



**Diritto, diritto soggettivo, diritti umani.  
Alcune riflessioni gius-filosofiche sopra un problema «trasversale»\***

di

Rudi Di Marco\*

*“senza filosofia non si dà esperienza;*

*quindi, senza filosofia del diritto non si dà vera esperienza giuridica”*

(D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 91)

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. Obiettività dell'effettività od obiettività della realtà? Tra positivismo e realismo, ovvero sia il diritto tra fonti e fondamento. - 3. Il diritto soggettivo quale πρωτότυπος dei diritti umani. Dalla pretesa... del «diritto» ai «diritti»... delle (e dalle) pretese: μεταμόρφωσις del potere senza giuridicità.

**1. Premessa.**

Il tema del contributo che qui presentiamo è indubbiamente vasto e articolatissimo; esso richiederebbe una trattazione ampia e sistematica per potere essere adeguatamente illustrato e indagato. Forse nemmeno quella sarebbe sufficiente a esaurirlo, poiché il rapporto tra diritto, diritto soggettivo e diritti dell'uomo, se compreso e affrontato in tutta la sua «portata concettuale», veramente compendia in sé medesimo almeno tre delle questioni fondative e fondamentali dell'intera dottrina giuridica e particolarmente gius-filosofica. Esse trovano il loro *ubi consistam*, infatti, <sup>a)</sup> nel problema della alterità del diritto e nel connesso tema del rapporto tra socialità e politicità del giure, <sup>b)</sup> nella questione della oggettività della *norma iuris* e nel connesso tema della sua verità, del suo ordine e della sua realtà e <sup>c)</sup> nella dimensione subiettiva della facoltà-potere *in se*

---

\* Il presente contributo contiene, ampliato e corredato di un peculiare apparato critico, il testo di un intervento svolto a Roma, presso la Pontificia Università della Santa Croce, su invito e previa selezione del Comitato Scientifico, in occasione del XXIII Convegno di Studi della Facoltà di Diritto Canonico, tenutosi nei giorni 1 e 2 Aprile 2019, sul tema: *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada.*

\* Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Udine.

giuridica (e *in se* morale) di agire sì liberamente, ma giuocoforza secondo i criteri di una libertà ontologicamente umana e necessariamente... giuridica (e morale).

Non abbiamo, allora, la presunzione di compendiare in poche pagine tutti i problemi che emergono dal tema assegnatoci, ciò nemmeno (e tantomeno) sotto il profilo della c.d. ricostruzione storico-dottrinale – è inteso –, ma ci limiteremo a una schematizzazione concettuale di alcuni «punti focali», la quale, secondo il nostro intendimento, potrà forse contribuire, pur in modo estremamente sintetico (e forse un po' bruscamente), a rendere palese l'indissolubilità metafisica del trinomio «diritto ↔ libertà ↔ ordine etico-politico». Questo ci consentirà di superare, almeno in parte, l'artificialità delle varie formule manualistiche e di comprendere i veri problemi posti dalle contingenze dell'effettività politico-giuridica.

Rileviamo a mo' di *caveat*, in fine, che una principale e radicale difficoltà – soprattutto nella trattazione di un tema così complesso e «delicato», anche per i contrasti (spesso ideologici) che esso suscita – è immediatamente rappresentata dalla corretta comprensione del linguaggio utilizzato: spesso, infatti, dietro all'uso d'identiche parole, si celano profondissime ed estreme differenze di significato, di per sé impeditive sia d'una efficace e fruttuosa comprensione, sia, *a fortiori*, della «vera» comunicazione e del «vero» confronto.

## ***2. Obiettività dell'effettività od obiettività della realtà? Tra positivismi e realismo, ovverosia il diritto tra fonti e fondamento.***

Il primo problema, forse, cui è mestieri di porre mente è quello che concerne il significato di obiettività giuridica, ovverosia il significato della dizione «diritto oggettivo». Alberto Trabucchi – per esempio – scrive che “si parla di diritto oggettivo (*norma agendi*) quando il termine è usato per indicare la regola (norma giuridica) come pure l'insieme delle regole (ordinamento giuridico) poste in una

determinata organizzazione sociale al fine di disciplinare la condotta degli uomini”<sup>1</sup>.

In questo senso, allora, l’oggettività del diritto è data dalla sua stessa positività. Il diritto è oggettivo in quanto esso è positivo: positività e oggettività *pari passu ambulanti*! Anzi, a ben vedere, è la positività, cioè lo *iussum*, a rendere oggettivo e oggettivamente giuridico (*rectius*, normativo) il contenuto di una data prescrizione di *facere*, di *non facere*, di *pati*, ma anche attributiva di uno *status*, qualificativa di una fattispecie; limitativa di una potestà; conformativa di una condizione personale *et coetera*.

*Ius quia iussum*, dunque!

Con questo la *forma mentis* dello scienziato (galileiano) del diritto (positivo) si è formata – sì, perché tanto basta a forgiarne l’ossatura –, l’analisi dell’Ordinamento può agevolmente proseguire senza divagazioni (teoretiche), l’esegesi delle *normae positae* e dei loro combinati disposti può iniziare... e ogni domanda relativa al fondamento dello *ius iussum*, eppertanto relativa al fondamento del diritto oggettivo, se mai dovesse assurdamente sorgere, essa diverrebbe non solo inutile, ma addirittura concettualmente ed epistemicamente errata, inopportuna. Ché, infatti, domandarsi che cosa fondi il diritto oggettivo equivarrebbe a domandarsi su che cosa poggi la sua stessa positività e ciò, richiedendo di «uscire» dalla c.d. scienza giuridica, per entrare in quella *lato sensu* politica (o per meglio dire in quella che concerne la c.d. dottrina dello Stato), sarebbe ultroneo rispetto ai fini dello stesso *studium iuris*. Infatti – avevamo omesso di dirlo prima, ma si tratta di un dato evidentissimo – la nozione di diritto oggettivo quale «epifenomeno escludente» del diritto positivo e quale «sinonimo esclusivo» di diritto in sé, è una nozione preliminare e integrale nel senso più pieno dell’espressione: essa pretende, cioè, di esaurire in sé medesima il problema del *quid ius* e del *quid iuris*, rispondendo in termini definitivi e categorici alla domanda

---

<sup>1</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005<sup>42</sup>, p. 3. *Similiter* si vedano, a titolo di mero esempio: A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004<sup>17</sup>, p. 64 et A. CHECCHINI – G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2014<sup>9</sup>, p. 12.

intorno a che cosa sia il diritto e intorno a quale sia l'oggetto dell'indagine giuridica.

Di talché – ecco la ragione in virtù della quale la Gorgone del diritto oggettivo plasma la *forma mentis* dello «scenziato legale», temprandone (spesso irreparabilmente) le categorie concettuali – la giurisprudenza, intesa come studio, come esperienza (*recte*, come pratica) e come tecnica del diritto oggettivo e sul diritto oggettivo, non può che concernere il solo *ius in civitate positum* e il suo sistema-ordinamento, ogn'altro elemento essendole e dovendole essere alieno, sotto pena di tradire sé stessa e la propria «missione applicativa»: una giurisprudenza *extra-positiva*, infatti, non sarebbe una vera giurisprudenza, ma sarebbe (nella migliore delle ipotesi) un'analisi politica, storica, sociologica, forse filosofica *et coetera*, la quale risulterebbe *ex se* estranea alla e dalla aprioristica «riduzione» del diritto al diritto oggettivo-positivo.

Tre chiarimenti, allora, prima di procedere innanzi. Ebbene, abbiamo parlato di diritto oggettivo quale «epifenomeno escludente» del diritto positivo e quale «sinonimo esclusivo» di diritto in sé, nonché di «missione applicativa» della giurisprudenza che ne consegue. Si tratta di tre dizioni strettamente connesse tra loro in punto concettuale. Il diritto oggettivo, infatti, è «epifenomeno escludente» del diritto positivo, in quanto esso, *ex uno latere* manifesta ed esprime in sé medesimo tutto e solo il diritto positivo, non essendovi diritto positivo che non sia oggettivo o diritto oggettivo che non sia positivo (epifenomeno), ed *ex alio* poiché esso stesso esclude dal diritto oggettivo ogni norma, ogni regola che non abbia il carattere della positività-statalità, cioè della positività di origine statale, ovvero sia della positività derivante da una c.d. fonte del diritto (escludente). Ciò significa, allora, che il diritto oggettivo sia anche «sinonimo esclusivo» di diritto in sé – seconda delle tre dizioni in esame – giacché esso rivendica di compendiare nel proprio articolato positivo, in virtù della sua stessa positività, non una *forma* della giuridicità, non un aspetto di questa, non un modo (politico in senso platonico<sup>2</sup>)

---

<sup>2</sup> Platone insegna, a sua volta, che l'arte regia è esercitata per il bene di coloro i quali ne sono sottoposti, secondo l'ordine proprio della loro natura: essa, invero, non è esercizio di un potere

della sua declinazione – come sarebbe per il c.d. giusto legale di Aristotele<sup>3</sup> – ma la giuridicità stessa nel suo derivare dal diritto positivo e nel suo ridursi all'effettività di questo; nel suo dipendere, dunque, sostanzialmente, dal potere sovrano-statuale che la invera e dalla di lui volontà auto-voluta e auto-volente-si di affermarla. Diritto e diritto oggettivo, allora, non possono che rappresentare la medesima «cosa» sul piano pratico e sostanziale: ciò che non è *iussum*, cioè *positum*, infatti, non può nemmeno essere *ius*... in quanto lo *ius* è essenzialmente quello oggettivantesi nelle cc.dd. fonti normativo-positive ed è essenzialmente quello esprimentesi per mezzo di loro e della loro vigenza. Da un tanto allora – ecco la terza delle dizioni problematiche in parola – deriva che la giurisprudenza quale studio *lato sensu* inteso del diritto, riduca e debba ridurre il proprio fine a una «missione applicativa», vale a dire a un'attività enzimatica di applicazione della fattispecie astratta al caso concreto, previo espletamento del c.d. processo di sussunzione e ciò, ovviamente, senza niuna indagine che concerna il diritto proprio del caso considerato, il suo *iustum* e a maggior ragione senza nessuna indagine circa lo *iustum* dello *ius iussum*, cioè dello *ius positum*, infatti: *non de legibus, sed secundum leges iudicandum est*. La giurisprudenza del diritto oggettivo, allora, diviene o dovrebbe coerentemente diventare una *forma* di meccanica delle norme: una catena di montaggio del caso e della regola, anzi... della norma al caso, dove i fatti altro non dovrebbero rappresentare che un momento dialettico del sillogismo legale, la loro premessa minore in termini *lato sensu* hegeliani.

Invero, la positività quale *proprium* del diritto oggettivo e dunque l'oggettività stessa dello *ius* (più propriamente, della norma), non possono fondarsi, in quanto tali, su dati metafisici (o comunque *prae-/extra-/positivi*), tantomeno esse possono fondarsi sul dato metafisico dello *iustum*: questo negherebbe l'equivalenza imprescindibile tra oggettività e positività, cioè tra

---

fine a sé stesso, ma è esercizio di un potere qualificato moralmente (Cfr. PLATONE, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a).

<sup>3</sup> Invero “del giusto in senso politico [...] ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito” (ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Milano, Bombiani, 2007<sup>5</sup>, V, 7, p. 209).

vigenza della norma ed effettività del potere che la rende vigente, ma debbono «fondarsi» – potremmo così dire con una certa approssimazione (quantomeno linguistica) – sul fatto variamente politico della c.d. statualità.

È infatti la statualità del diritto – come già rilevava Del Vecchio<sup>4</sup> – a determinarne l'oggettività nel senso testé veduto (*ergo*, nel senso della positività), giacché “la centralizzazione nell'ambito degli organi statuali della funzione normativa comporta che non esiste altro diritto se non quello che promana dagli organi dello Stato”<sup>5</sup>. Ovviamente, per quanto concerne il «rapporto» tra oggettività-positività e statualità del diritto, non si tratta di una vera e propria fondazione: non è corretto dire, cioè, che la statualità fonda il diritto oggettivo, nel senso che la prima ne rappresenti il principio concettuale, ovverosia l'*ubi consistam* metafisico (o anche solo ideologico, o teleologico *et coetera*), ma deve più propriamente dirsi, invero, che la statualità rappresenti un carattere imprescindibile del diritto oggettivo-positivo, una condizione intrinseca allo stesso, anzi... la *condicio sine qua non* della sua medesima esistenza normativo-imperativa: la statualità fonda il diritto, insomma, nel senso che lo genera, non nel senso che ne rende ragione di principio! Infatti, non vi è e non può esservi, date le premesse fino a qui vedute, diritto oggettivo-positivo al di fuori dello Stato e al di fuori delle sue fonti di produzione, quindi... orbo del carattere della statualità, ma allo stesso tempo e conseguentemente, ogni prescrizione *lato sensu* intesa può diventare diritto oggettivo, *ius iussum*, purché – è inteso – il contenuto di questa sia voluto dallo Stato medesimo in guisa di norma del proprio Ordinamento positivo. Dunque la

---

<sup>4</sup> L'Autore, invero, opportunamente rileva che “la dottrina secondo la quale allo Stato e solo allo Stato spetta di determinare il diritto, corrisponde all'odierna disposizione mentale dei giuristi in istretto senso; i quali hanno appunto per primo ufficio quello di interpretare le leggi, come espressione della sovranità dello Stato. Tutto il diritto sarebbe allora, per definizione, «statuale». Questa tesi collima [...] con quella che afferma tutto il diritto essere «positivo»” (G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1929, I, p. 2).

<sup>5</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007<sup>13</sup>, p. 10. Similiter si legga F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003<sup>12</sup>, p. 6, secondo il quale, infatti, “la statualità del diritto [...] si fonda evidentemente sulla concezione del potere autoritario dello Stato come elemento qualificante del diritto” (*Ibidem*).

statualità non è regola allo *ius positum* ma ne è – potremmo dire – causa genetica, fonte prima, motore propulsivo.

Ciò non consente di sostenere, però, che la citata statualità resti in guisa d'una «categoria vuota» del diritto oggettivo, sotto il profilo del suo contenuto: essa rileva e massimamente, infatti, per il suo essere analogato della sovranità, vero è che il citato carattere della statualità altro non significa, se non la genesi statale del diritto oggettivo, *id est* il derivare di questo dal potere sovrano dello Stato-*Persona civitatis*. Non a caso, allora, il diritto oggettivo del quale stiamo discutendo è il diritto delle cc.dd. fonti normative e non a caso le cc.dd. fonti normative si sostanziano nei “fattori giuridici dell’ordinamento, previsti e disciplinati da apposite norme costitutive dell’ordinamento stesso”<sup>6</sup>. Onde il carattere della statualità del diritto oggettivo ne compendia, sia, da un lato, la vacuità contenutistica sotto il profilo del dovere-essere dello *ius positum*: esso può assumere, infatti, qualunque contenuto lo Stato voglia assegnargli *hic et nunc*; sia, coerentemente – ecco il punto – la precisa e ineludibile direzione teleologica dello stesso e del Sistema al quale ogni singola norma (di diritto oggettivo) appartiene, verso la realizzazione e il compimento della volontà statale, qualunque essa sia, *id est* verso la realizzazione e il compimento del bene pubblico quale opzione di bene(-ssere) storicamente operata, per sé e per la propria esistenza sovrana, dalla *Persona civitatis*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 17. *Similiter* si richiamano le parole di Pizzorusso secondo il quale “lo scopo delle fonti del diritto consiste [...] nel produrre un complesso di statuizioni mediante le quali sia possibile prevedere come dovrà comportarsi un soggetto dell’ordinamento cui una certa fonte appartiene qualora si trovi in presenza di una situazione corrispondente in una previsione contenuta in una statuizione compresa nel sistema di cui tale fonte fa parte. Il complesso di tali statuizioni costituisce cioè il diritto vigente” (A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 2011<sup>2</sup>, p. 56), nonché, più semplicemente, la definizione manualistica della fonte del diritto quale “atto o fatto idoneo a produrre norme giuridiche in un sistema dato” (G. IUDICA – P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, C.E.D.A.M., 2004<sup>5</sup>, p. 7).

<sup>7</sup> Opportunamente osserva Danilo Castellano che “*el llamado bien público se identifica, así, en último termino y desde cualquier teoría constructivista, con la conservación del Estado, en vista de la cual se entiende legítima toda acción [...]. El Estado, su existencia, es el bien por excelencia, el bien que conservar siempre y a toda costa, el bien que permitiría una vida civil*” (D. CASTELLANO, *¿Qué es el*

La statualità del diritto, quindi, se è vero che non consente di definirne il contenuto nei termini del criterio, nei termini dello statuto ontologico, nei termini del suo *esse (iuris)* e conseguentemente nei termini del dovere-essere dello *ius positum*, è parimenti vero che un'indicazione circa il contenuto di questo, essa pur esprime e la esprime, segnatamente, sotto il profilo della determinatezza attuale e dell'indeterminatezza futura della volontà dello Stato. Il contenuto del diritto oggettivo, infatti, è da un lato determinato chiaramente dalle prescrizioni normative vigenti, ma esso è, dall'altro, totalmente indeterminabile per quanto attiene al *quomodo*, al *quantum*, al *quia* della sua stessa evoluzione; infatti: *lex posterior derogat legi priori*, indipendentemente da ogni sindacato sopra il contenuto e della precedente e della successiva.

Ogni discorso, dunque, ogni dissertazione sopra il diritto oggettivo così inteso, in altro non potrebbe sostanziarsi se non in una analisi teorica (mai teoretica!), avente per oggetto il c.d. sistema delle fonti normative: esso sistema, invero, è (*rectius*, sarebbe) sempre giuridico, non perché e in quanto esso stesso risponda ai principii del giure<sup>8</sup>, ma piuttosto perché e in quanto esso ne è fonte (*rectius*, pretende di esserne fonte), ne è causa, ne è genesi. Ed è chiaro, allora, che nell'ambito di un siffatto contesto la c.d. giuridicità del diritto oggettivo venga a coincidere con la normatività positivo-kelseniana<sup>9</sup> dei comandi che lo inverano (attraverso le *normae in civitate positae*) e che essa si riduca – in fondo – alla

---

*bien común?*, in M. AYUSO (a cura di), *El bien común*, Madrid, Itinerarios – Fundación Elías de Tejada, 2013, pp. 15 e s.).

<sup>8</sup> *Contra* la «complessa» tesi autorevolmente sostenuta da Francesco Carnelutti, secondo il quale, infatti, “nulla è o dovrebbe essere scritto nel codice che non sia scritto nella coscienza [... onde (nda)] il diritto positivo è anch'esso, prima che *ab hominibus, a natura constitutum*, così [come (nda)] il diritto naturale è, a sua volta, oltre o dopo che *a natura, ab hominibus constitutum*” (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 72).

<sup>9</sup> Come è noto per Kelsen “il diritto, in quanto oggetto di scienza, è diritto positivo [...]. Ciò che può essere descritto mediante le regole di diritto formulate dalla scienza giuridica è sempre e soltanto un ordinamento giuridico positivo” (H. KELSEN, *Elementi di teoria pura del diritto*, in P. DI LUCIA – L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Che cos'è la giustizia. Lezioni americane*, Macerata, Quodlibet, 2015, p. 68).



coattività quale effettività del potere che ha emanato le leggi di farle (marsilianamente<sup>10</sup>) rispettare<sup>11</sup>.

Posto in questi termini, il discorso sul diritto dovrebbe immediatamente cessare di fronte all'evidenza delle cc.dd. fonti normative, né esso potrebb'essere fatto senza di queste o a prescindere. Se dovesse avere ancora una qualche utilità di continuarlo, infatti, il discorso *de quo* potrebbe proseguire solamente con riferimento alle varie pratiche interpretative (come fa la scuola ermeneutica), ai vari mutamenti nell'Ordinamento e del c.d. sistema delle fonti (come fa il costituzionalismo), alle cause interne o esterne alle Istituzioni grazie alle quali il diritto positivo modifica sé stesso (come fa la politologia giuridica), ai confronti tra i vari Ordinamenti (come fa la scienza comparatistica), alle *regulae positae* che gli stessi Ordinamenti si danno tra loro per convenzione (come fa lo studio del diritto internazionale pubblico), al valore e alla «posizione gerarchica» delle varie fonti *supra*-ordinamentali (come fa la moderna dottrina dei diritti umani) *et similia*. Insomma: il discorso sul diritto (legislato) si ridurrebbe e si riduce al discorso sulle fonti, vero è che "ogni ordinamento determina le proprie fonti [...] e con ciò stesso [...] quali siano le norme che, entrando a farne parte, perché da quelle prodotte, devono essere considerate a tutti gli effetti «norme giuridiche» per antonomasia"<sup>12</sup>, cioè diritto oggettivo *sic et simpliciter*.

A nostro avviso, però, il discorso sopra l'obiettività del diritto deve ancora incominciare.

La triade oggettività-positività-statalità, infatti, non definisce né l'oggetto del diritto in termini – potremmo dire – universali e dunque il suo principio oggettivo, *id est* il principio che ne fonda lo statuto ontologico, rispondendo alla

---

<sup>10</sup> Come è noto Marsilio da Padova afferma che "l'autorità di fare le leggi spetta soltanto a colui il quale, facendole, farà sì che le leggi siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate" (MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*, I, XII, 6).

<sup>11</sup> Infatti, "l'unico punto discriminante [...] per accertare la reale esistenza di un ordinamento giuridico è quello della effettività, cioè della concreta vigenza delle norme da esso poste. Questo carattere, infatti, indica da un lato la capacità di un ordinamento di imporsi ai consociati e dall'altro la media osservanza delle sue norme" (F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 11).

<sup>12</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, C.E.D.A.M., 1984, pp. 1 e s.

domanda «che cosa è veramente il diritto in quanto diritto?»; né essa dà ragione di una oggettività la quale sia propriamente indipendente dalla «territorialità ordinamentale» e dalla «vigenza storica» *lato sensu* intese, quali epifenomeni della sovranità statale. L'oggettività del positivismo, infatti, dipendendo dall'effettività della norma e dal παράδειγμα della sua fonte, non dice – a ben intendere il problema – che cosa sia il diritto in quanto diritto e nemmeno – attenzione! – essa dice che cosa sia il diritto in quanto *ius positum*; essa non ne definisce, cioè, l'oggetto senza contraddizioni e in termini inequivocabili, assoluti (tantomeno metafisici!); ma dice «solamente» che il diritto è... la norma positiva, o per meglio dire che il diritto da questa promana, in quanto essa sia vigente *hic et nunc*. Onde il diritto oggettivo sarebbe dato dal e si ridurrebbe al contingente contenuto che la norma positiva variamente esprime *in casibus*. Nulla è diritto oggettivo in sé, infatti, ma tutto può diventarlo per norma! La quale cosa significa – alla fine – che l'oggettività del diritto si fonda sulla convenzione in virtù della quale è (considerato) diritto ciò che tale si qualifica nominalisticamente (in termini quasi occamiani) e ciò che come tale riesce ad affermarsi, indipendentemente dal contenuto prescrittivo che esso stesso invari per legge.

Dunque, il positivismo e l'oggettivismo giuridico (*recte*, normativo) che ne deriva, dicendo (kelsenianamente) che il diritto coincide col contenuto delle *normae positae* e conseguentemente – ci sia concesso il salto descrittivo – col contenuto delle volontà dei Legislatori impresse nelle loro stesse fonti<sup>13</sup>, non riescono a dire in termini definitivi e unitari che cosa esso sia: altro, infatti, è dire da dove una certa «cosa» provenga, come una certa «cosa» venga convenzionalmente (nominalisticamente) chiamata, considerata *et coetera* e altro, tutt'altro, è definirne l'essenza, è dire che cosa essa sia veramente, quindi... universalmente. E a questo proposito – si badi – la nozione di diritto oggettivo-positivo nemmeno può dare, paradossalmente, una definizione del diritto in termini – diremo – πάν-positivistici, cioè nemmeno essa può dire coerentemente che cosa sia e in che cosa consista il diritto positivo e il suo oggetto, con riferimento al dato dell'esperienza

---

<sup>13</sup> Le quali, non a caso, vanno (finalmente) interpretate secondo la "intenzione del legislatore" *ex art. 12 c. I delle cc.dd. Preleggi*.

gius-normativa reso evidente dalla vigenza attuale delle *normae positae*. La teorica del diritto oggettivo, insomma, non rende ragione nemmeno di sé stessa. Infatti, la pluralità degli Ordinamenti positivi, la contraddittorietà tra gli stessi, la diversità anche sostanziale delle prescrizioni che pur vigono contemporaneamente – come rilevava già Biagio Pascal<sup>14</sup> – in diversi contesti statuali, la stessa evoluzione e modificazione normativa interna agli Stati *et coetera*, ne impediscono una uniformità concettuale e definitoria in punto di sostanza, onde la definizione (la formula) di diritto oggettivo si fa effettivamente comprensiva di prescrizioni tra loro contraddittorie e dunque essa si rende impossibile. Di talché – lo rileviamo in termini conclusivi – la dommatica del diritto oggettivo può solo limitarsi a dire che cosa, entro un certo contesto ordinamentale limitato nel tempo e nello spazio all’attimo considerato, vada provvisoriamente e precariamente letto alla stregua di una *figura*, tra le molte possibili, del diritto-convenzione; alla stregua di una manifestazione, dunque, tra molte che pur potrebbero (e possono) egualmente darsi, di un *nomen iuris* che diviene, più propriamente, *faltus vocis*.

Questo diritto oggettivo, allora, più correttamente e paradossalmente, sarebbe soggettivo, o meglio soggettivo-volitivo. Esso, infatti, non ha e non può avere in sé un’oggettività strutturale tale da renderlo evidente alla ragione – o anche solo, *de minimis*, alla sintesi dell’esperienza storica –; ma dipendendo dalla volontà sovrana e punto riducendosi alla prescrizione effettivamente resa vigente da questa, in un dato contesto storico e geografico, esso stesso si sostanzia *ex se* in un diritto «della» *Persona civitatis*, cioè in un diritto che è quello proprio del Soggetto pubblico-statuale considerato *hic et nunc*, che dunque è quello da lui voluto per sé, e suo di lui in termini sia genetici, sia funzionali.

Si tratta, quindi – ecco il punto – di un (!) diritto, non del diritto, il quale, più che soggettivo, è soggettivistico, anzi *πάν*-soggettivistico, intendendo ovviamente la soggettività del soggettivismo, non in termini metafisici quale ontologia del soggetto, bensì in termini volutaristico-progettualistici quale opzione di sé, che il soggetto stesso opera incondizionatamente, dunque sovranamente, per tutto sé

---

<sup>14</sup> Cfr B. PASCAL, *Pensées*, Parigi, Garnier Frères, 1964, pp. 151 e ss. (si veda il n. 294 *et* i nn. 297 e ss.).

stesso e su tutto sé stesso. E con tanto siamo veramente alle sorgenti concettuali del volontarismo giuridico di matrice occamiana e del nominalismo scotiano: questa, infatti, è l'essenza – se così possiamo dire – della *Weltanschauung* moderna che sta alla genesi della moderna concezione dell'Ordinamento giuridico quale “insieme delle norme coercitive vigenti in un certo Stato”<sup>15</sup>. Lo Stato, infatti, non è più comunità politica (aristotelica), ma *Persona civitatis* e come tale essa può ciò che vuole e vuole ciò che fa, eleggendo da sé medesima i proprii scopi<sup>16</sup> e definendo da sé medesima i proprii mezzi. Lo Stato-*Persona civitatis*, allora, potendo dettare legge attraverso la vigenza delle proprie fonti, impone per legge la propria volontà e trasforma quest'ultima, in virtù d'un Sistema kelsenianamente effettivo e costituito, nel suo diritto, vale a dire nell'unico diritto che esso riconosce e che esso vuole come tale per sé medesimo.

Il problema dell'oggettività del diritto, allora, per non cadere nell'autoreferenzialità tautologica dei vari positivismi e nell'inefficacia euristica delle loro opzioni definitorie – sempre parziali, provvisorie e inevitabilmente transeunti – dev'essere affrontato, come insegna Danilo Castellano, principiando dalla constatazione in virtù della quale “il diritto, propriamente parlando, non ha <fonti>. Ha soltanto un fondamento: la giustizia”<sup>17</sup>. Ciò significa che il diritto non deriva da un *velle*, ma risiede in un *esse*: il diritto, cioè, non promana da un'opzione, da un atto della volontà, ma è condizione di (e per la) giuridicità della stessa opzione e della stessa volontà chiunque ne sia l'autore; ne è norma in senso proprio, regola intrinseca, principio. Il diritto non può derivare, allora, da un Sistema o da un Ordinamento per quanto coerenti essi possano essere rispetto a sé medesimi, ma è il principio in virtù del quale il Sistema o l'Ordinamento *de quibus* possono propriamente definirsi *in se* giuridici, possono – diremo in termini cottiani

---

<sup>15</sup> R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, Torino, Einaudi, 1972, p. 232.

<sup>16</sup> Cfr M. MAZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale. Parte prima. Nozioni generali sul diritto e sullo Stato*, Milano, Giuffrè, 1993<sup>2</sup>, pp. 55 e ss. secondo il quale lo Stato sarebbe appunto un Ente a fini indeterminati.

<sup>17</sup> D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 32 e s.

– giustificare la loro obbligatorietà ed essere quindi veramente obbligatori<sup>18</sup> sul piano deontico-razionale. L’oggettività del diritto, infatti, non è e non può essere data dalla regola, dalla prescrizione in quanto norma tipica (come insegna la manualistica penale<sup>19</sup>), giacché “*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*”<sup>20</sup>. Nemmeno essa oggettività è data o può essere data dalla vigenza di questa regola all’interno di un Sistema-Istituzione di riferimento (secondo le tesi istituzionalistiche di matrice romaniana<sup>21</sup>) e/o dalla legittimità formale del modo della sua produzione (kelseniana<sup>22</sup>). Tantomeno essa può derivare dall’effettività del potere che la imponga (in termini rousseauiani<sup>23</sup>), o dal compendio

---

<sup>18</sup> Cfr S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè, 1981, *passim*, in particolare pp. 31 e ss. L’Autore – come è noto – ritiene che la vera obbligatorietà della norma consista nel “rendere confutabile o ricusabile sul piano della ragione (cioè ingiustificata) la sua trasgressione volontaria” (*Ivi*, p. 17).

<sup>19</sup> Per esempio Fiandaca e Musco scrivono che “costruire il concetto di fatto [tipico (nda)] attorno ai contrassegni [positivi, cioè definiti dalla norma (nda)] che delineano il volto di uno specifico illecito penale equivale innanzitutto a plasmare questo concetto in funzione del principio *nullum crimen sine lege*” (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007<sup>5</sup>, p. 178). Si veda in tema di tipicità penalistica anche la chiara osservazione di Ferrando Mantovani, a mente della quale “per la concezione formale reato è tutto ciò e solo ciò che è previsto dalla legge come tale. Considerato in astratto [...], ossia quale ipotesi descritta dal legislatore [...], il reato è il fatto tipico. La tipicità, cioè l’essere il fatto descritto per tipi legali, è un carattere essenziale [cioè è il carattere costitutivo (nda)] del reato” (F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, C.E.D.A.M., 2011<sup>7</sup>, p. 13).

<sup>20</sup> D. 50. 17. 1.

<sup>21</sup> Osserva Santi Romano che “il concetto che [...] sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico [infatti (nda)] è un’istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l’equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta” (S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977, p. 27).

<sup>22</sup> In ordine alla c.d. nomodinamica kelseniana, Carla Faralli rileva che nell’Opera di Kelsen “gli ordinamenti dinamici – di cui esempio tipico è l’ordinamento giuridico – hanno una struttura a gradoni (*Stufenbau*, secondo la definizione di Kelsen) [e aggiunge che (nda)] nella struttura piramidale, con la quale si può rappresentare l’ordinamento giuridico, alla base trovano posto quelle che Kelsen chiama norme individuali [...] tali atti derivano la loro validità da una norma superiore, la quale, a sua volta, è valida perché posta in essere da organi cui un’altra norma, ancora superiore, attribuisce tale potere e così via [...]. Per evitare il regresso all’infinito [però (nda)] Kelsen colloca al suo culmine la *Grundnorm*, la norma fondamentale, che costituisce il fondamento di validità di tutto il sistema di norme che compongono un ordinamento giuridico” (C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai Greci ad Hart*, Torino, Giappichelli, 2014<sup>2</sup>, p. 62).

<sup>23</sup> È noto che per Rousseau la legge è atto della volontà generale, infatti egli coerentemente afferma che “quando tutto il popolo statuisce su tutto il popolo, non considera che se stesso, e se allora si determina un rapporto, questo è tra l’oggetto intero sotto un punto di vista e l’oggetto

sanzionatorio che la norma stessa preveda per il caso della sua violazione<sup>24</sup>. E neanche il rispetto delle procedure (che sono l'essenza del c.d. Stato di diritto<sup>25</sup>) e delle opzioni operate in una ipotetica «sede Costituente» possono – a ben vedere – dare conto di una vera oggettività giuridica e quindi di una vera giuridicità sostanziale (come vorrebbero le tesi del costituzionalismo moderno<sup>26</sup>): la «vera» oggettività del diritto, infatti, ciò che appunto lo rende obbligatorio – come direbbe Sergio Cotta – e ciò che ne giustifica<sup>27</sup> la cogenza sul piano della positività, alberga nella realtà del suo principio, nello *iustum* che fa di una prescrizione una norma giuridica “non-ricusabile in linea di principio”<sup>28</sup>, un dovere-essere della realtà evidente alla ragione e inconfutabile per natura<sup>29</sup>. E lo *iustum*, in quanto tale, e in

---

intero sotto un altro punto di vista, senza alcuna divisione del tutto. In tal caso la materia su cui si statuisce è generale, così come la volontà che statuisce [... talché (nda)] la legge considera i sudditi come corpo e le azioni come astratte: mai un uomo come individuo, né un'azione particolare” (J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, B.U.R. – Rizzoli, 2010<sup>3</sup>, p. 89).

<sup>24</sup> *Contra* la tesi di Fausto Cuocolo, secondo il quale l'imperatività rappresenta “la caratteristica propria della norma giuridica di contenere un precetto la cui attuazione è garantita da un meccanismo sanzionatorio con possibilità di coazione [... vero è che (nda)] l'unico punto discriminante [...] per accertare la reale esistenza di un ordinamento giuridico è quello della effettività, cioè della concreta vigenza delle norme da esso poste. Questo carattere, infatti, indica da un lato la capacità di un ordinamento di imporsi ai consociati e dall'altro la media osservanza delle sue norme” (F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 8 et 11).

<sup>25</sup> Infatti – come ha rilevato Miguel Ayuso – “il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica, del potere e dei suoi limiti che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto [...] il quale, se (nda)] è limitato dalla legge, [...] non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione” (M. AYUSO TORRES, *L'Àgora e la piramide*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 42 et 63).

<sup>26</sup> Lo stesso discorso, ovviamente, vale anche rispetto alle Dottrine dei cc.dd. diritti umani contemplati dalle varie Carte dei Diritti elaborate in sede *supra*-nazionale. Opportunamente è stato osservato che “*las Declaraciones de derechos y las Constituciones [...] no son sino el producto del racionalismo constructivista y gnòstico, y los <derechos> de ellas surgidos se basan en la concepción de la libertad como <libertad negativa>, esto es, sin otro criterio que el de la propia libertad*” (M. AYUSO TORRES, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 145 e s.).

<sup>27</sup> Sergio Cotta, per esempio, rileva che “la giustificazione [...] consiste nella dimostrazione che la scelta in base alla quale un comportamento possibile è elevato al rango di comportamento che deve essere (ossia obbligatorio), è una scelta non già arbitraria, e quindi sempre ricusabile, bensì fondata e accettabile” (S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 58).

<sup>28</sup> S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 26.

<sup>29</sup> Se poi si voglia negare che la verità del diritto esiste in sé, quale conseguenza della negazione della verità medesima a favore di un non meglio qualificabile pluralismo nihilistico, giusta il quale ogni diritto e ogni sistema morale sarebbero soggettivi, dipendendo essi dall'opinione di valore aprioristicamente assunta dal loro autore storico, ciò di fatto impedisce ogni discorso e ogni approfondimento, giacché richiede di «fermarsi» innanzi alla contingenza dell'effettività, di non vagliarla sotto nessun profilo di analisi (morale, giuridico, politico, razionale *et coetera*) e di non indagare circa il fondamento della stessa. Ma questo – come Sergio Cotta, per esempio,

quanto tale partecipazione della *iustitia* – si badi – è necessariamente indipendente da ogni elemento estrinseco rispetto al suo... *proprium iuris*; esso è indipendente anche dal fatto, pur auspicabile, ma non sempre possibile, della sua stessa positivizzazione specifica (in termini aristotelici, potremmo dire della sua stessa previsione legale, quale declinazione del diritto naturale<sup>30</sup>).

Un approccio realistico (forse possiamo dire metafisico, comunque veritativo e fondativo almeno in termini di ricerca) al problema dello *ius iustum*, o per meglio dire dello *ius quia iustum*, dunque, il quale approccio ponga mente anche e innanzitutto all'esperienza della giuridicità, impone di considerare l'oggettività metafisica dell'*esse iuris* e non già la vigenza fattuale del *velle legum* o del *velle secundum leges*; esso impone, cioè, di considerare la verità, l'ordine e la razionalità<sup>31</sup> del diritto, quali dati che s'impongono su qualunque volontà – sia essa quella dello Stato o quella dell'individuo – e che la trascendono attraverso il principio universale dello "*id quod semper aequum ac bonum est*"<sup>32</sup>.

Di talché, il diritto è e può dirsi in questo senso oggettivo, solo in quanto esso rappresenti l'oggetto della giustizia, una sua determinazione (*in concreto*). Il diritto è oggettivo, dunque, in quanto esso stesso compendia in sé medesimo la regola razionale che è propria della *natura rerum*, vale a dire che è propria *in se* del fatto normato, del fatto al quale la regola di diritto si riferisce per ordinarlo... giuridicamente, secondo il suo stesso *proprium (ex facto oritur ius)*. È l'ordine

---

ebbe a rilevare – è impossibile sia sul piano teorico, sia sul piano dell'esperienza, infatti "il soggettivismo radicale dei valori e dei giudizi di valore implica l'impossibilità di farli razionalmente condividere da altri, implica quindi la libertà etica in assoluto di qualsiasi atto che soddisfi il soggetto [implica la di lui libertà negativa, come direbbe Castellano (nda)]. Ma poiché la libertà etica assoluta di un ente finito è incompatibile con la libertà assoluta d'un altro ente finito, l'atto di assoluta libertà non è reciproicabile ed esprime soltanto la logica della potenza: il *tantum iuris quantum potentiae* di Spinoza. [...] Pertanto la prescrizione giustificata solo soggettivamente [anche se il soggetto sia quello pubblico della c.d. *Persona civitatis* (nda)], risulta un mero atto impositivo e non obbligatorio" (S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 226 e s.).

<sup>30</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 7.

<sup>31</sup> Facciamo riferimento, mutuandone l'espressione e il concetto, al titolo delle tre opere di Danilo Castellano sul problema della politica: D. CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993; D. CASTELLANO, *L'ordine della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; D. CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

<sup>32</sup> D. 1. 1. 11.

naturale al quale la regola si informa, insomma, che ne definisce e che ne esprime il valore giuridico, il valore, cioè, che è dato dall'ordinata partecipazione dello *ius* allo *iustum* e dello *iustum* alla *iustitia*, dunque il valore razionalmente intelligibile e condivisibile in sé e per sé, in quanto bene e in quanto ordine che sono proprii, *ut natura*, di ciò che costituisce l'oggetto stesso della *regula iuris*. Vero è che – come fa notare Castellano – “il valore [...] ha come sua realtà fontale [non l'opzione, non il sentimento, non il *velle* ma (nda)] l'essere [in questo caso, l'essere della giustizia (nda)]: solamente dove c'è l'essere [infatti (nda)] si ha e si dà valore; e quanto maggiore è la partecipazione dell'ente [qui del diritto (nda)] all'essere [qui della giustizia (nda)], tanto maggiore è il valore dell'ente che ha l'atto di essere e che partecipa dell'essere”<sup>33</sup>. Il valore giuridico, dunque, innanzitutto come valore della giuridicità in sé e conseguentemente come valore della *norma iuris*, è dato dalla partecipazione al principio di giustizia e dalla sua applicazione concreta secondo l'ordine proprio delle cose, *ergo* secondo la loro natura. La natura delle cose, infatti, è per sé stessa normativa e regolativa: essa rappresenta il dato dal quale non può prescindere *sub specie intellectūs*. È la natura umana, per esempio, a essere regolativa della condotta dell'uomo (capace di libero arbitrio) e a essere normativa nei rapporti con l'uomo e tra gli uomini. Com'è la natura di ogni ente a dire che cosa l'ente medesimo è in sé e conseguentemente a regolare, a normare le condizioni e i modi di «uso legittimo-razionale» dell'ente stesso. È la natura dell'animale, ancora per esempio, che ne plasma l'istinto e che ne determina l'indole, che porta l'animale, quindi, ad avere certe caratteristiche etologiche, a prestarsi a certe destinazioni d'uso *et coetera*, com'è sempre la di lui natura che regola e che norma *ab interno* anche l'uso che dell'animale stesso può legittimamente farsi secondo ragione, discernendo, in ipotesi, i cc.dd. maltrattamenti<sup>34</sup> da ciò che maltrattamento non è *et coetera*.

Tutto questo non determina, ovviamente, una sorta di contrapposizione radicale tra il diritto positivo, o per meglio dire tra le fonti legali, e il diritto

---

<sup>33</sup> D. CASTELLANO, *Valori giuridici non negoziabili*, in D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, cit., p. 63.

<sup>34</sup> La questione qui vi è solo cennata, è, *de iure condito*, massimamente rilevante per la stessa «interpretazione» e «applicazione» dell'art. 544 *ter* c.p.



naturale, o per meglio dire il fondamento (nella/)della giustizia, ma anzi, da un lato definisce l'impossibilità di ridurre il problema giuridico alla «sistematica» delle *normae positae*, le quali appena debbono essere sottoposte al sindacato *de iure* (dalla prima all'ultima sotto il profilo gerarchico), e dall'altro, ancora più significativamente, impone di rilevare – secondo il magistero di Cotta – che “tutto il diritto in senso proprio (ossia giustificato nella sua deonticità e quindi obbligatorio) è naturale [noi, qui, possiamo dire oggettivo (nda)] e, al tempo stesso, che è «posto dagli uomini», poiché ciò significa posto in modo [assiologicamente (nda)] umano, ossia secondo la ragione che argomenta nel rispetto delle condizioni di reale possibilità dell'esistenza umana. Pertanto il diritto formalmente posto, quando abbia offerto prova della obbligatorietà delle proprie norme, può venir denominato correttamente [ed esso è effettivamente (nda)] diritto naturale vigente”<sup>35</sup>. E la questione – si badi – per quanto oggidì possa sembrare astratta, lontana dalla c.d. prassi applicativa, essa è invece concretissima e attuale come ha acutamente messo in luce l'Opera di Danilo Castellano<sup>36</sup>: è lo stesso diritto positivo, infatti, che smentisce vieppiù la teoria delle fonti e che fa emergere, anche se non costantemente e coerentemente, il proprio fondamento nello *iustum* o comunque l'indigenza umana di questo: “il d[irritto] n[aturale] perciò si può designare con qualifiche analoghe al diritto civile [qui noi lo intendiamo per positivo (nda)]: positività, storicità, efficacia, validità; ma l'attribuzione si fonda su criteri del tutto diversi. Infatti il d[irritto] n[aturale] primigenio è un «atto» della ragione pratica

---

<sup>35</sup> S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., pp. 130 e s. L'Autore, peraltro, opportunamente precisa che “il diritto positivo, quando sia giuridico in senso proprio (ossia obbligatorio per la giustificazione della sua deonticità) è diritto naturale. Privo, invece, di codesta naturalità, il «diritto» positivo rimane *magis iniquitas quam lex* [...] perciò [...] tutto il diritto è naturale [...] oppure non è diritto” (*Ivi*, p. 131).

<sup>36</sup> Non a caso l'Autore parla di “realismo del Codice civile italiano” (D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, cit., p. 93) – intendendo per realismo “quello metafisico [...] che riconosce che le cose hanno uno statuto ontologico immodificabile da parte del legislatore” (*Ivi*, p. 101) – e mette in luce, con puntuali esempi (capacità giuridica e capacità di agire; simulazione contrattuale; rescissione; risarcimento del danno *et coetera* [Cfr *Ivi*, pp. 103 – 112]), come la c.d. teoria delle fonti compendiata all'art. 1 delle Preleggi “esce sostanzialmente indebolita, anzi «svuotata», dalle considerazioni svolte. La norma [...], infatti, è il prodotto dell'attività del legislatore il quale, per dare veramente la legge, non può invocare qualcosa di «altro» rispetto al diritto [...]. Il Codice civile [...] rappresenta, pertanto, la sconfessione del positivismo giuridico assoluto che il legislatore all'epoca dichiarò di volere instaurare” (*Ivi*, p. 113 e s.).

individuale che assommandosi ad altre ragioni di uomini concreti [...] formula principi di condotta societaria [...]. Il «consenso» non è ottenuto con apparati cogenti [...], ma per la verità oggettiva [...]. Essa deriva [invero (nda)] dalla attitudine della ragione a cogliere la giustizia oggettiva o «*ordo iustitiae*» nei rapporti sociali”<sup>37</sup>.

**3. Il diritto soggettivo quale *πρωτότυπος* dei diritti umani. Dalla pretesa... del «diritto» ai «diritti»... delle (e dalle) pretese: *μεταμόρφωσις* del potere senza giuridicità.**

Premesso, allora, che l’oggettività del diritto non può essere data dalla sistematicità delle opzioni, appartengano esse al sistema individuale, al sistema collettivo-condiviso (habermasiano<sup>38</sup>), al sistema statale-sovrano, al suo formalismo ordinamentale *et similia*, ma è data – come insegna Danilo Castellano – dalla sua stessa fondazione nell’ordine etico<sup>39</sup>, giova ora addentrarsi (sia pure senza alcuna pretesa di esaustività) nel problema del diritto soggettivo, o, per meglio dire, nel problema della soggettività del diritto, quale «capitolo» della libertà giuridica che è propria dell’essere umano.

Ebbene, è evidente – come già rilevava Pietro Piovani – che “se c’è un diritto tutto oggettivo, il soggetto, che gli sta di fronte, è [...] in una posizione di inferiorità [... vero è che (nda)] il giuspositivismo allo stato puro, in quanto è statalizzazione del diritto, consegna del diritto alla volontà del legislatore, è oggettivizzazione di tutto il diritto: è alienazione del soggetto, quindi ammissibilità del diritto soggettivo solo in quanto e per quanto sia tollerato dal diritto statale”<sup>40</sup>. È ovvio, infatti, che se il diritto sia sol quello oggettivo e se esso, in quanto oggettivo, debba

---

<sup>37</sup> D. COMPOSTA, *Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto*, Roma, Pontificia Università Urbaniana, 1994, p. 193.

<sup>38</sup> È noto che per Habermas i vari “progetti di vita individuali non si formano al di fuori dei contesti di vita intersoggettivamente condivisi” (J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, Torino, Einaudi, 2002, p. 6).

<sup>39</sup> Cfr D. CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, *passim*, in particolare, capp. I et IV.

<sup>40</sup> P. PIOVANI, *Linee di una filosofia del diritto*, in F. TESSITORE (a cura di), *Pietro Piovani per una filosofai della morale*, Milano, Bompiani, 2010, pp. 547 e s.

coincidere e dipendere *in toto* con il diritto delle cc.dd. fonti normative, non si abbiano e non possano aversi *figurae* giuridiche diverse da quelle volute *hic et nunc* dal Legislatore storico. Onde i vari diritti positivi possono sì sistemarsi in diverse categorie, come quella del diritto soggettivo, appunto, o come quella dell'interesse legittimo, della potestà, della legittimazione ad agire *et similia*; essi possono anche dare luogo a suddivisioni interne al loro Sistema di riferimento – si parla, per esempio, di diritti reali, di diritti obbligatori, di diritti politici *et coetera* –, ma in quanto diritti positivi – si badi – essi non possono inverarsi in qualche cosa di diverso rispetto al *velle legis* e sotto questo profilo, dunque, essi non hanno alcuna specificità loro propria. La nozione di diritto soggettivo, allora, in questo contesto, altro non potrebbe significare se non – secondo la terminologia gerberiana<sup>41</sup> – diritto sostanzialmente riflesso, o per meglio dire... posizione normativo-subiettiva che l'Ordinamento proietta sopra i capi d'imputazione che esso medesimo definisce per norma (oggettivo-positiva) e attraverso la norma (oggettivo-positiva). Infatti: dipendendo il diritto oggettivo dalla volontà dello Stato e non essendovi altro diritto che quello oggettivo, cioè quello voluto dallo Stato, il diritto soggettivo ne deve rappresentare una *species* interna, un derivato particolare, un prodotto normativo-legale. Di talché esso può solo concepirsi in linea teorica come volontà dello Stato considerata *sub specie subiecti*, vale a dire che esso può solo concepirsi come ciò che lo Stato vuole in relazione al suo soggetto, o per meglio dire in relazione al capo d'imputazione che esso medesimo, in quanto sovrano, costituisce come soggetto (del e al proprio diritto) attraverso la norma creatrice del diritto.

Qualitativamente, infatti, i diritti soggettivi non sono qualche cosa di diverso dal diritto oggettivo – tantomeno essi sono una coorte di diritti che il soggetto ha indipendentemente dal diritto oggettivo e/o dallo Stato – ma ne sono una determinazione specifica e il loro contenuto, vale a dire ciò che essi prescrivono come facoltà o come potere legale del loro soggetto-titolare, è e resta

---

<sup>41</sup> È noto che *von Gerber*, parlando dei "diritti civili generali" (C. VON GERBER, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 132), vale a dire del "diritto spettante ad ogni singolo cittadino di partecipare dei vantaggi che derivano anche al popolo dall'attività del potere statale" (*Ibidem*) affermi, coerentemente col suo positivismo, che essi "sono il riflesso del potere statale stesso" (*Ibidem*).

del tutto indifferente rispetto alla aggettivazione che li qualifica. Soggettivo, dunque, non significa qui proprio del soggetto, che appartiene al soggetto in quanto tale, ma significa riferito al soggetto, imputatogli per norma, concessogli per legge ed entro i limiti di questa.

Che poi si parli, invero, di diritto soggettivo essenzialmente come *facultas agendi ex norma agendi*, cioè come facoltà che l'Ordinamento pone in capo al soggetto costituito per norma, di operare una data opzione entro un ventaglio di opzioni che la norma medesima definisce tassativamente<sup>42</sup>, anche se non sempre esplicitamente, ciò non significa che la giuridicità della facoltà rappresenti l'elemento costitutivo e fondante del diritto *de quo*, in virtù del quale lo Stato-Ordinamento lo riconosce e deve riconoscerlo come proprio (*ut natura*) del soggetto, ma solo significa che in relazione all'oggetto del diritto soggettivo, l'Ordinamento contempla come legali, ovverosia come coerenti con sé stesso, come possibili, una pluralità più o meno ampia di opzioni, la scelta tra una delle quali egli ritiene, per ragioni di c.d. opportunità politica<sup>43</sup>, di rimettere al *velle subiecti*, cioè di rimettere all'auto-decisione del titolare-soggetto. Esse opzioni, però – ecco il punto – non sfuggono all'Idra, al mostro, della tipicità legale rappresentato dal dogma della fattispecie, quale analogato positivistico del diritto oggettivo, ma ne sono un effetto, un prodotto, giacché la fattispecie da considerarsi per comprendere l'ampiezza del diritto soggettivo e il suo stesso contenuto non è sol quella della norma costitutiva del diritto particolare, ma è quella data da questa, letta nel combinato disposto con l'intero Ordinamento di riferimento: è il Sistema, infatti,

---

<sup>42</sup> Il diritto soggettivo, infatti, viene tradizionalmente definito come “la signoria del volere, il potere di agire (*agere licere*) per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'Ordinamento” (A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 64). Anche Alberto Trabucchi, peraltro, scrisse che “si parla [...] di diritti soggettivi (*facultates agendi*) per indicare i poteri attribuiti ai soggetti di agire per il soddisfacimento dei propri interessi; poteri riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico, cioè dal diritto oggettivo” (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 3).

<sup>43</sup> Più propriamente, facendo riferimento agli opposti gentiliani “intelligenza politica” e “ragion di Stato” (Cfr F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Padova, C.E.D.A.M., 1984), dovremmo dire che la decisione dell'Ordinamento di contemplare in sé medesimo uno o più diritti soggettivi, così come quella di conformarli in un determinato modo, piuttosto che in un altro e di imputarli al soggetto normativamente definito, da altro non può dipendere, dato il dogma della sovranità proprio dello Stato moderno, se non da scelte che l'Ordinamento medesimo fa per i fini della c.d. ragion di Stato.

che compiutamente definisce lo spettro applicativo della *facultas agendi* e dunque il suo contenuto opinativo-operativo. E nella legale possibilità di queste opzioni, cioè nella possibilità legale che il soggetto ha di optare per una o per l'altra essendo in ciò assistito dall'Ordinamento di riferimento, di fatto alberga il carattere più proprio e peculiare del diritto soggettivo inteso come categoria giuridica della modernità, o per meglio dire inteso come sotto-categoria rispetto alla categoria principale del diritto oggettivo.

Che poi possa anche discutersi sopra la struttura del modello di proiezione che soggettivizza *in casibus* il diritto oggettivo, è pur vero. Per esempio – come scrive Dario Composta – esso può essere “definito come <volontà libera> (Savigny), [...] come <interesse protetto> (Jhering) [...] come <actio>, o (come disse più tardi il Windscheid) come <pretesa> per cui i terzi non possono impedire la libertà del titolare”<sup>44</sup>. Tutte queste interessanti sfaccettature del meccanismo *supra* citato, però, a ben intendere le cose, non consentono di uscire né dal positivismo, né – soprattutto – dalla vacuità concettuale del diritto soggettivo, la quale gli deriva, più o meno direttamente, dalle ipoteche anti-dommatico-volontaristiche (ma dogmatistiche!) proprie della modernità, per esempio e apicalmente dalle teorie rousseauiane.

Il diritto soggettivo così inteso, infatti, non supera – ma addirittura accentua, pur avviluppandola su sé stessa – la spirale volontaristica che è propria del positivismo giuridico fin dalle tesi occamiane<sup>45</sup> e che correttamente porta Villey – per citare un Autore di riferimento – a svolgere una pesante critica in relazione a quello che potremmo chiamare il nihilismo giuridico del diritto soggettivo, o, in altri termini... la sua  $\alpha$ -giuridicità genetica. Come scrive Villey, invero, “l'affermarsi di questa espressione [*id est*, del diritto soggettivo (nda)] e la sua definizione teorica [...] comportano l'abbandono di una forma di pensiero

---

<sup>44</sup> D. COMPOSTA, *Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto*, cit., p. 328.

<sup>45</sup> Non a caso Villey scrive che il “contratto sociale di origine individualistica [...] era in germe nel pensiero di Duns Scoto e che ben si confà alla prospettiva nominalistica. Non esiste più che una sola fonte del diritto, la volontà individuale: o la volontà dell'individuo-Dio, o la volontà dell'individuo-uomo” (M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986, p. 194).

giuridico [...] che era fondata sull'ordine naturale e la sua sostituzione con un'altra, basata sull'idea di potere"<sup>46</sup>. Il diritto soggettivo, infatti, inteso come *facultas agendi ex norma agendi*, è, sotto il profilo sostanziale, null'altro che una possibilità concessa dal potere maggiore dello Stato al potere minore dell'individuo di esercitare un'opzione coerente col Sistema voluto dal primo e «assistita», nel momento applicativo, dalla forza di quello<sup>47</sup>, irrilevante essendo la natura del suo contenuto (il problema, infatti, concerne solo la coerenza della *facultas subiecti* rispetto ai fini che lo Stato dà a sé stesso, ma si tratta di un «falso problema» inquantoché la stessa conformazione legale della *facultas* da quello dipende *in toto*).

Dunque – come fa notare Villey – “ciò che si dà di caratteristico nell'espressione diritto soggettivo [...] è che essa applica l'etichetta, il contrassegno del giuridico (la forza normativa del diritto) ad una facoltà del soggetto, ad uno dei suoi poteri"<sup>48</sup>. E qui, ovviamente, l'aggettivo “giuridico” non significa legittimo, cioè rispondente ai principii della giustizia, ma significa «legale» e legale – possiamo aggiungere, mutuando dalle tesi di Jellinek sul c.d. diritto pubblico subbietivo – significa suscettibile di tutela giudiziaria da parte dello Stato, azionabile, idoneo ad attribuire al soggetto, quindi, la “capacità di mettere in movimento norme dell'ordinamento giuridico nel di lui proprio interesse e di provocare all'uopo l'azione di un'autorità"<sup>49</sup>.

Quindi il discorso epiloga là dov'esso era iniziato, vale a dire nel potere dello Stato: il diritto soggettivo, infatti, nel suo essere pubblico<sup>50</sup> – con terminologia

---

<sup>46</sup> M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 224.

<sup>47</sup> In questo senso è puntuale e penetrante la tesi di Jhering secondo la quale “*Rechte sind rechtlich geschützte Interessen*” (R. VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, Breitkopf und Härtel, 1906<sup>5</sup>, p. 339) giacché – come scrive Massimo La Torre, commentando questo passo – “i diritti non sono più che interessi [...] bisognosi inoltre, per farsi diritti, del riconoscimento, della protezione dell'ordinamento giuridico” (M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 63).

<sup>48</sup> M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 197.

<sup>49</sup> G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, S.E.L., 1912, p. 117.

<sup>50</sup> Vale a dire, molto più che semplicemente riflesso, secondo la tesi di Jellinek; infatti “la possibilità di dare origine ad azioni giuridiche localizzate nell'individuo costituisce la differenza essenziale fra lo *status* negativo ed il semplice effetto riflesso del diritto obiettivo. Un'azione giuridica che possa sperimentarsi con mezzi legali non può giammai costituire un semplice diritto riflesso” (G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, S.E.L., 1912, p. 117).

jellinekiana – cioè *positum*, si riduce alla facoltà del soggetto  $\alpha$  di operare scelte legali, vale a dire opzioni coerenti con l'Ordinamento, e  $\beta$  di invocare il maggior potere dello Stato, nel suo essere supremo<sup>51</sup> all'interno del Sistema di riferimento, qualora egli non riesca a ottenere «autonomamente» l'effettività del suo *velle secundum leges*. Non a caso lo stesso Kelsen sostiene, coerentemente, che "l'ordinamento giuridico conferisce ad un individuo un «diritto soggettivo» in quanto attribuisce a lui [...] la possibilità di aprire il procedimento che porta alla fine all'esecuzione della sanzione"<sup>52</sup>. Quasi fosse, quello dello Stato – Apparato e Ordinamento in un tempo – una *species* di intervento circolarmente sussidiario rispetto alle progettualità subietive che esso stesso ritiene astrattamente meritevoli di tutela e di attuazione<sup>53</sup>, alla condizione che in questo senso si esprima anche la consentanea volontà-legale del loro titolare. "Il titolare del diritto soggettivo diviene così – per usare le parole di La Torre – una sorta di «agente» del potere sovrano, il quale, concedendogli il diritto, lo investe d'una competenza e d'una funzione da assolvere in suo nome e nel suo interesse"<sup>54</sup>; anche se – si badi bene – l'interesse dello Stato nel caso del diritto soggettivo è un interesse particolare, mite – come direbbe Zagrebelsky<sup>55</sup> –, programmatico, e ciò in quanto – possiamo noi dire – esso è un interesse geneticamente condizionato (per auto-decisione dello Stato, è ovvio) dall'opzione del suo titolare: lo Stato, cioè, non ha un interesse forte a che il titolare del diritto soggettivo lo eserciti *sic et simpliciter*, altrimenti ne farebbe oggetto di obbligo e non di facoltà, ma ha interesse a che, qualora esercitata, essa *facultas* produca gli effetti legali che la norma positiva, la fonte, in sé

---

<sup>51</sup> Facciamo riferimento alla definizione correntemente data della sovranità quale "supremazia nei confronti di ogni altro soggetto [...] operante nel territorio statale [...] e quale (nda) indipendenza [...] rispetto agli altri Stati" (G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, C.E.D.A.M., 2003<sup>9</sup>, p. 115).

<sup>52</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas-Kompass, 1978, p. 87.

<sup>53</sup> Non a caso, secondo Kelsen, "in quanto autorizzazione, il diritto soggettivo non sta di fronte al diritto oggettivo come qualcosa di indipendente da questo, dal momento che sarà diritto soggettivo soltanto perché e in quanto sarà sottoposto alla norma [vigente ↔ valida (nda)] del diritto oggettivo" (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, p. 84).

<sup>54</sup> M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 65.

<sup>55</sup> Cfr G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

contempla per il caso della sua opzione. Si tratta dunque di un interesse mediato attraverso la considerazione legale che l'Ordinamento dà al volere subiettivo.

Prendendo per esempio, allora, la tesi del citato Jellinek secondo la quale "il diritto subiettivo [...] è la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto [essa (nda)] sia rivolta ad un bene o ad un interesse"<sup>56</sup> che l'Ordinamento oggettivo – ovviamente – consideri tale per norma, dobbiamo tosto rilevare che il nihilismo del diritto soggettivo si sostanzia in un nihilismo di secondo grado, inquantoché esso deriva dal nihilismo del diritto oggettivo che è originario o di primo grado, come originaria è la sovranità del suo autore (*id est*, lo Stato). E se è vero che il nihilismo del diritto oggettivo è conseguenza della sovranità statale, è parimenti vero che il nihilismo del diritto soggettivo è conseguenza della inesistenza giuridico-positiva della persona e della sua libertà-volontà umana (sulla quale già Carnelutti si era soffermato<sup>57</sup>), ad appannaggio della riduzione concettuale di questa al παράδειγμα del soggetto variamente e precariamente determinato dal Legislatore, per sé e per legge, col corredo legale delle proprie facoltà di volere in conformità delle norme<sup>58</sup>. Di talché il volontarismo del primo, cioè quello dello Stato-Ordinamento, è assoluto, mentre il volontarismo del secondo, cioè quello del soggetto-capo d'imputazione, può essere inteso in due termini: o nel modo in cui lo intenderebbe (per esempio) Rousseau, come un volontarismo assoluto per partecipazione della frazione all'intero; o nel modo in cui lo intenderebbe (per esempio) Locke, come volontarismo relativo allo spazio di signoria che il Sovrano concede al cittadino per atto di (momentanea e precaria) auto-limitazione<sup>59</sup> (o per meglio dire per atto di limitazione del potere pubblico, funzionale alla garanzia legal-formale dei diritti positivi che nella teoria di Locke rientrano nello spettro della *property*).

---

<sup>56</sup> G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 49.

<sup>57</sup> Cfr F. CARNELUTTI, *La persona umana e il diritto*, in AA. VV. *La persona umana e gli odierni problemi sociali*, Roma, Studium, 1945, p. 23.

<sup>58</sup> Non a caso Rousseau scrive che "le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l'uomo" (J.J. ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, Roma, Armando, 1994, p. 192).

<sup>59</sup> Anche il citato Jellinek scrive che "lo Stato può adempiere la sua obbligazione solamente limitando rispetto ai sudditi la sua attività" (G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 77).



Ed è proprio questo perverso meccanismo della volontà che legittima il potere e del potere che fa agio sulla volontà, che apre, se così possiamo dire, a una forma di nihilismo ancora più radicale – di terzo grado? – la quale è propria della *post-modernità* politico-giuridica e la quale trova il suo apice nelle dottrine che portano alla concettualizzazione del diritto soggettivo all'assoluta autodeterminazione del volere privato, o per meglio dire... all'assoluta autodeterminazione del *velle in rebus privatis*<sup>60</sup>. Se il c.d. positivismo forte, infatti, fa

---

<sup>60</sup> Stefano Rodotà, per esempio, precisa che "l'autodeterminazione si identifica [...] con il progetto di vita realizzato o perseguito dalla persona [...] governato da un esercizio ininterrotto di sovranità che permette quella libera costruzione della personalità che troviamo iscritta in testa alla nostra e ad altre costituzioni" (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, Laterza, 2012, p. 272). La Corte costituzionale della Repubblica italiana – per fare un esempio «pratico» – già nel 1993 riconobbe, sulla base di una lettura sistematica della Costituzione e in particolare sulla base del c.d. principio di uguaglianza *sub* art. 3 cost., che "il primario imperativo costituzionale [...] dovesse essere quello (nda) di perseguire l'obbiettivo finale della «piena» autodeterminazione della persona" (2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza № 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre). Gli stessi Giudici, peraltro, hanno successivamente ribadito, in continuità con siffatta impostazione, che la "libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare" (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza № 162, Presidente: Silvestri, Redattore: Tesauro) della persona e che "l'art. 2 della Costituzione [tutela (nda)] l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata" (12 Luglio 2000, Corte Costituzionale, Sentenza № 332, Presidente: Mirabelli, Redattore: Contri). Il problema, ovviamente, non è da considerarsi «isolato» nell'Ordinamento italiano, ma esso assume una dimensione globale e decisamente penetrante, anche a causa dell'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha data in riferimento all'art. 8 C.E.D.U.. La Corte, infatti, ha comunitarizzato, in un certo senso, il dogma dell'autodeterminazione volontaristica e lo ha posto a sistema con i cc.dd. diritti di libertà e di riservatezza interpretati in senso nihilistico e segnatamente nel senso proposto dal personalismo liberale della *post-modernità*. Le facoltà che compendiano il e che nascono dal c.d. diritto all'autodeterminazione, invero, vengono poste dai Giudici di Strasburgo sotto l'egida della disposizione citata (art. 8 C.E.D.U.), attraverso un'interpretazione di essa vieppiù «filtrata» dalle teoriche nord-americane, gravitanti attorno all'asse concettuale della *privacy*. È noto, allora, come la Corte europea dei Diritti dell'Uomo abbia esplicitamente affermato che "la *notion d'autonomie personnelle* [intesa come auto-determinazione della volontà (nda)] *reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8*" (*Pretty versus* Regno Unito, Ricorso № 2346/2002), ciò significa che la tutela della "vita privata e familiare" – quale "*notion large, non susceptible d'une définition exhaustive*" (*Ibidem*) – presuppone e implica, comunque e necessariamente, il primario rispetto e la essenziale garanzia della libertà della persona di autodeterminarsi *in rebus privatis*, vale a dire con riguardo all'identità fisica e sociale di un individuo (*e.g.* *Mikulic versus* Croazia, Ricorso № 53176/1999); con riguardo all'identificazione di genere, al nome, alle tendenze sessuali (*e.g.* *Burghartz versus* Svizzera, Ricorso № 16213/1990; *Dudgeon versus* Regno Unito, Ricorso № 7525/1976; *Laskey, Jaggard, Brown versus* Regno Unito, Ricorsi № 21627/1993; 21628/1993; 21974/1993 decisi con unica Sentenza del 19 Febbraio 1997); con riguardo al c.d. diritto all'immagine e alla reputazione (*e.g.* *Friedl versus* Austria, Ricorso № 15225/1989; *Sciacca versus* Italia, Ricorso № 50774/1999) *et coetera*. In un certo senso, infatti, può dirsi che la citata "vita privata e familiare" venga a

dello Stato la fonte escludente ed esclusiva – come insegna Danilo Castellano<sup>61</sup> – delle libertà legali dei soggetti, di modo che l'Ordinamento giuridico rappresenta il filtro attraverso il quale l'unica libertà legale si fa libertà individuale, come l'*homme* si fa *citoyen*, è da questo annihilitamento della libertà soggettiva nella sovranità dello Stato che nasce, per reazione interna – potremmo dire – un'istanza di libertà-liberazione dell'individuo dallo Stato e una contrapposizione, più formal-ideologica che sostanzial-pratica, del primo al secondo, o per meglio dire della libertà negativa del primo alla libertà negativa del secondo.

L'individuo della *post*-modernità politico-giuridica, infatti, vuole sì liberarsi dai vincoli posti dallo Stato-forte, ma non essendo egli in grado di affrancarsi dalle categorie concettuali proprie del razionalismo positivistic<sup>62</sup>, in virtù del suo rifiuto *a priori* verso la metafisica del diritto naturale classico<sup>63</sup>, egli stesso non può

---

rappresentare il contesto entro il quale può realizzarsi l'autodeterminazione soggettiva, o, per meglio dire, il diritto soggettivo del *citoyen* di autodeterminarsi portando a compimento le proprie personali progettualità, come se siffatto contesto – quello della c.d. “vita privata e familiare” – desse luogo a un ambito, a un settore sottratto alla disciplina giuridica (*ergo*, anarchico) e rimesso alle libere e vitalistiche scelte personali. Non a caso Paolo Zatti ha osservato che “la dignità, l'identità, la libertà e l'autodeterminazione, la *privacy* nei suoi diversi significati sono prerogative da declinare con la specificazione «nel corpo»” (P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 86), come a dire che il corpo umano rappresenta il «luogo» o il «contesto» per eccellenza ove esercitare il «diritto-potere» all'assoluta auto-determinazione del *velle* e ciò, segnatamente in quanto esso viene considerato alla stregua d'un bene nella piena e assoluta disponibilità (lockiana) del suo stesso titolare.

<sup>61</sup> Facciamo riferimento alla terminologia che Danilo Castellano ha efficacemente usata con riguardo al tema della laicità: egli, infatti, osserva che la laicità escludente “implica [indicativo nostro (nda)], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo nostro (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso, [... mentre la laicità includente (nda)] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa” (D. CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 31).

<sup>62</sup> Come efficacemente rileva Danilo Castellano, infatti, “il razionalismo politico-giuridico approda [...] necessariamente al giuspositivismo che, a sua volta, è la prova del (vano) tentativo di creare un 'ordine nuovo', vale a dire altro rispetto alla realtà” (D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 51).

<sup>63</sup> Non a caso è stato rilevato che “ogni regime democratico, fondato sulla regola della maggioranza, introduce nel mondo del diritto un elemento di artificialità. Il diritto prodotto dalla volontà della maggioranza non è predeterminabile nei suoi contenuti [...] ma è espressione di imprevedibili e instabili «indirizzi politici» [...]. Il diritto naturale [allora (nda)] in quanto affermazione di un ordine dato come giusto e incontrovertibile [non convenzionale, non determinato da un *velle* (nda)] non sarebbe compatibile con la democrazia nel senso oggi possibile, che è invece legata all'opinabilità e al contrasto tra progetti, dunque alla «relatività»” (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 88).

superarne le strutture operative: la liberazione *post-moderna*, invero, la quale già si coglie nello Stato politologico analizzato (per esempio) da Zagrebelsky<sup>64</sup> e la quale rappresenta il riflesso politico-giuridico delle tesi personalistiche di matrice mounieriana<sup>65</sup>, altro non fa se non trasformare la libertà escludente dello Stato-forte in libertà includente attraverso le Istituzioni statuali<sup>66</sup>. Vale a dire che altro non fa se non servirsi dell'Istituzione pubblica – che è e che resta nelle mani dello Stato sovrano – per la trasformazione delle pretese condivise dai vari gruppi di potere in diritti... civili, ovverosia in diritti di e alla libertà negativa<sup>67</sup>; in diritti, finalmente, di e alla non-ingerenza della mano pubblica nell'ambiti fatti rientrare, sempre per legge, nello spettro concettuale della c.d. *privacy* “personale e familiare”, usando la formula dell'art. 8 della C.E.D.U.. Questi diritti civili, però – si badi bene – non sono qualche cosa di diverso dai diritti soggettivi del «vecchio» positivismo (quello per esempio descritto da Nicola Matteucci<sup>68</sup>), ma hanno solamente contenuti più amplii e liquidi, e si formano sulla base di processi sociologici nei quali lo spettro del potere sovrano, pur inevitabilmente presente, si fa meno evidente:

---

<sup>64</sup> L'Autore infatti rileva che la “società attuale [...] è caratterizzata (nda) da un'estesa diversificazione di gruppi e strati sociali, tutti partecipanti al «mercato delle leggi». Essi determinano una accentuata differenziazione dei trattamenti normativi [...] in conseguenza della pressione sul legislatore degli interessi corporativi [...]. L'atto creativo del diritto legislativo [allora (nda)] è l'esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari” (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 44).

<sup>65</sup> È nota la tesi di Mounier, secondo la quale “la persona è un'attività [anziché un ente in sé (nda)] vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione” (E. MOUNIER, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952, p. 8), come a dire che la persona esprime sé stessa auto-creandosi per quello che essa medesima vuole essere nell'*hic et nunc* del suo stesso atto «auto-volitivo».

<sup>66</sup> Dahrendorf, per esempio, ha sostenuto la tesi secondo la quale la libertà politica del cittadino, all'interno del proprio Stato “significa costruire le istituzioni secondo i nostri intendimenti” (R. G. DAHRENDORF, *Legge e ordine*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 137) vale a dire... soggettarle alla volontà della maggioranza politica, onde esse ne divengano lo strumento attuativo. Ciò – evidentemente – rappresenta il “principio della guerra istituzionalizzato” (D. CASTELLANO, *Questione cattolica e questione democristiana*, in AA.VV., *Questione cattolica e questione democristiana*, Padova, C.E.D.A.M., 1987, p. 135).

<sup>67</sup> In questa prospettiva, allora, come insegna Danilo Castellano, “l'ordinamento giuridico [...] deve farsi garante [...] della libertà della persona. Lo Stato, perciò, le sarebbe sempre subordinato al punto da dover riconoscere come diritto soggettivo qualsiasi manifestazione della sua volontà” (D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 81).

<sup>68</sup> Nicola Matteucci, coerentemente, scrisse che “il concetto di sovranità è un potentissimo strumento teorico per l'affermazione dello Stato moderno: è l'arma più raffinata per vincere tutte le resistenze dal basso” (N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 30).

democraticizzandosi<sup>69</sup> e costituzionalizzandosi<sup>70</sup>, infatti, esso si spersonalizza e perde non la sua efficacia – sovrano è e sovrano resta anche se la sovranità si diluisce nei meccanismi delle varie maggioranze e delle varie procedure –, quanto piuttosto il suo volto autoritario. Prima, infatti, esso rappresentava ed era – in un certo senso – il limite verticale alla libertà individual-subiettiva, ora invece esso rappresenta ed è il mezzo orizzontale – se così possiamo dire – per la sua realizzazione, sol che... che cosa questa libertà sia, in quali facoltà essa consista, quali criterii legali la informino, in quale modo se ne delimitano gl'ambiti, quale tutela essa abbia, come possa realizzarsi nella legalità *et coetera* è sempre l'Ordinamento sovrano che continua a definire per legge, anche si tratta di "legge negoziata"<sup>71</sup> e... costituzionalmente legittima.

La libertà includente, allora, come quella escludente – se ci è concesso un giuoco di parole – nel dato effettuale dell'esperienza è sempre negativa ed è sempre positiva: essa, cioè, è sempre negativa, poiché dipende sempre dalla sola volontà, sia quella dello Stato-autorità, sia quella della comunità collettiva tayloriana<sup>72</sup>, sia quella dei gruppi di pressione, sia quella delle maggioranze

---

<sup>69</sup> Invero, "la democrazia è la trasposizione, dal punto di vista dell'organizzazione giuridica, del principio dell'autodeterminazione" (E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 422) in quanto essa "si connette con il principio della sovranità popolare conferendogli una specifica configurazione" (*Ivi*, p. 377) onde "la necessità intrinseca della decisione a maggioranza per la democrazia deriva sia dal principio della libertà e dell'autodeterminazione, sia dal principio dell'uguaglianza democratica [... talché (nda)] la maggioranza dei voti è, ai fini della decisione, condizione necessaria e sufficiente" (*Ivi*, pp. 444 e s.).

<sup>70</sup> Infatti, con la *rule of law* propria del moderno costituzionalismo, esso "pretende con la [sua (nda)] Costituzione [...] di limitare la sovranità dello Stato a favore della sovranità individuale la quale, attraverso la finzione del contratto sociale, sarebbe condizione di legittimità della prima" (D. CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 51).

<sup>71</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, Bruno Mondadori, 2006, p. 192.

<sup>72</sup> Come è noto Taylor afferma che, siccome "noi qui facciamo così" (C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS – C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 51), chiunque venga qui deve fare così e che questa "è la risposta che si deve dare davanti a casi [...] nei quali il 'facciamo così' riguarda questioni come il diritto alla vita e la libertà di parola" (*Ivi*, p. 52). *Contra* l'acuta tesi di Danilo Castellano secondo la quale "la condivisione [...] non è sufficiente [...] a trasformare la natura dell'arbitrio. È per questo [infatti (nda)] che anche lo Stato costituzionale di diritto, se inteso come Stato procedurale, nel quale cioè vengono [solo (nda)] rispettate le procedure arbitrariamente poste [poste, cioè, dal potere

contingenti *et coetera*, ed è sempre positiva poiché essa rileva come legale, o per meglio dire come coorte di facoltà legali che il soggetto può azionare<sup>73</sup>, ha valore legale ed è legalmente guarentigiata – possiamo dire –, solo alla condizione di essere contemplata dal Legislatore in una norma vigente o in un dato sistema di norme vigenti. Dunque la parabola del diritto soggettivo si trasforma in un'ellisse la quale epilogala dove essa stessa aveva tratto origine, ovverosia nel *positum-iussum* del diritto oggettivo e quindi nella volontà-effettività del potere. Invero, anche le norme più inclusive con le quali l'Ordinamento ha trasformato nei cc.dd. nuovi diritti<sup>74</sup> alcune tra le più singolari pretese di libertà negativa – si pensi, a mero titolo d'esempio, alla c.d. Legge Cirinnà (L. 76/2016) – non hanno portato a compimento le premesse ideologiche nelle quali pur alligna la loro stessa *ratio*; non hanno dato luogo a una liberazione totale dell'individuo e a una legalizzazione completa delle facoltà di attuare la sua libertà negativa. Infatti – per restare all'esempio *de quo* – se è vero che la norma in parola ha consentito la c.d. unione civile anche tra persone dello stesso genere, essa, però, non ha coerentemente consentito né l'incesto, né la poligamia (che restano reati), i quali pure, sulla base di una peculiare percezione del sentimento affettivo, potrebbero essere da taluno voluti per sé in guisa di manifestazione ed espressione contingente del proprio personale modello di famiglia.

Quando Villey, allora, rileva che “tutto l'ordine sociale [della modernità e della *post-modernità* (nda)] consiste di concessioni e distribuzioni di libertà [e che (nda)] i diritti soggettivi degli individui hanno colmato il vuoto che risulta dalla perdita del diritto naturale, [onde (nda)] l'ordine sociale appare [...] costituito [...]

---

che si afferma come condiviso dalle maggioranze cc.dd. democratiche (nda)], è uno Stato assoluto, perché, per norma, può violare il diritto” (D. CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, cit., p. 29); diritto, ovviamente, che «questo» Stato non riconosce e non può riconoscere date le premesse volontaristiche sulle quale poggia sé stesso.

<sup>73</sup> Danilo Castellano, nel suo magistero, infatti, fa notare che “sul piano giuridico [... la realtà, l'effettività, la datità, l'ordine *et coetera* del diritto (nda)] si identificherebbero con la 'positività'. Diritti, pertanto, sarebbero soltanto i diritti azionabili che, per essere tali, debbono essere innanzitutto 'posti'. Ciò li rende 'vigenti' e, perciò, 'validi'. La validità del diritto [...] quindi deriverebbe dalla sua vigenza” (D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, cit., p. 51).

<sup>74</sup> In merito rinviamo – *si vis* – a un nostro precedente contributo. Cfr. R. DI MARCO, *Considerazioni teoretiche e rilievi teorici intorno ai «nuovi diritti» e alle «nuove libertà»*, in *L'Ircocervo*, Venezia, Fondazione Gentile O.N.L.U.S., 2017, II, pp. 70 – 104.

da un sistema di poteri subordinato gli uni agli altri e alle leggi che promanano da questi poteri”<sup>75</sup> e correttamente afferma che “i diritti dell’uomo rientrano [...] nel genere dei diritti soggettivi”<sup>76</sup>, egli effettivamente dà conto della circostanza in virtù della quale alla libertà naturale dell’uomo, alla libertà, cioè, che all’essere umano compete in quanto persona e che gli è propria *ut natura*, alla libertà responsabile, l’Ordinamento positivo sostituisce la c.d. libertà civile, vale a dire – con le parole della Dichiarazione francese del 1795 – la libertà dello “*homme en société*”<sup>77</sup>, quindi la libertà che al *citoyen* deriva, in modo più o meno diretto, dallo Stato-sovrano. E in tutto ciò – è ovvio – si palesa la natura razionalistica dell’Ordinamento giuridico proprio dei positivismi e apicalmente la natura razionalistica di quelli che Danilo Castellano, distinguendoli dai diritti dell’uomo propriamente detti, cioè dai suoi diritti naturali (dai diritti, quindi, che l’uomo ha per natura e che gli derivano dalla sua stessa umanità), definisce diritti umani<sup>78</sup>. Questi ultimi, infatti, rispondono, nella *post-modernità* politico-giuridica, all’istanza di libertà-liberazione che rappresenta il surrogato concettuale della libertà autenticamente umana, vale a dire della libertà pienamente giuridica, non perché kantianamente limitata dal cominciamento di quella altrui<sup>79</sup>, ma perché confacente all’ordine razionale della soggettività che è proprio dell’essere umano per natura, e che è *in se* regolativo e normativo per la di lui condotta individuale e

---

<sup>75</sup> M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 223.

<sup>76</sup> M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell’uomo*, Siena, Cantagalli, 2009, p. 87.

<sup>77</sup> Peraltro, la stessa *Déclaration des droits et devoirs de l’homme et du citoyen* del 1795, sempre all’art. 1, dopo avere detto che “*les droits de l’homme en société sont la liberté, l’égalité, la sûreté, la propriété*” precisa che “*la liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas aux droits d’autrui*”.

<sup>78</sup> In merito ai diritti umani l’Autore osserva che essi “come storicamente nati e poi affermatasi, tendono sì a salvaguardare la ‘dignità della persona’ ma questa è generalmente concepita [anziché come dignità dell’essere persona-soggetto (nda)] come sola libertà, come libertà negativa” (D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, cit., p. 4) talché “è necessario [...] ‘uscire’ dal mito epocale rappresentato dai ‘diritti umani’, non solo per andare alla radice del diritto ma anche per comprendere che il diritto veramente umano è «il diritto che ha l’uomo al vero bene», vale a dire che esso altro non è che il diritto all’adempimento dei proprii doveri morali” (*Ivi*, p. 6).

<sup>79</sup> Come è noto per Kant la condotta umana è “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell’arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro” (I. KANT, *Stato di diritto e società civile*, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 217.), rappresentando il diritto null’altro che lo “insieme delle condizioni per mezzo delle quali l’arbitrio dell’uno può accordarsi con l’arbitrio dell’altro” (I. KANT, *Metafisica dei costumi*, in N. BOBBIO – L. FIRPO – V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, Torino, U.T.E.T., 1965, p. 407).

sociale. Quindi la facoltà concessa al cittadino-soggetto da parte del potere superiore dello Stato (eventualmente conformato da un potere ancora maggiore, quale potrebbe essere quello di un Organismo *supra*-statuale), in guisa di sottopotere che egli ha titolo legale per esercitare secondo il movimento della di lui volontà, entro gl'estremi della norma attributiva, e in alcuni casi addirittura con l'agevolazione dallo Stato-apparato che gli fornisce i mezzi necessari per la sua realizzazione concreta, diviene il contenuto  $\alpha$ -giuridico del suo stesso diritto soggettivo. E l' $\alpha$ -giuridicità di questo contenuto – si badi bene – rileva immediatamente sotto due profili. Sotto il primo profilo, genetico, infatti, essa è determinata dalla generale  $\alpha$ -giuridicità delle fonti normative, *id est* del diritto oggettivo dal quale nascono per gemmazione i diritti soggettivi; mentre sotto il secondo profilo, funzionale, essa è determinata dalla  $\alpha$ -specificità e dalla tassatività solo indiretta delle stesse facoltà che i diritti *de quibus* pongono in capo al soggetto, il quale, infatti, agendo legalmente *in re propria*, avrebbe diritto di fare tutto ciò che egli ritiene sia funzionale a consentirgli di raggiungere la propria felicità kantiana<sup>80</sup>, senza alcun criterio (intrinseco) che normi la di lui condotta e coi soli limiti (estrinseci) definiti dalle *normae positae* a presidio dell'altrui identica libertà-facoltà<sup>81</sup>.

Prendendo l'esempio del diritto di proprietà, allora (il quale lo stesso Villey usa per negare la sussistenza di un diritto soggettivo nell'ambito del diritto romano classico<sup>82</sup>) i termini della questione si dipanano immediatamente: il proprietario, infatti, in quanto titolare del diritto soggettivo-positivo alla e sulla proprietà (*id est*, sopra le cose che sono sue), non avrebbe il dovere di usare dei proprii beni in modo

---

<sup>80</sup> Come è noto, per Kant “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona” (I. KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in N. BOBBIO – L. FIRPO – V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., p. 255), giacché “nessuno mi può costringere a essere felice a suo modo” (*Ibidem*).

<sup>81</sup> Non a caso la critica che lo stesso Villey fa a Occam, e in generale ai positivismi che fanno proprio il diritto soggettivo, si basa su ciò “che alla fine [...] attribuiscono al diritto lo scopo (nda) di assicurare all'individuo le condizioni per una vita libera e del tutto autonoma [...]; il diritto [...] infatti (na) deve garantire alla persona [...] le libertà e i poteri cui essa aspira” (M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 218).

<sup>82</sup> Cfr M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., *passim*, in particolare pp. 202 e ss.

conforme alla di loro natura, egli non avrebbe, dunque, un diritto che gli deriva dal dovere e dall'ordine naturale delle cose, un potere e una coorte di facoltà giuridicamente e razionalmente ordinate secondo il principio del bene della giustizia (che deriva dal fatto in sé), libere nei mezzi ma non nel fine<sup>83</sup>; ma avrebbe la facoltà di usare dei proprii beni *ad libitum*, vale a dire che egli avrebbe la facoltà di usare dei proprii beni senza che nulla possa regolare intrinsecamente la di lui condotta sopra di questi, essendo essa solamente limitata e limitabile *ab externo* dai confini che il Sistema pone per ragioni interne all'economia dello stesso. Vale a dire: o per ragioni immediate di c.d. ordine pubblico, quale ordine del Sistema, cioè quale coerenza delle sue parti col tutto; o per ragioni – pure rientranti nella prima categoria, quale *species* di un più ampio *genus* – di ordine *inter-subiettivo*, ovvero sia di ordine sistematico che il Sistema stesso vuole, per sé, nell'ambito delle relazioni tra i suoi soggetti, giusta le *rationes* fatte proprie dall'Ordinamento di riferimento. In questo senso, allora, aveva ragione Francesco Gentile quanto osservava che attraverso il meccanismo della fattispecie legale, proprio del diritto soggettivo, l'Ordinamento positivo opera una sorta di spersonalizzazione della relazione *inter-personale*, al precipuo fine di neutralizzare i possibili conflitti *trans-individuali* e di ricondurre il problema della libertà subiettiva all'esercizio delle facoltà legali. Infatti, "l'ordinamento giuridico, attraverso la coppia fattispecie-effetto giuridico definisce il diritto soggettivo come una zona di potere e l'obbligo giuridico come una zona nella quale il soggetto è impotente, cioè ove il soggetto non può fare ciò che vuole, ma deve fare ciò che vuole il soggetto pubblico"<sup>84</sup>, sicché "in questo modo viene attuata la più radicale desoggettivizzazione (o

---

<sup>83</sup> Per esempio è stato osservato che "non c'è ordine giuridico che non sia basato sopra un ordine etico; quello che evade dall'ordine etico manca di base, non può reputarsi ordine ma disordine" (L. STURZO, *La Società: sua natura e leggi*, Bergamo, Atlas, 1949, pp. 245 e s.) ed è stato coerentemente rilevato che "san Tommaso aveva definito la libertà come una *vis electiva mediorum, servato ordine finis*, e con questo, mentre affermava la libertà morale, veniva a porre nettamente le basi di una morale eteronoma, cioè derivante da un potere superiore ed esteriore alla volontà umana, segnato appunto dall'ordine [oggettivo (nda)] dei fini" (G. AVERNA, *La influenza cristiana nella determinazione dei rapporti tra morale e diritto*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1935, II, p. 278).

<sup>84</sup> G. FARESIN, *In rotta verso l'arcipelago delle aporie*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 2006, p. 104.



spersonalizzazione) del rapporto”<sup>85</sup> come anche la sua assoluta legalizzazione formale e ciò – evidentemente – ad appannaggio di un ordine legale che definisce, attraverso i proprii recinti, i varii ambiti soggettivi di libertà negativa, riservandosi, in un tempo, il potere di farne rispettare i termini e di modificarli *ad nutum*.

Tutto questo, allora, imporrebbe, nella modernità assiologica che esprime, di abbandonare la *figura* del diritto soggettivo, negando che essa possa rappresentare, in quanto *facultas*, un concetto autenticamente giuridico, classico in senso proprio, e che essa possa trovare fondamento nel diritto naturale e nella giustizia oggettiva<sup>86</sup>. Si dovrebbe concludere, cioè, negando che la libertà umana e la *facultas agendi* che ne è un analogato, possano essere fondative di un diritto in sé, in quanto ordinate secondo il principio oggettivo del giure. Come scrive Villey, infatti, “*le droit naturel est [...] le maître-mot de la science juridique romaine, de même le droit subjectif est le maître-mot du droit moderne*”<sup>87</sup> in quanto il primo è rappresentato, concretamente e realisticamente, dalla *ipsa res iusta*, dall’*obiectum iustitiae*<sup>88</sup> che ritroviamo anche nell’insegnamento tomistico<sup>89</sup>, cioè dalla cosa che è giusta in sé e in quanto partecipazione della giustizia; mentre il secondo è virtualmente e volontaristicamente “specificato in base al contenuto del potere”<sup>90</sup>, o per meglio dire esso è specificato attraverso un atto di volontà  $\alpha$ -giuridica che si manifesta e che si invera nel potere legale (o facoltà legale) di affermarla. Infatti – come dice Villey – “lo *ius* delle Istituzioni non è un attributo connesso al soggetto, non è libertà d’agire (la libertà non si spartisce), ma quella parte di cose che tocca a ogni persona del gruppo in rapporto agli altri”<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> G. FARESIN, *In rotta verso l’arcipelago delle aporie*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., p. 104.

<sup>86</sup> Talché, come pure è stato coerentemente osservato, “*non hay derecho propriamente subjetivo, sino objeto de concesión: su establecimiento es constitutivo, no declaratorio*” (B. CLAVERO SALVADOR, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, p. 51).

<sup>87</sup> M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Parigi, Dalloz, 1969, p. 178.

<sup>88</sup> Cfr SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, II, II, q. 57, a. 1.

<sup>89</sup> Come fa rilevare Reginaldo Pizzorni, infatti, “S. Tommaso riporta [...] lo *ius* al significato primordiale dei greci, per i quali *ius* prima di essere norma [...] è ordine, è oggettività, cioè *iustum, ipsa res iusta*” (R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d’Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2000<sup>3</sup>, p. 451).

<sup>90</sup> M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 214.

<sup>91</sup> M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell’uomo*, cit., p. 97.

Tuttavia – la questione è delicata assai – è mestieri di rilevare che una diversa, opposta concezione del diritto soggettivo, la quale non sia orba del fondamento di questo nei principii oggettivi della giustizia e la quale superi gli schemi del volontarismo, è pur possibile. Non che – si badi – il diritto soggettivo come concepito dalla modernità politico-giuridica possa essere rinvenuto nella dottrina e nell'esperienza classiche del diritto, e in tale senso che possa essere rivalutata la giuridicità della *facultas agendi*, ciò è impossibile data la dipendenza di questa dalla *norma agendi* quale *norma posita* che si legittima solo in virtù del potere sovrano (sotto questo profilo Villey coglie un dato incontrovertibile), né che esso possa essere accolto senza una sua radicale snaturazione, vale a dire senza eradicarlo dall'*humus* volontaristico-positivistico nel quale esso stesso ha germinato concettualmente, ma a nostro avviso una giuridicità oggettiva della libera facoltà del soggetto e dunque una facoltà soggettiva autenticamente giuridica rimessa all'opzione legittima della persona *compos sui*, può comunque darsi *sub specie iuris*, purché – lo ribadiamo – al di fuori dei paradigmi legalistici proprii del positivismo, ovvero sia ripensando allo stesso senso della oggettività del diritto.

Il diritto di proprietà, per esempio, è indubbiamente rappresentabile dalla cosa che ne forma l'oggetto in "relazione con gli altri, con i quali comunichiamo [appunto (nda)] tramite la ripartizione delle cose esteriori"<sup>92</sup>, ma non può negarsi che esso si sostanzia nell'uso – o nel non-uso, quale uso negativo – che della cosa medesima il proprietario fa o può fare, nella coorte di facoltà giuridiche che gli competono. Il diritto di proprietà, in questo senso, è una *species* di analogato della libertà sopra la cosa. Attenzione: esso non è espressione di sovranità, analogato di un potere assoluto, ma appunto è esercizio di libertà morale e responsabile nell'uso del bene. Il proprietario, dunque, esercita il diritto di proprietà, non solo in relazione agli altri, *sub specie* di ripartizione obiettiva delle cose, ma anche e segnatamente quando egli usa secondo diritto dei suoi beni, vale a dire quando ne usa rispettando l'ordine naturale loro proprio, quando – per esempio – esclude gl'altri dall'uso al quale essi non abbiano diritto (per esempio a titolo di locazione),

---

<sup>92</sup> M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, cit., p. 98.

quando consuma il bene in conformità della sua natura, quando lo impiega per un fine legittimo *et coetera*. Ciò distingue, in fondo, l'esercizio del diritto dall'abuso del diritto.

Se è vero, allora – come scrive Dario Composta – che “il fine del diritto è la giustizia e non la persona fisica; e cioè non l'utile [...], non gli scopi individualistici (piaceri, soddisfazioni di bisogni indotti, capricci), ma l'ordine come è dato nell'istituzione oggettiva o *iussum*”<sup>93</sup>, è altrettanto vero che la libertà umana, quale libertà aggettivata dall'umanità, non dunque quale libertà negativa o autodeterminazione assoluta del *velle*<sup>94</sup>, ma quale libertà che è compimento teleologico dell'umanità dell'uomo, essa è indubbiamente un bene proprio e naturale della persona. Essa, cioè, rappresenta un bene (sia pure immateriale) il quale la persona stessa, nell'esercizio del libero arbitrio, può e deve conseguire, ha il diritto di conseguire, non certo come liberazione dalla regola – ovviamente –, quanto piuttosto come adempimento del dovere di seguire la regola che è normativa della di lei condotta e che si palesa alla sua stessa ragione in virtù dell'ordine proprio delle cose, anche se essa regola può contemplare *in casibus* una pluralità di forme, parimenti legittime, pel proprio adempimento concreto.

La persona, infatti, è soggetto di e al diritto, non in quanto essa sia capo d'imputazione di e per un dato Sistema, e nemmeno in quanto essa costituisca da sé medesima il proprio *iustum* personale, crei il proprio diritto *secundum eontum voluntatis*; ma piuttosto in quanto essa – come direbbe Rosmini – è “diritto sussistente”<sup>95</sup>, avendo, “nella sua natura stessa, tutti i costitutivi del diritto”<sup>96</sup>. La persona, cioè, essendo – come scrive Boezio<sup>97</sup> – *naturae rationalis individua substantia*, è per natura libera nell'ordine della ragione, *id est* nell'ordine dello statuto ontologico che le è proprio, anche se – ovviamente – ella può adeguare o meno la

---

<sup>93</sup> D. COMPOSTA, *Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto*, cit., p. 334.

<sup>94</sup> Sulla distinzione tra autodeterminazione assoluta del *velle* e autodeterminazione dell'*esse* facciamo rinvio – *si vis* – a un nostro contributo monografico (R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, cit., *passim*, in particolare, cap. 1).

<sup>95</sup> A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1967, I, p. 192.

<sup>96</sup> A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, cit., p. 193.

<sup>97</sup> Cfr S. BOEZIO, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4., in G. P. MIGNE (a cura di), *Patrologia latina*, Parigi, Garnier, 1882-1891, LXIV, 1343.

sua condotta al dovere essere della sua natura, in ciò punto consistendo il di lei libero arbitrio. Dunque, l'esercizio del libero arbitrio secondo il bene della libertà e conseguentemente secondo l'ordine oggettivo di essa, non si dà solamente nell'ipotesi in cui la persona possa operare un'unica opzione legittima, debba agire, cioè, per agire liberamente e razionalmente, in un unico modo, ma anche e segnatamente nell'ipotesi in cui la natura stessa delle cose e la dignità di soggetto che la persona ha in senso metafisico, a lei rimettano la scelta di operare un'opzione in sé legittima, entro un ventaglio, più o meno ampio, di opzioni altrettanto legittime. E questo è indubbiamente un suo diritto! La legittimità, quindi, della facoltà di agire e dunque il diritto soggettivo che la persona ha di operare un'opzione propriamente giuridica, se da un lato non è data da un potere superiore – quello della *norma agendi* positivista –, nemmeno essa si riduce all'effettività del potere di agire che il soggetto ha ed esplica, piuttosto essa è data dall'ordine proprio della scelta stessa e dalla sua possibilità concreta; dalla giuridicità ontologica dell'opzione, quindi! E anche se questo aspetto potrebbe apparentemente rimanere confinato entro gl'estremi del "lecito morale [... il quale (nda)] è presupposto all'azione giuridica, ma non la costituisce formalmente, [in quanto (nda)] per costituire il diritto è necessario [...] un [...] tipo di liceità [...] che riguarda i rapporti di giustizia"<sup>98</sup>, ciò non incide né sulla giuridicità *in se* dell'opzione, né sul diritto soggettivo che la persona ha di esercitarla in quanto *facultas iuris*, se mai, infatti, ciò interessa il profilo dell'alterità del diritto (sul quale ci soffermeremo in un altro momento), il quale postula un rapporto di relazione intersubiettiva. Tuttavia – lo anticipiamo solo – porre il requisito dell'alterità quale *condicio sine qua non* della giuridicità, significa destituire di valore autenticamente giuridico i diritti e i doveri che la persona ha *in se ipsa*, vale a dire sopra sé stessa, sopra il proprio corpo, sopra la gestione della propria vita. Ciò significherebbe, cioè, non solo negare di fondamento giuridico tutte quelle provvide disposizioni positive, le quali l'Ordinamento – realisticamente, come scriverebbe Danilo Castellano – pone a guarentigia del diritto, del bene, dell'ordine della persona,

---

<sup>98</sup> D. COMPOSTA, *Il diritto soggettivo secondo P. Luigi Taparelli d'Azeglio*, in AA.VV., *Miscellanea Taparelli*, Roma, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, 1964, p. 98.

contro eventuali derive della di lei volontà<sup>99</sup>, ma anche significherebbe ridurre – per esempio – le questioni biogiuridiche relative al suicidio, all'eutanasia, al potenziamento umano (*enhancement*), all'appalto del proprio organismo, alla modificazione estetica del fisico per adeguarne i caratteri sessuali a una peculiare ideologia di genere, quelle concernenti le cc.dd. opzioni affettivo-familiari *et similia* a questioni puramente morali, a questioni – come si dice – di coscienza, a questioni, dunque, nelle quali il diritto non potrebbe e non dovrebbe entrare, mancando in queste il carattere *lato sensu* relazionale<sup>100</sup>...

---

<sup>99</sup> L'Ordinamento giuridico italiano, per esempio, vieta gl'atti dispositivi del proprio corpo per finalità di comodo, qualora ne rechino un oggettivo pregiudizio (art. 5 c.c.); impedisce l'appalto del proprio organismo per fini di sperimentazione clinica e farmacologica a tutela della dignità del soggetto e del suo bene oggettivo (D.P.R. 211/2003); impone in termini perentori l'uso di provvidenze antinfortunistiche sul luogo di lavoro, a presidio del bene della salute (D.Lgs 81/2008, il quale, peraltro, all'art. 20 statuisce che "ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza"); persegue chiunque si metta alla guida di veicoli senza le cc.dd. cinture di sicurezza, col fine di tutelare, anche contro la sprovvedutezza dell'interessato, la sua integrità fisica nell'infausta ipotesi dell'incidente stradale (art. 172 del C.d.S.); impone la profilassi vaccinale per evitare il diffondersi di alcune patologie; persegue penalmente le varie forme di aiuto al suicidio, anche se esso non incida sul proposito suicidiario di colui il quale lo richieda (art. 580 c.p.); prevede la perseguibilità d'ufficio delle lesioni personali cc.dd. gravi, considerando irrilevante l'eventuale diversa volontà della vittima (art. 582 co. II c.p.); conferisce efficacia scriminante al c.d. consenso dell'offeso solo nell'ipotesi in cui egli possa "validamente disporre" del bene leso o esposto a pericolo (art. 50 c.p.) *et coetera*.

<sup>100</sup> *Contra*, per esempio, la tesi di Hervada secondo la quale "siccome la giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo diritto, solo se la cosa propria può essere oggetto di attività da parte degli altri, potrà essere oggetto di giustizia. Quello che rimane nel santuario della coscienza o dei pensieri della persona, ciò che mantiene nell'arcano della propria intimità, non entra nelle relazioni con gli altri e, di conseguenza, non è oggetto della virtù della giustizia" (J. HERVADA, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Roma, ED.U.S.C., 2013, p. 44). In merito rileviamo tre cose. <sup>1)</sup> Se è vero che "la giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo", non può negarsi che la persona debba non solo dare agli altri ciò che loro spetta, ma debba darlo anche a sé stessa: giustizia, impone, per esempio, di soddisfare i proprii bisogni primari, di mantenersi compoti di sé stessi, di rispettare il proprio corpo *et coetera*. <sup>2)</sup> Che se è vero che "solo se la cosa propria può essere oggetto di attività da parte degli altri, potrà essere oggetto di giustizia", è parimenti vero che all'esercizio, da parte del titolare di un diritto, della *facultas* che gli è propria, necessariamente corrisponde un obbligo giuridico, quantomeno di *abstine*, in capo ai consociati coi quali egli è inevitabilmente in relazione (politica, secondo l'insegnamento aristotelico). <sup>3)</sup> Che se è vero che "quello che rimane nel santuario della coscienza o [...] della propria intimità, non entra nelle relazioni con gli altri e, di conseguenza, non è oggetto della virtù della giustizia", lo stesso Ordinamento giuridico dovrebbe occuparsi solamente del c.d. diritto pubblico e non anche del c.d. diritto privato, nemmeno – si badi – del diritto contrattuale, almeno fintanto che esso non dia luogo a una controversia intersubiettiva. Ché, infatti, fino a quando le parti regolano d'accordo i reciproci interessi, di qualunque natura essi siano e qualunque sia il modo della loro regolazione, ciò dovrebbe rientrare nella coscienza dei contraenti, nel loro intimo, senza che nessun profilo di alterità possa emergere: *res inter alios acta*, infatti, *tertio neque prodest*,

Insomma – tornando al tema e concludendo il discorso – la facoltà del proprietario di disporre in un modo, piuttosto che in un altro dell’oggetto del suo diritto, è essa stessa esercizio del diritto, in quanto i modi di disposizione siano consoni alla natura dell’oggetto al quale essi si riferiscono. Ciò non significa, allora, che il proprietario abbia diritto di fare quello che vuole dei proprii beni, che egli possa esercitare su di essi qualunque opzione, ma significa che egli abbia diritto di goderne e dispone in modo giusto, in modo razionale, in modo tale – diremo – da non abusare del suo stesso diritto e da rispettare l’ordine proprio delle cose. Per esempio, il proprietario di un animale avrà sì la giuridica facoltà di destinarlo a un’attività di lavoro o a un’attività ludica; come anche egli potrà legittimamente destinarlo al macello, ma indubbiamente egli non avrà e non potrà mai avere il diritto, la facoltà giuridico-morale di sottoporlo a maltrattamenti e sevizie. Vero è, infatti – come rileva Dario Composta, anche sostenendo una posizione in parte diversa dalla nostra pei profili dell’alterità del diritto<sup>101</sup> – che “il <diritto> non consiste ontologicamente e cronologicamente e quindi primariamente <nel potere> [...] bensì nell’ordine oggettivo di giustizia concreto, posto (o espresso) in atto dalla legge sia naturale, sia positiva. Da questo rapporto concreto deriva poi come effetto il <potere>-<dovere> sicché [...] il diritto soggettivo è partecipazione dell’ordine di giustizia”<sup>102</sup>, si potrebbe anche dire che esso è esercizio di una facoltà in sé partecipativa dell’ordine della giustizia naturale-morale. La facoltà che compendia in sé stessa il significato del diritto soggettivo, infatti, non è una facoltà  $\alpha$ -giuridica, tantomeno essa è una facoltà anarchica o comunque legata al potere di renderne effettivo il contenuto, ma è – potremmo dire con le parole di Suarez – una *moralis facultas*, cioè una facoltà qualificata dalla moralità, eppertanto rispondente all’ordine etico che è in sé fondativo del diritto, una “*facultas quaedam moralis*

---

*neque nocet*. L’alterità, allora, riemergerebbe solo in seguito alla rottura della *concordia contractūs* e alla reviviscenza dei due distinti e contrapposti poli d’interesse e di volontà.

<sup>101</sup> Cfr. D. COMPOSTA, *Il diritto soggettivo secondo P. Luigi Taparelli d’Azeglio*, in AA.VV., *Miscellanea Taparelli*, cit., pp. 97 e s.; nonché cfr. D. COMPOSTA, *Filosofia del diritto*, Roma, Pontificia Università Urbaniana, 1991, pp. 244 e ss..

<sup>102</sup> D. COMPOSTA, *Il diritto soggettivo secondo P. Luigi Taparelli d’Azeglio*, in AA.VV., *Miscellanea Taparelli*, cit., p. 99.

[quindi (nda)] *quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*<sup>103</sup>. In altri termini si tratta – come scrive Rosmini – di una “podestà morale [...] di operare ciò che piace [“ossia di godere di un bene lecito” (nda)<sup>104</sup>] protetta dalla legge morale che ne ingiunge ad altri il rispetto”<sup>105</sup>. E se si vuole – proprio per concludere il discorso e per porre le premesse di quello successivo (sul problema dell’alterità) – segnatamente in quest’ultimo dato, rappresentato dal dovere degli’altri di rispettare e di non ostacolare il titolare di un diritto soggettivo nell’esercizio delle sue facoltà legittime, può recuperarsi *secundum quid* – diremo – l’elemento dell’alterità sotto il profilo funzionale, ovvero sia non come carattere intrinseco alla *facultas*, quanto piuttosto come effetto di essa, data la naturale e inevitabili politicità dell’essere umano.

---

<sup>103</sup> F. SUAREZ, *De legibus ac Deo legislatore*, I, 2, 5.

<sup>104</sup> R. PIZZORNI, *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso d’Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2003<sup>4</sup>, p. 29.

<sup>105</sup> A. ROSMINI SERBATI, *Filosofia del Diritto I*, Padova, CEDAM, 1967, p. 107.