

# Diritto, diritto soggettivo, diritti umani. Alcune riflessioni gius-filosofiche sopra un problema «trasversale»<sup>1</sup>

*Rudi Di Marco*

Università degli Studi di Udine  
rudi.dimarco@libero.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-41

Senza filosofia non si dà esperienza; quindi, senza filosofia del diritto non si dà vera esperienza giuridica  
D. Castellano, *Quale diritto?*, Napoli, E.S.I., 2015, p. 91

## Sommario

*Lo strumento dei diritti umani rappresenta un tentativo di risposta πάλι-moderna a un problema tutt'interno alla modernità giuridica e riconducibile alla genesi della stessa: la grammatica dei diritti umani cioè pretende di realizzare una suprema forma di tutela positiva del cittadino rispetto alle degenerazioni della sovranità statale. I diritti umani inverano dunque una forma di Reflexrechte di seconda generazione, i quali cercano di arginare i vari problemi del positivismo giuridico, senza però comprendere che esso rappresenta il problema di fondo. Se il diritto soggettivo infatti nasce nella sua concezione moderna come facultas agendi ex norma agendi, i diritti umani si strutturano sulle sue stesse fogge, anche se innalzano il livello della norma all'interno di una data scala di fonti normative. La tutela veramente giuridica dei diritti dell'uomo, invece, impone di concepire il diritto — anche inteso come diritto del soggetto — nei termini dell'oggettività metafisica; la garanzia dello ius, infatti, e quindi anche la garanzia della proiezione subiettiva di questo (fino al diritto di autodeterminazione), impone di comprendere che il fondamento del diritto in sé non alberga nella pretesa, sia essa quella dello Stato o quella dell'individuo, quanto piuttosto risiede nel fondamento della giustizia che declina il proprio principio a seconda delle varie circostanze e dei vari contesti, mai rappresentando un limite, ma sempre un criterio per l'esercizio della libertà umana.*

**Parole chiave:** diritto, diritto soggettivo, diritti umani.

**Abstract**

*The instrument of human rights represents an attempt of the πάλι-modern response to a internal problem of juridical modernity which is intrinsically connected to its own genesis: the grammar of human rights inclines to effectively establish a supreme form of the positive juridical protection of the citizen with respect to the degeneration of state's sovereignty. Human rights therefore embody a form of the second generation Reflexrechte, which seek to stem various problems of juridical positivism, without understanding that this strand of legal philosophy itself constitutes the problem. If subjective right really originates as the modern conception of a facultas agendi ex norma agendi, human rights are structured according to these coordinates, even when they enhance the level of the norm within a given scale of normative sources. A real juridical protection of human rights, instead, imposes a conception of right — understood also as subjective right — in the terms of objective metaphysics. The certainty of ius and therefore also the certainty of its subjective projection (to the point of establishing the right to self-determination) imposes the comprehension that the foundation of right in itself is not anchored in the claim (of the state or of the individual), but rather in the foundation of justice which is applied according to various circumstances and contexts, without ever representing a limit, but always seeking the criterion for the exercise of human freedom.*

**Keywords:** right, subjective right, human rights.

**INDICE**

1	Obiettività dell'effettività od obietività della realtà? Tra positivismi e realismo, ovverosia il diritto tra fonti e fondamento. . . . .	780
2	Il diritto soggettivo quale προτότυπος dei diritti umani. Dalla pretesa ... del «diritto» ai «diritti» ... delle (e dalle) pretese: μεταμόρφωσις del potere senza giuridicità. . . . .	785
	Note . . . . .	792

**1 OBIETTIVITÀ DELL'EFFETTIVITÀ OD OBIETTIVITÀ DELLA REALTÀ? TRA POSITIVISMI E REALISMO, OVVEROSIA IL DIRITTO TRA FONTI E FONDAMENTO.**

Il primo problema cui è mestieri di porre mente è quello che concerne il significato di obietività 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>2</sup>.

In questo senso, allora, l'oggettività del diritto è data dalla sua stessa positività. Il diritto è oggettivo in quanto esso è positivo, 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*.

Con questo la *forma mentis* dello scienziato (galileiano) del diritto (positivo) si è formata, 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*, epperanto relativa al fondamento del diritto oggettivo diverrebbe non solo inutile, ma addirittura concettualmente ed epistemicamente errata. 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, sarebbe ultroneo rispetto ai fini dello stesso *studium iuris*. La nozione di diritto oggettivo quale «epifenomeno escludente» del diritto positivo e quale «sinonimo esclusivo» di diritto in sé, infatti, 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 intorno a che cosa sia il diritto e intorno a quale sia l'oggetto dell'indagine giuridica. Di talché 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.

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, 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, ovverosia della positività derivante da una c.d. fonte del diritto. Ciò significa, allora, che il diritto oggettivo sia anche «sinonimo esclusivo» di diritto in sé, 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>3</sup>) della sua declinazione — come sarebbe per il c.d. giusto legale di Aristotele<sup>4</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 inverte e dalla di lui volontà di affermarla. Da un tanto allora 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 niuna indagine circa lo *iustum* dello *ius iussum*, cioè dello *ius positum*. 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, dove i fatti altro non dovrebbero rappresentare che un momento hegelianamente dialettico del c.d. sillogismo legale.

Invero, la positività quale *proprium* del diritto oggettivo e dunque l'oggettività stessa dello *ius* (*recte*, 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 vigenza della norma ed effettività del potere che la rende vigente, ma debbono «fondarsi» — potremmo così dire con una certa approssimazione — sul fatto variamente politico della c.d. statualità.

È infatti la statualità del diritto — come rilevava Del Vecchio<sup>5</sup> — a determinarne l'oggettività nel senso testé veduto, 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>6</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, ma deve più propriamente dirsi che la statualità rappresenti un carattere imprescindibile del diritto oggettivo-positivo, anzi... la *condicio sine qua non* della sua medesima esistenza normativo-imperativa. 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. 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>7</sup>.

La statualità del diritto, quindi, se è vero che non consente di definirne il contenuto nei termini dello statuto ontologico 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.

La triade oggettività-positività-statualità, però, non definisce né l'oggetto del diritto in termini universali e dunque il suo principio oggettivo, 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 che cosa sia il diritto in quanto diritto e nemmeno 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; 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*.

Dunque, il positivismo e l'oggettivismo giuridico (*recte*, normativo) che ne derivano, dicendo che il diritto coincide col contenuto delle *normae positae* e conseguentemente col contenuto delle volontà dei Legislatori impresse nelle loro stesse fonti, non riescono a dire in termini definitivi e unitarii che cosa esso sia *in se*: altro, infatti, è dire da dove una certa «cosa» provenga, come essa venga convenzionalmente chiamata, considerata *et coetera* e altro, tutt'altro, è definirne l'essenza, è dire che cosa essa sia veramente. E a questo proposito — si badi — la nozione di diritto oggettivo-positivo nemmeno può dare una definizione del diritto in termini *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 gius-normativa reso evidente delle *normae* vigenti. Infatti, la pluralità degli Ordinamenti positivi, la contraddittorietà tra gli stessi, la diversità anche sostanziale delle prescrizioni che pur vigono contemporaneamente<sup>8</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 di diritto oggettivo si fa effettivamente comprensiva di prescrizioni tra loro contraddittorie e dunque essa si rende impossibile. Di talché 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 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, ma dipendendo dalla volontà sovrana e 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<sup>9</sup>.

Il problema dell'oggettività del diritto, allora, per non cadere nell'autoreferenzialità tautologica dei vari positivismi e nell'inefficacia euristica delle loro opzioni definitorie 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>10</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 giuridicità della stessa opzione e della stessa volontà chiunque ne sia l'autore. 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 — in termini cottiani — giustificare la loro obligatorietà ed essere veramente obligatorii<sup>11</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. Nemmeno essa è data o può essere data dalla vigenza di questa regola all'interno di un Sistema-Istituzione di riferimento e/o dalla legittimità formale del modo della sua produzione. Tantomeno essa può derivare dall'effettività del potere che la impone, o dal compendio sanzionatorio che la norma stessa preveda per il caso della sua violazione. E neanche il rispetto delle procedure (che sono l'essenza del c.d. Stato di diritto) 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 (*contra* le tesi del costituzionalismo moderno<sup>12</sup>: la «vera» oggettività del diritto, infatti, ciò che appunto lo rende obligatorio e ciò che ne giustifica<sup>13</sup> la cogenza sul piano della positività, alberga nella verità del suo principio, nello *iustum* che fa di una prescrizione una norma giuridica "non-ricusabile in linea di principio"<sup>14</sup>, un dovere-essere della realtà evidente alla ragione e inconfutabile per natura<sup>15</sup>. E lo *iustum*, in quanto tale, e in 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, della sua stessa positivizzazione.

Di talché, il diritto è e può dirsi veramente oggettivo, solo in quanto esso rappresenti l'oggetto della giustizia. 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 al quale la regola di diritto si riferisce per ordinarlo. ... giuridicamente secondo il suo stesso *proprium*. È l'ordine 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 di ciò che costituisce l'oggetto stesso della *regula iuris*.

Tutto questo non determina, ovviamente, una sorta di contrapposizione radicale tra il diritto positivo e il diritto naturale, 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*, e dall'altro, ancora più significativamente, impone di rilevare che «tutto il diritto in senso proprio (ossia giustificato nella sua deonticità e quindi obbligatorio) è naturale e, al tempo stesso, che è «posto dagli uomini», poiché ciò significa posto in modo 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 diritto naturale vigente»<sup>16</sup>. E la questione — si badi — per quanto oggidi possa sembrare astratta, lontana dalla c.d. prassi applicativa, essa è invece concretissima e attuale come ha acutamente messo in luce l'Opera di Castellano<sup>17</sup>: è lo stesso diritto positivo, infatti, che smentisce 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[iritto] n[aturale] perciò si può designare con qualifiche analoghe al diritto civile [qui noi lo intendiamo per positivo]: positività, storicità, efficacia, validità; ma l'attribuzione si fonda su criteri del tutto diversi. Infatti il d[iritto] n[aturale] primigenio è un «atto» della ragione pratica 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 dalla attitudine della ragione a cogliere la giustizia oggettiva o «*ordo iustitiae*» nei rapporti sociali»<sup>18</sup>.

2 IL DIRITTO SOGGETTIVO QUALE *ΠΡΟΤΥΠΟ* DEI DIRITTI UMANI.  
DALLA PRETESA ... DEL «DIRITTO» AI «DIRITTI» ... DELLE (E DALLE)  
PRETESE: *ΜΕΤΑΜΟΡΦΩΣΙΣ* DEL POTERE SENZA GIURIDICITÀ.

Premesso che l'oggettività del diritto non può essere data dalla sistematicità delle opzioni, appartengano esse al sistema individuale, al sistema collettivo-condiviso, al sistema statale-sovrano, al suo formalismo ordinamentale *et similia*, ma è da-

ta — come insegna ancora Castellano — dalla sua stessa fondazione nell'ordine etico<sup>19</sup>, giova adesso addentrarsi 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 che “se c'è un diritto tutto oggettivo, il soggetto, che gli sta di fronte, è [...] in una posizione di inferiorità [... vero è che] 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>20</sup>. È ovvio, infatti, che se il diritto sia sol quello oggettivo e se esso, in quanto oggettivo, debba coincidere e dipendere *in toto* con il diritto delle cc.dd. fonti normative, non possano aversi *figurae* giuridiche diverse da quelle volute dal Legislatore storico. Onde i vari diritti positivi possono sì sistemarsi in diverse categorie, come quella del diritto soggettivo, ma in quanto diritti positivi essi non possono inverarsi in qualche cosa di diverso rispetto al *velle legis*. La nozione di diritto soggettivo, allora, in questo contesto, altro non potrebbe significare se non — secondo la terminologia gerberiana<sup>21</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.

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 «di» Stato — ma ne sono una determinazione specifica e il loro contenuto, vale a dire ciò che essi prescrivono come facoltà del loro soggetto-titolare, è e resta del tutto indifferente rispetto alla aggettivazione che li qualifica. Soggettivo, dunque, non significa qui proprio del soggetto, 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 di operare una data opzione<sup>22</sup>, 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 del soggetto, ma solo significa che in relazione all'oggetto del diritto soggettivo, l'Ordinamento contempla come legali, ovverosia come coerenti con sé stesso, una pluralità più o meno ampia di opzioni, la scelta tra una delle quali egli ritiene, per ragioni di c.d. opportunità politica, di rimettere all'auto-decisione del titolare. Esse opzioni, però, non sfuggono ai criteri della tipicità legale, 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,

che compiutamente definisce lo spettro applicativo della *facultas agendi* e dunque il suo contenuto opinativo-operativo.

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>23</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 — significa suscettibile di tutela giudiziaria da parte dello Stato, azionabile, idoneo ad attribuire al soggetto 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>24</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>25</sup> — con terminologia jellinekiana — cioè *positum*, si riduce alla facoltà del soggetto di operare scelte legali, vale a dire opzioni coerenti con l’Ordinamento, e di invocare il maggior potere dello Stato qualora egli non riesca a ottenere «autonomamente» l’effettività del suo *volumen secundum leges*. Non a caso lo stesso Kelsen sostiene 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>26</sup>.

Ed è proprio questo perverso meccanismo della volontà che legittima il potere e del potere che fa agio sulla volontà, che apre a una forma di nihilismo ancora più radicale, 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<sup>27</sup>. Se il c.d. positivismo forte, infatti, fa dello Stato la fonte escludente ed esclusiva — come insegna Castellano<sup>28</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, è da questo annichimento della libertà soggettiva nella sovranità dello Stato che nasce, per reazione interna un’istanza di libertà-liberazione dell’individuo dallo Stato e una contrapposizione 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>29</sup>, egli stesso non può superarne le strutture operative: la liberazione *post-moderna*, invero, la quale già si coglie nello Stato politologico analizzato (per esempio) da Zagrebelsky<sup>30</sup> e la quale rappresenta il riflesso politico-giuridico delle tesi personalistiche di matrice mounieriana<sup>31</sup>, altro non fa se non trasformare la libertà escludente dello Stato-forte in libertà includente attraverso le Istituzioni statuali<sup>32</sup>. Vale a dire che altro non fa se non servirsi dell’Istituzione pubblica — che resta nelle mani dello Stato sovrano — per la trasformazione delle pretese condivise dai varii gruppi di potere

in diritti civili, ovverosia in diritti di e alla libertà negativa<sup>33</sup>; in diritti, finalmente, di e alla non-ingerenza della mano pubblica negl'ambiti fatti rientrare, sempre per legge, nello spettro concettuale della c.d. *privacy* "personale e familiare", (*sub art.* 8 della C.E.D.U.). Questi diritti civili, però non sono qualche cosa di diverso dai diritti soggettivi del «vecchio» positivismo, ma hanno solamente contenuti più ampi e liquidi, e si formano sulla base di processi sociologici nei quali lo spettro del potere sovrano, pur inevitabilmente presente, si fa meno evidente: democratizzandosi<sup>34</sup> e costituzionalizzandosi<sup>35</sup>, infatti, esso si spersonalizza e perde non la sua efficacia quanto piuttosto il suo volto autoritario. Prima, infatti, esso rappresentava ed era il limite verticale alla libertà individual-subiettiva del soggetto, ora invece esso rappresenta ed è il mezzo orizzontale per la sua realizzazione.

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>36</sup>, sia quella dei gruppi di pressione, sia quella delle maggioranze 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>37</sup>, 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 epilogica là dove essa stessa aveva tratto origine, ovverosia nel *positum-iussum* del diritto oggettivo.

Quando Villey, allora, rileva che "tutto l'ordine sociale consiste di concessioni e distribuzioni di libertà [e che] i diritti soggettivi degli individui hanno colmato il vuoto che risulta dalla perdita del diritto naturale, [onde] l'ordine sociale appare [...] costituito [...] da un sistema di poteri subordinato gli uni agli altri e alle leggi che promanano da questi poteri"<sup>38</sup> e correttamente afferma che "i diritti dell'uomo rientrano [...] nel genere dei diritti soggettivi"<sup>39</sup>, egli effettivamente dà conto della circostanza in virtù della quale alla libertà naturale e responsabile dell'uomo che gli è propria *ut natura*, 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*", quindi la libertà che al *citoyen* deriva, in modo più o meno diretto, dallo Stato-sovrano. E in tutto ciò si palesa la natura razionalistica dell'Ordinamento giuridico proprio dei positivismi e apicalmente la natura razionalistica di quelli che Castellano, distinguendoli dai diritti dell'uomo propriamente detti, cioè dai suoi diritti naturali, definisce diritti umani<sup>40</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, 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 sociale. Quindi la facoltà concessa al cittadino-soggetto da parte del potere superiore dello Stato, in guisa di sotto-potere 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, diviene il contenuto  $\alpha$ -giuridico del suo stesso diritto soggettivo. E l' $\alpha$ -giuridicità di questo contenuto rileva immediatamente sotto due profili. Sotto il primo profilo, genetico, 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>41</sup>, senza alcun criterio che normi la di lui condotta e coi soli limiti definiti dalle *normae positae* a presidio dell'altrui identica libertà-facoltà.

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, e che essa possa trovare fondamento nel diritto naturale e nella giustizia oggettiva<sup>42</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>43</sup> in quanto il primo è rappresentato, concretamente e realisticamente, dalla *ipsa res iusta*, dall'*obiectum iustitiae*<sup>44</sup> che ritroviamo anche nell'insegnamento tomistico<sup>45</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>46</sup>, o per meglio dire esso è specificato attraverso un atto di volontà  $\alpha$ -giuridica che si manifesta e che si inverte 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>47</sup>.

Tuttavia 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 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, ovverosia 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 tramite la ripartizione delle cose esteriori"<sup>48</sup>, ma non può negarsi che esso si sostanzia nell'uso 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), quando consuma il bene in conformità della sua natura, quando lo impiega per un fine legittimo *et coetera*.

Se è vero, allora — come scrive 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 *iustum*"<sup>49</sup>, è altrettanto vero che la libertà umana, quale libertà aggettivata dall'umanità, non dunque quale libertà negativa o autodeterminazione assoluta del *velle*, 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 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, 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 eventum voluntatis*; ma piuttosto in quanto essa — come direbbe Rosmini — è "diritto sussistente"<sup>50</sup>, avendo, "nella sua natura stessa, tutti i costitutivi del diritto"<sup>51</sup>. La

persona, cioè, essendo — come scrive Boezio<sup>52</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 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* positivistica —, 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] è presupposto all'azione giuridica, ma non la costituisce formalmente, [in quanto] per costituire il diritto è necessario [...] un [...] tipo di liceità [...] che riguarda i rapporti di giustizia"<sup>53</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, contro eventuali derive della di lei volontà<sup>54</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>55</sup>...

Insomma — tornando al tema e concludendo il discorso — la facoltà del pro-

prietario 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>56</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>57</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, epper tanto rispondente all'ordine etico che è in sé fondativo del diritto, una “*facultas quaedam moralis [quindi] quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*”<sup>58</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”<sup>59</sup>] protetta dalla legge morale che ne ingiunge ad altri il rispetto”<sup>60</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, ovverosia non come carattere intrinseco alla *facultas*, quanto piuttosto come effetto di essa, data la naturale e inevitabili politicITÀ dell'essere umano.

## NOTE

1. Il presente contributo riprende, in parte, il testo di un più ampio Saggio già pubblicato: cfr. R. Di Marco, *Diritto, diritto soggettivo, diritti umani. Alcune riflessioni*

- gius-filosofiche sopra un problema trasversale, in dirittifondamentali.it*, Cassino, Associazione ARDEF, 2019, 1.
2. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, C.E.D.A.M., Padova 2005<sup>42</sup>, p. 3.
  3. Cfr. Platone, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a.
  4. Cfr. Aristotele, *Etica nicomachea*, V, 7.
  5. Cfr. G. Del Vecchio, *Sulla statualità del diritto*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», I (1929), p. 2.
  6. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, E.S.I., Napoli 2007<sup>13</sup>, p. 10.
  7. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 17.
  8. Cfr. B. Pascal, *Pensées*, Garnier Frères, Parigi 1964, pp. 151 e ss.
  9. Cfr. R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, Einaudi, Torino 1972, p. 232.
  10. D. Castellano, *Quale diritto?*, E.S.I., Napoli 2015, pp. 32 e s.
  11. Cfr. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 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).
  12. 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, infatti “*las Declaraciones de derechos y las Constituciones [...] no son sino el producto del racionalismo constructivista y gnóstico, 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*, Marcial Pons, Madrid 2016, pp. 145 e s.).
  13. 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).
  14. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 26.
  15. Se poi si voglia negare che la verità del diritto esiste in sé, quale conseguenza della negazione della verità medesima a favore di un pluralismo nihilistico, ciò di fatto impedisce ogni discorso e ogni approfondimento. Ma questo — come Sergio Cotta ebbe a rilevare — è impossibile poiché “il soggettivismo radicale dei valori [...] implica l'impossibilità di farli razionalmente condividere da altri, implica quindi la libertà etica in assoluto di qualsiasi atto che soddisfi il soggetto. 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 reciprocabile ed esprime soltanto la logica della potenza” (S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 226 e s.).
  16. 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).
  17. 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 imm modificabile da parte del legislatore”

- (*Ivi*, p. 101) — e mette in luce come la c.d. teoria delle fonti compendiata all'art. 1 delle Preleggi “esce sostanzialmente indebolita, anzi «svuotata», dalle considerazioni svolte” (*Ivi*, p. 113).
18. D. Composta, *Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto*, Pontificia Università Urbaniana, Roma 1994, p. 193.
  19. Cfr. D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, E.S.I., Napoli 2011, *passim*, in particolare, capp. I et IV.
  20. P. Piovani, *Linee di una filosofia del diritto*, in F. Tessitore (a cura di), *Pietro Piovani per una filosofai della morale*, Bompiani, Milano 2010, pp. 547 e s.
  21. È noto che von Gerber, parlando dei “diritti civili generali” (C. von Gerber, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 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*).
  22. 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).
  23. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1986, p. 197.
  24. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, S.E.L., Milano 1912, p. 117.
  25. Secondo la tesi di Jellinek, per esempio, “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 subbiettivi*, Milano, S.E.L., 1912, p. 117).
  26. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas-Kompass, Milano 1978, p. 87.
  27. 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*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 272). La Corte costituzionale della Repubblica italiana — per fare un esempio «pratico» — già nel 1993 stabilì che “il primario imperativo costituzionale [...] dovesse essere quello di perseguire l'obbiettivo finale della «piena» autodeterminazione della persona” (2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza № 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre).
  28. Cfr. D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Napoli, E.S.I., 2011, p. 31.
  29. 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*, Giappichelli, Torino 2003, p. 51).
  30. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 44.
  31. Cfr. E. Mounier, *Il personalismo*, Garzanti, Milano 1952, p. 8.
  32. 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*, Giuffrè, Milano 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*, C.E.D.A.M., Padova 1987, p. 135).
33. In questa prospettiva, allora, come insegna 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*, E.S.I., Napoli 2007, p. 81).
  34. Invero, “la democrazia è la trasposizione, dal punto di vista dell’organizzazione giuridica, del principio dell’autodeterminazione” (E.W. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano 2006, p. 422).
  35. Infatti, con la *rule of law* propria del moderno costituzionalismo, esso “pretende con la 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* E.S.I., Napoli 2013, p. 51).
  36. Cfr. C. Taylor, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, C. Taylor (a cura di), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano 1998, p. 51.
  37. Castellano, nel suo magistero, infatti, fa notare che “sul piano giuridico [...] la realtà e l’ordine del diritto] 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).
  38. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 223.
  39. M. Villey, *Il diritto e i diritti dell’uomo*, Cantagalli, Siena 2009, p. 87.
  40. Cfr. D. Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, cit., *passim*, in particolare pp. 4 et 6.
  41. 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*, U.T.E.T., Torino 1965, p. 255), giacché “nessuno mi può costringere a essere felice a suo modo” (*Ibidem*).
  42. 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*, Civitas, Madrid 1988, p. 51).
  43. M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, Parigi 1969, p. 178.
  44. Cfr. San Tommaso, *Summa theologiae*, II, II, q. 57, a. 1.
  45. 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*, E.S.D., Bologna 2000<sup>3</sup>, p. 451).
  46. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 214.
  47. M. Villey, *Il diritto e i diritti dell’uomo*, cit., p. 97.
  48. *Ivi*, p. 98.
  49. D. Composta, *Filosofia del diritto II. I fondamenti ontologici del diritto*, cit., p. 334.
  50. A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, C.E.D.A.M., Padova 1967, I, p. 192.

51. A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, cit., p. 193.
52. Cfr S. Boezio, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4., in G. P. Migne (a cura di), *Patrologia latina*, Garnier, Parigi 1882-1891, LXIV, 1343.
53. D. Composta, *Il diritto soggettivo secondo P. Luigi Taparelli d’Azeglio*, in Aa.Vv., *Miscellanea Taparelli*, Libreria Editrice dell’Università Gregoriana, Roma 1964, p. 98.
54. 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 perentorii 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’inausta 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 lesa o esposto a pericolo (art. 50 c.p.) *et coetera*.
55. *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*, EDUSC, Roma 2013, p. 44). In merito rileviamo tre cose: 1) 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 propri bisogni primari, di mantenersi compoti di sé stessi, di rispettare il proprio corpo *et coetera*; 2) 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); 3) 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 nes-

sun profilo di alterità possa emergere: *res inter alios acta*, infatti, *tertio neque prodest, 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.

56. 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*, Pontificia Università Urbaniana, Roma 1991, pp. 244 e ss..
57. D. Composta, *Il diritto soggettivo secondo P. Luigi Taparelli d'Azeglio*, in Aa.Vv., *Miscellanea Taparelli*, cit., p. 99.
58. F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore*, I, 2, 5.
59. R. Pizzorni, *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino*, E.S.D., Bologna 2003<sup>4</sup>, p. 29.
60. A. Rosmini Serbati, *Filosofia del Diritto I*, CEDAM, Padova 1967, p. 107.

© 2019 Rudi Di Marco & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)