



Data di pubblicazione: 22 dicembre 2015

## Gerhart Husserl in America Riflessioni on Justice

di

Luigi Di Santo\*

SOMMARIO: 1. Il problema della giustizia. 2. Giustizia e Diritto.

### 1. Il problema della giustizia

L'esigenza di allargare la sua riflessione su temi politici a partire da una lettura del diritto in chiave fenomenologica segna l'esperienza americana di Gerhart Husserl. In tal senso, per Cristin "la fenomenologia si mostra come filosofia delle società liberaldemocratiche occidentali. Da un lato, in base alle proprie premesse teoriche: la liberazione ai pregiudizi, la libertà della ricerca, l'inalienabilità della sfera individuale, la subordinazione dell'azione dello Stato all'esigenza della libertà individuale. Tutto ciò non può non confluire nella struttura sociale delle liberaldemocrazie. Dall'altro lato, [...] il bisogno di diritto, di libertà e di democrazia"<sup>1</sup>. Nei saggi che andremo ad analizzare pubblicati su *Ethics*, nelle sue varie incarnazioni<sup>2</sup>, Gerhart Husserl si confronta con questioni dalla forte apertura etica, con le sue convinzioni culturali con le quali si era formato in Germania ma con un afflato decisamente 'universale' teso a lasciare un messaggio di speranza attraverso la comprensione del ruolo del diritto nella storia della vicenda umana, nella ricerca di un dialogo serrato tra libertà e giustizia. Dal 1936 al 1942 Husserl pubblica su *Ethics* tre saggi *Justice, The political community versus the nation* e *Interpersonal and international reality. Some facts to remember for the remaking of international law*. Dal 1939 al 1944 pubblica diversi articoli sulla rivista *Virginia Law Review*. In più partecipa con un saggio *Men and law* al volume *Philosophical essays in memory of Edmund Husserl* curato da Marvin Farber e pubblicato con Harvard University Press, nel 1940.

---

\* Ricercatore confermato di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Economia e Giurisprudenza – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale

<sup>1</sup> R. Cristin, *Presentazione* in G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano 1998, p. XXII.

<sup>2</sup> La rivista più volte modificherà il nome non mutando la ragione culturale.

*Hominum causa ius constitutum est*. “Il diritto è costituito a causa degli uomini”. Questa sentenza del giurista romano Ermogeniano diventa per Gerhart Husserl, stella polare durante il suo soggiorno negli USA nel periodo della seconda guerra mondiale.<sup>3</sup> Egli specifica che “La legge è per gli uomini. Essa si propone per assicurare una vita sociale pacifica e armoniosa agli uomini liberi al fine di risolvere i conflitti tra gli uomini in accordo con lo *standard* di giustizia”.<sup>4</sup> Il saggio che ripercorreremo e discuteremo è *Justice*, comparso nel 1937 su *The International Journal of Ethics*.<sup>5</sup> Il saggio si apre con due citazioni in epigrafe di Aristotele e Kant. Non a caso, dato il forte richiamo etico presente in tutto il lavoro. Già dal primo rigo della prima parte, Gerhart Husserl mette a confronto *law* e *justice*, chiedendosi agostinianamente, *cosa è la giustizia*. Non ci sono risposte certe per cui è necessario indagare sulla sua struttura logica. Per la qual cosa sovviene l’*astrazione*. La giustizia è l’attributo di un atto. Quindi legata a ‘qualcosa’. Non vi è una giustizia *per sé*. Egli usa la formula ‘the sleep of just’ per sostenere che ‘il sonno non è giusto o ingiusto’ in quanto solo un atto positivo può essere descritto come giusto o ingiusto. Agire giustamente significa in ogni caso relazionarsi all’altro nella misura in cui si determina come terminale dell’azione intrapresa. E dato che all’atto sono riconosciuti vari attributi soprattutto per quanto concerne dati emozionali o sociali o connessi alla dimensione temporale, che implica in ogni caso più la giustezza che la giustizia, si tratta dunque di indagare sulla qualità dell’atto al fine di stabilire un criterio di giustizia. Agire in conformità della legge non significa necessariamente agire giustamente. La distinzione tra legalità e giustizia comincia a proporsi nella sua evidenza in polemica con il formalismo con il quale Gerhart Husserl aveva già ‘fatto i conti’ confrontandosi con altri esponenti della scuola fenomenologica negli anni ‘20 e ‘30, soprattutto con Reinach.<sup>6</sup> Infatti agire giustamente appartiene all’uomo giusto che forte di un’attitudine mentale non potrebbe che relazionarsi col mondo se non che in questo modo. I riferimenti filosofici proposti al fine di avanzare tale tesi sono in particolare il Cicerone di *De finibus malorum et bonorum* e l’*Etica Nicomachea* di Aristotele<sup>7</sup>. E nel definire ancora meglio il pensiero circa la volontà del legame

---

<sup>3</sup> G. Husserl, *Men and Law* in *Philosophical essays in memory of Edmund Husserl* (a cura di M. Farber), Harvard 1940, p. 263.

<sup>4</sup> Ivi.

<sup>5</sup> G. Husserl, *Justice* in « *The International Journal of Ethics* » volume XLVII - n.3, pp. 271-307, 1937. La traduzione dal tedesco all’inglese è della dott.ssa Angela Dazkow. Nello stesso numero è presente uno scritto di Talcott Parsons sull’educazione nelle professioni.

<sup>6</sup> Cfr. G. Stella, *I giuristi di Husserl. L’interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano 1990, pp.17-19.

<sup>7</sup> La giustizia viene discussa in un intero libro dell’*Etica Nicomachea*, il V. Scrive Berti che il concetto aristotelico di giustizia è più ampio di quello moderno, che nella «volontà di riconoscere e di rispettare il diritto di ognuno mediante l’attribuzione di quanto è dovuto»,

tra l'atto e il giusto come sintesi di ciò che definiamo *Justice*, Gerhart Husserl guarda alla *Repubblica* di Platone. Si capisce ancor più il richiamo platonico quando egli sente la necessità speculativa di definire cosa è 'attitudine'. L'attitudine non è uno stato psichico attraverso cui 'conservare' visioni preconfezionate della idea di giustizia ma ricercare il criterio valido attraverso cui determinare se un atto sia giusto o ingiusto. Il criterio deve essere universale.<sup>8</sup> Un atto può essere giusto se possiede il 'marchio' della *equality*. Il criterio da 'provare' scrive Gerhart Husserl potrebbe essere proprio l'uguaglianza. Ciò è decisivo nella impostazione del saggio su parametri antiformalistici. Per andare oltre il formalismo, la scienza giuridica deve essere ben ancorata alla realtà. Come scrive Husserl "solo l'uomo ha mondo"<sup>9</sup>. L'uguaglianza implica una relazione tra due soggetti e per stabilirne l'esistenza *serve un terzo* che si differenzia dal primo e dal secondo. Il procedimento di astrazione, richiamato all'inizio del saggio, comporta il mettere sullo stesso piano di uguaglianza i due soggetti dinanzi al *terzo* che agisce come *standard* di misura regolativa. La certezza del diritto si lega al principio di uguaglianza. Gerhart Husserl si chiede problematicamente se a fronte di tanti tipi di uguaglianza vi siano altrettanti standard di riferimento, per cui egli differenzia quattro *degrees of equality*. Se il primo grado si mantiene sulla generalità, il secondo riguarda il senso di omogeneità. In questo caso il *terzo* definisce il livello di omogeneità dinanzi ad appartenenze comuni nella differenza delle specifiche caratteristiche. E' il grado ulteriore che permette, attraverso la garanzia del *terzo*, di ricercare la vera essenza dei 'soggetti correlati' che Gerhart Husserl definisce 'essential equality'. Si potrebbe pensare dunque alla determinazione dell'*eidōs*. Quindi omogeneità e poi essenzialità. Per stabilire omogeneità è necessario dunque riguardare dapprima gli elementi di generalità attraverso caratterizzazioni morfologiche che rendano irrilevanti i tratti distintivi. In più, l'*essential equality* cerca di penetrare l'essenza del soggetto nel suo *eidōs*. Solo attraverso l'essere uguali è possibile scorgere la differenza che è essenza sostanziale. Il quarto grado. Omogeneità e uguaglianza essenziale sono

---

e che deriva dalla massima *unicuique suum tribuere*. Per Aristotele 'giustizia' è un termine che si dice in molti modi, ma in generale è una qualità che a che fare con il nostro comportamento nei rapporti interpersonali. Corrisponde quindi anche alle nostre nozioni di 'correttezza' e 'rettitudine'. Cfr. *Aristotele* (a cura di E. Berti), Roma- Bari 1997, p. 267.

<sup>8</sup> Scrive F. Adorno nell'introduzione alla *Repubblica* di Platone che " la *giustizia* non è nessuna delle singole virtù [...] ma è la virtù che rende virtuosa le altre virtù. Essa non è in sé, ma si realizza, di volta in volta nel «sapere», ossia nel sapere essere giustamente razionali, giustamente coraggiosi, giustamente temperanti; nel sapere essere giustamente filosofi, scienziati, difensori, tecnici, nel sapere come è bene attuare il proprio «mestiere». Cfr. Platone, *La Repubblica*, (introduzione di F. Adorno), Milano 1986, pp., XXXI-XXXII.

<sup>9</sup> G. Husserl, *Recht und Welt; rechtsphilosophische Abhandlungen*, Frankfurt am Main, 1964, p.67.

molto differenti. Nella sfera della seconda, Gerhart Husserl ricerca la similarità che è uguaglianza di quarto grado per la quale dietro le caratteristiche individuali possono essere individuate le qualità essenziali. La similarità ci permette di penetrare intuitivamente nell'essenza. Essa è legata strettamente alla realtà più di quanto accade per gli altri tre gradi decritti. Sono rispettati i caratteri dei soggetti in confronto, ciò significa che i soggetti sono entrambi portatori di *essential quality* ma andando oltre. Gerhart Husserl, giunto a questo punto, secondo gli schemi della riduzione fenomenologica, individua il successivo passo logico, dopo aver illustrato i gradi dell'*equality*, che è 'tornare al punto di partenza' dove sono ferme le individualità dei soggetti correlati. Ciò non per 'tornare indietro' ma per compiere il percorso del procedimento mentale che porterà alla concreta manifestazione dell'essenza condivisa dai soggetti correlati e riconosciuti come simili ma allo stesso tempo distinti. Ci sono molti tipi di similarità ma ciò che urge per Husserl è la percezione che permette lo svelamento dell'essenza comune. L'essenza dell'atto giusto è l'uguaglianza. L'attitudine mentale del giusto di cui si diceva all'inizio, spinge l'uomo verso l'uguaglianza dato che se vi sono vari atti giusti sono definibili in tal senso per via della comune *equality*. L'eguaglianza che inerisce il giusto atto è una eguaglianza che si instaura tra *persone*. Il tema della persona tornerà spesso nella speculazione di Gerhart Husserl negli anni a venire. Basti pensare per ora che su questo *focus* egli costruirà quella visione politica liberale avanzata che, in special modo al suo ritorno in Germania, contribuirà a rafforzare quel concetto di comunità caro alla sociologia giuridica e politica tedesca. L'attitudine mentale – continua Gerhart Husserl – è una espressione della personalità. La Giustizia si presenta dunque come una specifica attitudine del soggetto agente così come lo è l'uguaglianza. In questa direzione, il giurista tedesco si interroga sulla soggettività, nella misura in cui il criterio di *equality* coinvolga solo una singola persona. Ma ciò non è sufficiente in quanto bisogna tener conto della centralità della relazione. Gerhart Husserl richiama le parole di Seneca che nel *De beneficiis* sostiene l'impossibilità del parlare di eguaglianza senza relazionarsi all'altro. Ma Seneca non comprende che è possibile confrontare le attitudini mentali della stessa persona che gestisce i propri atti in tempi diversi.<sup>10</sup> L'eguaglianza ha carattere puramente formale ed è definibile

---

<sup>10</sup> Cfr. Seneca, *Sui Benefici*, (a cura di M. Menghi), Roma-Bari 2008, pp. 213-251. Il *De beneficiis* (62-64) sviluppa il concetto di "beneficenza" come principio coesivo della società. Concetto fondamentale dell'opera è che il *beneficium* è un atto di generosità consapevole. Seneca analizza il dare ed il ricevere, la gratitudine e l'ingratitude; mette in luce i forti limiti connessi all'istituto tipicamente romano dei favori reciproci, determinati dai diffusi rapporti clientelari tra i cittadini, ed elabora una nuova concezione di *beneficium* - favore disinteressato, che possa basarsi su un sentimento di giustizia e non sulla speranza di essere ricambiati. Il *De beneficiis* è un'opera che si apre ponendo come urgente e necessaria la determinazione dei confini teorici e pratici del *beneficium*; in tal modo, in essa si rintraccia

come *formal equality*. Gli atti – sostiene – Gerhart Husserl sono segnati da eguaglianza formale generati da un atteggiamento di coerenza formale e ogni atto di questo tipo implica un atto antecedente condizionato dalla volontà del soggetto agente che coerentemente agisce in uniformità logica nella catena delle sue azioni. Per cui è possibile affermare che la *formal equality* non è mai fondata da un atto isolato. Ma un atto segnato dalla *formal equality* non necessariamente può essere un atto giusto. Comunque la *equality* è connessa coerentemente con la volontà di giustizia. La *formal equality* è un criterio negativo dell'atto giusto. Una persona che agisce giustamente non deve violare il principio dell'uguaglianza formale in quanto un atto che ignori questo principio è *ipso facto* ingiusto. L'assenza di diseguaglianze formali è un prerequisito dell'atto giusto. Se un soggetto si relaziona all'altro nel segno dell'*equality* allora vuol dire che l'idea di giustizia che pervade l'uno ha senso se viene alla luce in direzione dell'altro. Ciò porta il soggetto agente verso la giusta decisione. Il criterio di giustizia è l'*equality* di terzo grado. Gerhart Husserl insiste, sul versante fenomenologico, quando afferma che per raggiungere l'uguaglianza tra due persone è necessario ridurre le due individualità alla loro essenza comune. Riduzione che richiede un particolare procedimento mentale. Per la sua comprensione, scrive sempre Husserl, si deve concepire un confronto tra i soggetti dove, prima che nasca il desiderio di agire nel giusto, si deve tener conto della propria interiorità che richiama il 'me stesso' all'obbedienza ai principi. Ciò non coinvolge il punto di vista dell'altro. E l'alterità che deve essere superata. Il soggetto agente entra in una sfera dove l'alterità non ha ragion d'essere in quanto essa si incontra solo nel procedimento di riduzione dove i due soggetti sono 'nucleizzati' alla loro essenza. Ciò significa che comprendendo il proprio essere essenziale è possibile trascendere la sfera egocentrica del 'mio' e del 'non mio', dove il 'non mio' si presenta con il carattere dell'alterità. Nella ricerca del proprio essere essenziale il soggetto guarda l'altro essenzialmente come persona a lui uguale. Se il primo individuo vuole comprendere l'individualità dell'altro, il punto di partenza è la ricognizione della loro essenza comune in quanto appartenenti alla razza umana come depositaria del principio di uguaglianza. Chi agisce nel giusto è guidato dalla consapevolezza del fatto che anche l'altro è un essere umano e per tale considerazione si innesca il senso della equivalenza dell'agire. Gerhart Husserl ricorda che il 'comando della Giustizia' sta nel fatto che quando agisci devi immaginare te stesso al posto dell'altro e nel suo desiderio di giustizia. Agire nel giusto significa essere guidati da una idea di Umanità. Chi agisce nel

---

un'importante testimonianza delle forme assunte dalla pratica del 'dare' e del 'ricevere' entro la relazione interpersonale fra diseguali. A tale pratica è infatti demandata, all'interno della società romana, una serie importante di funzioni volte a regolare i meccanismi della vita civile e di quella politica.

giusto supera la barriera della individualità in quanto in esso si manifesta la *terzietà* nel principio di uguaglianza. Il soggetto agente è *terzo* rispetto alle individualità. La *terzietà* -specifica Husserl- è una qualità dell'Io che si rivela ogni volta che una persona sente di appartenere a quella che si potrebbe definire 'validità universale'. Il punto è l'obiettività. Nelle scienze l'obiettività è esterna e verificabile. Ma la validità in merito alla giusta decisione è garantita da un uomo che sta sopra al di là delle parti, dal suo *nucleo* di umanità e dal *sensu* comune che condivide con il resto del mondo. Una decisione che non è solo per l'oggi ma per il domani significa sapere che ogni atto similare è soggetto alla legge dell'uguaglianza formale. Husserl cita un detto di Goethe: "solo l'ingiusto può agire". Secondo il giurista questa massima si manifesta in tutta la sua profondità dato che, nella storia vi sono alcune situazioni in cui viene sospeso per vari motivi, l'ordine legale e la domanda sorge sul possibile ripristino dell'idea di giustizia. Una seconda considerazione viene posta da Gerhart Husserl, che pensa alla tradizione come momento della *equality* per omogeneità, ossia quella di secondo grado. In questo caso il *terzo* è ricercato nella sfera dei valori condivisi, molto diversi da quelli che un tempo erano presenti nell'antica Grecia, dove gli *ὄμοιος* trovavano nel sangue l'elemento di omogeneità. Il classico caso dell'uso ricorre in Platone. Gli *ὄμοιοι* sono qui descritti come quelli che hanno una comune tradizione sociale a causa della loro *συγγένεια* ("consanguineità") che è basata su una comune discendenza o *ἰσογονία*. Infatti, la comunità sociale unita dalla tradizione ha la sua origine nella comune discendenza. Ma afferma Gerhart Husserl, nel tempo presente la gente partecipa in relazione a regole e valori, seppur tradizionali. La consapevolezza si innesca a partire dalla rottura tra ciò che il giurista tedesco identifica come 'autovalutazione' ed essenza comune, dato che non è possibile cogliere l'essenza di un individuo attraverso il carattere dell'omogeneità. Rompendo la barriera della tradizione, l'individuo rivela il proprio carattere essenziale e realizza il suo Io interiore. In tal senso il soggetto agente è rinviato alla sua interiorità e deve decidere sotto la sua responsabilità come essere umano e come agire, con tutto ciò che consegue sul piano del diritto. Per Gerhart Husserl dunque cambia decisamente la prospettiva. Nell'ambito della tradizione non c'è posto per l'eguaglianza nel senso pieno della parola -eguaglianza essenziale- e, di conseguenza, nessun posto per la similarità essenziale. In sostanza, la distinzione profonda che Husserl sta nel fatto che la comunità tradizionale possa essere interpretata, nella sua condizione denominata 'famiglia', come portatrice di ineguaglianza pur nel riconoscimento dei diversi ruoli sociali. La caratteristica intrinseca della tradizione come valore di riferimento sta nel fatto che l'ineguaglianza sia accettata come cosa naturale e conservativa. Queste parole, per Gerhart Husserl, amare e dense rispecchiano quanto accade nella sua Germania, negli anni della nascente dittatura hitleriana dove accanto alla proposizione della 'rivoluzione' nazionalsocialista, vi è una

riscoperta di miti e tradizioni che si costruiscono sulla appartenenza alla razza e sulla condivisione del sangue e quindi sulla esaltazione della ineguaglianza.<sup>11</sup> Ma per Husserl la giusta decisione scaturisce dalla personale attitudine del soggetto che si assume la responsabilità di agire con giustizia. Una questione fondamentale si apre nel considerare il punto dell' 'accettazione' della decisione all'interno della Comunità. Il giurista tedesco, a questo punto della sua dissertazione, si intrattiene sul concetto di comunità. Egli si richiama alla lezione di Tönnies sulla distinzione tra comunità e società<sup>12</sup>. La comunità svolge un ruolo importante nella realizzazione della giustizia, perché la persona giusta agisce come un rappresentante della comunità e la cui decisione è valida in tutta la comunità. Le nozioni di comunità, la giustizia e il diritto si intrecciano nel pensiero di Husserl. Questi concetti hanno fatto da filo rosso negli anni della sua permanenza negli Stati Uniti. Certo, questi sono temi che sono ben presenti in molta parte della sua opera, ma in quegli anni l'ansia della ricerca, incentrata sulla possibile ricostruzione della società mondiale dinanzi all'evidente fallimento del mondo pre-bellico, prendeva il sopravvento. Per questo motivo, la legge si manifesta all'interno della comunità e il compito della comunità giuridica è quello di garantire la realtà e l'efficacia della giustizia nel mondo sociale. Specifica Gerhart Husserl che ciò a cui fa riferimento non è la comunità politica, ma ad una comunità il cui baricentro sia il compimento della giustizia. Se questo è allora la comunità è una comunità di diritto. In tal senso è comprensibile l'esigenza che Husserl presenta, quando pensa alla comunità di diritto che è fondata sull'idea di giustizia dato che quest'ultima è ritenuta il principio base di ogni sistema legale. La giustizia si delinea come nucleo di senso dello stare insieme nel *medium* del diritto. "Il diritto è la volontà della comunità di diritto"<sup>13</sup> scrive Husserl in *Recht und Welt*. La comunità di diritto non è un fatto che è interpretabile sulla base di un 'concreto' ma un fenomeno che ricerca l'essenza dell'idea di giustizia in coloro i quali diventano protagonisti della storia. Gerhart Husserl si pone l'orizzonte dell'affermazione dei diritti attraverso cui il desiderio di un nuovo ordine sociale è fondato sulla giustizia. La nuova idea di giustizia può manifestarsi con variazioni nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, i quali, tuttavia, hanno gli stessi principi di base. Finché questi principi di base sono mantenuti esiste una sola comunità di diritto. L'universale della giustizia si concretizza nella fondazione di una

---

<sup>11</sup> Cfr. G. Galli, *Hitler e il nazismo magico*, Milano 2005, pp. 85-96.

<sup>12</sup> Cfr. F. Tönnies, *Comunità e società* (a cura di M. Ricciardi), Roma-Bari, 2011, p. 45-85. Come scrive il sociologo, " la teoria della società muove dalla costruzione di una cerchia di uomini che, come nella comunità vivono e abitano pacificamente l'uno accanto all'altro, ma che sono non già essenzialmente legati, bensì essenzialmente separati, rimanendo separati nonostante tutti i legami, mentre là rimangono legati nonostante tutte le separazioni." (p. 83).

<sup>13</sup> G. Husserl, *Recht und Welt; rechtsphilosophische Abhandlungen.*, cit, p.77.

comunità europea di diritto, che esiste da quando vi è stata un'entità "Europa", costruita sulla civiltà greca e romana unificate dal cristianesimo. Parole che Paolo Grossi condividerebbe dato che nell'*Europa del diritto*, scrive del "grandioso e anche faticoso processo verso l'unità europea politica e giuridica: grandioso perché si tratta della costruzione di un edificio imponente che ha ricevuto via via sempre più numerose adesioni di Stati, faticoso perché si tratta di ridurre un arcipelago di isole statuali a un continente politicamente e giuridicamente compatto"<sup>14</sup>. Europa che secondo Gerhart Husserl include, sul piano culturale, nazioni come gli Stati Uniti e il Canada. E proprio per affermare la validità di questo concetto, egli sottolinea come dopo la rivoluzione sovietica, non è più possibile considerare la Russia 'culturalmente europea', nella misura in cui essa non rientra nei criteri che delineano una comunità di diritto. Tornando alla linea principale di discorso, Gerhart Husserl specifica come l'atto giusto non sia necessariamente legato alla esistenza di una comunità di diritto ma chi si caratterizza nel compiere un atto giusto, esprime quell'essere "terzo" che esiste in ognuno di noi, che deve essere risvegliato dalla capacità di ognuno di penetrare l'essenza comune dell'umanità. Questo "terzo" si incarna nella persona che, in qualità di membro della comunità di diritto, è chiamato a sostenere l'idea di giustizia.<sup>15</sup> È il giudice che, come portavoce della comunità di diritto, rende la giustizia effettiva nel mondo sociale.

## 2. Giustizia e Diritto

Gerhart Husserl, dopo aver risposto alla domanda iniziale *What is justice?*, nella seconda parte del saggio si interroga sulla relazione tra *justice and law*. La figura di riferimento della intera riflessione è quella del *giudice*. Ampia parte dell'intera produzione scientifica degli anni '50, come visto e come vedremo ancora, sarà dedicata a questa figura, in particolar modo nei temi legati al processo come spazio del giuridico e alla dimensione temporale del diritto.<sup>16</sup> Ma l'ambiente di coltura della relazione tra giustizia e diritto è la comunità dove rendere la giustizia concreta ed effettiva nel mondo sociale. Essere un membro della comunità di diritto implica una consapevolezza interiore della necessità di vivere e agire con giustizia. In tal senso la comunità di diritto affonda le radici

---

<sup>14</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 253.

<sup>15</sup> Per Husserl il terzo è nel campo del diritto ciò che l'altro è nel campo della fenomenologia trascendentale. Sostiene Cristin che "queste figure si sostengono a vicenda: grazie alla riflessione fenomenologica sulla intersoggettività, il «terzo» cessa di essere una mera entità logico-giuridica e acquista i tratti di un soggetto concreto". Cfr. R. Cristin, *Presentazione* in G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, cit. p. XV.

<sup>16</sup> Sul processo come spazio giuridico, cfr. A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari 2010, p. 117.



in una comune volontà di giustizia. Il giudice diventa ‘terminale’ di questa volontà nello svolgere il suo compito. Ma, si chiede acutamente Gerhart Husserl, qual è questo compito? Non certo prendere decisioni in base alle proprie idee di giustizia. La comunità di diritto che vuole avallare le decisioni del giudice deve, fin dall’inizio, stabilire massime di giustizia. Innanzitutto è ovvio che gli atti del giudice devono essere regolati dal principio di coerenza. Il giudice è guidato dalla legge della uguaglianza formale di cui Husserl ha parlato qualche pagina dietro. È richiesta inoltre obiettività nel senso di imparzialità; il giudice è quel terzo che incarna l’essenza comune delle parti interessate dalla sua decisione. “La norma, chiamata alla concrezione nel e per quel nucleo o senso di volontà senza del quale essa non sarebbe, deve essere avvertita.”<sup>17</sup> Dal requisito di imparzialità derivano anche le regole procedurali che fanno capo al monito *Audiatur et altera pars* (si ascolti anche l’altra parte). Esso racchiude un fondamentale principio dell’ordinamento giuridico, meglio noto come principio del contraddittorio.<sup>18</sup> Ma al di là delle forme e dei principi, non è stato ancora chiarito come il diritto sostanziale possa essere derivato dall’idea di giustizia, né di come la giustizia possa svilupparsi in un sistema giuridico. Con la fondazione della comunità di diritto è stabilito uno *standard* di giustizia con il quale la vita sociale deve essere regolata. Gerhart Husserl sottolinea con forza un concetto. Oltre le procedure formali bisogna sempre ricordare i sentimenti e le ragioni di fondo affinché emerga una nuova Comunità. Essa nasce per la presa di coscienza dell’inadeguatezza dell’ordine sociale esistente e dal desiderio di riformare. La giustizia, come si è detto in apertura, è un attributo degli atti. Gli atti sono ingiusti nella misura in cui non riescono a soddisfare il criterio di uguaglianza. Il giudice serve a stabilire, dinanzi ad un mondo incerto e ingiusto, uguaglianza e giustizia. Ancora, per il giurista tedesco, il problema di fondo è quello di verificare la vera natura della disuguaglianza che il giudice in qualità di rappresentante della comunità di diritto deve superare. Una disuguaglianza che non va confusa con l’inevitabile diversità di stampo politico o sociale. La legge non ha lo scopo di ovviare a queste differenze per Husserl. Non era ancora tempo di *welfare State*. Infatti egli scrive che è fuori dalla competenza della comunità di diritto intraprendere una riforma dell’ordine sociale partendo da una redistribuzione della ricchezza. In definitiva la vera preoccupazione della comunità di diritto è l’uguaglianza essenziale degli uomini che sta al di sotto delle disuguaglianze sociali. Il diritto ha a che fare con l’uomo come essere umano, che ha preso coscienza concreta del senso di giustizia. Ciò perché vi sono altre funzioni dell’uomo e altre manifestazioni di umanità che sono al di fuori della competenza del diritto e

---

<sup>17</sup> G. Husserl, *Recht und Welt; rechtsphilosophische Abhandlungen.*, cit, p. 83.

<sup>18</sup> Cfr. M. Manzin, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano 2008, p. 25 -87.

della giurisprudenza. Infatti l'uguaglianza e la giustizia non sono principi applicabili alla religione, all'arte, o alla scienza. Questi campi dell'attività umana, quindi, non possono venire propriamente messi sotto il controllo della legge. L'uomo non esaurisce la propria vitalità nell'essere membro consapevole della comunità di diritto. Anzi si parte dalle condizioni concrete dell'ingiusto. Husserl cita il pensiero di William E. Hocking, nel suo *Present Status of the Philosophy of Law and of Rights* del 1926 (p.50), quando scrive che "il diritto vede principalmente ingiustizia". Hocking nel suo scritto, riflette sullo stato della filosofia del diritto e della scienza giuridica, a partire dal suo *idealismo naturalistico*, confrontandosi particolarmente con Stammler, che proponeva una dottrina che vedeva nella moralità il compimento ultimo del diritto in direzione di un 'diritto giusto', non come un ritorno al diritto naturale, ma nella prospettiva dello stesso diritto positivo che, in quanto "tentativo di costrizione al giusto", è coincidente con l'idea di una "comunità di uomini liberi"<sup>19</sup>. Il diritto sempre di più si confronta con il mondo delle scienze e perde il primato circa i principi che governano la società. Il diritto può tornare ad essere guida per l'uomo solo con la sconfitta dell'ingiustizia nella realtà sociale. L'ingiustizia, continua Gerhart Husserl, si manifesta con un disprezzo per l'uguaglianza essenziale dell'uomo di fronte alla legge. La disuguaglianza, classificata secondo i tipici casi di illecito che possono variare con il tempo e il luogo, implica una concreta violazione del libero arbitrio di un membro della comunità di diritto. Ciascun membro della comunità di diritto è al centro di una sfera autonoma di azione ed è libero e quindi uguale. La comunità di diritto è una libera comunità di persone con interessi comuni. La libertà di ognuno trova il suo senso nella libertà di tutti e viceversa. Chi invade la libertà del suo prossimo, in spregio dell'uguaglianza, perde la propria libertà. Gerhart Husserl ritorna all'Aristotele dell'Etica Nicomachea per affrontare la questione del 'caso concreto' dell'illecito. L'autore dell'illecito crea un concreto caso di disuguaglianza. Superare questa disuguaglianza è l'obiettivo primario della comunità di diritto e il primo passo logico verso la realizzazione di una effettiva giustizia nel mondo sociale. A questo proposito si può parlare di giustizia correttiva, il *δικαιοσύνη διορθωτική* (*iustitia correctiva*) di Aristotele. Quando si infrange la legge, viene meno il senso di appartenenza verso la comunità di diritto. Il trasgressore è un avversario della libertà (*ὁ ἄδικος ἐστὶν ἄνισος*), in quanto tradisce il principio dell'uguaglianza essenziale. Il diritto richiama il trasgressore all'uguaglianza tramite il giudice. La giustizia correttiva procede, senza esitazione e deviazione, verso il suo scopo - il ripristino della parità di disuguaglianza. Secondo Höffe, per Aristotele la legge impone il suo dominio che "corrisponde a uno stato governato da leggi, il quale collochi i cittadini su un piano di uguaglianza giuridica formale grazie a disposizioni generali e

---

<sup>19</sup> Cfr. R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin 1902, pp. 21- 44 .

identiche per tutti. Certo, secondo Aristotele un'applicazione letterale delle leggi in vigore può talvolta generare delle ingiustizie eclatanti. Ecco perché ritiene che sia necessaria, in funzione correttiva, una giustizia del caso speciale: l'equità".<sup>20</sup> Al diritto importa che si prenda coscienza della uguaglianza essenziale nella comunità libera, al di là delle differenze sociali. Chi trasgredisce perde il diritto alla partecipazione. Realtà sociale e diritto si riflettono, scrive Gerhart Husserl. In caso di divieto, la persona si pone dinanzi all'"altrimenti". Sceglie di 'regolarsi' nel possibile dell'altrimenti. Ma il torto che compie può essere riparato? Husserl ritiene che vi siano torti che possono essere riparati e quelli che non possono essere riparati. Come è possibile che un torto può essere riparato? E cosa implicherebbe il riparare un atto ingiusto? Il riparare un torto dà la possibilità all'uomo che non è riuscito a scegliere la strada giusta, che ha ceduto alla tentazione di agire illegalmente, di liberarsi dalla *colpa*, dimostrando così che egli è in grado di agire in altro modo, vale a dire, di agire non ingiustamente in occasioni successive. Husserl fa coincidere il concetto di riparazione con quello di restituzione.<sup>21</sup> Si pretende che il trasgressore ripari il torto da un atto di restituzione. Ciò comporta che siamo ancora nella sfera della giustizia correttiva. Il procedimento correttivo a questo stadio invade la sfera delle cose materiali, in particolare sul piano della proprietà. Sia il trasgressore che la vittima *ex ante* sono uguali per la legge. In ultima analisi, l'uguaglianza è uguaglianza essenziale e incontra entrambi come membri della comunità di diritto. Tornando ai concetti aristotelici, Gerhart Husserl sostiene che la giustizia correttiva tende alla reintegrazione quantitativa dello *status quo ante*. La reintegrazione consiste nel sottrarre un *quantum* di valore da un lato e nell'aggiungerlo all'altro, in modo da effettuare un equilibrio di potere tra le due parti. La disuguaglianza viene rimossa quando l'uguaglianza di possesso viene ripristinata attraverso la riparazione materiale. È questa, scrive Husserl, citando la *Retorica*, la giustizia correttiva che Aristotele definisce come ἀρετή δι' ἧν τὰ αὐτῶν ἕκαστοι ἔχουσιν ("il requisito grazie alla quale ciascuno ottiene

---

<sup>20</sup> O. Höffe, *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato*, Bologna 1995, p. 248.

<sup>21</sup> Concetto ancora pienamente in vigore se si pensa alla sentenza della **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 10 Maggio 2012, n.75909/01 che asseriva:** "La riparazione di una violazione deve, nei limiti del possibile, cancellare tutte le conseguenze dell'atto illecito e ripristinare lo stato che verosimilmente sarebbe esistito se il detto atto non fosse stato commesso. Restituzione in natura, o, se questa non è possibile, pagamento di una somma corrispondente al valore che avrebbe la restituzione in natura; se necessario, concessione di un risarcimento danni per le perdite subite ed eventualmente non coperte dalla restituzione in natura o dal pagamento sostitutivo di questa; sono questi i principi a cui deve ispirarsi la determinazione dell'importo dell'indennità dovuto a causa di un fatto contrario al diritto internazionale".

ciò che gli spetta”)<sup>22</sup>. Husserl ritiene che fino a questo punto del ragionamento si è detto della fase primaria nello sviluppo del diritto, dove il mondo è uno spazio di ingiustizia e di illegalità. In sostanza una fase caratterizzata da un atteggiamento esclusivamente negativo della comunità di diritto. Nello sviluppo ulteriore della giustizia -uno sviluppo allo stesso tempo logico e storico- il concetto esclusivamente negativo del mondo sociale è stato sostituito. Gerhart Husserl ricerca nel diritto non una limitata salvaguardia dell’individuo ma propone un’attenzione positiva fondata sul recupero attivo della relazione tra legge e responsabilità sul piano della relazione sociale. Pur presentando ancora un forte ancoraggio privatistico, la visione ‘attiva’ che Husserl delinea, entra infine nella sfera di un diritto moderno con attenzione alla questione della socialità. Ma un sistema legale moderno, si chiede Husserl, si basa ancora sull’idea di giustizia correttiva? In teoria e sulla base dei principi egli risponde di sì. In tal senso egli ricorda l’istituto dei contratti. Esso è costruito sull’eguaglianza: *in contractibus natura aequalitatem imperat*, scrive Grozio nel *De jure belli ac pacis*, come sottolinea lo stesso Husserl. Ma ad un’analisi più approfondita ciò sembra essere una sorta di eguaglianza imperfetta. La persona che entra nelle transazioni regolate dalla legge non ha alcun fondamento valido per giudicare se i suoi atti sono veramente legali; egli non è in grado di decidere se egli abbia agito o meno entro i limiti di legge ed entro i suoi diritti ai sensi della legge. Ciò significa che vi è sempre un elemento di incertezza circa la validità e le conseguenze giuridiche che conferisce ai contratti privati l’elemento di disuguaglianza. A sostegno di ciò che è stato appena detto, si può pensare alla situazione in cui, all’atto della stipula del contratto, ciascuna parte può rifiutare di rispettare i termini del contratto, essendo il rifiuto basato sia sulla negazione dei fatti come sostenuto nel reclamo o sulle obiezioni in punta di diritto. Tale risoluzione del contratto mette in luce l’elemento latente della disuguaglianza insito in ogni negozio giuridico. Solo il giudice rimuove ogni incertezza e, quindi, ristabilisce l’uguaglianza. Egli emana la sentenza e ripristina lo *status quo ante*. Con *status quo ante* si intende la posizione delle parti del contratto prima della controversia. Ma l’uguaglianza tra due persone, ognuna delle quali è motivata da interessi personali, è un’uguaglianza imperfetta e l’imperfezione è messa in luce dalla controversia giuridica. Il giudice che è autorizzato dalla comunità di diritto ad affermare l’uguaglianza e realizzare la giustizia, entra retroattivamente nel contratto come terzo e senza la sua opera interpretativa l’uguaglianza essenziale non avrebbe modo di esistere. La figura del giudice si riempie della sua capacità creativa. Come scrive Kaufmann “la completezza dell’ordinamento giuridico non esiste e perciò il giudice si trova sempre esposto alla necessità di colmare lacune della legge con

---

<sup>22</sup> Cfr. *Aristotele* (a cura di E. Berti), cit., pp. 327-367.

una atto che crea diritto. Ora questo colmare lacune potrebbe essere spiegato come un'eccezione, momento atipico dell'agire giudiziario in casi di necessità. Intanto però, anche nel caso normale e regolare della cosiddetta applicazione della legge, il ruolo del giudice non è affatto semplicemente riproduttivo; anzi anche qui questi deve di necessità intervenire con una propria azione formativa"<sup>23</sup>. In tal senso, ricorrendo ancora allo stagirita, Husserl ritiene che Aristotele nell'Etica Nicomachea avesse ragione nell'estendere *δικαιοσύνη διορθωτική* (*iustitia correctiva vel commutativa*; "giustizia correttiva") a coprire le "transazioni volontarie" (*συναλλάγματα ἐκούσια*) invece di limitare la sua applicabilità a ciò che egli chiama "operazioni involontarie" (*συναλλάγματα ἀκούσια*, vale a dire illeciti e delitti). Aristotele afferma che "quando dunque la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa retta correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso ed errato parlando in generale"<sup>24</sup>. Anche nei casi di 'transazioni volontarie' -accordi vincolanti per legge- il risultato è un ristabilimento dell'uguaglianza, nella misura in cui il giudice guidato dall'idea di uguaglianza essenziale tra le parti come membri della comunità di diritto e riconoscendo l'obbligo di ripristinare lo *status quo ante*, prende la sua decisione imparziale. La comunità di legge non sarà mai in grado di agire senza la giustizia correttiva. Ciò significa che "la legge è considerata in questo caso come un compendio di decisioni sagge. Perciò è giusto integrarla con le nuove decisioni; ed è anche appropriato correggerla quando non riassume esattamente le decisioni del giudice giusto. Il giudizio buono, ancora una volta. Fornisce sia una concretezza maggiore sia una sensibilità e una flessibilità superiore"<sup>25</sup>. L'interpretazione è il mezzo attraverso cui il giudice tende al 'giudizio buono'. Come sottolinea Larenz, "le ricerche di Husserl sulla struttura temporale del diritto illuminano ulteriormente l'essenza del diritto. Esse portano direttamente a conclusioni importanti per l'interpretazione e, quindi debbono essere apprezzate come un contributo per la metodologia"<sup>26</sup>. Ma è questo l'unico modo di riconoscere l'uguaglianza ed realizzare la giustizia nel mondo sociale? Nella giustizia correttiva, sottolinea Gerhart Husserl, vi è un elemento di astrazione o di irrealtà. La comunità di diritto vede prima di tutto un mondo di disuguaglianza potenziale che si concretizza in atti ingiusti e illegali. Il principio dominante di tale sistema giuridico è: *neminem laedere*. *Nemo* è "chiunque di noi tutti" che siamo uguali, in quanto siamo membri della comunità di diritto. *Nemo* è anche la *-persona quae laedit-* il "disuguale". La funzione del giudice è di ristabilire l'uguaglianza. Ma questo non esaurisce i possibili mezzi per realizzare la

---

<sup>23</sup> A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* ( a cura di G. Marino), Milano 2003, p. 156.

<sup>24</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea* (1137 b13ss.) in *Aristotele* ( a cura di E. Berti), cit., p. 328.

<sup>25</sup> M.C. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna 1996, p.555.

<sup>26</sup> K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966, p.169.

giustizia qui ed ora. Un passo in avanti può essere fatto nell'adattare la giustizia più strettamente alla diversità e alla varietà dei fenomeni sociali. In questo passaggio, Husserl innesca nella riflessione lo sviluppo della idea di Stato. La comunità politica prende coscienza della sua esistenza giuridica e delle sue funzioni specificamente giuridiche, al fine di promuovere i cambiamenti nel mondo sociale. Utilizzando un lessico che ricorda molto Santi Romano, il giurista tedesco introduce il concetto di Istituzione. Stato e società per Husserl quindi si incontrano dinanzi al problema della giustizia che non può essere compressa semplicemente all'interno del sistema legale, ma che si completa nel raggiungimento di una evoluta socialità. Anche in questo caso – la figura del giudice è centrale. La 'via temporale del giudice' -come nota Husserl- delinea il processo di applicazione del diritto nel richiamo della dimensione del passato al presente<sup>27</sup>, ma l'attività ermeneutica che viene promossa rinnova il giuridico per il futuro al quale appartiene l'uomo nel suo istituzionalizzarsi. Ma cosa intende per Istituzione, Gerhart Husserl? Con il termine 'Istituzione' si intende un'organizzazione che dà forma concreta e duratura all'impegno dell'uomo per raggiungere alcune idee trascendentali. L'Istituzione diviene una parte della realtà sociale; essa sopravvive, però, alle persone. L'Istituzione è un collegamento tra le idee trascendentali e il mondo sociale in cui esse devono diventare effettive, anche se ciò non vale per tutte le idee. Si pensi alla sfera dell'arte. Un'interpretazione che differisce dall'interpretazione in un'epoca precedente non è necessariamente un errore di interpretazione. In questa riflessione di Gerhart Husserl, si dispiega la dinamica del *trapianto di idee* che il giurista tedesco impegnerà nell'interpretare il passaggio di concetti giuridici da un'epoca all'altra, momento centrale di *Recht und Zeit* del 1955, reso poi virtuoso dall'interpretazione evolutiva che fa del concetto di ieri una realtà dinamica dell'oggi. Si profila dunque un percorso che parte dall'idea e giunge alla prassi della socialità attraverso il *medium* dell'Istituzione. Husserl, in questa direzione, ricorda come anche le idee religiose richiedono un'istituzione (o medium) per diventare effettive nel mondo sociale. La comunità religiosa non è una tale istituzione; essa crea la sua istituzione nella forma della Chiesa. La fondazione di una comunità religiosa non comporta *ipso facto* la creazione di una chiesa. Ma le idee religiose non possono esercitare la loro influenza nel mondo sociale senza il *medium* della Chiesa. Gerhart Husserl vuole tracciare un parallelo tra la comunità religiosa e la comunità di diritto. La comunità di diritto non è di per sé una istituzione; diventa effettiva attraverso un'istituzione, supponendo che una tale istituzione sia stata costruita nel mondo sociale. L'istituzione che la comunità di diritto crea è lo Stato. Per 'Stato' si intende uno *status* giuridico del corpo politico, vale a dire, della comunità politica. La comunità di diritto crea un tale *status* e ne fa un'entità che ha il carattere di

---

<sup>27</sup> Cfr. G. Husserl, *Diritto e tempo*, cit., p. 53.

un'istituzione di diritto. Il problema dello Stato è centrale nella fenomenologia del diritto. Lo Stato si pone in essere attraverso la realizzazione oggettiva dello *status* in una costituzione. La costituzione è oggettiva, lo Stato soggettivo. La costituzione è l'elemento fondamentale che determina il carattere dello Stato. E continua Husserl, cambia la Costituzione e si modifica lo Stato. Una nuova costituzione fa uno Stato nuovo. La costituzione incarna i principi guida che danno al sistema giuridico il suo carattere specifico. La comunità di diritto ha assegnato alcuni compiti al corpo politico. Gli articoli della Costituzione sono "giudizi analitici" e derivano dall'atteggiamento di fondo della comunità politica verso le idee di giustizia. La costituzione non è il prodotto della legislazione ma espressione delle idee di giustizia. Il giurista tedesco si sofferma sulla Costituzione dove giustizia e realtà politica si incontrano. Ogni epoca richiede la costituzione che corrisponde alle proprie esigenze. L'idea prevalente di giustizia in ogni epoca si riflette nella forma giuridica assunta dal corpo politico. "Perché sia comprensibile una comunicazione partecipativa fra diverse visioni della giustizia, bisogna poter ammettere che la realtà stesa dell'individuo sia anzitutto una realtà culturale e comunicativa, cioè che in ogni fondamentale funzione e in ogni atteggiamento di un individuo umano sia implicata la realtà di altri individui"<sup>28</sup>. La costituzione permette all'idea di giustizia di raccordarsi con la realtà politica. Ogni costituzione chiude un capitolo della storia della giustizia *versus* la politica. La comunità politica che adotta una costituzione ritiene che essa possa durare per sempre. Ma essa non può impedire il cambiamento trasformandosi in un 'simulacro vuoto', privo dei valori presenti nella società. Lo Stato va inesorabilmente incontro al suo declino. La linea che divide tempo e storia è ben netta nelle parole di Husserl. La consunzione dei modelli istituzionali da un lato e l'attenzione verso i valori nascenti apre in tutta la sua forza la questione delle dimensioni temporali nella genesi dei diritti.<sup>29</sup> Conservazione e Rivoluzioni assumono un significato nuovo. Da un lato la storia con la sua linearità e dall'altro il tempo con la propria circolarità. Se nella storia gli eventi rivoluzionari si succedono con frequenza ordinata e nella temporalità che l'uomo avverte la stasi della propria condizione esistenziale. Ciò comporta il ripristino o il superamento di modelli al fine di rinnovare o attivare valori attraverso i quali fuoriuscire dalla condizione esistenziale dell'angoscia dinanzi alla insicurezza sociale e politica. Per questo motivo, come scrive con acutezza Husserl, lo Stato non può sopravvivere alla comunità politica. Ma è possibile che lo Stato, o la sua forma giuridica crolli, e che, il corpo politico continui ad esistere. Così la Germania in quanto comunità politica è sopravvissuta al crollo della sua Costituzione nel 1918 e nel 1933. Due

---

<sup>28</sup> L. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, Torino 1973, p.199.

<sup>29</sup> Cfr. L. Di Santo, *Praxis di diritto e Tempo nella genesi dei diritti dell'uomo* in «Filosofia dei diritti dell'uomo-Philosophy of Human Rights» - A. 2 – fasc 4-5-, 2000, pp. 55-62.

volte un nuovo *status* giuridico fu creato e per due volte una nuova istituzione, un nuovo Stato cominciò a vivere. Il crollo dello Stato è il risultato inevitabile di una rivoluzione vittoriosa. Il destino di una rivoluzione dipende dal fatto o meno che la costituzione esistente sia ancora una vera e propria Istituzione di diritto che si poggia saldamente sui principi di giustizia, promossi dalla comunità di diritto. Se la costituzione ha un tale supporto, sarà in grado di resistere agli attacchi rivoluzionari. Può, tuttavia, accadere che una rivoluzione, non contenta di attaccare lo *status* giuridico, miri direttamente alla comunità di diritto. Si tratta di un caso eccezionale, come è apparso nella rivoluzione bolscevica del 1918 nella misura in cui ha realizzato la secessione della Russia da parte della comunità di diritto europea. In generale, la rivoluzione mira almeno ad un cambiamento di vasta portata. L'ideologia rivoluzionaria richiama il senso di giustizia che è comune a tutti gli uomini che sono membri della comunità di diritto. Dal deposito di idee che vive nel profondo della comunità di diritto, possono venire alla luce nuove possibilità, ancora latenti per riformare l'esistente. La figura del giudice- sostiene Husserl- è centrale in questo contrasto. Il giudice, tuttavia, è un rappresentante non di Stato, ma della comunità di diritto. Col collasso dello Stato, il giudice rappresenta ancora una comunità di diritto. Il ricercare la giustizia tiene in piedi una possibile rinascita della sfera politica vincolata dal sistema giuridico che ha adottato. L'esistenza dello Stato dipende dall'atteggiamento dei suoi cittadini verso la giustizia e la legge. I cittadini qui sono membri della comunità politica che sono in grado di prendere parte alla vita politica. Sono anche membri della comunità di diritto. Questo *anche* dice Husserl, comporta difficoltà particolari tutte da risolvere. L'esistenza di un uomo che è allo stesso tempo un membro di entrambe le comunità -la comunità di diritto e la comunità politica che ha assunto la struttura giuridica dello Stato- è, per così dire, su due piani. Sul piano superiore di esistenza vi è una coscientizzazione del diritto, una sorta di *foro interiore* da interrogare, per chiedersi poi se lo Stato stia ancora fedelmente espletando il compito assegnato -cioè di mantenere la giustizia nella sfera politica. Può venire il giorno in cui, proprio in quanto membro della comunità di diritto, egli può opporsi allo Stato, che ha cessato di essere una vera e propria istituzione di diritto; il suo senso interiore di giustizia gli comanderà di resistere all'ordine legale. Ogni membro della comunità di diritto è un rivoluzionario potenziale. Indubbiamente Husserl, in questo passaggio, richiama il diritto alla disobbedienza civile, tema molto sentito negli Stati Uniti, nella tradizione liberale che il giurista tedesco amplifica nella sua permanenza americana.<sup>30</sup> L'individuo che è membro di entrambe le comunità si richiama al principio di

---

<sup>30</sup> Su questo tema, tra gli altri, N. Chomsky, *Per ragioni di Stato: ideologie coercitive e forze rivoluzionarie*, Torino 1977; Gandhi, *Teoria e pratica della non-violenza*, Torino 1973; J. Locke, *Scritti sulla tolleranza*, Torino 1977.



uguaglianza dato che tutte le considerazioni politiche sono, in linea di principio, escluse. Gli uomini sono uguali in quanto membri della comunità di diritto, al di là delle storie politiche individuali. La giustizia correttiva si risolve in un *ius strictum* che in teoria applica astratte e rigide -non necessariamente formulate- norme e tratta il mondo come qualcosa di statico. Si prevede una uguaglianza universale essenziale che è al di là di ogni differenza individuale. Husserl, richiamando Leibniz, ricorda che il giudice dà la sua decisione *nulla personarum habita ratione*. L'uomo nei riguardi del quale il giudice deve decidere non è che uno dei membri della comunità di diritto. L'atteggiamento del giudice che mira a ristabilire l'uguaglianza è un atteggiamento retrospettivo. Non c'è spazio per l'idea di cambiamento o di sviluppo. Ma, dice Husserl, che un vero membro della comunità di diritto, è guidato dalla sua idea di giustizia e che, allo stesso tempo, è profondamente sensibile al carattere non statico della realtà giuridica. Un tale uomo ha, ad un certo grado, liberato se stesso dal sistema giuridico per il quale lo Stato è responsabile. Egli è consapevole delle forze politiche che stanno 'dietro la legge'. Si rende conto che lo *status* giuridico è caratteristico dell'epoca. Egli guarda alla legge come ad un'espressione di giustizia, ma non come l'unica espressione possibile o immutabile. Il suo atteggiamento verso il mondo sociale è determinato, non solo dalla conoscenza del passato, ma anche dalla sua visione del futuro; la sua visione non riguarda solo le competenze limitate della legge, ma anche quelle in altri ambiti del mondo sociale sempre più complicato<sup>31</sup>. Solo un punto di vista così completo come questo può portare ad una comprensione del significato ultimo della doppia appartenenza alla comunità di diritto e allo Stato. La comunità di diritto è una comunità di uomini che sono uguali. È questo vero anche per lo Stato? Nello Stato, anche, l'idea di uguaglianza (e di giustizia) si rende effettiva, ma qui indirettamente, vale a dire, per mezzo del potere politico. Ogni membro dello Stato partecipa in uguaglianza, ma come tale egli non è uguale nel senso stretto di uguaglianza essenziale. Nel campo della politica, non c'è uguaglianza essenziale. Che cosa è questa partecipazione del cittadino, e dello Stato stesso, in uguaglianza? Gerhart Husserl torna sul ragionamento attraverso cui ha analizzato qualche pagina prima, ossia al concetto di similarità. Similarità è stata definita come un grado -il quarto- della uguaglianza; era caratterizzato come modifica dell'uguaglianza essenziale. Essenza comune e caratteristiche individuali come manifestazioni concrete. È proprio questa modifica di uguaglianza essenziale che si ottiene nello Stato. La comunità di diritto è costituita da uomini che sono essenzialmente uguali. I membri sono uguali in virtù della loro comune

---

<sup>31</sup> Cfr. G. Husserl, *Men and Law in Philosophical essays in memory of Edmund Husserl* (a cura di M. Farber), cit., " The judge renders his judgment in the conviction that it gives the law in such a case for everyone who knows what the law is and for all times", p. 275.

umanità; l'appartenenza alla comunità di diritto fonda l'umanità, che è l'essenza comune a tutti gli uomini. Nella comunità politica, invece, trova posto l'elemento necessario della disuguaglianza. Lo Stato occupa una posizione intermedia. Si potrebbe dire che esso assuma una posizione di sintesi. Sovvengono le parole di Capograssi quando scrive, nei suoi studi giovanili sullo Stato, che "il principio dello Stato è nella realtà dello Stato: conoscerlo equivale a produrlo, a farlo nascere *dal concreto dell'attività umana*, cioè a spiegare questo concreto e a rintracciare in esso l'ordine dello spirito e l'opera della ragione. Equivale, per dire tutto in uno, a trovare l'idea, che sia capace di far muovere all'opera gli uomini e di creare le creazioni degli uomini"<sup>32</sup>. È la similarità dei cittadini che rende lo Stato quello che è. Lo Stato stesso è simile alla comunità di diritto. Un'epoca che è caratterizzata da una nuova comprensione della "posizione intermedia" dello Stato può raggiungere una nuova tappa nella realizzazione della giustizia. Il principio di uguaglianza non viene abbandonato. Da allora in poi, di conseguenza, l'uomo di fronte alla legge è un vero membro della comunità di diritto; egli deve diventare consapevole della umanità che condivide con tutti gli altri esseri umani prima di poter agire con giustizia. Un nuovo ordine giuridico, uno di quelli che prende in considerazione le differenziazioni esistenti nel mondo sociale (e politico), è ora una possibilità costruita su due livelli. Husserl, conclude il suo ragionamento sulla Giustizia, presentando lo schema seguente. Sul primo livello incontriamo la *δικαιοσύνη διανεμητική* (*iustitia distributiva*; "giustizia distributiva"). Un concetto di giustizia distributiva che non è, scrive il giurista, identico in ogni dettaglio a quello di Aristotele, dato che l'obiettivo non è semplicemente quello di ristabilire l'uguaglianza che è stata turbata da un atto ingiusto, ma di distribuire gratifiche e oneri in base ad un unico [giusto] *standard*. Invece dell'anonimo *nemo, quisque* appare -il *quisque* della ben nota definizione di Cicerone; *iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*.<sup>33</sup> *Quisque* è un membro della comunità politica organizzata come Stato; *quisque*, sia uomo o donna, ricco o povero, datore di lavoro o dipendente, comandante in capo o privato, è considerato come simile, nella misura in cui egli è, ciascuno al suo particolare posto nell'ordine sociale, un membro della comunità di diritto. A coloro che sono simili, simili -non uguali- le ricompense sono distribuite; né sono imposti loro oneri quantitativamente uguali, per esempio sotto forma di tasse. La base della distribuzione è la funzione dell'individuo nell'organismo stato, la sua posizione e valore relativo nella

---

<sup>32</sup> G. Capograssi, *Saggio sullo Stato* in *Opere*, Milano 1959, Vol. I, p. 83.

<sup>33</sup> Cfr. Cicerone, *De inventione*, (a cura di P. Martino), Firenze 2006. Il concetto di equità è presente anche nell'antica Roma, significando una parità di trattamento all'interno del quadro giuridico.

comunità<sup>34</sup>. Gerhart Husserl riporta il pensiero di Gerhard Colm, economista sociale tedesco poi naturalizzato americano, professore a Kiel anch'egli rifugiatosi negli USA per le stesse ragioni. In definitiva, lo *standard* di giustizia che qui si applica è lo stesso della similarità. Al primo livello siamo nella sfera della vita pubblica. Vi è lo sviluppo di uno *ius publicum* (diritto pubblico) che è un risultato di giustizia distributiva, in quanto lo *ius strictum privatum* era, ed è ancora, uno strumento di giustizia correttiva. Nella misura in cui il diritto privato scaturisce dalla giustizia correttiva, esso ha una logica priorità. Il diritto pubblico è legge in virtù della sua similarità con il diritto privato e solo se, e nel senso che, questa somiglianza persiste nel suo successivo sviluppo. Veniamo ora al secondo livello del nuovo ordinamento giuridico. L'idea di giustizia distributiva si fa sentire anche nella sfera del diritto privato. Il giudice che decide le controversie tra individui si trova ad affrontare compiti piuttosto differenti. Non riguarda il diritto privato e il giudice prendere in considerazione le disuguaglianze nel valore sociale e nello status politico delle persone di fronte alla legge. Ma anche nel diritto privato -e questo vale anche per il diritto penale- è possibile tener conto delle differenze che uno *ius strictum* non riconosce -vale a dire, le circostanze del caso particolare che possono essere prese in considerazione così come il probabile effetto *hic et nunc* della decisione. Un atteggiamento dinamico diretto verso ciò che è nuovo e significativo nel caso porta alla costituzione di una nuova divisione di diritto sotto il titolo generale di *aequitas* o *epikeia* di Aristotele o *equity*. Nell'equità è possibile superare la rigidità delle norme giuridiche generali e necessariamente astratte nel decidere il singolo caso. La giustizia correttiva non è, nel suo insieme, messa da parte e invalidata. Il sistema giuridico assume un duplice carattere. Non è un caso che nello sviluppo del diritto romano lo *ius civile* precede, e continua a vivere fianco a fianco con lo *ius honorarium*, rifacendosi qui agli studi di Pietro Bonfante<sup>35</sup>, e nella storia giuridica inglese l'equità dopo e insieme la *common law*. Una essenziale dualità radicata nell'idea di giustizia si esprime nella storia del diritto. Questa dualità è visibile anche negli ordinamenti giuridici che raggiungono il loro pieno sviluppo senza demarcazione netta tra equità e *common law*. Giustizia correttiva e giustizia distributiva si integrano l'un l'altra; la materializzazione delle due insieme nella realtà storica produce un equilibrio del sistema giuridico.

---

<sup>34</sup> Cfr. Gerhard Colm, *Social Research*, I, 322.- 1034. Su questa Rivista, Colm si occuperà già dal primo numero del 1934 di problemi economici e finanziari sul piano sociale. In quei stessi fascicoli, dal 1934 al 1937 troviamo interventi di Gaetano Salvemini sulla situazione economica italiana.

<sup>35</sup> Cfr. P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, Milano 1959.