitivismo» si attenua allorché si

prende sul serio il problema della giustificazione e della razionalità dei giudizi morali. Se si abbandona la verificabilità empirica come paradigma unico della conoscenza, una posizione moderatamente noncognitivistica (come rimane quella che difendo nel libro) può facilmente riformularsi come cognitivismo prudente.

La ricerca si articola in tre parti. Nella prima affronto in termini generali la relazione tra diritto e potere, così come questa è stata sviluppata nella storia del pensiero politico e giuridico, individuando alcuni modelli idealtipici di concezione del loro rapporto. In questa parte mi preme innanzitutto fornire del diritto una visione non strumentale alla strategia politica e al potere inteso in ultima istanza (e talvolta anche in prima) come comando e violenza. Tento cioè di accennare una concezione non prescrittivistica del diritto, in contrasto ahimè con gran parte della tradizionale teoria del diritto fortemente ispirata a motivi «realisti» e intrisa di «sensibilità» – si fa per dire – autoritaria¹.

Nella seconda parte ho quindi provato a collegare due formidabili linee di investigazione teorica, quella del «vecchio» e quella del «nuovo» istituzionalismo, tenendo anche a rendere esplicite alcune loro basi filosofiche, in particolare per ciò che concerne la filosofia del linguaggio. Su questo terreno il mio obiettivo è stato quello di delineare le connessioni tra teoria del significato, teoria della norma e teoria della validità giuridica. A tal fine ho – per così dire – messo alla prova alcune delle più discusse teorie del significato, per giungere poi alla conclusione che la teoria giuridica istituzionalistica si lascia meglio «fondare» se si adotta una teoria del pari istituzionalistica del linguaggio. Il terzo capitolo è così quasi interamente dedicato allo studio di problemi della teoria del significato. Nel quarto capitolo, che è quello centrale di questa seconda parte, si analizzano le «vecchie» e «nuove» tesi dell'istituzionalismo, e si avanzano anche delle proposte, in parte discordanti con quanto sostenuto da Weinberger e MacCormick. O meglio, si cerca soprattutto di colmare una imbarazzante lacuna, la mancanza in entrambi questi autori di una definizione di «istituzione». Una volta in possesso di un tale concetto, si è cercato poi di applicarlo all'annosa questione della forza vincolante del diritto, tema anche questo abbastanza trascurato dal ceco e dallo scozzese. Infine, il quinto capitolo tenta un'applicazione della teoria istituzionalistica a un campo in cui essa si è cimentata poco: la teoria politica, ovvero l'analisi del potere politico e delle relazioni di questo col fenomeno giuridico. La mia pretesa è che la nozione di istituzione prepari il terreno per una ridefinizione del concetto di potere. Per far questo, ovviamente, bisogna prendere in considerazione un terzo elemento, oltre a diritto e potere: la «società». Mi sono rivolto pertanto a diverse teorie sociologiche, per poi compararle con l'approccio istituzionalista, in particolare con quello di Weinberger, che più ha scritto su tali temi, e che ripetutamente si è confrontato con sociologi e scienziati politici (penso, per esempio, al suo dibattito con Helmut Schelsky e alle critiche dirette contro Niklas Luhmann).

La terza parte è dedicata eminentemente a questioni di metaetica. Infatti, dopo aver collegato filosofia analitica e istituzionalismo giuridico, mi preme tentare un ulteriore raccordo: quello tra la concezione non prescrittivistica del diritto che ne risulta con una visione normativa «forte» del diritto medesimo. Confesso che un concetto empirico o meramente descrittivo del diritto mi appare, come a Kant, «(come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella, ma che, ahimè, non ha cervello»². E oltre a non avere cervello risulta del tutto inutile a chi, dal punto di vista interno (che è eminentemente quello del diritto), si trova a dover decidere su un caso concreto, oppure a proporre o a difendere una certa decisione. Sapere, per esempio, che anche la mafia è un ordinamento giuridico, o che lo sono le varie comunità religiose, in cosa ci aiuta nel momento in cui ci interroghiamo sulla giuridicità di un certo comportamento a Palermo nel 1999, ovvero quando come giudici o avvocati o semplici cittadini ci troviamo a dover decidere in un caso controverso su quale sia il comportamento corretto da tenere o «la risposta giusta»? Per risolvere i nostri dubbi, e rinvenire criteri di correttezza e di giustezza, tutti i concetti descrittivi, empirici e analitici, di questo mondo ci aiutano in fin dei conti assai poco.

Nel capitolo conclusivo del libro si è ritornati pertanto sulla *vexata quaestio* del rapporto tra diritto e morale. E le scappatoie meramente analitiche ci sono, a quel punto, precluse.

Nelle pagine che seguono ho approfondito, sviluppato e collegato tra loro temi e tesi già trattati nell'*Appendice* alla mia traduzione dell'opera di Neil McCormick e Ota Weinberger, *Il diritto come istituzione* (Giuffrè, Milano, 1990), nel libro *Linguaggio, norme, istituzioni* (European Institute University Monographs in Law, Firenze 1995) e in due «Working Papers» del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Istituto Universitario Europeo (*Diritto, potere, dominio*, Firenze 1992, e *Significato, azioni, valori*, Firenze 1995). Questi lavori vengono qui rielaborati, connessi tra loro e presentati – secondo il loro originario disegno – come parti di un'opera unitaria e sistematica.

La mia ricerca è stata resa possibile da quattro istituzioni cui sono sinceramente riconoscente. Innanzitutto devo menzionare l'Istituto Universitario Europeo, del quale sono docente dal 1991. Non vi è forse università in Europa che più si prenda a cuore il lavoro di ricerca dei suoi docenti, favorendolo e incoraggiandolo in ogni modo, e offrendogli anche un meraviglioso luogo fisico per riflettere e chinarsi poi su un tavolo a scrivere. Ho avuto, inoltre, il privilegio di profittare di una borsa concessami dalla Alexander von Humboldt Stiftung nell'estate e autunno del 1993 per studi presso l'università di Münster, e nella primavera ed estate del 1995 presso l'università di Kiel. La Alexander von Humboldt Stiftung mi ha generosamente concesso l'opportunità di «battere a tappeto» alcune biblioteche tedesche e di avere colloqui e dibattiti con vari colleghi, tra i quali mi piace ricordare i professori Werner Krawietz e Robert Alexy, con il risultato niente affatto trascurabile di avere meno certezze di prima e molte più curiosità.

Nell'ormai lontano anno accademico 1984-85 il Consiglio Nazionale delle Ricerche ebbe la bontà di concedermi una borsa per studi presso l'Istituto di filosofia del diritto dell'università di Graz. Ad allora risale il mio primo incontro col «positivismo giuridico istituzionalistico» di Ota Weinberger. La partecipazione ai seminari del professore ceco e le quotidiane discussioni con lui e con gli altri membri dell'Istituto esercitarono su di me un'influenza decisiva, provocando quasi – per così dire – una conversione sulla via di Damasco. Peter Koller, Alfred Schramm e Peter Strasser, allora assistenti di Weinberger, non condividevano gli sviluppi istituzionalistici del suo pensiero. Il loro acume e le loro vaste conoscenze filosofiche mi aprirono nondimeno orizzonti che mi erano stati fino ad allora ignoti. Inoltre, il loro scetticismo rispetto all'IRP (sigla usata da Weinberger onde abbreviare la locuzione «Institutionalistischer Rechtspositivismus») mi costrinse a cercare di capire meglio quella teoria, per potere difenderla dalle loro critiche corrosive.

Pagine e argomenti del saggio sono stati discussi con maestri, colleghi e amici. Tra i maestri voglio qui ricordare innanzitutto il professor Rodolfo De Stefano, scomparso purtroppo diversi anni fa, che mi ha avviato agli studi di filosofia del diritto, e ha corretto con severità tanti miei errori (ma quelli che restano non gli sono certo imputabili). Invero, non so se il professor De Stefano gradirebbe l'appellativo di «maestro» che qui gli attribuisco, giacché ricordo che, schermandosi contro chi si rivolgeva a lui in quella forma, commentava che ... di maestro ve n'è uno solo.

Il professor Enrico Pattaro, pur non approvando forse molto di quello che sostengo, è sempre stato largo di consigli e di incoraggiamenti; a lui devo buona parte della mia formazione metodologica e l'interesse per la filosofia analitica. Il professor Gunther Teubner nemmeno condiderà le linee essenziali del mio lavoro, ma questo è il prodotto anche delle tante discussioni avute con lui, e dei suoi seminari, tra i più vivaci a cui io abbia mai partecipato. Rispetto a Ota Weinberger e Neil MacCormick ho poi un fortissimo, incolmabile debito teorico. Talvolta, però, mi assale il dubbio di voler percorrere col veicolo da loro messo a punto strade per le quali questo non era stato pensato.

Collegli e amici sono stati da me vessati per estorcerne suggerimenti e consigli. Essi vorranno scusarmi, spero, l'ulteriore torto che arredo loro, ringraziandoli qui – per ragioni di spazio – collettivamente e anonimamente. Parti del saggio sono state presentate nei seminari da me tenuti all'Istituto Universitario Europeo, e hanno quindi usufruito delle domande di chiarimento e dei commenti critici di ricercatori dell'Istituto; a essi, anche, va un cordiale ringraziamento.

M.L.T.

Firenze, Villa Schifanoia, marzo 1999

Parte prima
Diritto, potere, dominio

1.

Due concezioni contrapposte

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il diritto come espressione del potere. «Analytical jurisprudence» e positivismo giuridico. – 3. La supremazia della legge. Giusnaturalismo, costituzionalismo, Stato di diritto. – 4. Il potere come espressione del diritto. Léon Michoud e Hugo Krabbe.

1. Premessa

V'è una connessione diretta tra diritto e politica per quanto le decisioni e azioni giuridiche costituiscano dei contributi a una pratica collettiva¹. Niente affatto pacifica però è la concettualizzazione della politica e controversa è la maniera in cui quella connessione si manifesta. Riformulato il problema della politica in quello del «potere», nel pensiero giuridico e politico emergono tradizionalmente due modi principali di intendere il rapporto tra diritto e potere. Per una prima – e più diffusa (soprattutto in epoca moderna) – concezione il diritto è espressione del potere, suo strumento ed emanazione. Per una seconda concezione, meno diffusa, il diritto è la fonte o il presupposto o il limite del potere. Questa contrapposizione è bene percepita da molti dei più avvertiti scrittori di teoria giuridica.

Hans Kelsen, per esempio, nel suo libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* esamina una serie di dottrine giuridiche secondo che esse pongano lo Stato come presupposto (*Voraussetzung*) del diritto o viceversa. Norberto Bobbio, occupandosi proprio della relazione che intercorre tra i due concetti di potere e diritto, si è espresso come segue: «Si possono distinguere le teorie generali del diritto e dello Stato in due grandi categorie secondo che affermino il primato del potere sulla norma o, viceversa, della norma sul potere»². Qui di seguito mi propongo di illustrare alcuni esempi di questi due divergenti modi di concepire il rapporto tra diritto e potere. La mia trattazione di questo tema non ha alcuna pretesa d'essere completa e nemmeno sufficiente, servendo piuttosto a introdurre argomenti e a condurre a considerazioni rilevanti per una critica della concezione prescrittivistica del diritto. Ciò che qui m'interessa non è tanto una tassonomia dei

modi di concepire la relazione tra diritto e potere quanto una premessa alla problematizzazione d'un certo modo di concepire il fenomeno giuridico.

Non si tratta di risolvere un problema simile a quello dell'uovo e della gallina (cosa precede cosa?), ma di concettualizzare una tensione sempre presente nell'esperienza giuridica: quella tra indisponibilità del diritto e strumentalizzazione di questo da parte dei detentori del potere politico, e da parte di soggetti capaci di esercitare pressioni di vario tipo, detentori di forza materiale e psicologica extragiuridica. Tutto ciò ovviamente rimanda alla struttura dell'argomentazione giuridica, e in special modo a cosa possa essere considerato un argomento giuridicamente valido. La questione, quindi, del rapporto tra diritto e potere o politica è tutt'altro che oziosa, o materia di sterili esercitazioni accademiche.

La contrapposizione sopra menzionata tra due visioni del rapporto di diritto e potere percorre tutta la storia del pensiero politico e giuridico. Nel pensiero greco classico abbiamo esempi illustri dell'una e dell'altra concezione. Il pensiero sofistico, generalmente, afferma che la legge è un mezzo del più forte per piegare il più debole. Nondimeno Platone nel *Gorgia* fa dire a Callicle che le leggi positive sono opera dei più deboli per neutralizzare la superiorità naturale dei più forti³. Pericle nei *Memorabili* di Senofonte sostiene che è legge tutto quanto il potere sovrano ha prescritto come obbligatorio: «Tutto quello [...] che chi comanda nello stato prescrive deliberando che cosa si deve fare, tutto ciò si chiama legge»⁴. Ed è assai noto il cosiddetto «argomento di Trasimaco», il quale nel primo libro della *Repubblica* di Platone fa coincidere il diritto con l'interesse del più forte⁵.

All'impostazione «realistica» dei sofisti si contrappone il pensiero stoico che invece, generalmente, sostiene il primato della legge (concepita come razionalità oggettiva) sul potere. Questa concezione si trasferisce nel pensiero politico e giuridico romano largamente influenzato dallo stoicismo. Si pensi, per esempio, all'opera di Cicerone, per il quale la legge come comando positivo è solo una nozione «popolare» o «volgare»⁶, mentre «est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna»⁷.

Aristotele, che è anch'esso come i Sofisti portatore di una concezione realistica e che quindi è lontano dal giusnaturalismo razionalistico degli Stoici, fonda il potere politico, la costituzione di un popolo, la sua *politeia*, sull'esistenza di un corpo di leggi. In un passo famoso, lo Stagirita così si pronuncia: «Dove le leggi non imperano non c'è costituzione. Bisogna, infatti, che la legge regoli tutto (in generale) e i magistrati in particolare: ecco quel che si deve ritenere una costituzione»⁸.

Nell'età di mezzo la contrapposizione si ripresenta da un lato nelle forme della dottrina tomistica per la quale la *lex aeterna* è eminentemente razionale e non volontà arbitraria, e d'altro lato nelle forme della dottrina occamista fortemente volontaristica, per la quale la legge morale potrebbe infine prescindere da criteri di razionalità e consistere nel solo comando di Dio. Occam ritiene che il male, come opposto al bene, sia grosso modo equivalente al tenere una condotta contraria rispetto a quella che si ha l'obbligo di osservare (formula questa che

sarà significativamente ripresa da Hobbes). Ovviamente, in queste due dottrine il rapporto tra diritto e potere va reinterpretato, sul piano etico e teologico, come la relazione esistente tra il giusto (il diritto in senso etico) e l'attività divina (il potere in senso teologico). Il rapporto tra potere e diritto può quindi rileggersi come la relazione che il diritto positivo intrattiene con una norma che lo trascende, alla fine dei conti con la regola morale.

Secondo san Tommaso il giusto (che è il razionale) preesiste in certo qual modo al potere divino, o meglio la volontà divina non potrebbe volere nient'altro che il giusto (razionale). Secondo Occam, invece, il giusto è il prodotto in ultima istanza dell'arbitrio divino. Le due formule conducono a due distinti esiti. Da un lato si afferma, come scrive per esempio Occam nel suo commento alle *Sentenze* di Pietro Lombardo, che se Dio prescrivesse il furto e l'omicidio gli atti denotati con quei termini cesserebbero di essere furti e omicidi «quia ista nomina significant tales actus non absolute: sed connotando vel dando intelligere, quod faciens tales actus per praeceptum divinum obligatur ad oppositum»⁹. D'altro lato Gabriele Biel, riprendendo una formula di Gregorio da Rimini, sostiene che un'azione che è giusta secondo ragione è tale anche se – per ipotesi invero assurda – Dio non esistesse, ovvero anche s'Egli quell'azione giusta non volesse: «Nam si per impossibile Deus non esset, qui est ratio divina, aut ratio illa divina esset errans, adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam, vel humanam, aut aliam aliquam, si qua esset, peccaret»¹⁰.

Per ciò che concerne la teoria giuridica in senso stretto il confronto nel Medioevo è tra una concezione che riprende il frammento di Ulpiano contenuto nel Digesto, *quod principi placuit legis habet vigorem*, e quindi la tradizione imperiale di un potere al di sopra della sua propria legge, e le teorie che interpretano l'esigenza tipicamente feudale di limitare il potere centrale. Quest'ultima linea di pensiero è particolarmente vivace in Inghilterra in forza delle particolari vicende storico-sociali di quel paese. Rudolph von Gneist, nel suo classico studio sul diritto amministrativo inglese, cita una vecchia massima dei tribunali inglesi, rivelatrice della maniera anglosassone di intendere il rapporto tra diritto e potere: «La ley est la plus haute inheritance, que le roy ad; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roy, et nul inheritance sera»¹¹. E Bracton, il grande teorico del costituzionalismo medioevale inglese, affermava: «Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem»¹².

2. Il diritto come espressione del potere. «Analytical jurisprudence» e positivismo giuridico

2.1. L'era moderna si apre con una visione truce del fenomeno giuridico: «Recht ist Gewalt», il diritto è violenza – dice il dottor Martin Lutero¹³. Nella crisi epocale della legittimità offerta dalla religione e da una visione omogenea

del cosmo all'ordine politico si moltiplicano le dottrine che spogliano il diritto di qualsivoglia relazione con idee normative e lo riducono a nuda forza materiale. Il diritto è ora prodotto del potere e non viceversa. Il potere ora si dà nella figura del "sovrano", cui spettano come proprietà essenziali l'unicità, l'indivisibilità, e l'assolutezza. Ed è quest'ultima, l'"assolutezza", che ora pare costituire il cuore del potere politico. Uno dei più autorevoli sostenitori e propagatori di quest'atteggiamento teorico è qui Thomas Hobbes. Questi riprende la visione occamista – e protestante – secondo cui il male equivale a ciò che è proibito dalla volontà di Dio, e l'applica all'etica e al diritto. Il giusto e l'ingiusto saranno per Hobbes determinati esclusivamente dai comandi o dai divieti di colui che detiene il potere supremo di una comunità.

Perciò – leggiamo nel *De cive* – fa parte del *potere supremo* produrre e rendere pubbliche delle regole, o misure comuni a tutti, con cui ciascuno possa conoscere cosa debba dire *suo* e cosa *altrui*, cosa è *giusto* e cosa *ingiusto*, cosa *onesto* e cosa *disonesto*, cosa *bene* e cosa *male*, e, insomma cosa si debba *fare*, e cosa si debba *evitare*, nella vita comune¹⁴.

Le leggi civili, che – come si è detto – determinano per Hobbes il giusto e l'ingiusto, sono concepite come comandi del potere supremo. Pertanto l'etica viene subordinata al diritto positivo e questo al potere politico. Il diritto è riconnesso alla volontà ed alla forza del sovrano, non ad una specifica ragione che il comando manifesta. D'altra parte, si ripudia una tradizione che pure aveva percorso la storia del pensiero politico e giuridico fino ad allora, quella del diritto come "relazione", come fatto fondamentalmente orizzontale, non verticale, o gerarchico. Le leggi positive allora per il filosofo inglese sono essenzialmente fatti imperativi, ordini di un superiore politico irresistibile. «Queste regole, o misure, si è soliti chiamarle *leggi civili* o *leggi dello Stato*, perché sono i *comandi* di chi nello Stato *detiene* il potere supremo. E le leggi civili (per definirle) non sono altro che i comandi di chi è investito della *potestà suprema* sullo Stato, riguardo le azioni future dei cittadini»¹⁵. La definizione data nel *Leviathan* non si discosta di molto da quella del *De cive*: «Civil Law, is to every Subject, those Rules, which the Commonwealth hath Commanded him, by Word, Writing, or other sufficient Sign of the Will, to make use of, for the Distinction of Right, and Wrong; that is to say, of what is contrary, and what is not contrary, to the Rule»¹⁶. Parimenti nel *Behemoth* leggiamo: «Ogni legge è un comando che impone di *fare*, o di *astenersi di fare*, qualcosa»¹⁷.

Questo modo di concepire il rapporto tra diritto e potere politico ha due effetti ulteriori per ciò che concerne la teoria del potere. Dire, infatti, che il diritto positivo, la *legge civile*, è il comando del detentore del potere supremo comporta affermare una concezione di tale potere come superiore alla legge che esso emana. Il diritto è comando, non promessa, atto che invece rimanderebbe ad una situazione giuridica retta dalla "relazione", e non dalla subordinazione. Chi fa diritto è

per ciò stesso “superiore”, e il diritto sancisce una situazione asimmetrica tra un superiore e un inferiore. «Superiore», in questo contesto, significa soprattutto «non vincolato». Il potere non è vincolato dalla legge che esso emana, questo è al di sopra di quella. «Lo Stato – leggiamo nel *De cive* – non è tenuto alle leggi civili. Le leggi civili, infatti, sono leggi dello Stato; e se fosse obbligato verso di esse, sarebbe obbligato verso se stesso»¹⁸. Ora, l’obbligo verso se stesso in mancanza di una sanzione che lo faccia rispettare e, dunque, del timore di un male che possa indurre a rispettarlo non ha alcuna efficacia né di conseguenza validità. «Chi detiene il potere supremo non è tenuto alle leggi civili (questo sarebbe obbligarsi verso sé stessi), né ad alcun cittadino»¹⁹. Il medesimo concetto è espresso in maniera ancora più netta nel *Leviathan*: «The Sovereign of a Commonwealth, be it an assembly, or one Man, is not subject to the Civil Lawes. For having power to make, and repeale Lawes, he may when he pleaseth, free himself from that subjection, by repealing those Lawes that trouble him, and making of new»²⁰.

Affermare il diritto come comando del sovrano politico ha un ulteriore effetto sull’idea di potere che si adotta nel porre la distinzione (e la superiorità) di questo rispetto al diritto. Il potere, in questo caso, non può che essere visto come potere di coazione, forza o violenza. Se la legge è comando, tale comando per essere obbedito non può confidare nel rispetto di un corpo di norme (che sarebbero altrettanti comandi), ma soltanto nella capacità di imporsi al suo destinatario, che è quanto dire nella forza che lo accompagna.

La dottrina hobbesiana è stata quasi universalmente adottata dal positivismo giuridico. Il legame con Hobbes è particolarmente diretto, per ragioni ovvie, in John Austin, il fondatore della «giurisprudenza analitica», versione anglosassone, utilitaristica ed empiristica, del giuspositivismo affermatosi nel continente europeo all’indomani della rivoluzione francese. Da Hobbes si arriva ad Austin passando per Blackstone, autore dei monumentali *Commentaries* alle leggi inglesi, e per Bentham, il quale, nonostante la sua estrazione illuministica e il suo radicalismo politico, sviluppa una concezione del diritto vagamente «realistica» e giuspositivistica. Blackstone, per esempio, scrive quanto segue:

La legge, nel suo significato più generale e comprensivo, significa una norma di azione [*a rule of action*] [...] Ed essa è quella norma di azione che è prescritta da qualche superiore, ed a cui l’inferiore è tenuto a obbedire [*that rule of action, which is prescribed by some superior, and which the inferior is bound to obey*]²¹.

E per Bentham la legge è «un insieme di segni i quali esprimono una volizione concepita o adottata dal sovrano in uno Stato, riguardante la condotta che deve essere osservata in un determinato caso da una determinata persona o classe di persone, le quali nel caso in questione sono, o si suppone che siano, soggette al suo potere»²².

John Austin ripropone la teoria giuridica di Hobbes in quelli che sono i suoi

caratteri essenziali. Questi possono ricondursi a quattro assunti principali: *a*) la legge positiva è un comando; *b*) comando è l'espressione di un desiderio (da realizzarsi da una persona diversa da colui che emette il comando), accompagnata dalla minaccia di un male (o sanzione) nel caso in cui il destinatario del comando non voglia piegarsi alla volontà (o desiderio) dell'emittente; *c*) la legge è il comando di un superiore politico diretto all'inferiore politico, ovvero di un ente politicamente sovrano (che non riconosce al di sopra di se stesso nessuna autorità superiore); *d*) il potere sovrano non è vincolato alle sue proprie leggi (comando), esso è *legibus solutus*.

Ciascuno di questi assunti è presente nell'opera più nota di Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). A questo proposito va ricordato che il giurista inglese distingue – come è noto – due tipi principali di leggi, quelle «propriamente dette» e quelle «impropriamente dette». Distinguendo ulteriormente le leggi in quattro categorie: 1) leggi divine, 2) leggi positive, 3) regole della morale positiva, 4) leggi in senso metaforico, Austin precisa che soltanto «le leggi divine e le leggi positive sono propriamente dette»²³, giacché solo «le leggi proprie, o propriamente dette, sono comandi»²⁴.

Per ciò che concerne la natura del comando, il suo essere espressione di volontà accompagnata dalla minaccia dell'inflizione di una sanzione, Austin afferma che «sono il potere e lo scopo di infliggere un male eventuale [...] che danno alla espressione di un desiderio il nome di comando»²⁵. Così gli elementi che accompagnano il comando sono per Austin innanzitutto il desiderio, poi la minaccia della sanzione, e infine la manifestazione del desiderio.

Le idee o nozioni comprese nel termine comando – scrive Austin – sono le seguenti. 1. Il desiderio, o brama, concepito da un essere razionale, che un altro essere razionale agisca o subisca. 2. Un male proveniente dal primo diretto al secondo, nel caso che il secondo non soddisfi il desiderio. 3. La manifestazione o l'espressione del desiderio mediante parole o segni²⁶.

Ma non basta il comando perché ci sia la legge; il comando deve provenire dal potere sovrano di una comunità politica indipendente. In senso generale, Austin rileva che già il concetto di comando rimanda a un rapporto di un superiore verso un inferiore.

Sembra, allora, che il termine *superiorità* (come i termini *dovere* e *sanzione*) sia implicato dal termine *comando*. La superiorità, infatti, è il potere di imporre l'adempimento di un desiderio; e la manifestazione o espressione di un desiderio, insieme al potere e allo scopo di imporlo, sono gli elementi costitutivi del comando²⁷.

Il concetto di «sovrano» è tuttavia più ristretto di quello di «superiore politico»; il potere sovrano è quel «superiore politico» che non ha al di sopra di sé

alcun altro «superiore politico». In tal caso la società su cui si esercita il potere sovrano sarà detta politicamente indipendente. «Se un *certo* superiore umano, che non ha l'abitudine di obbedire a un superiore a lui simile, ottiene obbedienza *abituale* dalla maggioranza di una data società, quel certo superiore è sovrano in quella società, e la società (che include il superiore) è una società politica e indipendente»²⁸. Si deve dare dunque, perché si abbia sovranità, superiorità politica, e diritto, un generale "abito" d'obbedienza dei consociati nei confronti di quel certo soggetto che si arroga il potere di comandare. L'obbedienza non dev'essere solo puntuale, di un certo individuo rispetto al singolo comando, ma diffusa, di tutti gli individui rispetto a tutti i comandi, e grosso modo permanente, stabile nel tempo. Deve cioè darsi la consuetudine della sottomissione e dell'obbedienza, e solo su questo terreno può proiettarsi la figura del sovrano e prosperare la forma del diritto.

Dunque, «ogni diritto positivo, od ogni legge così chiamata semplicemente e in senso stretto, sono posti, direttamente o indirettamente, da un sovrano o da un organo, per un membro o membri della società politica indipendente, nella quale quella persona od organo è sovrano o supremo»²⁹. Ma non ogni comando che emani dal sovrano costituisce una legge. Ciò è il caso soltanto del comando che ha come oggetto una *classe* di azioni (positive o negative), che è cioè *generale*. Il comando «occasionale» o «particolare» non ci dà una regola di legge. «In quanto si distingue o si contrappone a un comando occasionale o particolare, una disposizione di legge è un comando che obbliga una persona o persone, e obbliga *in via generale* [*generally*] ad azioni od omissioni di una certa *classe*»³⁰. Qui si afferma anche, in maniera più o meno esplicita, che il comando, per avere valore di legge, non deve esaurirsi in un singolo momento, o essere efficace per un'occasione specifica, ma deve avere durata nel tempo.

Infine, vi è la illimitabilità del potere sovrano, la sua posizione al di sopra della legge che da lui promana.

Ora dalla caratteristica essenziale di una legge positiva e dalla natura della sovranità e della società politica indipendente segue che il potere di un monarca così propriamente chiamato, o il potere di una molteplicità sovrana nella sua funzione collegiale e sovrana, è incapace di limitazione *giuridica* [*legal*]³¹.

Per Austin, il sovrano può non solo cambiare la legge a suo piacimento, ma quello non è in alcun modo subordinato alla legge durante la vigenza di questa.

L'autore diretto di una disposizione di legge di tal genere, o uno qualunque dei successori sovrani di quell'autore diretto, possono abrogare la disposizione di legge a loro piacimento [*at pleasure*]. E anche nel caso in cui la disposizione di legge non sia abrogata, il sovrano in quello spazio di tempo non è costretto a osservare la disposizione da una sanzione giuridica o politica. Giacché, se il sovrano in quello spazio di tempo fosse giuridicamente vincolato a osservarla, questo cer-

to sovrano si troverebbe in una condizione di soggezione nei confronti di un sovrano di grado più elevato o superiore³².

Anche nel pensiero di Austin, come in quello di Hobbes, alla base della visione di un potere politico completamente «altro» rispetto alla legge e che questa usa come un suo *instrumentum regni*, sta la concezione «realista» del potere come potenza, forza, violenza. Un passo di Austin è, a questo proposito, significativo: «Ma, preso nel significato che io gli attribuisco, il termine superiorità significa potenza [*might*]: il potere di infliggere ad altri un male o una sofferenza, e di costringerli, con la minaccia di quel male, ad assumere la condotta corrispondente ai propri desideri»³³.

2.2. La concezione del diritto come espressione del potere politico è comune a tutta l'area del positivismo giuridico. In Germania, in particolare, gran parte della dottrina giuridica del XIX secolo accolse quella concezione, sia pure con toni differenti. Questi variavano essenzialmente entro uno spettro di posizioni ai cui estremi si collocavano da una parte coloro che accoglievano l'assunto della illimitabilità per vie legali del potere sovrano, e dall'altra quanti invece teorizzavano la cosiddetta «autolimitazione» dello Stato. Tuttavia, entrambe queste posizioni concordavano sul piano descrittivo nel porre il potere politico prima e al di sopra dell'ordinamento giuridico. Buoni esempi di queste due diverse posizioni sono, nel campo del diritto pubblico, rispettivamente quelli di Conrad Bornhak e di Georg Jellinek.

Il pensiero di Bornhak (che è insieme a Max Seydel uno degli esponenti della cosiddetta *Herrschertheorie*³⁴) ripercorre in gran parte il cammino teorico di Hobbes e Austin: lo Stato è dominio, e il diritto è espressione di tale dominio, il quale è giuridicamente illimitato e illimitabile, giacché se esso fosse per ventura limitato o limitabile cesserebbe di essere dominio ovvero potere supremo entro un certo ambito territoriale.

Lo Stato – scrive Bornhak – è dominio [*Herrschaft*]. Ciò non significa nient'altro che lo Stato domina, è soggetto del dominio [*Subjekt der Herrschaft*]. Per il momento non è necessario esaminare oltre in che maniera tale dominio debba o possa essere organizzato. Qui basta la constatazione che lo Stato è soggetto del dominio e dunque punto di partenza di ogni diritto pubblico, fondato sul dominio è [...] Il dominio dello Stato è giuridicamente illimitato e illimitabile [*rechtlich unbeschränkt und unbeschränkbar*]³⁵.

Ogni limitazione, infatti, presuppone una forza [*Macht*] la quale possa limitare lo Stato e che quindi gli sia superiore. Un tale superiore potere [*Gewalt*] è però inconciliabile con l'indipendenza concettualmente [*begrifflich*] necessaria del potere statale [*Staatsgewalt*]³⁶.

L'ispirazione hobbesiana si fa più evidente ancora nel momento in cui Born-