

FILOSOFIA  
DEI DIRITTI  
UMANI  
PHILOSOPHY  
OF HUMAN  
RIGHTS

58  
An. XXII  
PERIODICO QUADRIMESTRALE  
*Mag-Ago 2020 - Volume II*



## Dal primato dell'ordinamento oggettivo alla critica alle nozioni di soggetto di diritto e di diritto soggettivo in Duguit\*



**Vincenzo Rapone**

Università di Napoli  
«Federico II»

vincenzo.rapone@unina.it

Vincenzo Rapone

Léon Duguit

### ABSTRACT

L'intenzione dell'autore consiste nel dimostrare come la riflessione positivista abbia contribuito in maniera significativa al dibattito interno alla scienza giuridica. La risoluzione del conflitto tra essere e dover-essere, la critica dell'identificazione tra Stato e diritto, la messa in discussione del primato del diritto soggettivo, vanno meritoriamente ascritti all'opera di Léon Duguit (1859-1928). Così, la stessa idea di soggetto di diritto rivela la sua matrice teologico-metafisica, e la sua dissoluzione diviene parte di un auspicato processo di positivizzazione della società, consustanziale all'affermazione delle democrazie.

The author's intention is to demonstrate how positivistic reflection has contributed significantly to the debate within legal science. The resolution of the conflict between *Sein* and *Sollen*, the criticism of the identification between State and Law, the questioning of the primacy of subjectivism, must be deservedly ascribed to the work of Léon Duguit (1859-1928). Thus, the very idea of a subject of Law reveals its theological-metaphysical matrix, and its dissolution becomes part of a desired process of scientific epistemological positivization of the society, consubstantial with the affirmation of democracies.

### PAROLE CHIAVE

### KEYWORDS

Essere, Dover essere, Stato, Diritto  
Sein Sollen State Law

### 1. Della categoria di soggetto nella modernità: un percorso tra filosofia e diritto

L'affermazione che fa risalire al cogito cartesiano l'inaugurazione del "discorso filosofico della modernità" va estesa alla sfera normativa, includendovi le categorie di soggetto di diritto<sup>1</sup> e di diritto soggettivo<sup>2</sup>. Se le coordinate del riferimento filosofico a Descartes sono ormai definite, è invece difficile rendere ragione del momento esatto in cui si costituisce il soggetto quale *primum movens* della sfera normativa, fonte di diritto in quanto tale. La simmetria tra il soggetto del discorso filosofico e quello della scienza giuridica deve essere considerata stringente tanto per ciò che concerne la loro struttura concettuale, quanto per la loro evoluzione; a prodursi è un duplice movimento, di discontinuità

\* Le traduzioni italiane riportate in virgolette sono dell'autore.

<sup>1</sup> Per un'introduzione dogmatica alla definizione di soggetto di diritto, cfr. G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano 1951; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano 1951; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in onore di Tullio Ascarelli*, Milano 1970; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in "Rivista di diritto civile", 1955, pp. 553 ss.; M. GOROVTEFF, *La lutte autour de la notion de sujet de droit*, in "Revue trim. de droit civil", 1926-27, pp. 881 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna 1966.

<sup>2</sup> Quella di diritto soggettivo è categoria definita da W. CESARINI SPORZA nei seguenti termini (*Le avventure del diritto soggettivo*, in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano 1956, p. 119): "Se il diritto che i giuristi chiamano oggettivo è espressione, mediante norme e leggi, di un ordine voluto nelle relazioni pratiche e negli uomini, il diritto in senso soggettivo, il mio diritto, è qualcosa di più di quest'ordine come immediatamente voluto da me, è la mia stessa volontà ordinatrice regolatrice del rapporto pratico tra me e un altro soggetto". Per uno schiarimento complessivo sulla nozione di diritto soggettivo rispetto alle tematiche qui affrontate, cfr. J. DABIN, *Le droit subjectif* (1952), Paris 2007.



**C**ustodia del qm  
 ad p. & g. re reddat. b. custodia qd  
 e hered. e. que ad ipm. e. p. nec eo qd  
 p. d. e. e. am suam de eo tunc p. su  
 cu g. l. ut dicit. e. nisi e

qd v. e. p. cap. ubi g. iustias. a. g. re sed  
 dit. b. custodia qd e hered. e. que ad ipm  
 v. q. ubi p. tunc g. l. ut dicit. siat p. uabil. e.  
 qd p. a. t. g. v. x. e. m. g. d. re reddat. b. a. e. v. x.  
 leus. e. fil. a. heredem. e. am custodia ad ipm. b.  
 e. p. nec eo qd p. d. e. e. am suam de p. tunc e. vel.  
 e. p. p. d. e. e. am suam de p. tunc e. vel.  
 e. p. p. d. e. e. am suam de p. tunc e. vel.  
 e. p. p. d. e. e. am suam de p. tunc e. vel.

qd re reddat e custodia v. x. e. m. g. d. re reddat  
 in p. que ad ipm e p. nec eo qd e am suam de p. tunc e. vel.

prima e di autonomizzazione poi, rispetto all'ordine che ne legittima la fondazione.

Grozio

In questo senso, la categoria di soggetto si emancipa progressivamente dalle condizioni che la istituiscono, anticipando, a tutti gli effetti, la rimozione di istanze di tipo critico e scettico il cui esito sarà la soluzione filosofico-giuridica idealistica, o comunque soggettivistica, del problema del rapporto tra io e mondo, o, *mutatis mutandis*, tra soggetto e ordinamento. Quando Grozio definisce il diritto soggettivo nei seguenti termini: "Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum"<sup>3</sup>, a prodursi sarebbe un movimento che mette in parentesi quell'ordine oggettivo nella cui cornice l'identità tra essere e pensiero, stando ad una concezione metafisica e tradizionale dell'essere, trovava fondamento, a favore del primato del soggetto: ma il riferimento al giurista olandese è solo uno dei possibili.

Villey

La storia del pensiero filosofico-giuridico classico delegittima e legittima, indirettamente, al tempo stesso, il primato tutto moderno del soggetto di diritto sull'ordinamento oggettivo. La delegittima, nella misura in cui dimostra che la scienza romanistica del diritto fa riferimento alla preesistenza di un ordine oggettivo, che era pervenuto nella forma di ordine logico dalla metafisica greca. In questo senso, come sostiene Villey: "È questa la concezione antica, a nostro avviso la più classica e a lungo la più influente del diritto naturale: quale che sia il ruolo degli uomini nella definizione delle leggi, della loro redazione, parzialmente convenzionale, un immenso sistema di diritto è conferito in potenza dalla natura. Esiste oggettivamente una concezione del diritto, del giusto, dell'equità"<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, 1, I, cap. I, § 4. La pur autorevole lettura di Villey, che vede in Grozio il giurista che formalizza questa frattura, ad esempio, è contestata proprio da Duguit.

La costruzione delle categorie di persona, di soggetto di diritto e di diritto soggettivo sarebbe un capitolo dell'assolutizzazione del momento soggettivo da quest'"immenso sistema di diritto" cui fa riferimento Villey, dell'erezione dell'individuo allo *zenit* dell'ordine cosmico ed etico, inclusivo di un passaggio dalla fede alla razionalità e, contemporaneamente, dall'"autorità del culto" al "culto dell'autorità" (Marx). Si assisterebbe ad un processo congiunto che è di assolutizzazione del momento soggettivo, e di interiorizzazione della sfera normativa, che comporta la qualificazione normativa di alcune istanze psichiche, tipicamente, la volontà, che poi non è altro che un nome della volontà (*der Wille*), che, per costituirsi come imperativa, devono prima di tutto essere 'razionali'<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> M. VILLEY, *Leçons de la philosophie du droit*, Paris 1962, pp. 234-35.

<sup>5</sup> Molto efficace, sul punto, la seguente ricostruzione di W. CESARINI SFORZA (*Le avventure del diritto soggettivo*, cit., p. 130): "Così, nella concezione cristiana della vita l'idea della personalità si affaccia per la prima volta, l'idea cioè che la volontà umana sia principio e non strumento. Ma poiché alla fede si sostituisce la ragione, e anche questa si pone come principio, ecco che la personalità si trasforma in assoluta soggettività del pensare e del volere, in razionalità e libertà assolute, in autonomia del pensiero e della volontà. Caratteristica del razionalismo è di giuridicizzare quest'autonomia, concependo la personalità e la libertà come diritti soggettivi. Il che ha tanto poco significato, che la posizione si capovolge, e si concepisce, viceversa, il diritto soggettivo come personalità o libertà". In altri termini, potremmo declinare l'argomentazione di Cesarini Sforza nel senso che il diritto alla personalità si trasforma in assunzione naturalistica della stessa, e il diritto si riferisce all'espressione di questa stessa personalità, ossia all'espressione della volontà. I processi di sostanzializzazione ed ipostatizzazione del soggetto di diritto troverebbero, ancora nella lettura di Cesarini Sforza, la propria ragion d'essere nella congiunta tendenza dell'ordinamento giuridico e del potere politico a ridurre il comportamento umano alla certezza propria dei rapporti causa-effetto, naturalisticamente intesi; così (*Il diritto soggettivo*, ivi, p. 203): "L'evoluzione del diritto, perciò, può anche essere concepita come una serie indefinita di sforzi per costruire un mondo di forme sempre più rigide e comprensive, per fissare con sempre maggiore esattezza le forme o i tipi dell'agire umano, per restringere sempre più l'eventualità di contraddizione tra i voleri soggettivi e le norme. L'ideale del legislatore, infatti, è che le leggi giuridiche valgano come leggi naturali, che, per esempio, il pagamento del debito da parte del debitore alla scadenza e nei prefissati avvegni con la medesima precisione,

egorie di perso-  
e di diritto sog-  
tolo dell'asso-  
soggettivo da  
di diritto" cui fa  
zione dell'in-  
ne cosmico ed  
ggio dalla fede  
poraneamente,  
culto dell'auto-  
ad un processo  
tizzazione del  
interiorizzazio-  
ne comporta la  
alcune istanze  
volontà, che poi  
la volontà (der  
me imperativa,  
e "razionali"<sup>5</sup>.

du droit, Paris 1962,

ente ricostruzione di  
to soggettivo, cit., p.  
della vita l'idea della  
ta, l'idea cioè che la  
mento. Ma poiché  
che questa si pone  
ità si trasforma in  
volere, in raziona-  
del pensiero e della  
o è di giuridificare  
onalità e la libertà  
poco significato, che  
apisce, viceversa, il  
o libertà". In altri  
erazione di Cesarini  
onalità si trasforma  
e il diritto si rife-  
personalità, ossia  
di sostanzializza-  
di diritto trovereb-  
Sforza, la propria  
denza dell'ordina-  
ndurre il compor-  
dei rapporti causa-  
il diritto soggettivo,  
perciò, può anche  
nità di sforzi per  
più rigide e com-  
giore esattezza le  
ingere sempre più  
eri soggettivi e le  
che le leggi giuri-  
e, per esempio, il  
ore alla scadenza  
esima precisione,

Questo processo acquisisce sostanza e spessore sulla base dell'identificazione, immaginaria, tra singolarità e persona come entità spirituale. L'evoluzione in virtù della quale la 'sostanza' diventa 'soggetto', trova innanzitutto assise e legittimità nel pensiero classico e nella tradizione religiosa: la nozione di 'persona' si costituisce come correlato sostanziale di quell'entità puramente esteriore che è la maschera, per il cui tramite il singolo si presenta come attore, su un agone che può essere tanto il teatro quanto il tribunale. L'uso corrente del termine stesso 'persona' risente della misura in cui, a partire dall'esperienza teatrale, diritto e filosofia greco-romana hanno partecipato alla costituzione semantica che a tale segno linguistico ha conferito spessore, costituendone il raddoppiamento trascendentale.

#### Il termine persona

Con il termine persona<sup>6</sup>, infatti, si è inteso da un lato il rapporto specifico di proprietà o la relazione giuridica che il singolo intrattiene con un determinato bene, che ne costituisce la 'sostanza': in questo senso, adottando un linguaggio scenico-teatrale, il diritto ha introdotto la persona come attore giuridico. Ma quest'accezione primitiva, cui è collegata l'etimologia ottocentesca di 'persona' come maschera teatrale attraverso cui la voce si diffonde (*personare*), non può essere compresa se non nella sua associazione ai termini latini 'ou-

certezza e prevedibilità con cui, se due molecole di idrogeno e una di ossigeno si combinano, si verifica la formazione dell'acqua".

<sup>6</sup> La cui definizione in ambito giuridico, secondo il quanto mai autorevole punto di vista di George Jellinek è la seguente (G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1905), trad. it., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca, con note di G. VITAGLIANO e Prefazione di V. E. ORLANDO, Milano 1912, p. 31): "Personalità o persona è la capacità di poter essere titolare di diritti, in una parola la capacità giuridica (*Rechtsfähigkeit*). Essa non appartiene al mondo obbiettivo, non è soprattutto un essere, ma un rapporto, che intercede tra un subbietto ed altri subbietti e l'ordinamento giuridico. La personalità è conferita sempre dal diritto e non risulta mai da natura. Riconoscere apertamente l'uomo quale subbietto di diritto è un postulato etico affermato dal progresso dei secoli"

sia' e 'hypostasis' da un lato, 'esse', 'essentia', 'substantia' dall'altro. In un dominio definito dalla referenza a cose esteriori, a 'beni' che fanno da contraltare a quest'elemento interiore, con 'ousia' si è intesa tanto la proprietà fondiaria o il rustico che conferiscono 'sostanza' alla persona, quanto l'idea platonica stessa quasi come cifra dell'intelligibilità dell'essere. In altri termini, esiste filosoficamente una sostanza che si dà oltre l'apparenza, ed è quella dei beni che fanno di un chiunque una persona sulla scena del diritto, distinguendola da ogni altro. Ma se i beni costituiscono un primo elemento che consente di discriminare tra apparenza ed essenza, si dà un sostrato sostanziale, che conferisce nel dominio dell'astratto alla maschera (*prosopon*), unità, stabilità nel tempo, coerenza nel volere: la persona, nel senso filosofico del termine. Ecco che il riferimento al mondo classico delegittima e legittima al tempo stesso la continuità tra pensiero classico e soggetto della modernità filosofico-giuridica: lo delegittima nella ricostruzione concettuale della categoria di soggetto riducendola al conferimento di certe prerogative da parte dell'ordinamento, la legittima nella tendenza a prelevare quell'*ousia*, che è il raddoppiamento filosofico della maschera, fissandola come sostrato della persona.

Si tratta, allora, di ricercare i limiti di una categoria astratta, quella di soggetto di diritto, al fine di relativizzarla, desostanzializzarla e pensarla all'interno tanto di quei procedimenti tecnici che la costituiscono come tale, quanto delle dinamiche istituenti l'ordinamento oggettivo. Si vuole evitare il rischio che consiste, come sostiene Gény, nel "ritenere dotate di realtà oggettiva e permanente concezioni ideali provvisorie e puramente soggettive per loro stessa natura"<sup>7</sup>. Il rischio, da cui devo-

<sup>7</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Paris 1899, n° 61.

no guardarsi gli approcci che considerano la nozione di soggetto di diritto una costruzione tecnica, un epifenomeno dell'ordinamento oggettivo consiste, allora nell'equiparare *a priori* ogni sistema di diritto positivo ad un numero limitato di categorie logiche, che sarebbero predefinite in virtù della loro essenza, immutabili quanto al loro fondamento, rette da dogmi inflessibili, incapaci conseguentemente di conformarsi alle esigenze mutevoli e varie della vita<sup>8</sup>.

Questo stile di analisi, che volentieri ascrivemmo all'atteggiamento correttamente definito da Trigeaud "anti-soggettivista"<sup>9</sup>, ha, quale cifra costitutiva, l'idea che le costruzioni giuridiche, prime tra tutte, le categorie di soggetto di diritto e di diritto soggettivo, non siano dotate di un valore in sé. La loro natura euristica sarebbe tale, da situare il giurista in presenza di ipotesi che non devono essere assolute: considerate il rapporto al soggetto cartesiano, devono essere considerate 'certe' e non 'vere'. Solo in questo senso possiamo decostruire nozioni come quelle di soggetto di diritto, di persona morale, la cui estensione ai gruppi, al di là della strategia concettuale usata per legittimarla, finzione o realtà, non può implicare logicamente l'assunto che questi stessi gruppi non possano costituirsi altrimenti che sotto l'egida di categorie che traspongono per identificazione l'uomo. È parte essenziale della decostruzione dello spessore ontologizzante della categoria 'persona' la considerazione, cui si faceva riferimento poco sopra, che ci sono stati nel corso dei secoli esseri considerati pienamente umani oggi ma non allora – gli schiavi – cui l'ordinamento oggettivo non riconosceva alcuna personalità, per i quali

vigeva una semplice protezione indiretta di certi interessi<sup>10</sup>. Questa considerazione è ancora più palese nel caso dei gruppi, che si sono storicamente costituiti in forme, siamo state quelle della società o, in ambito anglosassone, dei *trusts*, non sussumibili all'interno della categoria di persona ("personalité morale"<sup>11</sup>).

Nell'approccio realista di Duguit, è necessario innanzitutto dichiarare la fine del diritto soggettivo inteso in senso generalissimo, quale stile di pensiero che mira alla definizione di qualsivoglia entità a partire da un'origine logico-concettuale, e che, per questo, si involverebbe, kantianamente, in paralogismi; in questo senso: "Quando ci si domanda: cos'è il diritto, qual è il suo fondamento, quale la sua estensione, è il diritto a imporsi alla forza, o è la forza che crea il diritto, si ha unicamente di vista il diritto soggettivo"<sup>12</sup>. Quindi, da un punto di vista metodologico, c'è un approccio soggettivistico al diritto ogni qual volta che deduciamo un'entità o una categoria giuridica come quella di soggetto di diritto da un concetto o da un'entità ideale, non verificabile empiricamente: è questo il caso del con-

<sup>10</sup> È questo un punto condiviso tanto dai teorici del c.d. diritto pubblico tedeschi (Gierke, Meurer, Dernburg, Bernatzik, Jellinek, Laband), quanto dai realisti d'oltralpe (Duguit), seppur con diverse sfumature. Per Jellinek, ad esempio (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 31): "La personalità è conferita sempre dal diritto e non risulta mai dalla natura. Riconoscere apertamente l'uomo quale subietto di diritto è un postulato etico affermato dal progresso dei secoli. Tuttavia la storia ci ammaestra, purtroppo, che è possibile un ordinamento giuridico, il quale non realizzi il postulato suespresso. Lo schiavo aveva la capacità naturale di volere, ma non la capacità giuridica, ossia egli non poteva mettere in movimento, nel suo interesse, le norme dell'ordinamento giuridico, che proteggono l'individuo; imperocché quest'ultima capacità, per la sua essenza, è artificiale, cioè a dire non risulta da un processo organico della natura, ma dall'opera cosciente degli uomini. Non esiste perciò una personalità naturale, ma solo una personalità giuridica".

<sup>11</sup> Sulla nozione di *personalité morale*, segnaliamo due puntuali e utilissime ricostruzioni storico-concettuali; cfr. L. MICHOU, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris 1906; R. SALELLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris 1910.

<sup>12</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, *La Règle de Droit; Le Problème de l'Etat*, Paris 1921, p. 7.

Atteggiamento  
«Anti-  
soggettivista»

<sup>8</sup> Ivi, n° 68.

<sup>9</sup> Cfr. Jean Marc TRIGEAUD, *L'argument anti-subjectiviste de Duguit et la philosophie du droit moderne*, in *Autour de Léon Duguit*, a cura di Fabrice MELLERAY, Bruxelles 2011, pp. 311-332.



vige una semplice protezione indiretta di certi interessi<sup>10</sup>. Questa considerazione è ancora più palese nel caso dei gruppi, che si sono storicamente costituiti in forme, siamo state quelle della società o, in ambiente anglosassone, dei trusts, non sussumibili all'interno della categoria di persona ("personnalité morale"<sup>11</sup>).

Nell'approccio realista di Duguit, è necessario innanzitutto dichiarare la fine del diritto soggettivo inteso in senso generalissimo, quale stile di pensiero che mira alla definizione di qualsivoglia entità a partire da un'origine logico-concettuale, e che, per questo, si involverebbe, kantianamente, in paralogismi; in questo senso: "Quando ci si domanda: cos'è il diritto, qual è il suo fondamento, quale la sua estensione, è il diritto a imporsi alla forza, o è la forza che crea il diritto, si ha unicamente di vista il diritto soggettivo"<sup>12</sup>. Quindi, da un punto di vista metodologico, c'è un approccio soggettivistico al diritto ogni qual volta che deduciamo un'entità o una categoria giuridica come quella di soggetto di diritto da un concetto o da un'entità ideale, non verificabile empiricamente: è questo il caso del con-

<sup>10</sup> È questo un punto condiviso tanto dai teorici del c.d. diritto pubblico tedeschi (Gierke, Meurer, Dernburg, Bernatzik, Jellinek, Laband), quanto dai realisti d'oltralpe (Duguit), seppur con diverse sfumature. Per Jellinek, ad esempio (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 31): "La personalità è conferita sempre dal diritto e non risulta mai dalla natura. Riconoscere apertamente l'uomo quale soggetto di diritto è un postulato etico affermato dal progresso dei secoli. Tuttavia la storia ci ammaestra, purtroppo, che è possibile un ordinamento giuridico, il quale non realizza il postulato su espresso. Lo schiavo aveva la capacità naturale di volere, ma non la capacità giuridica, ossia egli non poteva mettere in movimento, nel suo interesse, le norme dell'ordinamento giuridico, che proteggono l'individuo; imperocché quest'ultima capacità, per la sua essenza, è artificiale, cioè a dire non risulta da un processo organico della natura, ma dall'opera cosciente degli uomini. Non esiste perciò una personalità naturale, ma solo una personalità giuridica".

<sup>11</sup> Sulla nozione di *personnalité morale*, segnaliamo due puntuali e utilissime ricostruzioni storico-concettuali; cfr. L. MICHOU, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris 1906; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris 1910.

<sup>12</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, La Règle de Droit; Le Problème de l'Etat, Paris 1921, p. 7.

trattualismo giusnaturalistico. Da un punto di vista contenutistico, è nella misura in cui la scienza giuridica ha voluto attribuire una valenza giuridica, un potere ad alcune volontà, considerate in grado di imporsi su altre perché razionali, che si è eletto l'individuo a fonte normativa, si è costruito quell'artificio che è il soggetto di diritto e, retroattivamente, lo si è costituito come supporto di questa stessa volontà.

## 2. Individualismo e monismo giuridico

La posizione teorica, a partire dalla quale Duguit<sup>13</sup> dipana la sua riflessione 'matura' non concerne solo la critica della sfera normativa, colta nella sua dimensione più strettamente formalistica. Non si tratta solo di opporre normatività a fattualità, sfera doveristica a sfera fattuale, *Sein* a *Sollen*, processi logici astrattivi a solidarietà, quanto, piuttosto, di elevare il realismo al livello di scienza giuridica compiuta, in linea con il programma positivistico di Comte. Questo programma scientifico presuppone la revisione critica delle teorie soggettiviste. Tradizionalmente, le teorie formaliste del diritto soggettivo sono classificate sulla base dell'elemento logico che fa loro da fondamento: si distinguono, così, dottrine il cui momento fondante, dal punto di vista teorico, è rinvenuto nella volontà, nell'interesse, o in una combinazione dei due elementi. Massimo teorico delle teorie del diritto di soggetto fondato sulla volontà è Windscheid, esponente della Pandettistica tedesca, e, in particolare, dell'ultima fase di quest'ultima. Il giurista tedesco sviluppa una teoria del diritto

soggettivo, definendone due categorie fondamentali: diritti soggettivi del primo tipo saranno quelli, in cui è soltanto sulla base di una precedente disposizione dell'ordinamento giuridico che il soggetto ha la possibilità di attivare un comando; in questo senso: "Esso [l'ordinamento giuridico] rimette alla discrezione del soggetto l'uso del comando ed in particolare l'uso dei mezzi concessigli dall'ordinamento giuridico nei confronti della controparte, nel caso in cui questi opponga resistenza [...] Il diritto si è fatto suo diritto"<sup>14</sup>. Per quanto concerne questo primo approccio è possibile sostenere come questo diritto si concreti nella possibilità di ottenere un certo comportamento, che può essere un'azione o un'astensione, da parte di soggetti che eventualmente si opponessero all'attività del titolare di un potere reso possibile esclusivamente da una disposizione dell'ordinamento oggettivo<sup>15</sup>. Il diritto soggettivo di questo primo tipo nella lettura di Duguit è il prodotto di un movimento di alienazione del potere da parte dell'ordinamento a favore del titolare, ossia del soggetto di diritto: è poi nel potere nella volontà di quest'ultimo porlo o meno in essere. Per Duguit: "Un determinato elemento di diritto oggettivo è diventato il diritto di un soggetto della volontà, vale a dire un diritto soggettivo"<sup>16</sup>. In modo logicamente e temporalmente concatenato, il diritto soggettivo può essere predicato in un secondo senso, *in nuce* già presente nel primo: nella seconda tipologia di diritto soggettivo, è la volontà del titolare ad essere in posizione centrale,

<sup>14</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, VIII ed., I, Frankfurt am Main 1900, p. 131.

<sup>15</sup> Cfr. L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, cit., p. 275. In questo senso (M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996, p. 203): "Per ciò che concerne i diritti del primo tipo, i diritti rivolti alla condotta altrui, Windscheid ritiene che essi ricomprendano non soltanto il "potere-volere-l'azione" (*Klagenwollendürfen*), ovvero, la possibilità del reclamo e dell'attivazione della protezione giuridica, ma anche la volontà diretta al comportamento dovuto (dal terzo)".

<sup>16</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, cit., p. 275.

Le teorie  
formaliste del  
diritto  
soggettivo

Volontà  
determinante

determinante ai fini della costituzione, della modifica o dell'estinzione dei diritti del primo tipo, ossia di diritti legittimati esclusivamente da una disposizione dell'ordinamento; in questo senso, per Windscheid: "Viene attribuita al titolare del diritto [*dem Berechtigten*] una volontà determinante non per l'esecuzione, ma per l'esistenza del comando dell'ordinamento giuridico"<sup>17</sup>. Di diritto soggettivo sarebbe possibile parlare anche in un altro senso, che si materializza quando il soggetto di diritto è ritenuto titolare di un potere autonomo. Si fa qui riferimento al diritto del proprietario di alienare un suo bene, di quello del creditore di cedere il suo credito, etc... In questa seconda accezione, il soggetto di diritto è inteso come l'effetto di superficie di quel "potere di volere" volto alla creazione di diritti del primo tipo, così come quello di sopprimere o cambiare diritti in precedenza stabiliti. Il diritto è definito come "eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft": la traduzione non sembra del tutto corretta. Ora, quando nella pur autorevolissima traduzione italiana si legge: "diritto è potestà o signoria della volontà della volontà, impartita dall'ordine giuridico"<sup>18</sup>, e che "la volontà imperante nel diritto soggettivo è solo la volontà dell'ordinamento giuridico, non la volontà del titolare"<sup>19</sup> non si mette sufficientemente in rilievo quanto si dovrebbe parlare, più che di una "volontà impartita", di una "potestà impartita". Il concetto è che si tratti di una potestà ovvero di signoria del potere 'prestata' dall'ordinamento giuridico o dalla volontà dello Stato al soggetto individuale, sottintendendosi che solo lo Stato possiede una potestà di volere, mentre il privato individuo ne dispone solo se lo Stato gliela 'presta', cioè gliela cede

La volontà  
imperante

temporaneamente affinché se ne valga per i suoi fini<sup>20</sup>.

Se, assai verosimilmente, la lingua italiana, con i termini potenza e potere, non riesce a rendere la complessità semantica propria di quella differenza che tedesco e francese sono così bene in grado di esprimere differenziando tra loro il primo *Willensmacht* e *Willensherrschaft* e il secondo *puissance de volonté* e *puouvoir de volonté*, il nocciolo della questione sta proprio nella differenza tra *Macht* ed *Herrschaft*, o *mutatis mutandis*, tra *puissance* e *pouvoir*. Come rendere ragione, in sede teorica, del potere conferito dall'ordinamento giuridico, potere in corrispondenza del quale il soggetto è in una posizione di poter come di non poter-agire, ossia di quel "potere potenziale" che non si lascia rendere perfettamente in italiano, pur avvicinandosi ad esso, col termine 'potenza'? In questo senso, si avrebbe *Willensmacht* nella misura in cui il titolare ha materialmente la *Macht*, la *puissance* di realizzare una determinata disposizione dell'ordine giuridico, facendone sanzionare l'eventuale violazione, tramite il ricorso all'uso legittimo della forza, laddove nel secondo caso, la *Willensherrschaft* del soggetto è tale da creare, sulla base di una norma di diritto oggettivo, una situazione giuridica, ossia di conferire sostanza materiale alla norma suddetta. Il pensiero di Windscheid esemplifica allora quel processo di astrazione, in base al quale entità che hanno un senso solo "in potenza" vengono costituite, senza mediazione, come effettive, sostanzializzandosi. Questo procedimento è messo radicalmente in discussione da Jhering, giurista critico dall'interno gli eccessi logico-formali della Pandettistica, che apre ad un

<sup>17</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit. p. 131.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 170.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 171.

<sup>20</sup> Per W. CESARINI-SFORZA (*Il diritto soggettivo*, in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, cit., p. 207): "Ciò significa semplicemente che la cosiddetta soggettivazione del diritto oggettivo è una frase senza contenuto, visto che tutto quello che nel diritto soggettivo vi dovrebbe essere di signoria del volere o di potere di una volontà sopra un'altra, non appartiene al suo titolare".



temporaneamente affinché se ne valga per i suoi fini<sup>20</sup>.

Se, assai verosimilmente, la lingua italiana, con i termini potenza e potere, non riesce a rendere la complessità semantica propria di quella differenza che tedesco e francese sono così bene in grado di esprimere differenziando tra loro il primo *Willensmacht* e *Willensherrschaft* e il secondo *puissance de volonté* e *puouvoir de volonté*, il nocciolo della questione sta proprio nella differenza tra *Macht* ed *Herrschaft*, o *mutatis mutandis*, tra *puissance* e *pouvoir*. Come rendere ragione, in sede teorica, del potere conferito dall'ordinamento giuridico, potere in corrispondenza del quale il soggetto è in una posizione di poter come di non poter-agire, ossia di quel "potere potenziale" che non si lascia rendere perfettamente in italiano, pur avvicinandosi ad esso, col termine 'potenza'? In questo senso, si avrebbe *Willensmacht* nella misura in cui il titolare ha materialmente la *Macht*, la *puissance* di realizzare una determinata disposizione dell'ordine giuridico, facendone sanzionare l'eventuale violazione, tramite il ricorso all'uso legittimo della forza, laddove nel secondo caso, la *Willensherrschaft* del soggetto è tale da creare, sulla base di una norma di diritto oggettivo, una situazione giuridica, ossia di conferire sostanza materiale alla norma suddetta. Il pensiero di Windscheid esemplifica allora quel processo di astrazione, in base al quale entità che hanno un senso solo "in potenza" vengono costituite, senza mediazione, come effettive, sostanzializzandosi. Questo procedimento è messo radicalmente in discussione da Jhering, giurista critico dall'interno gli eccessi logico-formali della Pandettistica, che apre ad un

<sup>20</sup> Per W. CESARINI-SFORZA (*Il diritto soggettivo*, in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, cit., p. 207): "Ciò significa semplicemente che la cosiddetta soggettivazione del diritto oggettivo è una frase senza contenuto, visto che tutto quello che nel diritto soggettivo vi dovrebbe essere di signoria del volere o di potere di una volontà sopra un'altra, non appartiene al suo titolare".

### Jhering

realismo imperniato prima sulla nozione di interesse, successivamente perfezionato dall'idea di scopo<sup>21</sup>. Il giurista tedesco non lesina una dura critica alla definizione del diritto soggettivo inteso come volontà, sostenendo come il fulcro della categoria di soggetto di diritto risieda nell'interesse, più che nella volontà. Jhering già al livello del suo voluminoso *Spirito del diritto romano*, pubblicato in Germania nel 1865 e tradotto in Germania nel 1877, cerca una definizione che superi quella, meramente formale ed esteriore, sulla cui scorta, come in un certo senso anche Kant, il diritto è da porre in rapporto con la facoltà di costringere. Riconosce e in un certo senso fa propria la teoria sulla cui scorta la volontà - e in questo Jhering accoglie la lezione di Hegel - è l'elemento fondativo del diritto, al di là del puro momento coattivo, che lo definisce esclusivamente dal punto di vista esterno: resta il fatto, però che essa caratterizza l'ordinamento dal punto di vista oggettivo. Al di là della coazione, intesa come elemento di qualificazione formale del diritto, vi è però un altro elemento, rilevante anch'esso da un punto di vista puramente formale: la volontà del legislatore. Per Jhering, del diritto inteso in senso oggettivo si può ed è sufficiente dire che la sua essenza risiede nella volontà generale, la cui exteriorizzazione coincide con la volontà del legislatore, indipendentemente da quello che è il suo contenuto. Considerata in questo senso, la norma giuridica è espressione incarnata della volontà del legislatore, di cui la legge, sarebbe exteriorizzazione simbolica. Ora, sostiene il giurista di Göttingen, si può, sulla falsariga di quanto sostenuto da Windscheid, accreditare il rapporto tra diritto oggettivo e diritto soggettivo in-

<sup>21</sup> Per una ricognizione della nozione di scopo, ci sia consentito rimandare a: V. RAPONE, *Der Zweckbegriff im Werk Rudolf von Jherings*, in "Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte", Vol. 13, Issue 1, Berlin 2012, pp. 140-165.

tendendo questo rapporto nel senso che il diritto del soggetto individuale è sempre in rapporto con l'ordinamento oggettivo, quale sua concrezione particolare, in quanto frammento della volontà generale. In tal modo, però, si chiarirebbero solo i rapporti generali che esistono tra diritto inteso come ordinamento oggettivo e diritto inteso in senso soggettivo: si tratterebbe di una definizione che non può essere portata oltre un certo limite, che non può certo essere considerata inclusiva dell'aspetto propriamente soggettivo del diritto, pena l'essere assimilata alla semplice capacità di intendere e di volere del soggetto. La sua posizione, in prima istanza, è che sarebbe del tutto incongruo pensare di stabilire una simmetria tra la volontà dello Stato quale espressione della *volonté generale* di Rousseau e la volontà dell'individuo, capace di intendere e di volere. A questa conclusione, che è quella alla quale, come si è visto, giunge Windscheid, Jhering oppone un'obiezione, che, per semplicità e stringenza, resta un *topos* della cultura giuridica, anche se poi, come si vedrà, quest'opposizione diventerà assai meno stringente nel corso dell'elaborazione della sua teoria. Se la personalità e la capacità giuridiche si identificano con la capacità di volere, si chiede Jhering, perché l'ordinamento giuridico riconosce dei diritti anche a quei soggetti, come i bambini, che lo stesso ordinamento definisce incapaci di intendere e di volere? Rispondere, semplicemente, che l'ordinamento difende in loro un germe potenziale di capacità di volere, sembra al giurista di Göttingen un puro sofisma. A questo punto, Jhering sostiene come la vera sostanza del diritto soggettivo risieda in un altro elemento, l'interesse (*Genuss*): nell'ottica del giurista tedesco, l'interesse, e quindi (in un certo senso) l'utile, più che il rapporto tra ordinamento oggettivo e diritto soggettivo costituisce l'elemento fondante del diritto. Il diritto sarebbe l'espres-

Il diritto  
soggettivo

sione di un interesse che trova nell'ordinamento oggettivo il suo riconoscimento, al punto da qualificare la figura di quell'interesse legittimo che, nella manualistica giusprivatistica finisce per figurare quale forma, per così dire affievolita del "diritto soggettivo". Così, il diritto soggettivo dev'essere predicato nel senso di un interesse "giuridicamente protetto", valido nella sfera dell'azione, obiezione cui Windscheid risponde, riportando l'asse della questione sulla problematica della volontà. Il percorso attraverso il quale Jhering accorda protezione formale alla figura dell'interesse legittimo, risulta, anche secondo Duguit, totalmente impregnato di soggettivismo; nel sostenere che "i diritti soggettivi sono interessi giuridicamente protetti", il perno della questione finisce per gravitare tutto dalla parte dell'ordinamento oggettivo, che non riconosce, ma istituisce, definendoli, le situazioni meritevoli di essere protette, in un'ottica nella quale, curiosamente, ritorna la questione della volontà. L'interesse da legittimare, infatti, non è l'interesse privato, di cui l'economia è il fulcro, quanto un interesse di lungo periodo, capace di disinteressarsi, in nome dell'immediato, dell'interesse immediato.

Quest'interesse "di lungo periodo", allo stesso tempo, finirebbe per coincidere con l'espressione stessa della volontà generale<sup>22</sup>. Nel dire, con Jhering, che il diritto è quell'interesse dell'individuo socialmente protetto dall'ordinamento oggettivo, data per assunta la precedente definizione che lega in modo coesenziale diritto e sanzione, si genera un'altra contraddizione insanabile. In realtà, nessuna regola di diritto può far dipendere quella che è l'esistenza di un diritto soggettivo dalla

<sup>22</sup> Sui temi della continuità tra interesse in campo giusprivatistico e volontà generale DUGUIT si sofferma a lungo in *The Law and the State. French and German doctrines*, Paris 1917, trad. it., a cura di V. RAPONE, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, Soveria Mannelli 2012, pp. 1-300.

presenza di un interesse di natura materiale, psicologica. Nella teoria di Jhering, in gioco non sarebbe tanto l'interesse dell'individuo, quanto, piuttosto, l'interesse di ordine generale che è quello proprio del legislatore, che ha conseguenze specifiche su alcuni soggetti determinati, ma solo di riflesso. Ora, sostenere che una norma sia editata dallo Stato sulla base del presupposto, di natura finzionistica, che questo scopo sia comune a quello della comunità politica di cui lo Stato è espressione, è certamente lecito: elemento formale ed elemento materiale tornano a contraddirsi, però, nella misura in cui gli elementi costitutivi a tutti gli effetti della volontà sono anche, al tempo stesso, gli elementi attraverso i quali, formalisticamente, si deve provare la legittimità dell'interesse da proteggere. Più in generale, sostenere è lo scopo ad essere determinante, vuol dire porre nuovamente al centro dell'attenzione l'elemento fondante della volontà dell'ordinamento giuridico quale cardine, ritornando in questo modo alla dottrina di Windscheid, da cui, in sostanza, non riesce ad allontanarsi più di tanto<sup>23</sup>. Ora, la dottrina tedesca manifesta una tendenza, che sarà poi recepita dalla manualistica, a differenziare l'interesse legittimo, semplicemente garantito dall'ordinamento, dal diritto soggettivo, che invece si rivela in rapporto all'espressione di volontà del soggetto, sempre sulla base di un fondamento claudicante, che è quello della volontà dell'ordinamento quale espressione, a sua volta, della volontà generale. In questo senso, rece-

<sup>23</sup> Un'analisi compiuta della posizione di Jhering, assimilata in definitiva a quella di Windscheid, è quella di CESARINI SFORZA, per il quale (*Il diritto soggettivo*, cit., p. 208): "Alla stessa conclusione si arriva quando, per dare al diritto soggettivo un contenuto, si mette in rilievo l'elemento dell'interesse e si vede nel diritto soggettivo, seguendo Jhering, un interesse tutelato giuridicamente. A questa concezione si obietta, com'è noto, che la sostanza del diritto non sta nell'interesse, ma nelle pretese concesse dall'ordinamento giuridico a tutela di questo; altrimenti detto, "nella definizione del diritto non entra lo scopo, in grazia del quale esso è concesso (Windscheid)".

presenza di un interesse di natura materiale, psicologica. Nella teoria di Jhering, in gioco non sarebbe tanto l'interesse dell'individuo, quanto, piuttosto, l'interesse di ordine generale che è quello proprio del legislatore, che ha conseguenze specifiche su alcuni soggetti determinati, ma solo di riflesso. Ora, sostenere che una norma sia edittata dallo Stato sulla base del presupposto, di natura finzionistica, che questo scopo sia comune a quello della comunità politica di cui lo Stato è espressione, è certamente lecito: elemento formale ed elemento materiale tornano a contraddirsi, però, nella misura in cui gli elementi costitutivi a tutti gli effetti della volontà sono anche, al tempo stesso, gli elementi attraverso i quali, formalisticamente, si deve provare la legittimità dell'interesse da proteggere. Più in generale, sostenere è lo scopo ad essere determinante, vuol dire porre nuovamente al centro dell'attenzione l'elemento fondante della volontà dell'ordinamento giuridico quale cardine, ritornando in questo modo alla dottrina di Windscheid, da cui, in sostanza, non riesce ad allontanarsi più di tanto<sup>23</sup>. Ora, la dottrina tedesca manifesta una tendenza, che sarà poi recepita dalla manualistica, a differenziare l'interesse legittimo, semplicemente garantito dall'ordinamento, dal diritto soggettivo, che invece si rivela in rapporto all'espressione di volontà del soggetto, sempre sulla base di un fondamento claudicante, che è quello della volontà dell'ordinamento quale espressione, a sua volta, della volontà generale. In questo senso, rece-

<sup>23</sup> Un'analisi compiuta della posizione di Jhering, assimilata in definitiva a quella di Windscheid, è quella di CESARINI SFORZA, per il quale (*Il diritto soggettivo*, cit., p. 208): "Alla stessa conclusione si arriva quando, per dare al diritto soggettivo un contenuto, si mette in rilievo l'elemento dell'interesse e si vede nel diritto soggettivo, seguendo Jhering, un interesse tutelato giuridicamente. A questa concezione si obietta, com'è noto, che la sostanza del diritto non sta nell'interesse, ma nelle pretese concesse dall'ordinamento giuridico a tutela di questo; altrimenti detto, "nella definizione del diritto non entra lo scopo, in grazia del quale esso è concesso (Windscheid)".

pendo le critiche antiformalistiche alla dottrina dei diritti soggettivi, di cui in un certo senso si fa paladino lo stesso Jhering nel suo testo ultimo, anch'esso incompleto, dedicato allo elemento finalistico nel diritto, allo scopo<sup>24</sup>, in Germania e in Francia si sviluppa un approccio, i cui principali esponenti sono Bekker<sup>25</sup> e Michoud, nel cui ambito a prevalere è la combinazione tra l'elemento della volontà e quello dell'interesse: l'approccio sviluppato da Bekker e Michoud rimane circoscritto a questi elementi, combinandoli. In questo modo, però, si finisce per cadere nel perimetro disegnato dalla critica realista, di cui entrambi gli elementi sono oggetto: siamo all'interno di un approccio segnato dal soggettivismo, il cui principale esponente è Jellinek, che tenta, sulla medesima base, un superamento dei limiti disciplinari del diritto pubblico e del diritto privato, elaborando una teoria per svariati versi originale, quella dei c.d. diritti pubblici soggettivi.

Jellinek

Per il giuspubblicista tedesco, di individualismo giuridico non possiamo parlare nello stesso senso dei giusnaturalisti e di Rousseau, contro i quali si mette in polemica.

Per il giuspubblicista tedesco, infatti, dalla dottrina individualista consegue logicamente la fine del diritto pubblico, laddove invece, più propriamente, l'elemento soggettivo del diritto trova la sua ragion d'essere nell'elemento oggettivo, nell'ordinamento giuridico concepito in senso oggettivo<sup>26</sup>. Allo stesso tempo, però,

<sup>24</sup> Cfr. Rudolph VON JHERING, *Der Zweck im Recht* (1893-98), trad. it., *Lo scopo nel diritto*, a cura di M. G. LOSANO, Torino 1972, pp. 17 ss.

<sup>25</sup> Cfr. BEKKER, *Zur Lehre von Rechtssubjekt*, in "Jahrbücher für die Dogmatik", Jena, XII, 1873, p. 1 e ss. Per una panoramica generale sull'argomento, si veda, inoltre, Bernatzik, *Kritische Studien über die Begriff der juristischen Personen*, in "Archiv des öffentlichen Rechts", V, 1890, p. 169 e ss.

<sup>26</sup> "È solo in virtù dell'elemento oggettivo dell'ordinamento che l'uomo è stato considerato, più che un essere naturale in quanto tale, un oggetto dell'ordinamento giuridico. Concepire il diritto soggettivo come elemento primario del diritto, è confondere fatto e

se il diritto soggettivo è una creazione dell'ordinamento oggettivo, quest'ultimo risulta rigidamente identificato con lo Stato: in questo senso, è vero che, per Jellinek, di diritto oggettivo è giusto parlare, esclusivamente, nel senso di una regola formulata dallo Stato, regola da applicarsi successivamente a dei soggetti, in funzione della loro espressione di volontà. Ogni regola di diritto è norma intesa in rapporto alla volontà, e il diritto oggettivo consta di una norma, di una regola di diritto, tale da regolare i rapporti e la gerarchia tra le volontà, definendone le modalità di reciproca interazione, e, perciò, limitazione. Trattandosi di limitazione reciproca, quest'ultima non può che essere imposta nell'ottica di una concezione del diritto fondata sulla volontà da una norma espressione, a sua volta, di una volontà superiore, in grado di imporsi ad altre volontà. Può imporsi, cioè, legittimandosi in nome di questa stessa limitazione, che si materializza a partire da una norma superiore: il diritto soggettivo dell'individuo, al pari di quello dello Stato, seppur in scala ridotta, si configurerebbero alla stregua di un poter-volere, conferito ad una determinata volontà dall'ordinamento oggettivo identificato con lo Stato, e in virtù di tale identificazione, in gradi di imporsi ad altre volontà. In questo senso, Jellinek e Windscheid, non sono, nella lettura che ne dà Duguit, poi tanto lontani: il cerchio delle critiche al soggettivismo, così, sembra chiudersi.

Al termine di questa disamina ci sembra di poter evidenziare due risultati: da un lato, tutte le situazioni giuridiche sono determinate oggettivamente come semplici 'situazioni', cioè, che il soggetto di diritto, il singolo individuo nella concreta, personale manifestazione della sua volontà, non gode pertanto di una posizione

diritto, come se derivando da questo la norma si potesse applicare a momenti quali il suo riconoscimento e la sua protezione", G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 8.

Il termine  
persona fisica

'originaria' nei confronti dell'ordinamento, essendo, piuttosto, un effetto del diritto oggettivo.

Come pertinentemente evidenziato, il termine "persona fisica" contiene una *contradictio in adjecto*<sup>27</sup>: nel quadro definito dal primato dell'ordinamento oggettivo, non è errato sostenere che l'imperativo e il comando, posto in essere dal soggetto di diritto inteso come volontà, è un'azione solo in potenza, ossia è solo una pretesa, che diventerà atto nel quadro di legittimazione dell'ordinamento oggettivo, se e solo se sarà voluta realmente da colui e da coloro ai quali questa volontà è diretta, nella forma del comando o dell'imperativo. Ma non esiste una volontà che, in sé, può essere considerata giuridica, e, quindi tale da imporsi necessariamente ad altre volontà, così come non si può considerare la semplice pretesa come l'effetto di un diritto soggettivo, dato per supposto il soggetto di diritto: questo il nocciolo concettuale della critica duguista<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Lo evidenzia con dovizia di argomentazioni lo stesso JELLINEK, per il quale (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 32): "La espressione: "persona fisica" contiene una *contradictio in adjecto*: fisicamente può esistere soltanto una sostanza, o una funzione di essa, mentre la persona è una relazione astratta che esiste solo psicologicamente. Il concetto di *personalità* presuppone perciò una pluralità di uomini, che stiano in costante relazione fra loro. E siffatta costanza deve essere garantita mediante uno stabile ordinamento giuridico, anch'esso creato dagli uomini. Ora, è questo ordinamento che produce la unione dei partecipanti al diritto nel significato innanzi esposto. La personalità giuridica non costituisce pertanto il fondamento, ma il risultato della società giuridica". Richiama questa definizione di Jellinek lo stesso Kelsen, per il quale (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., di R. TREVES, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, p. 87): "La "persona fisica" non è l'uomo come sostiene la dottrina tradizionale. L'uomo non è un concetto giuridico, ma un concetto biologico-psicologico, non esprime nessuna unità data per il diritto o per la conoscenza del diritto, perché il diritto non comprende l'uomo nella sua totalità con tutte le sue funzioni spirituali e corporali, ma qualifica come obblighi o autorizzazioni atti umani ben determinati". Per una ricostruzione delle coordinate filosofico-giuridiche della categoria di persona, si rimanda all'esauritivo contributo di F. RICCOBONO, *L'enigmatico concetto di "persona giuridica"*, in "Parolechiave", 10/11, 1996, *Persona*, pp. 85-107.

<sup>28</sup> In questo senso, soggetto di diritto e diritto soggettivo potrebbero essere ascritti alla kantiana sintesi *a priori*,

3. *Socialismo, pluralismo, realismo giuridico. La critica delle categorie di soggetto di diritto e di diritto soggettivo*

Affrontare la questione della demistificazione della nozione di diritto soggettivo operata da Duguit vuol dire riconoscere che la sua critica verte in modo principale sulla nozione tradizionale di diritto soggettivo come espressione della volontà del soggetto di diritto in grado di veicolare la subordinazione delle volontà di altri soggetti di diritto, essendo la volontà in sé un'entità concettuale non in grado di strutturare una gerarchia di posizioni. Scrive Duguit: "Ora, riguardo la regola di diritto normativa, non si comprende come a profitto dell'individuo si configuri un diritto soggettivo, più che non una semplice obbligazione soggettiva. L'esistenza di un diritto soggettivo implica una subordinazione tra volontà, una superiorità di una volontà su un'altra, un reale potere di un individuo su di un altro individuo. Essa implica un certo carattere, in grado di affettare l'essenza intima della volontà"<sup>29</sup>. Si tratta della versione della nozione di diritto soggettivo a quella di dovere, già preconizzata da Augusto Comte in tutta la sua opera: il diritto dell'uomo è considerato agli occhi della sociologia positivista come un residuo dell'epoca teologico-metafisica, di cui lo Stato sarebbe espressione immanentizzata<sup>30</sup>. L'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, al contrario, si costituisce come un criterio autoevidente, in grado di determinare la situazione normativa dell'individuo sia nella sua posizione di soggetto attivo, tanto in quella di soggetto passivo, così

che comunque si situa "al di qua" di ogni esperienza possibile.

<sup>29</sup>L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, cit., pp. 217-218.

<sup>30</sup> "Non possono esistere diritti veri e propri se non sulla base di poteri normativi emananti da volontà soprannaturali: nello stato positivo, che non ammette siffatta titolarità celeste, l'idea di diritto sparisce in modo irrevocabile", A. COMTE, *Système de politique positive*, I, Paris 1912, p. 361.



3. *Socialismo, pluralismo, realismo giuridico.*  
*La critica delle categorie di soggetto di diritto e di diritto soggettivo*

Affrontare la questione della demistificazione della nozione di diritto soggettivo operata da Duguit vuol dire riconoscere che la sua critica verte in modo principale sulla nozione tradizionale di diritto soggettivo come espressione della volontà del soggetto di diritto in grado di veicolare la subordinazione delle volontà di altri soggetti di diritto, essendo la volontà in sé un'entità concettuale non in grado di strutturare una gerarchia di posizioni. Scrive Duguit: "Ora, riguardo la regola di diritto normativa, non si comprende come a profitto dell'individuo si configuri un diritto soggettivo, più che non una semplice obbligazione soggettiva. L'esistenza di un diritto soggettivo implica una subordinazione tra volontà, una superiorità di una volontà su un'altra, un reale potere di un individuo su di un altro individuo. Essa implica un certo carattere, in grado di affettare l'essenza intima della volontà"<sup>29</sup>. Si tratta della versione della nozione di diritto soggettivo a quella di dovere, già preconizzata da Augusto Comte in tutta la sua opera: il diritto dell'uomo è considerato agli occhi della sociologia positivista come un residuo dell'epoca teologico-metafisica, di cui lo Stato sarebbe espressione immanentizzata<sup>30</sup>. L'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, al contrario, si costituisce come un criterio autoevidente, in grado di determinare la situazione normativa dell'individuo sia nella sua posizione di soggetto attivo, tanto in quella di soggetto passivo, così

che comunque si situa "al di qua" di ogni esperienza possibile.

<sup>29</sup>L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, cit., pp. 217-218.

<sup>30</sup>"Non possono esistere diritti veri e propri se non sulla base di poteri normativi emananti da volontà soprannaturali: nello stato positivo, che non ammette siffatta titolarità celeste, l'idea di diritto sparisce in modo irrevocabile", A. COMTE, *Système de politique positive*, I, Paris 1912, p. 361.

Il naufragio  
 della teoria del  
 diritto soggettivo

che non si danno, nel gruppo sociale di riferimento, posizioni giuridiche, diritti soggettivi, che possono essere fatti valere a prescindere, se non contro lo statuto di positività della norma sociale. Ora, se la volontà non può costituire il *pivot* di una teoria del diritto soggettivo è perché solo un criterio ad essa trascendente può ordinarle gerarchicamente: le aporie nelle quali si involgono tutti gli approcci che tentano di fondare posizioni soggettive (sia di diritto pubblico che di diritto privato) sulla volontà, sono da collegarsi al fatto che non esiste un criterio che può qualificare la volontà stessa dall'interno. Le volontà possono essere gerarchizzate in quanto tali solo da un criterio di natura trascendente, mentre, nella vita sociale, sono ordinate sulla base dell'ordinamento oggettivo: è questo il senso, da un lato, del naufragio della teoria del diritto soggettivo in quanto espressione della volontà, dall'altro del tentativo di emendazione critica che, come si è visto, muove da Jhering sulla base della categoria di interesse. Il punto di vista di Duguit è così riassunto: "In un gruppo sociale umano, noi non percepiamo se non delle volontà individuali tutte uguali. Non si vede, non si può concepire quale elemento d'ordine positivo costituire una gerarchia delle volontà, in grado di consentirgli d'imporre la propria volontà ad uno o a molti altri"<sup>31</sup>. Conseguenza di tutto ciò è che, come già anticipato in precedenza, al livello di quelle che il giuspubblicista bordolese definisce "regole normative", non è possibile alcuna titolarità di un diritto che voglia dirsi soggettivo. È altrettanto evidente che gli obblighi imposti dalla regola sociale si traducono in vantaggi per altri, per cui possiamo, in effetti, giungere a sostenere che, dall'obbligo di non uccidere, di rispettare la proprietà altrui, di favorire l'iniziativa economica nei termini in cui il rispetto del

<sup>31</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, cit., p. 218.

vincolo solidaristico lo consente, dall'obbligo, ancora, di prestare assistenza ai bisognosi, non possono che derivare posizioni 'attive' di altri, che però non possono in nessun modo esser considerati dei veri e propri diritti soggettivi.

In altri termini, non diremo mai che ho un diritto alla vita, alla proprietà privata, all'iniziativa economica, all'assistenza ma che vi è un obbligo in capo ad altri di rispettare la vita, di non ledere la proprietà, di non impedire la libera iniziativa economica, che sono obblighi, per così dire, negativi, laddove, nel caso dell'obbligo di assistenza, siamo di fronte ad una prestazione positiva. Così: "Allo stesso modo che l'individuo dal punto di vista passivo è inquadrato nei legami della disciplina sociale, che gli impone oggettivamente determinati atti o determinate astensioni, allo stesso modo è inquadrato dal punto di vista attivo; la situazione degli individui deriva direttamente dall'applicazione stessa della norma giuridica. Situazione generale e permanente così come il diritto oggettivo del gruppo, essa varia con lui; è una situazione obiettiva, perché è la norma stessa, considerata nella sua applicazione agli individui"<sup>32</sup>.

Un'altra questione importante da definire nell'economia concettuale di questo discorso riguarda la posizione delle norme economiche e morali in rapporto ad un diritto soggettivo, di cui si è negata la possibile definizione in rapporto alle norme giuridiche: il discorso di Duguit, sul punto, è del tutto consequenziale. È chiaro che le norme economiche o morali non sono in grado di far nascere diritti soggettivi più delle stesse norme giuridiche, dal momento che l'elemento che le differenzia da queste è la mancanza di formalizzazione. Tanto, però, la formalizzazione della sanzione, quanto la presenza della coazione, non possono che costituire un'entità situa-

<sup>32</sup> Ivi, p. 219.

ta al livello di quello che, ad ogni piè sospinto, viene definito "diritto oggettivo". Nell'ottica del giuspubblicista, la preminenza è data sempre all'elemento materiale, di fronte al quale la forma è in una posizione 'ancillare', di riconoscimento di una formalizzazione già esistente. Non è il momento sanzionatorio a conferire validità ed effettività al diritto, né si può dire che il diritto soggettivo nasca dalla forza, ovvero, dalla coscienza che la forza deve essere impiegata al fine di sanzionare una determinata regola. Pensarlo, sarebbe in sé contraddittorio: se il diritto soggettivo esiste, non è la norma nel suo processo di formalizzazione che può crearlo, e quindi lo stesso impiego della forza non può essere che accessorio.

#### Duguit

Duguit tiene dunque la critica della nozione di diritto soggettivo nell'ambito di una rigida tensione positiva, tesa alla negazione di ogni elemento sovrasensibile nella definizione di quelli che ritiene gli elementi strutturali del diritto.

L'apologia dell'elemento volitivo, propria dell'idealismo, gli sembra infondata e, soprattutto, infondabile senza il ricorso ad un elemento sovrasensibile.

Fondare positivamente la scienza del diritto vuol dire, per il giuspubblicista di Bordeaux, porre la scienza giuridica sul terreno dell'ordinamento oggettivo, interpretato come ordinamento sociale, nonché ripensare in quest'ottica in nesso Stato-società. Asserita l'indimostrabilità 'umana', vale a dire scientifica, dell'autosufficienza teorica del diritto soggettivo, nonché della possibilità di derivare l'ordinamento oggettivo da quello soggettivo, Duguit può, con tutto rigore, dichiarare il diritto soggettivo una pura creazione spirituale<sup>33</sup>. Diverso invece il discorso al livello delle c.d. regole costruttive: premesso che la norma giuridica esiste, sempre, in quanto

supportata da elementi materiali, di cui la sanzione è parte importante, e che la norma stessa, considerata a prescindere dalla sanzione, è in sé anch'essa una chimera, un elemento che non è esagerato definire "puramente spirituale", il problema del diritto soggettivo si articola rispetto al seguente interrogativo: quando e in che modalità è possibile parlare di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto? L'eventualità del suo riconoscimento andrebbe affermata allorquando una regola costruttiva di diritto concede al singolo la possibilità di intraprendere un'azione per rivendicare quella che in italiano si definisce *pretesa*, in tedesco *Anspruch*, e che il francese non riesce a rendere perfettamente con *prétention*, termine che ha un'altra sfumatura semantica. In questo caso, è possibile chiedersi con Duguit, si dirà che chi ha (astrattamente) questa possibilità è per questo stesso fatto titolare di un diritto soggettivo? Quando, nell'inoltrare una *pretesa*, il soggetto chiede il rispetto di un diritto che si ritiene acquisito *a priori*, e quando, invece, si tratta di una semplice aspettativa, la cui fondatezza si rivelerà solo nel corso del procedimento, ossia, nel corso dell'azione concreta? È altresì chiaro che non esiste una risposta univoca a questa domanda: innanzitutto, quelle che sono le coordinate della questione variano completamente se noi ci situiamo nell'*a priori* o nell'*a posteriori*. È chiaro che nella prospettiva di Duguit di diritto soggettivo non si può parlare nel senso dell'*a priori*: ci si troverebbe, infatti, nella necessità di dover definire la *quidditas* che muove l'azione del soggetto nella sua rivendicazione. Nel secondo, se l'ordinamento inteso come procedimento dà ragione al soggetto, validando la sua *pretesa*, si dirà che essa era fondata. Purtuttavia, resta da chiedersi se è da ritenersi tale sulla base di un diritto soggettivo che è a tutti gli effetti l'attributo di quella sostanza che è il soggetto di

<sup>33</sup> "[...] il diritto soggettivo è una chimera. Il diritto soggettivo non esiste", *ivi*, p. 221.



supportata da elementi materiali, di cui la sanzione è parte importante, e che la norma stessa, considerata a prescindere dalla sanzione, è in sé anch'essa una chimera, un elemento che non è esagerato definire "puramente spirituale", il problema del diritto soggettivo si articola rispetto al seguente interrogativo: quando e in che modalità è possibile parlare di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto? L'eventualità del suo riconoscimento andrebbe affermata allorché una regola costruttiva di diritto concede al singolo la possibilità di intraprendere un'azione per rivendicare quella che in italiano si definisce *pretesa*, in tedesco *Anspruch*, e che il francese non riesce a rendere perfettamente con *prétention*, termine che ha un'altra sfumatura semantica. In questo caso, è possibile chiedersi con Duguit, si dirà che chi ha (astrattamente) questa possibilità è per questo stesso fatto titolare di un diritto soggettivo? Quando, nell'inoltrare una *pretesa*, il soggetto chiede il rispetto di un diritto che si ritiene acquisito *a priori*, e quando, invece, si tratta di una semplice aspettativa, la cui fondatezza si rivelerà solo nel corso del procedimento, ossia, nel corso dell'azione concreta? È altresì chiaro che non esiste una risposta univoca a questa domanda: innanzitutto, quelle che sono le coordinate della questione variano completamente se noi ci situiamo nell'*a priori* o nell'*a posteriori*. È chiaro che nella prospettiva di Duguit di diritto soggettivo non si può parlare nel senso dell'*a priori*: ci si troverebbe, infatti, nella necessità di dover definire la *quidditas* che muove l'azione del soggetto nella sua rivendicazione. Nel secondo, se l'ordinamento inteso come procedimento dà ragione al soggetto, validando la sua *pretesa*, si dirà che essa era fondata. Purtuttavia, resta da chiedersi se è da ritenersi tale sulla base di un diritto soggettivo che è a tutti gli effetti l'attributo di quella sostanza che è il soggetto di

diritto. Stando ai fatti, si dirà solo che era legittima, ma la sua effettività deriva dagli effetti del procedimento posto in essere dal soggetto. Notiamo, per inciso, che è sempre possibile anche da premesse *a priori* descrivere con esattezza il procedimento: si dirà che, se quest'ultimo darà ragione al soggetto, si può parlare di diritto soggettivo. Si tratta di un buon esempio di come il sistema formalistico si traduca in 'volgare' materialismo: se il diritto soggettivo sarà sempre rispettato e fatto valere in giudizio, sarà quest'ultimo a confermarne l'esistenza, quasi come se il giudizio fosse applicazione meccanica della legge e anche il giudice non fosse un soggetto dotato di volontà propria. La posizione di Duguit sul punto è chiara: "Per dimostrare che l'intrapresa di un'azione non implichi, per se stessa, l'esistenza di un diritto soggettivo, è necessario anzitutto far osservare che i difensori più convinti e più ardenti del diritto soggettivo non sono unanimi nel riconoscere che vi sono casi assai numerosi in cui l'intrapresa di un'azione giuridica non implichi l'esistenza di un diritto soggettivo, e che in questo caso si presenta solo quello che i giuristi tedeschi chiamano dei *riflessi* del diritto oggettivo, laddove la maggior parte dei civilisti francesi parla solo di semplici aspettative, che essi oppongono ai diritti acquisiti"<sup>34</sup>.

Ora, il fatto che questo problema abbia generato dispute che non hanno portato a nessuna conclusione convincente costituisce agli occhi del giuspubblista borlese la prova migliore della necessità scartare la nozione di diritto soggettivo, ai fini dell'esatta ricostruzione del fenomeno da inquadrare teoricamente.

La questione offre notevoli spunti di riflessione: solo la presupposizione della personalità giuridica dello Stato riesce a rendere possibile la differenza tra diritti

soggettivi e semplici aspettative, senza che i tentativi di classificazione non scadano in un mero catalogo non criticamente orientato: quando questa presupposizione viene meno, la differenza non riesce più a definirsi. Qualora invece si dovesse mantenere la personalità giuridica quale presupposizione teorica, la differenza tra diritti soggettivi e semplici aspettative si tiene, ma è la realtà che sconfirma, a monte, questa presupposizione.

Se i teorici sono generalmente d'accordo nell'affermare che "lo *status* dei soggetti costituisce in primo luogo un diritto acquisito e che, conseguentemente, una legge successivamente promulgata non può modificare lo *status* conferito da una legge anteriore"<sup>35</sup>, l'esperienza mostra che, al contrario, le leggi modificano la situazione giuridica dei soggetti, situazione definita da una legge precedente.

Per Duguit la volontà resta un'entità empirica, e il movimento di trasvalutazione in entità razionale reperibile sull'asse Rousseau-Kant<sup>36</sup>, dirimente tanto per le sue conseguenze in diritto privato, quanto in diritto pubblico, non sarebbe il prodotto di una reale fondazione scientifica. Questo vuol dire che nessuna volontà, nessun interesse può imporsi come 'assoluto', ossia sciolto da quel connotato empirico che lo caratterizza: in definitiva, entità come soggetto di diritto, diritto soggettivo, volontà generale, interesse gene-

<sup>35</sup> Ivi, p. 228.

<sup>36</sup> È George Jellinek che evidenzia, con grande pertinenza e rigore concettuale, la misura in cui la concezione hegeliana del diritto come espressione della volontà sia debitrice a ROUSSEAU, nonostante le critiche mosse alla nozione di "volontà generale" dal filosofo di Stoccarda; così (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 46): "La filosofia di Hegel concepisce il diritto come volontà: cioè a dire, il diritto obbiettivo, sviluppando evidentemente il pensiero di Rousseau, come volontà generale, il diritto subiettivo, come manifestazione della potestà di volere (*Willensmacht*) dell'individuo. In relazione a questa dottrina, è stata formulata una definizione del diritto subiettivo, la quale, allo scopo di mettere in evidenza la esistenza della libera volontà, designa il diritto stesso come una facoltà di volere (*Wollendürfen*), come un'autorità di volere (*Willensherrschaft*), o come una potestà di volere (*Willensmacht*)".

<sup>34</sup> Ivi, p. 226.

## La volontà generale

rale, restano confinate in un ambito che non è errato ascrivere alla metafisica, oggetto di fede. Non senza il sospetto che veicolino un'indebita, e per questo ideologica, trasposizione dell'interesse o della volontà particolare in volontà razionale, presupposta potersi imporre ad altre volontà, la cui opposizione attesterebbe del loro statuto empirico. In questa prospettiva diventa legittimo imporre la volontà generale alla nazione, nella stessa misura in cui è legittimo imporre al trasgressore la legge: chi si oppone alla volontà che si erge al rango di legge, lo fa, necessariamente, in nome di un impulso che non si è trasvalutato, che non si è elevato al rango di entità razionale, permanendo al livello del semplice appetito sensibile. Al tempo stesso, è considerata del tutto incongrua l'estensione della struttura concettuale del soggetto di diritto individuale alle realtà collettive e sociali: l'idea che queste ultime possano essere depositarie di una volontà qualitativamente superiore a quella dei consociati riposa essa stessa su una considerazione logico-metafisica della volontà, le cui assise sono rinvenute nel bisogno, "umano troppo umano" di puntellare l'esperienza non entità logico-trascendentali<sup>37</sup>.

La personalità degli enti collettivi, intesa come qualitativamente superiore alla somma delle parti, è negata, entità come volontà generale, nazione, popolo, sono ricondotte alla dinamica delle semplici volontà individuali che, empiricamente, le costituiscono. È questa la problematica definizione di un socialismo installato sul metodo, che destituisce di valore le realtà collettive, ove ritenute normativamente autonome, sulla base di processi astrattivi, nonché dal sostrato che le costituisce: è questo il contributo essenziale che Duguit offre alla cultura politica, nella misura in cui mostra l'equivocità dell'assunzione

<sup>37</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, cit., p. 10.

della volontà di entità collettive, la cui funzione politica è 'solo' di celare il vuoto che si determina ogni qual volta si vuole procedere a definire il sistema politico a partire dalla sua presunta origine, ossia dalla sovranità.

## RIFERIMENTI

- Aa. Vv., *Autour de Léon Duguit*, a cura di F. MELLERAY, Bruxelles 2011.
- ARANGIO RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano 1951.
- ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, I, Milano 1951.
- BEKKER E. I., *Zur Lehre von Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen*, in "Jahrbücher für die Dogmatik", Jena, XII, 1873.
- BERNATZIK E., *Kritische Studien über die Begriff der juristischen Personen*, in: "Archiv des öffentlichen Rechts", V, 1888, pp. 205-20.
- BRETHER DE LA GRESSAYE J., *L'influence des idées du Doyen Duguit sur le droit privé*, in "Revue juridique et économique du Sud-Ouest", 1959.
- CESARINI-SFORZA W., *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano 1956.
- COMTE A., *Système de politique positive*, I, Paris 1912.
- D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in: *Studi in onore di Tullio Ascarelli*, Milano 1970.
- DABIN J., *Le droit subjectif* (1952), Paris 2007.
- DUGUIT L., *Traité de Droit Constitutionnel*, I, *La Règle de Droit; Le Problème de l'Etat*, Paris 1921.
- DUGUIT L., *The Law and the State. French and German doctrines*, Paris 1917, trad. it., a cura di V. RAPONE, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, Soveria Mannelli 2012.

della volontà di entità collettive, la cui funzione politica è 'solo' di celare il vuoto che si determina ogni qual volta si vuole procedere a definire il sistema politico a partire dalla sua presunta origine, ossia dalla sovranità.

## RIFERIMENTI

- Aa. Vv., *Autour de Léon Duguit*, a cura di F. MELLERAY, Bruxelles 2011.
- ARANGIO RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano 1951.
- ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, I, Milano 1951.
- BEKKER E. I., *Zur Lehre von Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen*, in "Jahrbücher für die Dogmatik", Jena, XII, 1873.
- BERNATZIK E., *Kritische Studien über die Begriff der juristischen Personen*, in: "Archiv des öffentlichen Rechts", V, 1888, pp. 205-20.
- BRETHER DE LA GRESSAYE J., *L'influence des idées du Doyen Duguit sur le droit privé*, in "Revue juridique et économique du Sud-Ovest", 1959.
- CESARINI-SFORZA W., *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano 1956.
- COMTE A., *Système de politique positive*, I, Paris 1912.
- D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in: *Studi in onore di Tullio Ascarelli*, Milano 1970.
- DABIN J., *Le droit subjectif* (1952), Paris 2007.
- DUGUIT L., *Traité de Droit Constitutionnel*, I, *La Règle de Droit; Le Problème de l'Etat*, Paris 1921.
- DUGUIT L., *The Law and the State. French and German doctrines*, Paris 1917, trad. it., a cura di V. RAPONE, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, So-veria Mannelli 2012.

- GALGANO F., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in "Rivista di diritto civile", 1955.
- GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Paris 1899.
- GOROVTEFF M., *La lutte autour de la notion de sujet de droit*, in "Revue trim. de droit civil", 1926-27.
- GROZIO U., *De jure belli ac pacis*, I, I, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e libro primo*, a cura di F. ARICI e F. TODESCAN, con Introduzione di G. FASSÒ, Padova 2010.
- IONESCU O., *Léon Duguit et le droit subjectif*, in "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique", 1932, pp. 269-77.
- JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1905), trad. it., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca, con note di G. VITAGLIANO e Prefazione di V. E. ORLANDO, Milano 1912;
- VON JHERING R., *Der Zweck im Recht* (1893-98), trad. it., *Lo scopo nel diritto*, a cura di M. G. LOSANO, Torino 1972.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in*

- die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., di R. TREVES, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952.
- LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996.
- MICHOUD L., *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris 1906.
- MORIN G., *L'œuvre de Duguit et le droit privé*, in "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique", 1932, pp. 153-62.
- RAPONE V., *Der Zweckbegriff im Werk Rudolf von Jherings*, in "Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte", Vol. 13, Issue 1, Berlin 2012, pp. 140-165.
- RESCIGNO P., *Persona e comunità*, Bologna 1966.
- RICCOBONO F., *L'enigmatico concetto di "persona giuridica"*, in "Parolechiave", 10/11, 1996, *Persona*, pp. 85-107.
- SALEILLES R., *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris 1910.
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, VIII ed., I, Frankfurt am Main 1900.

## L'eterno ritorno dell'uguale come possibile rinascita dell'uomo



**Laura Zavatta**  
 Università degli Studi  
 del Sannio  
 laurazavatta@libero.it

*Laura Zavatta*

Civiltà  
 superiore

## ABSTRACT

Avvalendosi spesso dell'aiuto di una religione utilizzata oltraggiando la valenza pura e idealizzante del suo Fondatore ad un uso e consumo più opportunistici, e facendone un credo che appaga e lusinga "i desideri più sublimi degli animali del gregge", la morale - secondo Nietzsche - si fa strada anche nelle istituzioni politiche, giuridiche e sociali con espressioni sempre più visibili. Essa giunge ad ispirare ipocritamente, sulla carta ma non in realtà, i principi delle carte Costituzionali, ponendosi alla base degli ordinamenti giuridici delle nostre Nazioni. Tuttavia, specie nella cosiddetta "civiltà superiore" assistiamo a forme spiritualizzate di crudeltà, che incidono notevolmente sull'organizzazione della vita sociale, politica e giuridica dei popoli, e che identifica nelle anime il suo oggetto, sebbene non perda mai completamente il suo riferimento ai corpi.

Often availing itself of the help of a religion used by outraging the pure and idealizing value of its Founder, for a more opportunistic use and consumption, and making it a creed that satisfies and flatters "the most sublime desires of the animals of the herd", morality - according to Nietzsche - also makes its way into political, juridical and social institutions with increasingly visible expressions. It comes to inspire hypocritically, on paper but not in reality, the principles of the Constitutional Charters, placing itself at the base of the legal systems of our Nations. However, especially in the so-called "higher civilization" we witness spiritualized forms of

cruelty, which greatly affect the organization of the social, political and legal life of peoples, and which identifies in souls its object, although it never completely loses its reference to the body of men.

PAROLE CHIAVE  
 KEYWORDS

Morale, Diritto, Morale del gregge, Crudeltà spiritualizzata, Istituzioni giuridiche politiche  
 Morality, Law, Herd morality, Spiritualized cruelty, Political legal institutions

1. *Noi stanchi dell'uomo*

Le originali argomentazioni delle opere di Nietzsche - specie quelle della maturità - inducono a riflettere, sollecitati dalla straordinaria sensibilità del filosofo di Röcken, sulla necessità di sconvolgere e smantellare lo spirito moralistico della civiltà occidentale, incline ad emettere con troppa facilità nei confronti dei suoi membri e di quelli di altre civiltà, giudizi e severe condanne. Nell'annunciare accuratamente questa urgenza, Nietzsche - sebbene non gli risparmi critiche - si riavvicina a Schopenhauer, nonostante del filosofo di Danzica non condivida il pessimismo, definendolo "il mio grande maestro", poiché si accorge di come sia incontestabile il legame della "volontà di potenza" con la sua "volontà di vivere". Si tratta di una spinta irrazionale, vitale e potente, che entrambi i pensatori riconoscono nell'uomo, ma che Schopenhauer rifiuta e