

Università di Pisa - Dottorato di filosofia della politica

# LA FENOMENOLOGIA DEL DIRITTO IN KANT

Intervento per il seminario coordinato dal prof. Giovanni Fiaschi

Tema del seminario: *La fenomenologia dell'atto positivo*

Relatore: Giorgio Giacometti

Pisa, 19-20 febbraio 1993

Se per *atto positivo* intendiamo l'atto con il quale un soggetto pone una determinazione per la volontà di un altro soggetto e per *soggettività* intendiamo concretamente alcunché di caratterizzato, proprio in quanto pone determinazioni, dall'attività del significare (cioè del produrre discorsi che come tali sono sempre intenzionalmente orientati ad altri soggetti) possiamo chiederci in che senso e in che misura, nella dottrina kantiana, il diritto, in quanto diritto positivo, si configuri come atto positivo di un soggetto e se, in quanto tale, esso pretenda a un'autonomia di significato<sup>1</sup>.

Tale questione può sembrare accessoria rispetto al testo kantiano, in particolare ai *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797)<sup>2</sup>, dove la dottrina del diritto, inteso come ciò di cui si può avere “scienza” ovvero “conoscenza sistematica”, è espressamente per Kant non la dottrina del diritto positivo ma “la dottrina del diritto naturale (*ius naturae*), in quanto il giurisperito versato in quest'ultima scienza deve fornire i principi immutabili per ogni legislazione positiva”<sup>3</sup>. Come tale la dottrina giuridica kantiana, in quanto *iuris scientia*, prescinde dalla *iuris prudentia* che è la conoscenza delle leggi esterne realmente esistenti, positive, “nelle loro applicazioni ai casi che possono presentarsi nell'esperienza”<sup>4</sup>.

Eppure molti interpreti hanno creduto di cogliere nella dottrina kantiana del diritto il passaggio dalla demarcazione giusnaturalistica del diritto naturale come autonomo rispetto al diritto positivo a una vera e propria fondazione del diritto positivo che inaugurerebbe così il positivismo giuridico dell'età contemporanea<sup>5</sup>.

Tale lettura trova effettivamente un appoggio nel testo kantiano a cominciare dalla distinzione, contenuta nel *Diritto privato*, prima parte della *Rechtslehre*, tra la *provvisoria* giuridica del possesso nello stato naturale e la *perentoria* giuridico-positiva di “ogni possesso che si incontra in uno stato civile *realmente* esistente”<sup>6</sup>.

Più che di una vera e propria distinzione, che conserverebbe a ciascuna specie di diritto la propria sfera di autonomia, sembra di assistere in Kant, dato il carattere provvisorio del diritto naturale, a una vera e propria subordinazione del naturale al positivo. Tale subordinazione sfocia tuttavia nell'indistinzione o nell'indifferenza se nello stesso paragrafo in cui è operata la citata distinzione - e qui tocchiamo con mano la paradossalità della

---

<sup>1</sup>) [In termini non fenomenologici la questione più semplicemente può essere così espressa: ci si chiede se Kant concepisca il diritto essenzialmente come *positivo* o piuttosto come *naturale*, nel senso di costruito *razionale* non necessariamente coincidente con le norme proprie di un ordinamento storicamente vigente. Tale questione è rilevante, come si vedrà, anche per decidere se, come filosofo politico, Kant debba essere ascritto tra i rappresentanti del *costituzionalismo*, come spesso si sostiene, o piuttosto tra i continuatori della dottrina tipicamente moderna dello Stato “assoluto” che si può far risalire a Hobbes]

<sup>2</sup>) Come è noto, questi costituiscono la prima sezione della *Metafisica dei costumi* (1798).

<sup>3</sup>) *Metaphysik der Sitten*, in *Kants Werke*, Akademie Ausgabe, Berlin 1913, VI, p. 211, (tr. it. in Kant, *Stato di diritto e società civile*, a c. di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 215).

<sup>4</sup>) Ivi.

<sup>5</sup>) E' ormai classica l'interpretazione in questo senso di O. v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, Koebner, 1880 (tr. it. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, Einaudi, 1874, spec. pp. 230-231).

<sup>6</sup>) *Metaphysik der Sitten*, I, par. 9, in *Kants Werke*, cit., VI, pp. 256-57 (tr. it. cit., pp. 231-32).

cosiddetta fondazione kantiana del diritto positivo - Kant afferma che “il *diritto naturale* (*Naturrecht*) nello stato di costituzione civile ... non può subire pregiudizio da parte delle leggi positive di questo stato”<sup>7</sup>. Il diritto pubblico, che è sempre positivo in quanto ha senso solo in uno “stato civile *realmente* esistente”, si rivela anzi così necessariamente congruente al diritto naturale da esserne addirittura parte integrante secondo la *Suddivisione della metafisica dei costumi in generale*: “La principale suddivisione del diritto naturale (*Naturrecht*) ... deve essere quella che lo distingue in diritto naturale (*natürliches Recht*) e in diritto *civile*: dove il primo è chiamato *diritto privato* e il secondo *diritto pubblico*”<sup>8</sup>.

Occorre distinguere quindi un diritto naturale in generale (*Naturrecht*) che comprende indistinguibilmente anche il diritto positivo, da quel diritto naturale (*natürliches Recht*) che si definisce come provvisorio a partire da un'indigenza di positività.

Provvisorio e indigente è propriamente per Kant solo il diritto naturale (*natürliches Recht*) nello stato di natura (*Naturzustand*), cioè il diritto privato anteriore alla costituzione dello stato civile, mentre il diritto naturale (*Naturrecht*) di cui si dà scienza e dottrina è compiuto e perentorio appunto come diritto pubblico, la cui idea (quella di volontà generale) funge da guida a tutta la trattazione dello stesso diritto privato e si realizza, positivizzandosi, come diritto pubblico. E' il paradosso, pratico, di un'idea che si può realizzare solo empiricamente.

Nel paragrafo 15 del *Diritto privato* si ha un esempio di questa necessità dell'idea di tradursi in alcunché di positivo. Vi si riconosce che se il *titolo empirico* di un acquisto è la presa di possesso fisica di ciò che tuttavia viene in tal modo a costituire possesso solo *fenomenico*, viceversa “il *titolo razionale* dell'acquisto”, di cui soltanto si può occupare la scienza del diritto e che può rendere l'acquisto noumenicamente intelligibile, “può però soltanto risiedere nell'*idea* di una collettiva volontà unificata *a priori* (e necessariamente da unificare) ... Ora lo stato che risulta dall'unione di tutte le volontà realmente formate in vista di una legislazione universale è lo stato civile”. Ma finché si agisce soltanto “in conformità all'idea di uno stato civile” ogni acquisto è provvisorio, mentre “l'acquisto *perentorio* ha luogo soltanto nello stato civile”<sup>9</sup> costituito, in quanto, si intende, esso non sia meramente ideale, ma effettivamente esistente.

L'interferenza tra le due specie di diritto in Kant si può spiegare solo ricordando che da un lato

1. il diritto naturale altro non è che l'insieme dei *principi metafisici della dottrina del diritto*, ossia equivale alla legislazione della ragion pura pratica in quanto legislazione esterna e che, in quanto razionale, essa prescinde totalmente da ogni determinazione empirica, ma che dall'altro lato
2. proprio questa legislazione razionale obbliga alla propria positivizzazione nel diritto pubblico di cui perciò stesso fonda la *possibilità*.

---

<sup>7</sup>) *Metaphysik der Sitten*, I, par. 9, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 256 (tr. it. cit., p. 231).

<sup>8</sup>) *Metaphysik der Sitten*, I, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 242 (tr. it. cit., p. 224).

<sup>9</sup>) *Metaphysik der Sitten*, I, par. 15, in *Kants Werke*, cit., VI, pp. 264-66 (tr. it. cit., pp. 237-38).

Da un lato nella *Metafisica dei costumi* “si tratta della determinazione pratica dell'arbitrio secondo le leggi della libertà, lasciando impregiudicato se l'oggetto possa essere conosciuto per mezzo dei sensi o anche soltanto tramite l'intelletto puro, e il *diritto* è un siffatto *concetto razionale* puramente pratico dell'arbitrio sottoposto alle leggi della libertà”<sup>10</sup>. Dall'altro lato la scienza del diritto “cerca le origini” dei giudizi (del giureconsulto) su ciò che appartenga al diritto positivo (“ciò che le leggi in un certo luogo e in un certo tempo prescrivono o hanno prescritto”), seguendo il “filo conduttore” delle leggi positive stesse, e trova tali origini “nella ragione pura” bensì, ma “quale unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile”.

La determinazione kantiana del diritto naturale come diritto razionale può essere, dunque, interpretata come determinazione delle *condizioni di possibilità*<sup>11</sup> di ogni diritto positivo, possibile *in quanto diritto*.

Come la *Critica della ragion pura* del 1781 determina le *condizioni trascendentali* di possibilità della scienza della natura che i *Principi metafisici della scienza della natura* del 1786 traducono appunto in principi *metafisici* dell'esperienza *possibile* (ossia sotto i quali è possibile sussumere per mezzo di giudizi determinanti i casi particolari dell'esperienza), così si può forse intendere che la *Critica della ragion pratica* del 1788 determini quei postulati della legalità razionale che i principi *metafisici* contenuti nella *Metafisica dei costumi* del 1798 traducono rispettivamente in dottrina della morale e in dottrina del diritto in quanto tali dottrine rendono possibile l'esperienza etica concreta<sup>12</sup>.

Se per comprensione di qualcosa intendiamo il portato di un'interpretazione che eccedendo la propria tecnica si riveli capace di immergere l'interpretato nelle sue condizioni di

---

<sup>10</sup>) *Metaphysik der Sitten*, I, par. 5., in *Kants Werke*, cit., VI, p.249 (tr. it. cit., p. 228).

<sup>11</sup>) Si tratta di quelle condizioni sia di pensabilità, sia di intuibilità nello spazio e nel tempo dei fenomeni giuridici che possono essere interpretate fenomenologicamente come l'essenza invariante del diritto rispetto alla quale i dati di fatto empirici possono essere immaginariamente variati all'infinito. Questo è un possibile risultato della fusione ermeneutica dell'orizzonte kantiano con il nostro nella misura in cui quest'ultimo è impregnato delle suggestioni offerte da E. Husserl, tr. *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica* (1913), a c. di E. Filippini, Torino, Einaudi, 1970, spec. libro I, sez. I, cap. I, *Dato di fatto ed essenza*.

<sup>12</sup>) Sulla distinzione tra principi trascendentali e principi metafisici cfr. la *Critica del giudizio* (1790), *Introduzione*, V, tr. it. a c. di V. Verra, Bari, Laterza, 1970, p. 16 e cfr. l'analoga distinzione tra esposizione trascendentale ed esposizione metafisica nella *Kritik der reinen Vernunft* (1987), I, I, sez. I, par. 2 e par. 3, hrsg. Raymund Schmidt, Hamburg, Meiner, 1990, risp. p. 66 e p. 69 (tr. it. *Critica della ragion pura*, a c. di V. Mathieu, Bari, Laterza, risp. p. 67 e p. 70). Da tali definizioni e dall'uso kantiano di questi termini si ricava che se *trascendentale* e *metafisica* in Kant è sempre la condizione a priori di una conoscenza, essa è trascendentale se la conoscenza è a sua volta *a priori* (onde l'io trascendentale e le categorie o concetti puri della ragion pura sono condizioni dei giudizi sintetici, a loro volta *a priori*, che costituiscono i principi metafisici della scienza della natura), metafisica se la conoscenza di cui è condizione (di *possibilità*) è empirica (onde i principi della scienza della natura come quelli della dottrina del diritto definiscono le condizioni di un'esperienza possibile che in un caso è quella della natura sensibile, nell'altro quella del diritto positivo).

possibilità ovvero nella sua necessità, come sembra ritenere per esempio Hruschka<sup>13</sup>, la possibilità *razionale* del diritto come tale potrebbe rivelarsi, a prescindere forse dalle stesse intenzioni kantiane, prezioso criterio di qualsiasi ermeneutica giuridica, ossia dell'interpretazione di ogni normazione positiva alla luce, in termini husserliani, della sua necessaria giuridicità come essenza invariante capace di conferire senso al dato positivo o, in termini kantiani, dei principi metafisici come condizione di possibilità del dato positivo medesimo.

Sui due lati del "circolo ermeneutico", quello razionale e quello positivo, si possono forse fare le seguenti osservazioni.

1. In quanto la posizione del diritto è la sua determinazione razionale (in questo senso naturale), il soggetto di essa è la ragion pratica stessa come volontà pura<sup>14</sup>, né più né meno che nella legislazione morale da cui quella giuridica formalmente non differisce. Da questo punto di vista la legislazione giuridica è perfettamente *autonoma*, autonomo ne è il discorso e il significato in quanto il suo autore coincide con il suo destinatario, che è sempre la libera volontà ovvero la ragion pratica.

L'indifferenza formale di legislazione morale e legislazione giuridica, in quanto legislazioni razionali, è evidente. Se, infatti, in Kant il principio *metafisico* del diritto, secondo cui "qualsiasi azione è conforme al diritto quando per mezzo di essa, o secondo la sua massima, la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale"<sup>15</sup>, rende appunto possibile (e interpretabile) l'esperienza giuridica positiva, esso è a sua volta implicito nella determinazione *trascendentale* dei presupposti filosofici del conoscere e dell'agire in generale.

Tale principio difatti impone un dovere, l'accordo degli arbitri *secondo ragione*, dovere che, come ogni dovere, è ciò che impone il medesimo imperativo categorico della morale.

Tutto ciò si evince facilmente dall'*Introduzione alla Metafisica dei costumi*, che si riferisce appunto tanto alla dottrina della morale, quanto a quella del diritto, in cui è detto, alla luce del carattere razionale dell'imperativo categorico, che "può esistere una sola specie di doveri ... per quanto noi possiamo essere costretti al dovere in diversi modi"<sup>16</sup>. Ciò che marca la differenza del diritto dalla morale non è il dovere a cui la legislazione della ragion pratica, ossia della volontà depurata da inclinazioni sensibili, comunque obbliga, ma solo

---

<sup>13</sup>) Cfr. J. Hruschka, *Das verstehen von Rechtstexten*, München, 1972 (tr. it. di R. De Giorgi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pp. 11-13).

<sup>14</sup>) Cfr. *Metaphysik der Sitten, Einleitung*, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 213 (tr. it. in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. da G. Solari e G. Vidari, a c. di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, U.T.E.T., 1965, p. 388): "La volontà (*Wille*) è la facoltà di desiderare (*Begehrungsvermögen*), considerata non tanto in rapporto all'azione (= arbitrio), quanto piuttosto in rapporto al principio che determina l'arbitrio all'azione e, propriamente parlando, essa non ha per se stessa nessun motivo di determinazione, ma, in quanto può determinare l'arbitrio, si confonde con la ragion pratica stessa".

<sup>15</sup>) *Metaphysik der Sitten*, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 230 (tr. it. in Kant, *Stato di diritto e società civile*, cit., p. 217).

<sup>16</sup>) *Metaphysik der Sitten*, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 222, (tr. it. in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., p. 398).

l'impulso che si unisce a tale obbligazione: “Quella legislazione che erige un'azione a dovere, e questo dovere nello stesso tempo a impulso, è *morale*. Quella al contrario che non comprende quest'ultima condizione nella legge, che in conseguenza ammette anche un'impulso diverso dalla idea del dovere stesso è *giuridica*”<sup>17</sup>.

Il diritto dunque non configura un'autonoma e irriducibile regione eidetica centrata sull'essenza "diritto" più di quanto non si coordini all'istanza fondamentale della ragion pratica in generale (l'imperativo categorico) e, per la relazione che questo ha con l'*a priori* in generale, alla filosofia trascendentale *tout court*.

2. In quanto la posizione del diritto è la positivizzazione dei suoi principi metafisici, il soggetto di essa è provvisoriamente ognuno nello stato di natura, perentoriamente il legislatore nello stato civile. Da questo punto di vista la legislazione giuridica differisce da quella morale in quanto il suo imperativo viene per definizione fatto valere (impulso) non dalla volontà pura e in tutti identica, ma solo da qualcuno sotto la minaccia della coazione esterna. Colui che pone il diritto in quanto facoltà di costringere non coincide più dunque, da questo punto di vista empirico, con colui che è destinatario di tale posizione. La relazione giuridica, a differenza di quella morale, può quindi dirsi esterna, anche se a rigore non è eteronoma poiché la legge resta quella della ragion pratica identica in ognuno, mentre quello che si aggiunge esternamente è solo l'impulso<sup>18</sup>.

Dal punto di vista di una fenomenologia dell'atto positivo la posizione, in questo senso empirico, significa che ciò che è giuridicamente posto è tale solo in quanto coloro per i quali esso è *dato*, oltre a obbedirvi nella misura in cui lo intendono, ne possono *giudicare* la condizione di possibilità rispetto all'universale volontà pura, ossia la non contraddittorietà rispetto ai principi razionali puri e, in questo senso, la *sensatezza*. Ma i limiti di tale giudizio dei destinatari della norma positiva, che non può per Kant se non contraddittoriamente tradursi in una violazione della norma positiva stessa, si possono intendere solo dopo aver tematizzato la funzione in Kant del porre giuridico come imporre.

Un elemento di complicazione del quadro è, infatti, dato dal fatto che la metafisica razionale del diritto, in quanto esplicitazione di postulati della ragion pratica, non solo *rende possibile* il diritto positivo a partire dal diritto naturale razionalmente determinato, ma *impone* proprio l'“uscita dallo stato di natura” ossia la realizzazione empirica, positiva dell'idea di diritto e di stato civile. Anzi, è proprio l'obbligatorietà di questo esito ad implicare la sua possibilità secondo il caratteristico *hysteron pròteron* dell'etica kantiana: *ultra posse nemo obligatur*<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>) *Metaphysik der Sitten*, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 219 (tr. it. cit., p. 394).

<sup>18</sup>) Cfr. su ciò F. Fiore, *L'idea di contratto originario nella filosofia del diritto kantiana*, in AA. VV. *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a c. di G. Duso, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 239-245.

<sup>19</sup>) Cfr. *Zum ewigen Frieden*, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 370, (tr. it. in Kant, *Stato di diritto e società civile*, cit., p. 200).

Tale imposizione è implicita nel fatto che “diritto e facoltà di *costringere* sono una cosa sola”<sup>20</sup>. Infatti “quando un certo uso della libertà è esso stesso un ostacolo alla libertà secondo leggi universali (vale a dire è ingiusto), allora la costrizione oppostagli, in quanto impedisce un ostacolo fatto alla libertà, s'accorda con la libertà secondo leggi universali, ossia è giusto: al diritto è quindi immediatamente connessa, secondo il principio di contraddizione, la *facoltà di costringere* colui che lo pregiudica”<sup>21</sup>.

Ora, nello stato di natura “nessuno è obbligato ad astenersi dall'usurpare il possesso di un altro, se questi non dà a lui l'uguale garanzia di astenersene a sua volta... Non è necessario aspettare le ostilità reali; egli è autorizzato a impiegare una *costrizione* verso colui che, per la sua natura stessa, lo minaccia”<sup>22</sup>. Da tale conflittualità latente sorge l'obbligatorietà dello Stato, come positivizzazione dell'idea, che è già alla base del diritto provvisorio di natura, di volontà generale: “Si deve uscire dallo stato di natura, nel quale ognuno fa di testa sua, e ci si deve unire con tutti gli altri (con i quali *l'uomo non può evitare di trovarsi in relazione reciproca*) al fine di sottomettersi a una *costrizione esterna pubblicamente legale*”<sup>23</sup>.

Chi pone soggettivamente il diritto, nello stato civile, in quanto non si limita a porlo, ma, dal momento che il diritto implica la coazione, anche lo *impone*, per Kant, come è noto, è lo Stato sovrano stesso, dotato di potere legislativamente irreprensibile ed esecutivamente irresistibile<sup>24</sup>.

Tale soggetto non può questa volta essere la ragion pura pratica poiché essa può imporre l'osservanza della legge solo come legge morale, ma non certo esternamente per mezzo della coazione e dell'impulso che deriva dalla minaccia di questa. Si tratta di un potere, quello appunto che si ha il dovere di costituire a partire dallo stato di natura seguendo il filo conduttore dell'idea di una volontà generale, che è e deve essere assolutamente positivo, come chiarisce la *Nota generale sugli effetti giuridici derivanti dalla natura della società civile*: “Si deve ubbidire al potere legislativo attualmente esistente, qualunque possa esserne l'origine”<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup>) *Metaphysik der Sitten* I, par. E, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 232 (tr. it. in Kant, *Stato di diritto e società civile*, cit., p. 218). Il carattere obbligatorio della giuridicità, riferita all'ermeneutica della normazione positiva proprio in quanto questa non può rivelarsi contraddittoria rispetto a “una proposizione giuridica “suprema” o ... un certo numero di proposizioni giuridiche “supreme”“, è richiamata, anche se appunto con un significato ermeneutico, non pratico, per esempio da Hruschka (tr. it. cit., pp. 59-61).

<sup>21</sup>) *Metaphysik der Sitten*, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 231 (tr. it. cit., p. 217).

<sup>22</sup>) Ivi, p. 307 (tr. it. cit., p. 265).

<sup>23</sup>) Ivi, p. 312 (tr. it. cit., p. 266).

<sup>24</sup>) Cfr. *Metaphysik der Sitten* I, par. 48, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 316 (tr. it. cit., p. 271). Tralasciamo qui la complessa questione di come questa figura debba essere rappresentata, se come popolo riunito, come reggente o rappresentante di esso, come monarca che agisce nello spirito di un contratto originario espressione della volontà generale del popolo, come assemblea di legislatori etc., perché sono note ed evidenti le oscillazioni al riguardo che percorrono le opere kantiane e perché questo problema riguarda in ogni caso, per Kant, la dimensione empirica (questo sembra peraltro il motivo della varietà delle soluzioni kantiane, non a caso affidate per lo più alle note e ai supplementi, anche se spesso molto lunghi, dei suoi scritti giuridico-politici).

<sup>25</sup>) *Metaphysik der Sitten* I, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 319 (tr. it. cit., *Nota generale A*, p. 273).

L'origine razionale di questo potere è evidentemente il fatto che nessuno può essere “giudice della sua propria causa”, neppure il popolo che dunque esige per ogni controversia un sovrano<sup>26</sup>. Nello scritto *Sul detto comune* del 1795 è presente un'analoga argomentazione: “Il capo dello Stato” è il solo “attraverso il quale ogni coazione giuridica può essere esercitata. Ché se anche esso potesse venir costretto, non sarebbe capo dello Stato e la serie ascendente della subordinazione andrebbe all'infinito”<sup>27</sup>.

Questo sovrano potrebbe essere inteso fenomenologicamente come quel necessario Medio che non è parte in causa (è giudice infatti *super partes*) e che, di volta in volta, media la relazione giuridica. Tuttavia tale Medio deve a rigore sempre solo essere *rappresentato* da un terzo, ma non coincidere mai con esso se non si vuol dire che qualcuno non semplicemente pone e impone, ma perfino dispone *tout court* del diritto.

Ciò che nelle formulazioni kantiane fa problema è appunto il carattere positivo, nel senso di “attualmente esistente”, del potere del Medio che sembra quindi, contraddittoriamente, identificarsi con un terzo che come tale, anche se attualmente non lo è, *può* tuttavia sempre essere anche parte in causa.

Ma tale aporia sembra in ogni caso ineliminabile. Proponiamo a questo punto di trarre dall'interpretazione del testo kantiano una conclusione che tenda per quanto possibile a risolvere le apparenti contraddizioni come mere ambiguità lessicali per verificare in che misura, sebbene paradossalmente, proprio l'attribuzione kantiana di un carattere “hobbesiano” di irresistibilità al sovrano empirico possa essere intesa come preservazione del diritto da ogni appropriazione politica e proclamazione della sua assoluta indisponibilità. Rispondiamo così alla questione posta inizialmente dicendo che il diritto nella sua essenza non è in Kant posto da nessun soggetto se non dalla ragione legislatrice che in definitiva coincide con la sua possibilità. La sua autonomia è quella della ragione, ma questa, in quanto è puramente formale, si configura più che come autonomia di significato come quello spazio insignificante che, tautologicamente, rende possibili tutti i significati possibili.

Se fosse possibile decidere in ogni *circostanza* empirica ciò che è giusto secondo ragione, non meramente ciò che *sembra* tale<sup>28</sup>, fonte inappellabile e soggetto positivo del diritto (e della coazione) dovrebbe essere chiunque sia in grado di pervenire a tale sapere assoluto e comprensivo, come sarebbero i filosofi nel mito platonico della repubblica. Ma Kant

---

<sup>26</sup>) Cfr. *ivi* p. 320 (tr. it. cit., p. 275).

<sup>27</sup>) *Über das Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 291 (tr. it. in Kant, *Stato di diritto e società civile*, a c. di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1982, p. 155).

<sup>28</sup>) Fino alla costituzione di uno stato civile vige il “diritto di ognuno di fare *quanto gli sembra giusto e buono*”, ma è appunto questo apparire che esige di essere superato in un essere, la costituzione civile stessa. Cfr. *Metaphysik der Sitten* I, II, sez. I, par. 44, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 312 (tr. it. cit., p. 267).



esclude, non a caso, una tale funzione per il filosofo<sup>29</sup> (il quale, come ogni uomo, non ne sa evidentemente di più di quel che il suo giudizio gli consente di comprendere).

La verità è, allora, che sulla base di queste premesse *nessuno* può disporre del diritto perché nessuno può giudicare secondo verità se una certa norma positiva sia o meno in contraddizione coi principi metafisici del diritto. Il principio del diritto è, infatti, puramente *formale*, come ogni legge razionale pratica: “In questa reciproca relazione di arbitri non si prende affatto in considerazione la *materia* dell'arbitrio, cioè il fine che uno si propone con l'oggetto che egli vuole ... ma ciò che è in questione è soltanto la *forma* della relazione dei due arbitri ... Occorre cercare unicamente se l'azione di uno dei due possa accordarsi con la libertà dell'altro secondo una legge universale”<sup>30</sup>.

Hegel ha buon gioco, nel criticare il formalismo della ragione legislatrice kantiana<sup>31</sup>, soprattutto nel periodo jenese, a ridurre per esempio la pretesa giustificazione razionale della proprietà, quale si evince dalla contraddittorietà delle massime che la negano, alla tautologia: “la proprietà, se la proprietà c'è, dev'essere proprietà”<sup>32</sup>. Ma proprio questo preterintenzionale carattere tautologico del formalismo giuridico kantiano, quale si esprime nella costruzione del diritto naturale, rende indeducibile da esso ogni legislazione positiva: di questa legislazione positiva da un lato si nega l'autonomia (propria solo della ragione), mentre dall'altro lato la si rinvia all'autonomia di una volontà pura che tuttavia è priva di contenuto. Questa volontà è tale che la non contraddittorietà della sua applicazione a qualche determinato contenuto (come legge positiva, decreto, sentenza, esecuzione) è indecidibile. Il *giudizio* in merito, in quanto empirico, non può avere infatti carattere universale e necessario.

Nessuno, salvo l'indisponibile ragion pratica stessa, può disporre del diritto in quanto la positivizzazione che implica nella sua stessa idea (in quanto diritto naturale coattivo) rimane sempre vincolata alla sua giustezza secondo principi metafisici razionali, alla luce dei quali soltanto è empiricamente interpretabile. Ci si può chiedere se tale funzione ermeneutica, in ambiente empirico, sia pensata in Kant e se essa possa essere assolta da ciò che egli definisce *giudizio*.

Nonostante che alla facoltà del giudizio Kant abbia dedicato la sua terza, fortunata *Critica*, è piuttosto dall'introduzione allo scritto *Sul detto comune*: “ciò può esser vero in teoria ma non vale per la prassi” che si evince la più chiara esposizione kantiana di questa facoltà, soprattutto in relazione alla ragion pratica: “Che tra la teoria ... e la prassi vi debba anche

---

<sup>29</sup>) Cfr *Zum ewigen Frieden*, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 364 (tr. it. cit., p. 199): “Che i re filosofeggino o i filosofi diventino re non ce lo dobbiamo attendere e anzi neppure desiderare”.

<sup>30</sup>) *Metaphysik der Sitten* in *Kants Werke*, cit., VI, p. 230 (tr. it. cit., p. 216).

<sup>31</sup>) Per una ricognizione del formalismo kantiano e del significato oscillante, ma ai nostri fini sufficientemente univoco, del concetto di forma in Kant ci siamo valse soprattutto di A. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova, Cedam, 1962, spec. pp. 19-91.

<sup>32</sup>) G. W. F. Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts...* (1802-3) (tr. it. *Sul diritto naturale*, in G. W. F. Hegel, *Il dominio della politica*, a c. di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1980, p. 195).

essere un termine medio di congiunzione e di passaggio ... è cosa evidente. Infatti al concetto intellettuale che contiene la regola deve aggiungersi un atto di giudizio (*Urtheil*), mediante il quale l'uomo pratico distingue (scil. empiricamente) se il caso cade o no sotto la regola, e siccome per il giudizio non si possono dare sempre nuove regole cui esso ha da rivolgersi nella sussunzione (poiché ciò andrebbe all'infinito), così può capitare che vi siano teorici che nella loro vita non riescono mai a diventare pratici perché manca loro la capacità di giudicare<sup>33</sup>. Il giudizio, non potendosi sempre appellare eteronomamente a regole fornitegli dall'intelletto o dalla ragione, in quanto giudizio determinante, per *decidere positivamente dell'empiricamente dato* può appellarsi solo a se stesso, nella sua autonomia, in quanto giudizio riflettente<sup>34</sup>.

Questo giudizio non è più giudizio di fatto che di valore. La sua relatività non sta nell'essere giudizio di valore, ma semplicemente nell'essere *giudizio*, non principio. Se per momento valutativo intendiamo il carattere soggettivo, non oggettivo di tale giudicare allora possiamo intendere il giudizio sulla validità della norma giuridica positiva come giudizio di valore<sup>35</sup>, ma dobbiamo riconoscere che dal punto di vista kantiano giudizi di valore sono allora in questo senso tutti i giudizi che nella scienza della natura riguardano fatti sperimentali rispetto ai quali è indecidibile la sussunzione *una volta per tutte* della loro materia sotto principi metafisici<sup>36</sup>.

Proprio per questa indecidibilità della *sentenza*, intesa come giudizio circa l'applicazione particolare del diritto, deve essere postulato un Medio nella relazione giuridica, il quale non si limiti a porre soggettivamente ciò che egli intende come diritto, ossia ciò che gli sembra giusto, ma in tanto ponga ciò che si definisce diritto in quanto lo possa coattivamente imporre *super partes*, cioè rendere *valido* in quanto tale (ossia coerente con il principio metafisico) nel suo *giudizio* insindacabile ed *efficace* in forza del suo *potere* irresistibile.

Se Kant assegna al terzo, il sovrano, il potere di imporre ciò che a lui sembra il diritto (secondo la tradizione giusnaturalistica), egli non dice mai che il terzo, di cui ammette che possa errare<sup>37</sup>, possa disporre del diritto in quanto tale, in quanto come determinazione della ragion pratica esso è indisponibile (e, difatti, indeterminabile, onde la necessità di imporlo da parte di un terzo al di sopra di parti tra le quali è costitutivamente sempre possibile il conflitto).

---

<sup>33</sup>) *Über das Gemeinspruch etc.*, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 275 (tr. it. cit., p. 141).

<sup>34</sup>) Per questa distinzione cfr. la *Critica del giudizio*, II, sez. II (*Dialettica del giudizio teleologico*), par. 69.

<sup>35</sup>) Nel senso in cui Hruschka tematizza la proposizione giuridica come prescrizione fornita di valore (tr. it. cit., p. 63).

<sup>36</sup>) Cfr., oltre numerosi luoghi delle *Critica del giudizio* sulle leggi empiriche, quanto si dice dello "schematismo del giudizio" e dei nessi "inventati" che esso costruisce nell'*Opus postumum* (scelta a c. di V. Mathieu, Bologna, 1963).

<sup>37</sup>) "Ammettere che il sovrano non possa mai sbagliare o non possa essere incompetente di qualche cosa sarebbe infatti come rappresentarlo ispirato da Dio e trascendente l'umanità" (*Über das Gemeinspruch etc.*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 304, tr. it. cit., p. 166).

Il diritto di rimostranza e la libertà della penna attestano, per altro verso, la facoltà del suddito di porre di volta in volta (in questione) il diritto datogli, nel momento stesso in cui vi obbedisce<sup>38</sup>. Il criterio di giudizio e di limitazione del potere, che, se disatteso, pone il sovrano in contraddizione con se stesso e legittima la rimostranza, è: “*Ciò che un popolo non può deliberare su se stesso, nemmeno il legislatore può deliberarlo sul popolo*”<sup>39</sup>. “Tuttavia” dice Kant in altro contesto, ma sempre a proposito di un tale criterio *puramente formale*, “questa limitazione vale, evidentemente, solo per il *giudizio* del legislatore, non del suddito. Se pertanto, un popolo sotto una data legislazione positiva dovesse giudicare con ogni probabilità compromessa la sua felicità (contenuto empirico, non principio formale!), che cosa dovrebbe fare? Ribellarsi? La risposta può essere una sola: ... obbedire”<sup>40</sup>.

Il monopolio della forza è anche quello dell'ultima parola nel giudizio, proprio perché il giudizio, a differenza della ragione universale, è autonomo in ogni uomo: esso è giusnaturalisticamente attribuito, per un principio d'ordine, a chi detiene di fatto il potere e impone positivamente il diritto proprio a causa - possiamo intendere - dell'indisponibilità del diritto stesso. Infatti se il popolo, che può opporre il suo giudizio a quello del sovrano purché gli obbedisca, “possiede diritti propri e inalienabili verso il sovrano”, tuttavia “non può trattarsi di diritti coattivi”<sup>41</sup>, perché se così fosse - possiamo intendere alla luce di altri passi<sup>42</sup> - sarebbe lo stesso popolo a pretendere contraddittoriamente di disporre del diritto. Di qui la celebre negazione kantiana del diritto di resistenza<sup>43</sup>, che di fatto non è se non negazione della possibilità giuridica (del senso) della rivoluzione<sup>44</sup>.

La difficoltà del ragionamento kantiano sta probabilmente nel non aver posto a tema, come faranno Hegel e, prima di lui, Fichte, il criterio del necessario *riconoscimento*<sup>45</sup>, nel corpo stesso dell'esperienza, del diritto proprio e altrui e, conseguentemente, del terzo come

---

<sup>38</sup>) Cfr. *Über das Gemeinspruch etc.*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 304 (tr. it. cit., p. 166). Vedi anche quanto Kant dice dell'uso pubblico della ragione in *Risposta alla domanda “che cos'è l'Illuminismo”* (1784) (in Kant, *Stato di diritto e società civile*, cit., pp. 113-120).

<sup>39</sup>) Cfr. *Über das Gemeinspruch etc.*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 304 (tr. it. cit., p. 166).

<sup>40</sup>) *Über das Gemeinspruch etc.*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, pp. 297-98 (tr. it. cit., p. 160).

<sup>41</sup>) *Über das Gemeinspruch etc.*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 303 (tr. it. cit., p. 165).

<sup>42</sup>) Cfr. *Metaphysik der Sitten*, I, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 319 (tr. it. cit., *Nota generale A*, p. 273).

<sup>43</sup>) Cfr. *Über das Gemeinspruch etc.*, II, in *Kants Werke*, cit., VIII, p. 299 (tr. it. cit., p. 162) e *Metaphysik der Sitten*, I, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 319 (tr. it. cit., *Nota generale A*, p. 274).

<sup>44</sup>) Cfr. *Metaphysik der Sitten*, I, in *Kants Werke*, cit., VI, pp. 321-22 (tr. it. cit., *Nota generale A*, p. 276).

<sup>45</sup>) In Hegel il tema è presente fin dalle *Lezioni jenesi del 1805-1806*: “La cosa appare esserci perché è *mia*. Che *io* sia da riconoscere varrebbe *immediatamente* e nella forma dell'immediatezza. Questo *riconoscere* - Hegel si riferisce ancora allo stato di natura - è *diritto*” (G. W. F. Hegel, *Il dominio della politica*, cit., p. 228). In Kant invece sia ha riconoscimento del possesso solo nello stato civile compiuto, allorché esso è giuridicamente perentorio. Cfr. *Metaphysik der Sitten*, I, II, sez. I, par. 44, in *Kants Werke*, cit., VI, p. 312 (tr. it. cit., p. 267): “Bisogna ... entrare in uno stato in cui a ognuno è *legalmente* determinato ciò che deve essere riconosciuto (*anerkannt*) come suo”. Per Fichte cfr. W. Janke, *Anerkennung - Fichtes Grundlegung des Rechtsgrundes* in “Kant-Studien”, 82 (1991), n.2, pp.197-218.

rappresentante del diritto capace di farlo imparzialmente valere<sup>46</sup>. Kant sembra ridurre questo problema a quello del riconoscimento del puro potere di fatto, riconoscimento che diviene tuttavia problematico in quanto non può fondarsi anch'esso che su un *giudizio* non determinante, tanto più incerto quanto più empiricamente l'esercizio dell'effettivo potere risultasse scisso (come nel caso di una guerra civile) o diffuso tra molteplici istanze.

La necessità affermata da Kant di riconoscere il potere illegittimamente sorto da una rivoluzione come potere legittimo in quanto potere di fatto, anche se solo a rivoluzione compiuta<sup>47</sup>, può facilmente slittare nella necessità, esclusa invece da Kant, di riconoscere la legittimità di una rivoluzione in quanto essa è destinata a vincere storicamente (dunque già nel giudizio di alcuni più potente del potere che essa è destinata a sovvertire) o in quanto essa è ispirata da un più giusto giudizio, di quello implicito nel diritto positivo fatto valere dal potere vigente, su ciò che sia pubblicamente giusto<sup>48</sup>.

La decisione su ciò che sia di diritto, in quanto la si riferisce a un giudizio indeducibile da principi *a priori*, ma che, in quanto *riflettente*, è piuttosto in cerca di essi, sembra implicare (in Kant ma non per Kant) un momento di responsabilità politica, se per politica intendiamo un'arte riguardata non solo come contenente “regole dell'abilità” destinate a produrre effetti possibili secondo “corollari tratti dalla filosofia teoretica”<sup>49</sup>, ma come arte, che, in quanto opera per mezzo di giudizi e media tra principi razionali e problemi empirici, si rivela propriamente indeducibile dai primi, insufficientemente determinata dai loro corollari, ma richiede inderivabili virtù pratiche (tecnico-pratiche direbbe Kant per distinguerle da quanto nell'uomo si fonda esclusivamente sul concetto di libertà) come, nel caso appunto della politica, quella della prudenza<sup>50</sup>.

Nel caso della determinazione positiva del diritto la politica così intesa aprirebbe la sfera giuridica e la sua concreta significatività a un orizzonte di senso che giuridico non è, ma che investe piuttosto l'intero della problematica filosofica.

---

<sup>46</sup>) L'importanza del riconoscimento giuridico è al centro del testo di Bruno Romano, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, Bulzoni, 1986. Cfr. anche Id., *Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo. Da Nietzsche verso Lacan*, Roma, Bulzoni, 1983.

<sup>47</sup>) Cfr. *Metaphysik der Sitten*, I, in *Kants Werke*, cit., VI, pp. 232-33, (tr. it. cit., *Nota generale A*, p. 276).

<sup>48</sup>) E' dunque per l'ambiguità implicita in ogni deduzione del diritto positivo da premesse razionali formali (ambiguità che giudichiamo tuttavia ineliminabile e per nulla contraddittoria, ma anzi rivelativa in quanto si riferisce ad alcunché di indecidibile) che il discepolo di Kant, Fichte, può sostenere che il diritto di un popolo a modificare la propria costituzione è un diritto inalienabile. Cfr. *Beitrag zur Berechtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution* (1993), cap. III (in *Gesamtausgabe*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann, 1966 e 1970, I, 1), pp. 258 ss. (tr. it. in Fichte, *Sulla rivoluzione francese*, (scelta) Bari, Laterza, 1966, pp. 120 ss.)

<sup>49</sup>) Questa definizione della politica, per metà implicita, si trova nell'*Introduzione*, I, alla *Critica del giudizio*, tr. it. cit., p. 9.

<sup>50</sup>) Come si evince dall'Appendice I allo scritto *Zum ewigen Frieden*, in *Kants Werke*, cit., VIII, pp. 370 ss. (tr. it. cit., pp. 199 ss).

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

KANTS *Werke*, Akademie Ausgabe, Berlin 1913

KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, hrsg. Raymund Schmidt, Hamburg, Meiner, 1990

KANT, *Critica della ragion pura*, tr. Bari, Laterza, 1981

KANT, *Critica della ragion pratica*, tr. it. a c. di V. Mathieu, Milano, Rusconi, 1982

KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it. a c. di V. Mathieu, Milano, Rusconi, 1982

KANT, *Critica del giudizio*, tr. it. a c. di V. Verra, Bari, Laterza, 1970.

KANT, *Opus postumum*, scelta a c. di V. Mathieu, Bologna, 1963

KANT, *Stato di diritto e società civile*, scelta a c. di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1982

KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, scelta tr. da G. Solari e G. Vidari, a c. di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, U.T.E.T., 1965

FICHTE J. G., *Sulla rivoluzione francese*, (scelta) Bari, Laterza, 1966

HEGEL G. W. F., *Il dominio della politica*, scelta a c. di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1980

GIERKE O., *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, Koebner, 1880 (tr. it. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, Einaudi, 1874)

HUSSERL E., tr. *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica* (1913), a c. di E. Filippini, Torino, Einaudi, 1970

NEGRI A., *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova, Cedam, 1962

HRUSCHKA J., *Das verstehen von Rechtstexten*, München, 1972 (tr. it. di R. De Giorgi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983

ROMANO B., *Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo. Da Nietzsche verso Lacan*, Roma, Bulzoni, 1983

ROMANO B., *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, Bulzoni, 1986.

FIORE F., *L'idea di contratto originario nella filosofia del diritto kantiana*, in AA. VV. *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a c. di G. Duso, Bologna, Il Mulino, 1987

ARENDT H., *Teoria del giudizio politico*, tr. Genova, Il Melangolo, 19