

IN DIFESA DEL DIRITTO NATURALE

Una polemica esplicita contro chi, come Kelsen, nella Germania del 1932 continuava a sostenere che la purezza formale del diritto impedisse, pure in presenza di una sistematica violazione della legalità, di fare appello alle ragioni del diritto naturale. L'esempio dell'affaire Dreyfus.

ERNST CASSIRER

**Presentazione di Angelo Bolaffi
Cassirer contro la dottrina pura del diritto**

Nel febbraio del 1932 Ernst Cassirer (1874-1945) tenne alla Juristische Gesellschaft di Amburgo una conferenza dal titolo Vom Wesen und Werden des Naturrechts (alla lettera, «Concetto ed evoluzione del diritto naturale»): il testo sul quale è stata condotta questa traduzione fu pubblicato dalla Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis (a cura di F. Holldack-E. Jung-H. Reichel, Bd. VI [1932-1934], pp. 1-27). Il 1932: un anno fatale per la storia tedesca e fondamentale nella biografia intellettuale del nostro autore. Due aspetti – quello della vicenda politica e quello della autocomprensione critico-filosofica del tempo – che, come il lettore avrà modo agevolmente di constatare, si intrecciano condizionandosi reciprocamente nelle pagine di questo saggio. Il 1932 segnò, infatti, il momento di non ritorno della lunga agonia della Repubblica di Weimar: una serie di crisi politiche a ripetizione e il colpo di Stato del generale von Papen contro l'ultimo bastione di resistenza al nazismo, la Prussia governata da Otto Braun, l'uomo forte della socialdemocrazia tedesca, spianarono la strada alla Machtergreifung, alla «presa del potere» di Hitler. Ma fu anche l'anno in cui, nonostante la drammaticità dell'ora – di cui nelle pagine finali di questo scritto è percepibile l'eco nell'appello rivolto a difesa delle ragioni del diritto naturale e alla coscienza pubblica che poiché «non si appaga mai solo col diritto scritto, essa si fa guidare anche da parametri differenti, da quelli che trae dalle leggi non scritte, dagli ἄγραφοι νόμοι» – la produzione teorica di Ernst Cassirer conobbe una stagione davvero prodigiosa. Nel volgere di pochi mesi, infatti, non solo apparvero due opere monumentali: Die Philosophie der Aufklärung (Tübingen 1932; trad. it. di E. Pocar, La filosofia dell'Illuminismo, Firenze 1936) e nella serie degli «Studien der Bibliothek Warburg» la ricerca dedicata a Die platonische Renaissance in England und die Schule von Cambridge (Berlin-Leipzig 1932; trad. it. di R. Salvini, La Rinascenza platonica in Inghilterra e la Scuola di Cambridge, Firenze 1947). Ma accanto ad esse fu un fiorire di brevi scritti, tra i quali: Die Antike und die

92 Entstehung der exakten Wissenschaft (*in Die Antike, VIII [1932] pp. 276-300*) e quello intitolato Spinozas Stellung in der allgemeinen Geistesgeschichte (*in Der Morgen, VIII [1932], pp. 325-348*). A questi si aggiunsero il ciclo di quattro saggi goethiani, il più importante dei quali porta il titolo: Goethe und die geschichtliche Welt. Drei Aufsätze (Berlin 1932) e i saggi frutto della rielaborazione dei testi di conferenze e discorsi. In questi scritti Cassirer riprende, approfondendole e declinandole in qualche caso anche con esplicite intenzioni politiche, tematiche che nelle opere principali erano state affrontate solo marginalmente o in una prospettiva esclusivamente teorica. L'esempio più clamoroso è quello rappresentato dal celeberrimo «Das Problem J.-J. Rousseau» (*in Archiv für Geschichte der Philosophie, XLI [1932], pp. 177-213, 479-513; trad. it. di M. Albanese, Il problema J.-J. Rousseau, Firenze 1938*), un saggio che ancora oggi costituisce uno dei capisaldi della bibliografia critica russoviana, originariamente concepito come testo della conferenza che Cassirer tenne nel febbraio del 1932 alla Société de philosophie di Parigi. Anche nella sua relazione alla Juristische Gesellschaft Cassirer ritorna su alcune tesi affrontate nella sua ricerca sull'illuminismo relative all'origine e alla funzione del diritto naturale modernizzandole, per così dire, nel contesto della discussione su diritto e filosofia politica allora in corso tra giuristi, storici e costituzionalisti. Lo scopo dell'intervento è dichiarato e polemico: difendere le ragioni della democrazia dai soprusi di un potere statale sempre più autoritario (così va letto il richiamo all'affaire Dreyfus). E criticare chi, come Kelsen, nonostante la gravità dell'ora, continuava a sostenere che la purezza formale del diritto impedisse, in via teorica e inevitabilmente anche sul piano della prassi, pure in presenza di una sistematica violazione della legalità, di fare appello alle ragioni del diritto naturale. Nelle quali, invece, Cassirer intravede una sorta di fonte di superiore legittimità, di «superlegalità» in ultima istanza in grado di vincolare moralmente un potere politico che nascondendosi dietro una legalità solo procedurale nei fatti violi sistematicamente proprio i fondamentali diritti dell'uomo e del cittadino. Nel merito la presa di posizione di Cassirer non rappresenta in sé una novità: in questo saggio del '32 l'autore continua, infatti, la sua battaglia filosofica e politica in difesa delle ragioni della tradizione dell'illuminismo e della tolleranza contro le regressioni völkisch e antiuniversalistiche allora dilaganti nell'opinione pubblica tedesca, fortemente influenzata dagli autori della «rivoluzione conservatrice». Una battaglia che aveva iniziato già qualche anno prima con un famoso scritto in difesa della Repubblica di Weimar in piena continuità, del resto, con alcune polemiche prese di posizione antinazionalistiche e critiche dell'antisemitismo che Cassirer aveva pubblicamente formulato, infrangendo un severo codice di comportamento, su una notissima rivista di filosofia già in epoca guglielmina (1).

(1) E. Cassirer, «L'idea della Costituzione repubblicana» (1929), trad. it. a cura di A. Bolaffi, MicroMega, n. 4/1989, pp. 223-240; Id., «Sul concetto di nazione. Una replica a Bruno Bauch», MicroMega, n. 2/1995, pp. 205-223. Il secondo testo, apparso postumo, dovrebbe risalire ad un periodo compreso tra l'agosto e il settembre del 1916.

Nei modi filosofici che gli erano congeniali, dunque, Cassirer tentò di costruire un argine etico-politico nei confronti del dilagante irrazionalismo alimentato da una strumentale interpretazione di Nietzsche, la cui opera era ormai decaduta a «culto», secondo una felice espressione di Ferdinand Tönnies, divenendo in tal modo facile preda della propaganda nazista. Ma anche nei confronti del nichilismo e dell'antiumanesimo dell'ontologia esistenziale della quale Heidegger – un autore con il quale egli aveva direttamente polemizzato in occasione del mitico vertice filosofico di Davos del 1929 – si era fatto portavoce. Semmai la vera novità cui in questa sede possiamo solamente accennare e che, invece, meriterebbe di venir esaminata sia nelle sue premesse teoriche che nelle sue conseguenze sistematiche, è la polemica esplicita di Cassirer nei confronti della «dottrina pura del diritto» e della possibilità stessa di costruire, sul modello «matematico» e trascendentale della ragion pura kantiana, un sistema normativo autosufficiente che, radicalmente separato dal regno del fattuale, garantisca la purezza del dover essere (Sollen) rispetto all'essere (Sein). Cioè proprio quello che, invece, pensava Kelsen il quale, com'è noto, ha sempre sostenuto, come conferma anche il suo saggio «Diritto naturale senza fondamento» (presentato in questo stesso numero di MicroMega), che qualsiasi tentativo di fondazione del diritto naturale significa un'inevitabile ricaduta nella metafisica e nella teologia. Una possibile spiegazione dell'origine di questa «guerra civile spirituale» tra esponenti provenienti dal neokantismo va rintracciata nel progressivo allontanamento negli anni Venti di Cassirer, soprattutto sotto l'influenza delle ricerche di Aby Warburg e dell'ambiente della biblioteca che portava il suo nome (2), dall'impostazione rigidamente gnoseologica di cui proprio con la sua opera Cassirer era stato il massimo esponente. Una svolta che lo portò all'elaborazione di una filosofia della cultura e delle forme simboliche. L'altro motivo di dissidio va probabilmente individuato nella differente lettura che Kelsen e Cassirer diedero dell'opera di Hermann Cohen e, quindi, nella sua interpretazione del Kant «morale» (3). Il che significa che Kelsen e Cassirer, quest'ultimo proprio sulla scorta dell'impostazione etica di Cohen, reagirono differentemente alla svolta operata dall'Historismus e all'annuncio nietzscheano dell'avvenuto «rovesciamento di tutti i valori» provocato dalla morte di Dio (4): il che, in ultima istanza, significa una diversa lettura della dinamica del moderno e della dialettica tra domanda di senso e disincanto.

(2) «Questa biblioteca è pericolosa», avrebbe affermato Cassirer nel 1920 secondo una nota testimonianza di Fritz Saxl, «sarò costretto a evitarla del tutto, oppure a imprigionarmi per anni. I problemi filosofici che vi sono implicati sono strettamente connessi ai miei, ma il materiale storico concreto che Warburg ha raccolto è soverchiante». Sul rapporto di Cassirer con la biblioteca Warburg e più in generale sulla sua biografia intellettuale si veda il bel libro di M. Ferrari, *Ernst Cassirer. Dalla scuola di Marburgo alla filosofia della cultura*, Firenze 1996.

(3) I. Kajan, *Das Problem der Einheit des Bewußtseins im Denken Ernst Cassirers*, in: *Über E. Cassirers Philosophie der symbolischen Formen*, a cura di H.J. Braun-H. Holzhey-W.W.Orth, Frankfurt a.M. 1988. Si veda in particolare il capitolo primo intitolato: «Cassirer und die Kant-Auslegung Hermann Cohens».

(4) I. Kajan, *Umanesimo e trascendenza di Dio: Cohen interprete di Kant*, in M. Ponzi (a cura di), *Tradizione ebraica di lingua tedesca*, Roma 1995.

94 Ernest Cassirer: In difesa del diritto naturale

Molti giuristi considerano oggi il diritto naturale con estrema diffidenza e, giudicandolo un elemento estraneo e spurio, lo vorrebbero escludere totalmente dall'ambito della rigorosa scienza del diritto. Del resto persino nell'epoca del suo massimo fulgore, nei secoli XVII e XVIII, estraneità e tensione esistenti tra diritto naturale e diritto positivo non sembrarono mai essere state completamente superate. Christian Thomasius ricorda nella premessa alle sue *Institutiones jurisprudentiae divinae* che quando annunciò a Lipsia che avrebbe tenuto delle lezioni sul diritto naturale dapprima ebbe motivo di rallegrarsi per la numerosa affluenza. Ma ben presto tale partecipazione andò scemando: non era ancora arrivato nella lettura del *De jure belli ac pacis* alla fine del primo libro che venne abbandonato dai suoi studenti tanto da ritrovarsi un giorno tutto solo nell'aula con in mano il testo di Grozio. Per questo motivo si può comprendere come solo con grande esitazione abbia accettato di parlare oggi a dei giuristi sul tema del diritto naturale.

Vorrei iniziare queste mie considerazioni citando una frase che debbo presumere costituisca una sorta di provocazione, una «vera pietra dello scandalo» per ogni giurista moderno. Mi riferisco alla definizione della scienza giuridica formulata da un grande pensatore, famosissimo anche come giurista e filosofo del diritto: «La scienza del diritto», ha affermato Leibniz, «è parte di quelle scienze che non dipendono dall'esperienza ma da definizioni, non dai fatti ma da dimostrazioni puramente logiche, di quelle scienze, dunque, che si occupano non tanto di questioni di fatto quanto piuttosto di pure questioni di valenza (*quae sunt, ut ita dicam, juris, non facti*).

Poiché, dunque, la giustizia consiste in una determinata concordanza e in una proporzionalità è possibile formarsi un'idea di che cosa sia la giustizia anche se non c'è nessuno che nella realtà la eserciti e nessuno verso il quale essa venga esercitata: esattamente come esistono rapporti eterni e necessari tra i numeri che tali rimarrebbero anche se non esistesse nessuno che nella realtà conta o anche se non esistessero più oggetti da contare. Non c'è dunque da meravigliarsi se le determinazioni di queste scienze appartengano alle verità eterne. Infatti esse contengono semplicemente principî di condizione: non domandano se questo o quello realmente esistano ma esaminano soltanto che cosa necessariamente derivi da tale ipotesi e dalla supposizione ideale di una determinata esistenza» (1). Ma questa determinazione concettuale sembra togliere al diritto e alla scienza giuridica, per così dire, il ter-

(1) G. Mollat, *Mitteilungen aus Leibniz' ungedruckten Schriften*, Leipzig 1893, p. 22.

reno da sotto ai piedi. Certo il diritto in tal modo acquista il più elevato significato ideale, viene innalzato nel regno dell'«eterno» e del «necessario» subisce una sorta di apoteosi idealistica in riferimento alla quale lo stesso Leibniz si è direttamente rifatto a Platone. Ma tale innalzamento ed elevazione sembrano essere pagati al prezzo di una grave perdita. Infatti da quel momento in poi il diritto viene allontanato dal regno del fattuale, perde il suo radicamento nell'esistenza concreta e nell'empirico mondo umano. Non è questa idea di giustizia, sulla quale Leibniz vuol fondare la giurisprudenza, solamente un concetto puro, solo un idolo astratto? Non è una strana iperbole quella di parlare di una giustizia che esisterebbe anche se non esistessero soggetti umani e non si dessero più relazioni tra questi soggetti? Ammettiamo pure che sia logicamente possibile in questo modo omologare la scienza giuridica alla matematica presa ad esempio e modello: ma da un punto di vista metodologico dobbiamo chiederci se questa omologazione sia non solo giustificata ma anche produttiva. A che ci serve la pretesa evidenza di determinate proposizioni giuridiche iniziali, a che ci serve il procedimento deduttivo e la rigorosa dimostrazione delle altre norme derivate se poi nessuna di queste determinazioni puramente formali è mai certa di trovare un materiale empirico al quale applicarsi e nel quale realizzarsi? Se aritmetica e geometria possono rinunciare a diventare realtà e restare nel loro ambito senza sollevare il problema della esistenza reale di oggetti da contare e da misurare, di un mondo corporeo calcolabile e misurabile: anche la giurisprudenza è capace di tale astrazione? O non deve piuttosto sempre e comunque radicarsi, come dice Kant, nella «feconda bassura dell'esperienza» (2), visto che ha a che fare con l'esistenza dell'uomo e con la regolazione di rapporti umani?

Tutte queste questioni non possono essere ignorate, tutte queste obiezioni non sono affatto irrilevanti. E però: uno sguardo alla filosofia del diritto del secolo XVII indica d'altra parte che quando scrisse quelle frasi Leibniz non intendeva certo né enunciare né tanto meno difendere un paradosso. Egli cercò da filosofo, da pensatore logico e sistematico quale era, di formulare e di esprimere la datità che, nella forma concreta della scienza, aveva immediatamente di fronte a sé. Leibniz non fece altro, infatti, che trarre una precisa conseguenza da un pensiero fondamentale di Grozio, che nella premessa alla sua opera principale, il *De jure belli ac pacis*, aveva asserito che suo intento fondamentale era quello di ricondurre il diritto naturale a principî che avessero la

(2) «Das fruchtbare Bathos der Erfahrung»: I. Kant, *Prolegomeni ad ogni metafisica futura*, a cura di P. Martinetti e M. Roncoroni, Milano 1995, note di Kant al testo (nota n. 27, p. 299).

96 stessa evidenza dei concetti basilari e degli assiomi della matematica. Aveva, inoltre, molto esplicitamente dichiarato che sarebbe stato fargli torto il supporre che egli avesse scritto quest'opera con riferimento immediato a specifiche discussioni del tempo, a contingenti problemi politici o a decisioni giuridiche del momento. Una simile intenzione gli era stata assolutamente estranea: anzi, proprio riflettendo sul diritto, aveva cercato di prescindere da qualsiasi caso specifico particolare: esattamente come i matematici sono soliti pensare totalmente separate da qualsiasi materiale corporeo le figure che prendono in esame. Questa matematizzazione del diritto si manifestò nel successivo sviluppo della dottrina giusnaturalistica in modo ancora più esplicito e radicale. Grozio, nonostante la sua ammirazione per la matematica, condivideva, infatti, ancora la convinzione di Aristotele secondo il quale nella trattazione della questioni morali non è possibile raggiungere la medesima assoluta certezza delle discipline matematiche. E motivava tale asserzione sostenendo che i concetti della matematica, avendo per contenuto forme pure distinte da qualsiasi materia, possono con assoluta precisione venir separati l'uno dall'altro e messi in evidenza per contrasto, cosicché tra loro non resta alcun elemento intermedio. Nelle questioni etiche, invece, è praticamente impossibile raggiungere una simile precisione di determinazione poiché i concetti nei quali in questo caso ci inoltriamo contengono in sé un elemento di indeterminatezza e rivelano ambigue interferenze.

Ma questa importante riserva venne esplicitamente abbandonata da Pufendorf, che di Grozio fu l'immediato successore. Infatti egli sostenne che era certamente vero che riferendo dei giudizi morali a determinati casi singoli, ad esempio alla questione se una guerra, anche a prescindere dal motivo per cui era stata intrapresa, fosse giusta o ingiusta potessero presentarsi dei dubbi. E tuttavia, concluse Pufendorf, questo non può significare che i giudizi morali o quelli giuridici in quanto tali siano meno certi dei principî matematici. In tal modo l'analogia metodologica tra scienza del diritto e matematica venne sempre più enfatizzata e sistematizzata. Ma ovviamente occorre guardarsi dal pretendere di giudicare il diritto naturale esclusivamente secondo questa singola caratteristica. Giacché in questo modo otterremmo solo una determinazione puramente formale che del diritto naturale nulla ci rivela quanto al suo contenuto specifico, la sua principale tendenza di fondo, le sue più rilevanti ragioni concettuali ed etiche. Risalendo all'origine concettuale di questi motivi ci accorgeremo immediatamente, accanto alla validità relativa della analogia che il giusnaturalismo tende a istituire tra se stesso e la matematica, anche dei suoi limiti. E questo non solo perché tra matematica e diritto

naturale non esiste una oggettiva comunanza tematica – il contenuto delle questioni è certamente nei due ambiti completamente differente – ma anche perché né la forma del diritto naturale né il procedimento della sua dimostrazione e della sua fondazione immanente possono semplicisticamente essere ricondotti alla forma della conclusione matematico-sillogistica. L'affinità tra lo spirito del diritto naturale e quello della matematica poggia semmai su un'altra base e presuppone un'altra mediazione. Se i fondatori e i teorici del giusnaturalismo fecero ricorso alla matematica come esempio e modello, tale ricorso in fondo non dev'essere interpretato nel senso di una diretta omologazione, ma va piuttosto inteso in modo indiretto e metaforico. La matematica non viene in questo caso presa in considerazione nel suo significato specifico quanto piuttosto come espressione di una relazione più ampia, quale simbolo di universale funzione spirituale in sé. Quando il diritto naturale parla di matematica usa tale termine nel senso dalla *pars pro toto*, volendo con esso indicare il complesso dell'attività della ragione e della sua funzione pura. Questo tipo di metafora era ricorrente durante i secoli XVII e XVIII, nei quali la matematica venne sempre considerata come «orgoglio della ragione umana» e conseguentemente come suo prototipo. In tal modo la matematizzazione del diritto cui allora si aspirò dev'essere intesa nel suo significato specifico e rigorosamente limitato. Il compito essenziale che allora si era posto il diritto naturale non era affatto quello di estendere il procedimento estrinsecamente deduttivo alla scienza giuridica o di sviluppare le proposizioni giuridiche *more geometrico*. Il problema del giusnaturalismo non fu, dunque, assolutamente una questione meramente formale ma una vera e propria interrogazione attorno all'origine. L'intenzione era di portare alla luce la fonte originaria dalla quale le proposizioni giuridiche positive in definitiva provengono e dalla quale di continuo ricevono nuovo alimento. Tale fonte – questa è la tesi fondamentale del giusnaturalismo – non sta fuori ma dentro la ragione umana. Non va ricercata né nella tradizione né nella rivelazione né in qualche comando autoritario che perviene all'uomo dall'esterno. Ma è piuttosto un attributo specifico e proprio, una modalità della spiritualità umana in sé che rappresenta se stessa nell'idea del diritto. Su questo fondamento si basa l'affinità tra matematica e diritto e solo in tal senso tale affinità può e deve essere intesa. Matematica e diritto, infatti, a prescindere da ogni differenza e dalla distanza dei loro ambiti tematici, sono manifestazioni di una sola e medesima forza fondamentale, testimonianza dell'autonomia e della spontaneità dello spirito. Come lo spirito è capace di edificare e sviluppare con le proprie forze e sulla base delle proprie «idee innate» il complessivo campo della mate-

98 matica, fatto di grandezze e numeri, così grazie alla medesima facoltà creatrice costruisce ed innalza l'edificio del diritto. Anche in questo caso lo spirito può e deve prendere le mosse da principi originari e da norme universalmente valide che trova in se stesso e dai quali procede a dare forma al singolare, al fattuale, al particolare. Infatti solo procedendo lungo questa via lo spirito è in grado di sollevarsi al di sopra della contingenza, della casualità e della estrinsecità del meramente empirico e di pervenire ad una sistemica giuridica nella quale il tutto si sviluppa nell'intero e ogni particolarizzazione riceve da esso e per suo tramite sanzione giuridica e riconoscimento spirituale.

Perché questo scopo, il grande compito sistematico che il diritto naturale si era posto, potesse venir condotto a termine e giungere a storica realizzazione bisognava superare due ostacoli, sconfiggere due potenti avversari. Da un lato la fondazione immanente del diritto richiedeva il distacco dalla dogmatica teologica, dall'altro di determinare e demarcare chiaramente la sfera della dottrina pura del diritto da quella dello Stato, per difenderne la specificità e originalità nei confronti dell'assolutismo statale. La battaglia per la fondazione del diritto naturale venne combattuta su questi due fronti. Dovette essere condotta sia contro la deduzione del diritto da una irrazionale volontà divina inaccessibile e impenetrabile alla ragione umana sia contro lo «Stato-Leviatano». In tutti e due i casi fu necessario mettere in discussione e poi sconfiggere il medesimo principio, la dottrina dello *stat pro ratione voluntas*. Calvino si era ad essa rifatto per sostenere la tesi secondo la quale ogni diritto ha il suo fondamento ultimo nella potenza illimitata di Dio e questa onnipotenza divina è perciò assolutamente incondizionata, non soggetta a nessun limite, a nessuna norma. Il nucleo centrale della dogmatica calvinista, in particolare il dogma cardine della predestinazione, consisteva proprio in questa idea che racchiude salvezza e dannazione. Secondo questa dottrina non è possibile discutere su ragione e diritto della decisione divina riguardo alla salvezza dell'anima: già il semplice interrogarsi equivarrebbe a una blasfema rivolta, giacché significherebbe pretendere di porre la ragione umana al di sopra di Dio stesso. L'assoluta potenza divina condanna la maggior parte dell'umanità mentre salva e innalza una piccola cerchia di eletti: tutte e due le cose avvengono senza alcun «fondamento» nel senso umano del termine, senza alcun riguardo al merito o alla dignità morale. «Dio», così afferma la confessione di Westminster del 1647, «a rivelazione della sua signoria ha predestinato con sua decisione alcuni uomini alla vita eterna e altri condannati alla morte eterna. E questo non nel senso che la previsione nelle creature di fede e di buone azioni o la perseveranza in una delle due o qualcosa

d'altro avrebbe potuto, quale condizione o causa, condizionarlo in tale decisione ma solamente ed esclusivamente a gloria della sua grazia sovrana». Contro tale pretesa onnipotenza, contro la soluzione della volontà divina da ogni norma di giustizia e da qualsiasi valutazione etica, nel XVII secolo rivolse il suo primo e decisivo attacco il diritto naturale moderno. Ancora una volta a guidare questa battaglia fu proprio colui che allora contribuì in modo decisivo alla sua rinascita, Ugo Grozio. Egli fu uno dei più convinti sostenitori del movimento che in Olanda strenuamente si oppose alla dottrina calvinista della predestinazione e dell'illimitato arbitrio divino. Furono queste battaglie a risultare decisive nella sua vita e per il suo destino: per essersi, infatti, schierato dalla parte delle tesi arminiane contro quelle gomariste (3) cadde in disgrazia e venne condannato al carcere perpetuo (dal quale egli riuscì a salvarsi solo grazie ad una fuga avventurosa).

Il diritto naturale moderno dovette, dunque, difendersi non solo dall'illimitato arbitrio divino della rigida dottrina calvinista ma anche dalla analoga pretesa di onnipotenza dello Stato. Di quello Stato che poco dopo Hobbes avrebbe definito «Dio mortale». In questo caso la teoria del diritto naturale si scontrò con una concezione specificatamente moderna, quella che a partire dal Rinascimento si era andata sempre più affermando sulla scia del *Principe* di Machiavelli e dell'opera *I sei libri della Repubblica* di Bodin. La tesi secondo la quale il supremo potere dello Stato non è sottoposto a nessuna condizione o limitazione venne sviluppata in un modo sempre più radicale. Bodin aveva indicato proprio nel concetto di *potestas legibus soluta* il criterio essenziale di ogni sovranità. Contrariamente a queste due posizioni, il giusnaturalismo sostenne l'antica dottrina platonica secondo la quale c'è un diritto al di sopra di qualunque potere umano o divino: e questo perché e solo nella misura in cui il diritto si fonda non già nella nuda sfera della potenza o della volontà ma in quella della pura ragione. Ogni esercizio del potere trova il suo limite insuperabile in quello che questa ragione riconosce come «esistente», valido e necessario, come vincolante in ogni epoca e per tutti i soggetti capaci di volontà. La legge (*das Gesetz*) nel suo significato primario e originario, nel senso di *lex naturalis*, non può mai risolversi nella semplice «statuizione» o in qualcosa di arbitrariamente stabilito come legge (*nach Willkür Gesetztes*). Non è semplicemente la quintessenza di ciò che è prescritto o stabilito ma è ciò che originariamente prescrive (*das ursprünglich-Setzende*), è «norma normante». Si tratta, per usare una definizione di Fichte, di *ordo*

(3) Gomarismo: corrente teologica ispirata da F. Gomar (1565-1641), avversaria degli arminiani (Jacobus Arminius, teologo olandese, 1560-1609) e sostenitrice della teoria calvinista della predestinazione. Prevalse nel sinodo di Dordrecht (1618-1619).

100 *ordinans* e non di *ordo ordinatus*. La famosa frase nella quale per la prima volta Grozio espresse in tutta la sua pregnanza questa idea rappresenta anche la data di nascita del moderno diritto naturale: «i principî del diritto naturale», così afferma nei prolegomeni alla sua opera maggiore, il *De jure belli ac pacis*, «conserverebbero la loro validità anche supponendo che Dio non esistesse o che la divinità si disinteressasse delle vicende umane». Questa dottrina venne formulata da Grozio non certo come tesi ma esplicitamente come ipotesi. La negazione di Dio come tesi, infatti, anche per lui sarebbe suonata come un'assurdità, come un sacrilegio. È tuttavia dobbiamo servirci di questa negazione ipotetica per riuscire, grazie ad essa, a cogliere metodologicamente la caratteristica fondamentale del puro diritto naturale e la sua autonomia rispetto alla volontà divina. La stessa argomentazione vale *a fortiori* per tutti i tentativi volti a dedurre la validità del diritto esclusivamente dallo Stato, a subordinare e sacrificare tale validità alla sua onnipotenza. Anche in questo caso, secondo Grozio, si tratterebbe di una *petitio principii*: infatti lo Stato può produrre e fondare diritto solo in quanto esso stesso ha in sé e in sé incarna un diritto originario. Tale diritto originario deriva dal contratto in forza del quale i singoli soggetti si sono tra di loro associati e mediante il quale essi si sono reciprocamente vincolati. L'obbligatorietà del contratto stesso, dunque, non è prodotta originariamente dallo Stato ma è semmai essa a costituire dello Stato lo specifico fondamento d'esistenza, la base sulla quale esso poggia.

Ogni validità della *lex civilis* viene meno, dunque, senza questo fondamento, se cioè si fa cadere la premessa in base alla quale l'accordo una volta stipulato ha eterno potere di obbligazione. La premessa stessa, invece, non può a sua volta essere dedotta da qualche norma positiva già in vigore giacché è proprio questa premessa a rappresentare la condizione di possibilità, la *conditio sine qua non*, di qualsiasi norma in generale. La validità di tale premessa può, per tanto, fondarsi solo nel diritto di natura in quanto diritto in via di principio antecedente e sovraordinato a quello statale. Tale distinzione tra questa sfera del diritto e quella statale non venne sostenuta da parte dei pensatori del giusnaturalismo successivi a Grozio con la stessa radicalità di quest'ultimo. Essi, in particolare Pufendorf ad esempio, mirarono a tal proposito ad un compromesso, a una mediazione. Certo anche loro non consentirono di fondare il diritto solo ed esclusivamente sulla potenza dello Stato, ma affermarono tuttavia che la realizzazione concreta del diritto fosse esclusivamente possibile nello e mediante lo Stato. Lo Stato, in tal modo, trascende i limiti del mero Stato-potenza (*Machtstaat*) trasformandosi in Stato-ragione (*Ver-*

nunftstaat), facendo proprie le istanze del diritto naturale e imponendole – quale rappresentante della razionale vita associata – al singolo nella forma di comandi (4). È ovvio che solamente lo Stato è in grado di mutare la *lex imperfecta* in *lex perfecta* dando alla legge quel carattere vincolante che è essenziale al diritto in senso proprio. E tuttavia, anche in questo caso, non funge da creatore del diritto ma piuttosto ne è suo esecutore: conduce il diritto al suo fine, al suo Telos, ma non è l'origine che propriamente ne sta a fondamento.

Tale origine, anche in Pufendorf e nei suoi successori, sta nell'idea stessa di diritto in sé che non è suscettibile né ha bisogno di venir derivata da qualcosa d'altro a essa precedente. Lo Stato dà realtà al diritto ma è in grado di fare ciò solamente nella misura in cui lo presuppone nel suo significato originale, nel suo senso e nella sua pura possibilità. In forza di questo rapporto fondamentale tra «possibilità» e «realtà» del diritto, che qui viene presupposto, si può ora con maggiore precisione anche comprendere il motivo per cui il diritto naturale abbia sempre preso come riferimento in senso metodico il modello della matematica e in che cosa abbia sentito la sua strutturale affinità con essa. Tale connessione strutturale esistente tra matematica e diritto naturale è stata descritta nel modo più chiaro ed efficace da Montesquieu. L'autore di *Lo spirito delle leggi* afferma infatti: «Esistevano dei rapporti di giustizia possibili, prima che le leggi fossero fatte. Dire che solo ciò che le leggi positive ordinano o proibiscono è giusto o ingiusto, è come dire che non tutti i raggi erano eguali prima che il cerchio fosse stato tracciato» (5).

Non posso né voglio qui tentare di esaminare le importanti, fruttuose conseguenze che da questa visione fondamentale del diritto naturale sono derivate per la costruzione sistematica della scienza giuridica. Infatti dovrei muovermi in un ambito nel quale mi sento assolutamente incompetente ed estraneo. Del resto quanto il giusnaturalismo ha prodotto in questa direzione è stato esposto in un modo davvero magistrale nell'eccellente lavoro di Otto von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo delle teorie dello Stato giusnaturalistisch* (6).

Per parte mia posso limitarmi, per quanto riguarda tutte le questioni di natura strettamente storico-giuridica, a rinviare a quest'opera. Lo storico del diritto quando esamina il diritto naturale non ha motivo di oltrepassare i suoi confini specifici. Gierke, per

(4) Su questo cfr. E. Wolf, *Grotius, Pufendorf, Thomasius*, Heidelberg 1927, in particolare pp. 82 ss.

(5) Ch. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, vol. 1, Torino 1965, p. 57.

(6) O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau 1880; ed. it. a cura di A. Giolitti, Torino 1943.

102 questo, analizza lo sviluppo del diritto naturale in modo del tutto immanente considerandolo come un fenomeno autosufficiente che è in grado di spiegare se stesso. Ma se, invece, consideriamo il diritto naturale dal punto di vista della storia della filosofia e della storia universale della cultura, anche il suo sviluppo ci appare solo come un sintomo singolo di un movimento molto più complesso, nel quale lo spirito moderno è pervenuto presso se stesso, alla conquista e alla coscienza della sua forma specifica. In quasi tutti gli altri ambiti della storia della cultura successiva all'età del Rinascimento è, infatti, possibile individuare e seguire un processo analogo a quello cui si deve nascita e sviluppo del diritto naturale. Più ancora di qualsiasi forma specifica, per quanto importante essa possa essere, è proprio questo parallelismo dei fenomeni culturali che richiama costantemente su di sé l'attenzione dello storico. Se volgiamo la nostra attenzione verso altri ambiti disciplinari, ad esempio alla storia della teologia e della scienza della natura, ci accorgiamo, infatti, che in essi avviene qualcosa di analogo a quanto era accaduto o stava accadendo nella scienza giuridica con la nuova fondazione del diritto naturale, della quale questa comparazione ci consente una più approfondita spiegazione. È sicuramente motivo di rinnovato interesse ricostruire come nel pensiero dei secoli XVII e XVIII una mano muova mille fili, come questi fili segretamente procedano e come un colpo interrompa migliaia di legami. L'opera fondamentale di Grozio, *De jure belli ac pacis*, apparve nel 1625; ma già un anno prima un pensatore a lui vicino, e a lui personalmente legato da amicizia, aveva pubblicato un'opera che nel campo della religione mirava allo stesso obiettivo che Grozio si era posto in quello del diritto. Nello scritto *De veritate* del 1624 di Herbert di Cherbury viene formulata per la prima volta con chiarezza e precisione esemplari l'idea di «religione naturale». Essa si rapporta alla religione rivelata analogamente al modo in cui il diritto naturale si rapporta ad ogni diritto positivo, umano o divino che sia. La rivelazione, secondo Herbert di Cherbury, può tanto poco essere la sola fonte della religione quanto poco, secondo Grozio, essa lo può essere del diritto e dell'eticità. Infatti la rivelazione, intesa nel suo determinato significato storico, non si rivolge mai all'umanità nella sua totalità. Essa è condizionata temporalmente e limitata spazialmente, appartiene ad un paese particolare, ad una nazione determinata e ad una altrettanto determinata epoca. Questo particolarismo contraddice la vera idea di religione. Chi a tale idea vuole pervenire deve dapprima eliminare da essa tutto quanto sia semplicemente casuale e meramente empirico, tutto quello che si riferisce al qui e all'ora. La vera religione è oltre ogni qui e oltre ogni ora. La religione non è né legata a singoli enunciati di fede né dipende dalla

pratica di determinate usanze, riti e atti sacri. Le sue leggi sono scritte dall'eternità nell'intima coscienza di ogni spirito sano e non corrotto ed è sufficiente ad esso rivolgersi per riscoprire in assoluta limpidezza questi dettami originari. Si tratta praticamente, quasi alla lettera, della stessa idea che continuamente Grozio aveva ripetuto riguardo al diritto. Il diritto di natura – questo afferma nella dedica che precede la sua opera sulla libertà del mare (7) – non è scritto né sul bronzo né sulla pietra, ma è scolpito nel profondo del cuore di ognuno e anche contro il nostro volere con esso siamo costretti a fare i conti. Nella stessa immagine e nella stessa sintomatica metafora ci imbattiamo se prendiamo in esame l'evoluzione della moderna scienza naturale. Sotto questa bandiera, infatti, venne condotta la battaglia per la sua nuova definizione, la sua libertà e la sua autonomia concettuale. Questa indipendenza non poteva essere raggiunta fintanto che la conoscenza naturale fosse, in qualche modo, rimasta vincolata ad una rivelazione ultraterrena o subordinata all'autorità della Chiesa o delle Sacre Scritture. In questo senso il processo a Galileo ha rappresentato un vero punto di svolta, l'inizio di una nuova epoca. Quello che fu al centro di quel processo fu solo in apparenza la questione relativa alla veridicità o alla falsità delle teorie fisiche e cosmologiche di Galileo. La Chiesa sarebbe, infatti, benissimo potuta venire a patti con il nuovo sistema astronomico ammettendo esplicitamente come «ipotesi» la dottrina copernicana. Ma la vera battaglia riguardò qualcos'altro molto più importante: il concetto di verità quale per la prima volta Galileo con il massimo di rigore e consapevolezza aveva formulato. È proprio questo concetto di verità che attribuisce ai *Dialoghi sopra i due massimi sistemi del mondo* di Galileo un'importanza imperitura e senza paragoni. Anche in questo caso, infatti, la rivelazione di Dio nella natura venne contrapposta, reclamando per essa una verità pari se non addirittura superiore, alla rivelazione delle Sacre Scritture. Con classica precisione Galileo ha formulato questo nuovo principio nelle sue famose lettere a Castelli e alla granduchessa madre Christine von Lothringen. Se la natura, come un tutto, è opera di Dio, scrive Galileo, allora ogni suo singolo aspetto che con certezza riusciamo a conoscere ci guida alla verità e all'essenza di Dio, giacché essa non può in nessuna delle sue singole manifestazioni contraddire se stessa. Per questo possiamo senza pericolo d'errore affidarci all'osservazione empirica, alla conclusione matematica e al calcolo: nulla di quanto da esse ci viene insegnato può entrare in contrasto con altri insegnamenti divini. Dovesse, però, apparentemente manifestarsi una contraddizione di questo tipo allora l'uni-

(7) U. Grozio, *Mare liberum*, Antwerpen 1609.

104 ca via certa per risolverla consisterà nel mettere a confronto la parola di Dio con la sua opera e non certo l'opera con la parola. Infatti la parola in quanto tale è passibile di differenti interpretazioni, mentre l'opera sta saldamente al di fuori d'ogni dubbio: essa è scritta in caratteri indelebili che quando vengono interpretati e compresi non possono indurre in errore il nostro spirito. Le relazioni matematiche e le proporzioni nelle quali il nostro spirito si imbatte in natura non rappresentano per esso alcun mistero o indecifrabile geroglifico ma piuttosto esprimono quello che esso stesso è e quello che proprio per questo esso riesce del tutto a comprendere. Come si vede abbiamo a che fare con il medesimo processo di liberazione. Solo che in un caso si realizza nell'ambito del diritto e nell'altro in quello della conoscenza religiosa o della natura.

Ma quanto questa correlazione è appropriata per illustrare il significato storico-culturale del diritto naturale tanto poco sembra invece esserlo per far luce sulla sua portata sistematica. Anzi, un critico del diritto naturale potrebbe da questa correlazione trarre una conclusione esattamente opposta. Infatti proprio il suo essere all'altezza del suo tempo costituirebbe la prova inoppugnabile del suo carattere storicamente determinato. E benché sia stato molto importante quanto il diritto naturale ha raggiunto relativamente al suo compito più immediato, e cioè l'emancipazione del diritto da forze ad esso estranee depurandolo da componenti estranee, tuttavia questa operazione appare in sé avere più di natura negativa che positiva. Conseguentemente – almeno così sembra – essa avrebbe perduto ogni significato nel momento in cui fosse stata definitivamente compiuta. Il diritto naturale, considerato dall'odierno punto di vista, resterebbe per questo di certo un fenomeno storico degno di considerazione e tuttavia, così qualcuno potrebbe ritenere, di esso nulla resta nella forma odierna della scienza giuridica e del diritto. L'impalcatura, una volta che l'edificio è stato costruito, può e dev'essere smontata. Questo sarebbe stato, almeno in apparenza, il destino dei fondatori del moderno diritto naturale: restare imprigionati nella dimensione del meramente possibile. Di non aver mai, neppure lontanamente, fatto i conti con la realtà immediatamente concreta dello Stato e del diritto o di essersi da tale realtà immediatamente ritratti nel momento in cui con essa sono venuti a contatto.

Ma queste tradizionali interpretazioni e letture critiche del diritto naturale moderno non reggono se sottoposte anche solo ad un semplice riesame o a una riconsiderazione di carattere storico. Basta uno sguardo alla vicenda biografica dei suoi fondatori e alle situazioni in cui essi operarono e insegnarono per confutare l'opinione secondo la quale il diritto naturale sarebbe stata una dottri-

na «astratta», estranea al mondo e lontana dalla vita. Ugo Grozio riunì in sé quasi l'intero scibile del suo tempo: fu non solo studioso di diritto e giurista pratico ma anche uno dei più profondi conoscitori dell'antichità classica oltreché filologo, storico e teologo. Ma nonostante ciò egli non fu mai solamente un dotto. Anzi: per tutta la sua vita egli fu al centro delle lotte politiche e religiose della sua epoca. Come capo degli arminiani olandesi venne condannato, dopo la loro sconfitta, al carcere perpetuo e solamente dopo due anni di prigionia gli riuscì di evadere. La storia di questa fuga è sufficientemente curiosa da meritare di venir ricordata. In carcere gli era stato consentito l'uso dei libri che venivano trasportati e poi successivamente ritirati in grandi ceste: in una di esse egli venne nascosto dalla moglie che con lui condivideva la prigionia. Evaso in tal modo dal carcere cercò salvezza prima ad Anversa, poi a Parigi. In questa città portò a termine la sua opera *De jure belli ac pacis* e proprio grazie ad essa venne chiamato alla corte svedese da Gustavo Adolfo, grande ammiratore del suo libro, che egli portò sempre con sé in tutte le sue azioni di guerra. Poi per lunghi anni fu attivo a Parigi quale ministro plenipotenziario della Svezia e venne così coinvolto in complicatissime attività politiche e in una rete di intrighi diplomatici in cui si trovò di fronte come avversario addirittura il cardinal Richelieu, sicuramente il più geniale ma anche il più spietato politico dell'epoca. È sufficiente un'occhiata a questa vita per renderci conto che non abbiamo a che fare con la banale esistenza di uno studioso. Tutte le tempeste dell'età della guerra dei Trent'anni si sono abbattute sul capo di Grozio e proprio nelle sue opere più strettamente teoriche sentiamo continuamente palpitar il grande respiro dell'epoca. Con la sua opera principale, il *De jure belli ac pacis*, Grozio cercò di opporsi a quello che allora era il problema più grave e più urgente: la disinvoltura con la quale venivano iniziate le guerre e la ferocia con la quale esse venivano condotte. A questo riguardo egli enunciò principî che oggi, a trecento anni di distanza, nulla hanno perduto della loro forza e del loro significato di merito davvero «attuale». «Assai diversamente», egli afferma, «da quanto erroneamente sostenuto da alcuni, e cioè che in guerra tutti i diritti cesserebbero, la guerra non può essere iniziata che per raggiungere il diritto e deve, una volta iniziata, essere condotta secondo le modalità del diritto (*intra juris ac fidei modum*). Il principio: "inter arma silent leges" riguarda solo le leggi civili espressamente concepite per la pace e ad essa proprie ma non invece le leggi eterne valide per ogni epoca». Anche l'altro famoso scritto di Grozio, quello sulla libertà del mare, non rivela affatto un teorico lontano dal mondo. Se l'origine di ogni proprietà risiede in una presa di possesso originaria, in una *occupatio*, questa è la tesi da cui muove il ragionamento di Gro-

106 zio, allora visto che il mare come l'aria sono molto difficilmente occupabili in senso stretto devono essere ritenuti proprietà comune di tutti i popoli. E non possono venir confiscati ricorrendo a qualche dubbio pretesto – i portoghesi in particolare si richiamavano ad una donazione papale – da parte di singole nazioni.

«Può il vasto, sconfinato oceano», così si domanda Grozio, «essere proprietà privata di qualche regno? Può un popolo avere il diritto di impedire a tutti gli altri di commerciare tra loro? Può una nazione dare in dono ciò che non ha mai posseduto o impossessarsi di qualcosa che già appartiene ad un'altra? Può una ingiustizia palese solo per il fatto di esistere da lungo tempo creare o essere fondamento di un diritto vero e proprio?». Come non sentire nel mezzo di un'argomentazione astratta la passione nazionale di un pensatore che prende partito per il suo popolo in una questione di vitale importanza? Ovviamente Grozio non ha nessuna intenzione di separare la prassi politica dalla teoria giusnaturalistica né il sentimento nazionale dalla convinzione universalistica e cosmopolitica. Egli pone la sua ricerca scientifica e la sua azione politica consapevolmente al servizio di tutte e due gli ideali. Per lui non c'è nessuna soluzione tra teoria e prassi, tra vita e dottrina. Vuole insegnare ciò che ha vissuto e vivere quello che ha insegnato. Con parole tanto schiette quanto nobili egli ha indicato il suo ideale nella premessa alla sua opera principale. Poiché è stato cacciato in modo umiliante dalla sua patria – queste le sue parole – e gli è stato impedito di poter operare in essa, è sua intenzione per lo meno con i suoi scritti, la sua laboriosità e le sue ricerche contribuire al sostegno di quel diritto che in precedenza aveva messo in pratica con coerenza e onestà nella pubblica attività. Queste parole ci pongono dinanzi l'immagine completa dell'uomo ma al tempo stesso anche il quadro di un'epoca che, nonostante la sua caotica confusione, non ha perso né abbandonato la fede nella scienza e neppure la fiducia nella capacità della ragione di penetrare nella realtà per dominarla e determinarla.

Anche il XVIII secolo fu profondamente pervaso da questa convinzione, alla quale va il merito di aver contribuito in modo decisivo a far sì che il giusnaturalismo producesse il suo più importante risultato: formulare prima e rivendicare poi i «diritti dell'uomo e del cittadino». L'opera più recente sulla storia del pensiero giuridico-costituzionale, quella di cui è autore Georg Jellinek (8), sostiene, in verità, la tesi secondo la quale non esisterebbe alcun rapporto diretto tra la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, quale venne formulata dall'assemblea costi-

(8) G. Jellinek, *Die Erklarung der Menschen- und Buergerrechte* (1919), ora in R. Schnur (a cura di), *Zur Geschichte der Erklarung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, pp. 1-77.

tuyente francese il 26 agosto del 1789, e le categorie fondamentali e le tendenze principali del diritto naturale moderno. Secondo Jellinek la dichiarazione del 1789 si rifarebbe semmai al modello del *Bill of Rights* americano. E, in particolare, alla Dichiarazione dei diritti della Virginia del luglio 1776. Ma pur concordando con la parte positiva della tesi di Jellinek – in effetti è incontrovertibile la derivazione della dichiarazione francese dai modelli americani – da questo secondo me non discende la sua conclusione negativa, quella secondo la quale il giusnaturalismo non avrebbe prodotto l'idea dei diritti dell'uomo e del cittadino. Infatti è semmai vero proprio il contrario: le *Declarations of Right* americane senza alcun dubbio sono state influenzate e profondamente permeate dallo spirito del moderno giusnaturalismo. Questo, infatti, fa in esse sentire la sua influenza molto più di quel principio di libertà religiosa che Jellinek, invece, considera la radice storicamente specifica della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, e che deriva dalle lotte religiose combattute nell'Inghilterra del XVII secolo. Recenti ricerche specifiche, come quelle condotte da Hashagen e successivamente da Salander (9), hanno dimostrato che proprio nella formulazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, la questione della libertà religiosa non ha avuto un ruolo fondamentale o ne ha avuto solamente uno secondario, mentre invece l'influenza delle idee giusnaturalistiche è in essa indiscutibile. Jellinek ha sottovalutato, così a me pare, l'importanza di queste idee perché nella sua argomentazione mai ha esaminato il movimento giusnaturalistico nel suo complesso mentre, invece, si è limitato a considerare solamente alcune sue singole fasi e, in secondo luogo poi, perché ha fatto soprattutto riferimento a Rousseau. Ma Rousseau, secondo me, può solo in modo molto relativo venir considerato come esponente del pensiero giusnaturalistico. E, in ogni caso, non certo come uno dei più tipici. Rousseau, infatti, appartiene alla schiera dei sostenitori della natura assoluta del potere statale differenziandosi in questo da Hobbes solo perché ne rovescia di segno la dottrina concependo il potere assoluto concentrato e personificato nel popolo anziché nel monarca. A questa sovranità del popolo, però, egli sacrifica anche i diritti fondamentali dell'individuo e intende il contratto sociale in un modo tale che in esso tutti i diritti del singolo vengono totalmente e senza eccezioni trasferiti alla collettività. Nella sua formulazione classica il giusnaturalismo non ha mai, invece, ammesso tale forma di contratto sociale, tenendo al contrario ben salda l'idea che esistono diritti inalienabili dell'individuo che irrevocabilmente sono sottratti all'ingerenza e all'usurpa-

(9) E. von Salander, *Vom Werden der Menschenrechte*, Leipzig 1926.

108 zione da parte del potere statale. Allo sviluppo di questa idea hanno contribuito Locke e Blackstone in Inghilterra, Leibniz e Pufendorf, Thomasius e Wolff in Germania, Montesquieu, Voltaire e Diderot in Francia. Ai protagonisti della Rivoluzione francese come anche ai suoi principali intellettuali questo fu assolutamente chiaro, come altrettanto ugualmente convinti essi furono del fatto che il loro mondo concettuale era stato profondamente segnato dalle idee del diritto naturale e che solo grazie ad esse era stata possibile la sua formazione. Condorcet ha sempre proclamato massima ammirazione e rispetto per le dichiarazioni americane dei diritti. Grazie ad esse, così scrive nel suo *Saggio sulle Assemblee nazionali*, finalmente l'Europa ha iniziato a rendersi conto che i diritti dell'uomo sono eguali dappertutto. Ma è sempre lo stesso Condorcet a non aver mai avuto dubbi circa la diretta derivazione dell'idea di diritti dell'uomo dal movimento giusnaturalistico del XVII e XVIII secolo. Per questo nel suo *Abbozzo di un quadro storico dei progressi dello spirito umano* egli rinvia esplicitamente a questo legame, definendolo come l'aspetto più importante della complessiva evoluzione concettuale moderna. In effetti nel XVIII secolo lotta per la libertà politica e lotta per la libertà religiosa fecero assolutamente tutt'uno con specifiche rivendicazioni giusnaturalistiche al punto che per i pensatori che precedettero la Rivoluzione francese il concetto di libertà divenne praticamente sinonimo di queste rivendicazioni. «Infatti che cosa significa essere liberi?», ad esempio si è chiesto Voltaire. Questa la sua risposta: «Vuol dire conoscere i diritti dell'uomo; chi infatti li conosce, li difende da sé» (10).

In questa affermazione si riassume come in un punto focale l'intero movimento politico e giuridico-costituzionale del XVIII secolo. In essa diviene immediatamente evidente che cosa la teoria del giusnaturalismo abbia significato per la prassi politica e che cosa per essa abbia fatto. Tutte le grandi riforme del diritto penale nel XVIII secolo vennero sollecitate nello spirito del diritto naturale e grazie ad esso imposte e realizzate. L'abolizione della tortura venne sollecitata all'inizio del secolo da Christian Thomasius nella sua *Dissertatio de tortura in foris Christianorum propaganda* e successivamente questa richiesta fu al primo posto nella caparbia e instancabile battaglia condotta da Voltaire per la revisione del giudizio nei confronti di Jean Calas. Il fatto che egli sia riuscito a far rivedere il giudizio di condanna a morte nei confronti di Jean Calas, anche se solo tre anni dopo che questa era stata nel 1762 eseguita, e a far riabilitare la sua famiglia costituisce uno dei pri-

(10) Cfr. Voltaire, *Lettres sur les Anglais* (lettera IX) e la voce «Gouvernement» nel *Dictionnaire Philosophique*.

mi grandi successi dell'idea giusnaturalistica dalla quale successivamente ha preso le mosse una complessiva riforma della teoria del diritto penale. La famosa opera di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene* del 1780, nella quale per la prima volta accanto all'abolizione della tortura si chiede anche quella della pena capitale è l'esito conclusivo di questa idea che ha trovato le sue basi teoriche in Montesquieu e ha ricevuto nel campo della legislazione e della procedura penali impulsi pratici più rilevanti dall'azione riformatrice di Voltaire.

Non posso e non voglio ora scendere in particolari. Più importante di ogni singola questione è la complessiva constatazione che il giusnaturalismo in nessuna fase del suo sviluppo sia stato mai solo speculazione estranea e lontana dal mondo, solo teoria astratta. Non lo è stato e non lo poteva essere giacché esso si sviluppò in un'epoca i cui pensatori più importanti e profondi respinsero nel modo più deciso la tradizionale separazione di teoria e prassi opponendosi, come ad esempio fece Kant in un saggio famoso e oggi nuovamente di grande attualità, al detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica». Si è soliti, afferma Kant, obiettare all'idea di una «repubblica universale dei popoli» che essa in teoria sembra molto bella ma in pratica non funziona come uno di quei progetti che in ogni tempo è stato deriso da grandi uomini di Stato e più ancora dai sovrani, come un'idea che proviene dalla scuola. «Per parte mia», afferma Kant, «ho invece fiducia nella teoria risultante dal principio giuridico che indica quale *deve essere* il rapporto tra gli uomini e gli Stati e che raccomanda agli dei della terra questa massima: di condursi sempre nei loro conflitti in modo che una siffatta repubblica universale dei popoli venga preparata e sia considerata possibile (*in praxi*) e tale da *poter esistere*.

Al tempo stesso e inoltre (*in subsidium*) io ho fiducia nella natura delle cose, la quale costringe anche quelli che spontaneamente non vogliono (*fata volentem ducunt nolentem trahunt*). In questo è anche compresa la natura umana e, per il rispetto che in essa è sempre vivo per il diritto e il dovere, non posso né voglio credere che essa sia così immersa nel male, che la ragion pratica, morale, dopo molti vani tentativi, non possa da ultimo trionfare e non debba renderla anche degna di essere amata. Pertanto rimane vera anche dal punto di vista cosmopolitico l'affermazione: ciò che vale in teoria in virtù di certi principî della ragione, vale anche nella pratica» (11).

Questi principî hanno davvero perso qualsiasi significato e ogni «attualità» per il nostro presente e per la scienza giuridica odierna?

(11) I. Kant, «Sul detto comune: Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica», in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino 1936, pp. 280-281.

110 È per noi definitivamente tramontata la convinzione fondamentale dalla quale era nato il giusnaturalismo? Indica tutto questo ormai solamente la memoria di un fenomeno storico? Dopo i violenti attacchi che la scuola storica del diritto ha rivolto contro il giusnaturalismo sembrò davvero che la capacità d'incidenza di quest'ultimo si fosse definitivamente esaurita. Il positivismo giuridico del XIX secolo ha considerato solo con ironia e disprezzo i problemi che erano stati posti dal diritto naturale. Il positivismo giuridico si è intensamente impegnato a favore della comparazione etnologica del diritto e da questo punto di vista ha dedicato al diritto dei popoli primitivi una ricerca specifica. Ma di «diritto di natura», nel senso in cui questo concetto venne usato nei secoli XVII e XVIII, di «diritto in noi innato», non si sarebbe più dovuto parlare. Josef Kohler, uno dei principali ricercatori nel campo della comparazione etnologica del diritto, ha rivolto nella sua *Filosofia del diritto* l'attacco più duro contro il diritto naturale, giudicando le categorie di Grozio «infinitamente limitate e semplicistiche», mentre del diritto naturale nel suo complesso ha detto che esso avrebbe aleggiato come un mito sopra il diritto frenandone lo sviluppo vitale. Difficilmente oggi saremmo dell'avviso di giudicare e di liquidare il giusnaturalismo in un modo così brutale. In questo come in tanti altri settori della cultura abbiamo da tempo perduto quella sicurezza e convinzione di sé in cui il positivismo del XIX secolo si è a lungo cullato. Infatti dobbiamo nuovamente fare i conti con problemi scottanti, di nuovo siamo posti di fronte a scelte relative alle stesse decisive questioni fondamentali d'ordine giuridico e spirituale che vennero affrontate all'epoca del diritto naturale. Una convinzione, quanto meno, in nome della quale Ugo Grozio invocò un diritto universale dei popoli, l'impegno col quale egli per primo si batté per un arbitrato internazionale: tutto questo lo sentiamo a noi troppo profondamente vicino per poterlo presuntamente considerare dall'alto in basso. O per poter deridere con compassione questa aspirazione quand'anche essa dovesse esser rimasta nella sua formulazione condizionata dalle forme concettuali del suo tempo. Forse il diritto naturale non ha risolto le questioni che aveva e si era posto ed è anche possibile che le abbia spesso affrontate con mezzi insufficienti. E tuttavia una cosa è certa: se mai tali questioni troveranno una soluzione, questa sarà possibile solamente nello spirito del diritto naturale. In quello spirito che Kant ha riassunto nella lapidaria affermazione secondo la quale se la giustizia scompare allora non ha più alcun valore che gli uomini continuino a vivere sulla terra. E tuttavia: non c'è neppure bisogno di sollevarsi a questa altezza ideale della considerazione. È sufficiente restare nel mezzo dei problemi e degli affanni quotidiani per imbattersi anche qui, continuamente, in idee e problemi posti dal diritto naturale. Vorrei

qui solo citare un esempio che mi sembra caratteristico per più di un aspetto. Vorrei riallacciarmi alla questione dei cosiddetti «diritti acquisiti» (*wohlerworbene Rechte*) che oggi in tempi di decretazione d'emergenza sono di nuovo fortemente controversi divenendo oggetto di discussione da parte dell'opinione pubblica, dunque ben oltre i confini degli addetti ai lavori. Confesso che quando per la prima volta mi imbattei in questa problematica fui sorpreso e meravigliato di trovarmi di fronte, nel pieno delle polemiche odierne, ad una questione la cui ascendenza indiscutibilmente risaliva al contesto concettuale del giusnaturalismo. In effetti per il diritto naturale questa rappresenta una questione davvero centrale, anzi addirittura vitale.

Infatti il giusnaturalismo mosse dalla critica dell'idea dello Stato-potenza e solo grazie ad essa si aprì la strada verso una sua propria posizione. La teoria assolutistica dello Stato negava in via di principio qualsiasi limitazione della sovranità statale indifferente da quale fosse l'istanza che tale limitazione faceva valere e quale fosse il titolo giuridico su cui essa si fondava. Secondo la teoria assolutistica i diritti si danno solamente mediante e in forza dello Stato. Un diritto contro lo Stato costituiva secondo la sua impostazione una *contradictio in adjecto*, un vero e proprio *ferro di legno*. Nei confronti del sovrano non possono darsi *jura quae-sita*. Ed è proprio contro questo argomento che il diritto naturale sollevò la sua obiezione. Per esso, infatti, lo Stato non è semplicemente un concentrato di strumenti di potere e di costrizione fisica, quanto piuttosto un ente ideale la cui natura può essere compresa solo a partire dal suo compito, dal suo senso e dal suo scopo ideale. E secondo la visione del giusnaturalismo il senso dello Stato è racchiuso nel concetto di contratto. Lo Stato in quanto tale si fonda sul concetto di contratto e la validità di questa categoria è, proprio per questa ragione, inviolabile. Rinunciare alla validità del contratto equivarrebbe per il giusnaturalismo negare se stesso, gettare la spugna, scavarsi una fossa sotto ai piedi. Nietzsche, che certo è stato decisamente estraneo al complesso dei motivi ideali del giusnaturalismo, anzi li ha radicalmente respinti, ha detto una volta che la vera spiegazione dell'uomo consiste nell'*essere un animale che può fare promesse*. E questa è, in effetti, la visione di fondo dell'uomo sostenuta da Grozio. A suo modo di vedere, infatti, è dall'istinto alla socievolezza che nasce la società umana anche se questo istinto non è di per sé sufficiente per trasformare l'uomo in un uomo, giacché una vita comunitaria come tale esiste anche nell'ambito dell'esistenza animale. Ciò che ha l'uomo di specifico, la novità che esso rappresenta consiste nella sua capacità di dare a questa vita una forma stabile e duratura, nel rendere se stesso oggettivo e cosciente, nell'idea del diritto co-

112 me norma che vincola e obbliga. È questa forma e non certo la mera esistenza fisica e la fisica autoconservazione che, secondo Grozio, conferisce alla società il suo valore proprio. Conseguentemente egli non vede nel diritto solo un semplice mezzo per questa autoconservazione e ha, esplicitamente, respinto qualsiasi fondazione o deduzione utilitaristica del diritto. Certo Grozio ha indicato come uno dei compiti fondamentali del diritto e come suo motivo originale la difesa della società. Ma, non a caso, ha immediatamente specificato che questa difesa dev'essere di natura tale da corrispondere all'essenza dell'intelletto umano: *haec (...) societatis custodia, humano intellectui conveniens, fons est eius juris, quod proprie tali nomine appellatur* (*De jure belli ac pacis*, Proleg., § 8). Sarebbe contraddire all'essenza dell'intelletto e del giudizio di ragione lasciar assorbire la pura sfera del diritto in quella dell'utile. Il detto secondo cui l'utile è madre del giusto e del consentito non può in questa formulazione essere accettato, giacché l'uomo non cesserebbe mai di ricercare e di volere il diritto in nome del diritto anche se ad esso non fosse connesso alcun vantaggio e nessun utile (*ivi*, Proleg., § 16). La capacità di elevarsi all'idea pura del diritto e della obbligazione giuridica come pure quella di rispettare ad ogni costo un impegno in precedenza preso costituiscono dunque l'origine vera e il fondamento di qualsiasi comunità specificatamente umana. In questa conclusione ritroviamo chiaramente quella unione e quel legame di spirito giuridico e spirito umanistico che caratterizzò il pensiero di Grozio. A suo modo di vedere il diritto non può essere considerato una creazione casuale che origina dalla sfera della vita puramente istintuale e nasce da un singolo istinto empirico della natura umana, ma piuttosto viene considerato e definito come elemento costitutivo dell'uomo, come precondizione necessaria della *humanitas ipsa*.

Mi avvio in tal modo alla conclusione delle considerazioni che volevo qui esporre. Ma non voglio finire senza aver quanto meno gettato uno sguardo sul rapporto che oggi esiste tra diritto naturale e moderna giurisprudenza. Qui mi sento certamente ai limiti delle mie capacità e della mia competenza: si tratta di un tema che solo uno studioso di questioni giuridiche può porsi e affrontare con successo. E se tuttavia mi arrischio a toccare, sia pure di sfuggita, questo argomento è perché sono incoraggiato a farlo dall'aiuto davvero decisivo offertomi dal collega Lassar il quale ha richiamato la mia attenzione sulla bibliografia essenziale segnalandomi le opere più importanti sull'argomento. Se sulla base di questa rassegna mi è consentito formulare un giudizio, allora mi sembra difficile non constatare che oggi ci troviamo nel pieno di una revisione di quel processo che la scuola storica del diritto e il positivismo del XIX secolo hanno intentato contro il diritto naturale.

Nel 1930 è apparso il libro del giurista americano Charles Grove Haines dal significativo titolo *The Revival of Natural Law Concepts* (12). Quest'opera tenta, prendendo in esame un materiale assai ampio, di dimostrare che l'idea secondo la quale il diritto naturale appartenga semplicemente al passato, quasi che lo si fosse gettato nel «ripostiglio del diritto», non corrisponde assolutamente alla realtà delle cose, almeno per quello che riguarda la storia del diritto americano. Haines indica, sulla base di una serie di esempi tratti dall'ambito della legislazione e della giurisprudenza americane, che in questo paese il sistema concettuale giusnaturalistico ha conservato, fino dentro all'epoca più recente, la sua forza, come in più d'una occasione hanno confermato decisioni relative a situazioni molto concrete. Per quello che riguarda la Germania da un punto di vista metodologico è stato un avvenimento della massima importanza, del resto largamente rilevato anche da parte degli ambienti specialistici, il fatto che Erich Kaufmann in occasione del convegno dei giuspublicisti e costituzionalisti tedeschi tenutosi a Münster nel maggio 1926 sul tema «eguaglianza di fronte alla legge» secondo l'art. 109 della Costituzione di Weimar, si sia nuovamente schierato a sostegno del diritto naturale.

Certo Kaufmann ha, anche questa volta, sviluppato una severa critica nei confronti della specifica versione storica del giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII: e in effetti sarebbe proponimento inutile quello di credere di poter adattare i concetti sviluppati allora ai nostri attuali problemi. Ma Kaufmann ha anche senza mezzi termini affermato che l'idea del diritto naturale come consapevolezza di un ordinamento superiore è «qualcosa di eterno e di inevitabile». «Generalmente non ci è chiaro», egli ha sostenuto, «quanto poco le nostre decisioni giuridiche, anche negli ambiti codificati del diritto, siano tratte da norme giuridiche scritte espressamente formulate dal legislatore. Il più e il meglio, assai spesso addirittura quello che è propriamente decisivo, non lo traiamo da norme giuridiche scritte ma direttamente dai principî di giustizia determinanti per l'ambito del diritto dai concetti di legittimità dell'epoca e della comunità in cui viviamo. (...) Lo Stato non crea diritto, lo Stato fa leggi: Stato e legge sono subordinati al diritto». Queste parole sono state pronunziate nel 1926, quasi esattamente a trecento anni di distanza dalla pubblicazione dell'opera principale di Grozio: ma potrebbero altrettanto bene essere sue. La discussione seguita alla relazione di Kaufmann ha

(12) Ch. Grove Haines, *The Revival of Natural Law Concepts. A Study of the Establishment and of the Interpretation of Limits on Legislatures with Special Reference to the Development of Certain Phases of American Constitutional Law*, Cambridge (MA) 1930.

114 subito concentrato l'attenzione su questo tema. «È stato per me motivo di sorpresa», ha ad esempio dichiarato Gerhard Anschütz, «con quale intensità e con quale forza di convinzione da parte del relatore sia stata sviluppata un'idea che io, ancora fino a ieri, ritenevo superata: l'idea di diritto naturale. Quest'idea deve avere una indistruttibile vitalità. Di colpo mi sento totalmente antiquato, io che prima credevo di rappresentare il progresso. Il mondo cambia. Il diritto naturale è di nuovo alla moda».

Per quanto mi è dato di capire, anche nell'ambito del diritto penale è possibile constatare un indirizzo analogo. Anche in questo settore, con sempre maggiore convinzione e consapevolezza viene sollevata l'esigenza di prendere in esame il «diritto non codificato» e di lasciarsi guidare «dall'idea di giustizia che è condizionata da ogni specifica civiltà» verso il «diritto in senso materiale» (13). Oggi sembra che anche le sentenze del tribunale supremo abbiano in larga misura accolto questo principio e ad esso spesso fatto ricorso, come apprendo dal saggio di Eberhardt Schmidt (14). In esso fa riferimento a due sentenze del tribunale supremo, quella dell'11 marzo 1927 e la successiva del 20 aprile 1928, constatando come sia definitivamente chiarito che «anche in relazione alla questione della illegalità la legge scritta non dice l'ultima parola. (...) Andando oltre primi tentativi piuttosto timidi che lasciavano sentire la mancanza di un criterio sistematicamente chiaro, il tribunale supremo si è spinto al riconoscimento di una massima chiaramente formulata. (...) Il riconoscimento del principio che giustifica lo stato di necessità sovralegale» – come enuncia una di queste due sentenze – «si basa sul principio giuridico secondo il quale se due beni tutelati giuridicamente entrano in contraddizione e uno dei due può venir tutelato solo a danno dell'altro, non si viola l'ordinamento giuridico se si protegge il principio che ha un valore superiore rispetto a quello inferiore». Non sono certo solo queste le ragioni in forza delle quali possiamo concludere circa una sorta di rinascita etico-spirituale del diritto naturale nella moderna giurisprudenza. Dovrei qui ricordare anche il moderno movimento del libero diritto, in riferimento al quale potrei, forse, citare questo passo dal saggio di von Reichel intitolato *Legge e sentenza*: «Il giudice in forza del suo ufficio è tenuto a derogare da una prescrizione di legge se questa prescrizione è a tal punto in contrasto con il sentimento collettivo che il suo rispetto può causare una minaccia per l'autorità della legge e del diritto decisamente superiore alla sua non osservanza». Dopo tutto ciò è, forse, lecito

(13) E. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, p. 160, citato da E. Schmidt, «Das Reichsgericht und der "uebergesetzliche Notstand"», in *Zeitschrift f.die ges. Strafrechtswissenschaft*, Bd. 49 (1929), p. 355.

(14) E. Schmidt, *op. cit.*, p. 369.

sostenere che se Anschütz ritiene di poter giudicare la rinascita di idee giusnaturalistiche solamente come un semplice cambiamento della moda, egli in tal modo non rende giustizia alla forza di questo processo né al suo significato più profondo. Platone, riferendosi ad un problema logico, quello dell'unità e della molteplicità nel concetto, ha una volta affermato che in esso trova espressione una questione che non avrà mai fine e che sicuramente non è sorta oggi: essa esprime, infatti, «una immortale determinazione del concetto che in quanto tale mai invecchia»: τῶν λόγῶν αὐτῶν ἀθάνατον τε καὶ ἀγήρων πάθος ἐν ἡμῖν.

Qualcosa di simile si può dire del diritto naturale. In esso si deve vedere qualcosa di più che non un singolo episodio della storia del diritto: in esso si dovrà scorgere uno dei necessari momenti fondamentali che costituiscono e creano il concetto del diritto in quanto tale.

In conclusione vorrei esemplificare questa mia tesi citando un episodio storico che credo abbia ancora un significato specifico e un valore simbolico. Ricordo molto chiaramente che quando, ormai più di trent'anni or sono, dinanzi al tribunale di guerra di Rennes venne discussa l'istanza di revisione del processo Dreyfus, la maggior parte delle domande che la difesa intendeva rivolgere a testimoni e periti non venne ammessa dal presidente del tribunale che le respinse usando la formula rituale: «cette question ne sera pas posée». Sono dell'opinione che in quel caso il presidente del tribunale abbia agito in totale buona fede e che il rifiuto opposto fosse, stando al regolamento di procedura penale militare francese di allora, corretto e lecito. E tuttavia, come sappiamo, anche dopo la sentenza di Rennes, quelle domande vennero sempre nuovamente sollevate trovando, alla fine, risposta in un giudizio differente da quello di una sentenza in sé formalmente valida. Poiché la coscienza pubblica non si appaga mai solo col diritto scritto, essa si fa guidare anche da parametri differenti, da quelli che trae dalle leggi non scritte, dagli ἀγραφοὶ νόμοι.

Bisogna, dunque, esser grati al diritto naturale, anche a prescindere dal giudizio specifico che di esso si voglia avere, per esser stato pervaso da tale timore nei confronti delle «leggi non scritte» e per averlo profondamente inculcato nella scienza giuridica.

(traduzione e cura di Angelo Bolaffi)