

DAL CONTRATTUALISMO ALL'ORTONOMIA

Francesco Fratini*

Abstract: il presente lavoro ha per oggetto la critica portata alle teorie contrattualistiche dal realismo fenomenologico di Edith Stein e Bruno Romano. In particolare si critica la visione meramente formale del diritto e della democrazia in quanto non in grado di garantire il non assoggettamento del singolo individuo alla forza del numero e la sua liberazione dalle urgenze e dalle istanze contingenti del mondo.

1. Introduzione. Il contratto e l'autonomia

Agostino in una delle sue opere scrive che è giusta una legge che permetta ad un popolo moderato e saggio che abbia a cuore l'interesse comune di eleggere i propri magistrati perché amministrino il suo interesse. Se, invece, questo stesso popolo diventando poco a poco più ingiusto, preferisse l'interesse privato a quello pubblico, facendo in modo che si tengano delle elezioni truccate, sarebbe parimenti giusto che un uomo onesto molto illustre e potente impedisca che si tengano elezioni e che questo affidi il potere a pochi o ad uno solo¹.

Queste tesi del filosofo di Ippona, riecheggiando una diffusa concezione del mondo antico sulla degenerazione della democrazia (vedi soprattutto Aristotele), ci permettono di svolgere alcune brevi considerazioni sul concetto di democrazia. È diffusa l'opinione che la democrazia coincida e si esaurisca nel governo del popolo, modalità che negli Stati contemporanei si realizza attraverso le elezioni per la nomina dei rappresentanti popolari alle assemblee legislative.

In realtà la storia ci dimostra che la libertà e la giustizia non sono garantite dalla *forma* democratica che spesso tracima in un mero *formalismo*, ma che è necessario che siano protette e salvaguardate attraverso il rispetto e l'affermazione di alcuni principi: il rispetto per i diritti dell'uomo, il rifiuto della violenza, ma soprattutto il riconoscimento

* Università 'Sapienza' di Roma.

¹ Cfr. B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Torino, 2009, p. 141.

dell'altro come persona con un proprio io infungibile dotato del diritto primo, quello di prendere la parola².

La prassi democratica si basa, infatti, su una concezione dell'individuo che lo priva della sua qualità esistenziale per renderlo una parte dell'uno numerico: come scrive Romano *"la democrazia, in quanto organizzazione dell'uno numerico, si muove e si rivolge ad una non questionabile immagine di uomo che [...] ha eliminato il momento non producibile, né precalcolabile dell'esistere: la differenza, che custodisce il soggetto autentico, tra essenza ed esistenza"*³.

La democrazia del numero ha solo l'apparenza della democrazia ma in realtà ha la sostanza del dispotismo; *"al livello della organizzazione della relazionalità umana la realtà del per sé è dissolta nell'identità collettiva di 'essenza' ed 'esistenza' [...]. Il dispotismo ha appunto la sua verità nel sottrarre all'altro il suo essere-per-sé, nel formalizzare il per-sé secondo la modalità dell'essere dell'in-sé"*⁴.

Punto di riferimento di questo lavoro è lo scritto di Edith Stein, *Una ricerca sullo Stato*, che attraverso un'analisi fenomenologica dello Stato e del diritto giunge a delle conclusioni rilevanti ai fini delle questioni poste. Anche se scopo del lavoro della Stein non è la critica sistematica delle teorie contrattualistiche, molti passi del libro mettono in luce le carenze di queste concezioni.

Le conclusioni alle quali l'autrice giunge trovano solido riferimento e peculiare riflessione nel realismo fenomenologico di Romano.

Al fine di una maggiore organicità di questo scritto e per argomentare la critica di Romano al contrattualismo, in prima battuta verranno brevemente riassunte le caratteristiche di fondo di queste teorie prendendo in considerazione tre tra i maggiori teorici, cioè Hobbes, Locke e Rousseau; nella seconda parte si analizzerà il saggio di Edith Stein, cercando di esaminare alcuni passi più significativi ai fini del presente lavoro; infine nella terza parte saranno esposte delle considerazioni conclusive.

Molte teorie sullo Stato e sul diritto si richiamano al contrattualismo che vede l'origine dello Stato in un contratto tra individui liberi. Nella storia del pensiero queste teorie sono state elaborate da filosofi quali Hobbes, Locke, Rousseau: pur nei diversi approcci il tratto comune di

² Cfr. ID., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009, p. 16.

³ ID., *L'assolutezza della prassi democratica come democrazia formale, nella 'Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico' di Marx*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Gennaio-Marzo, 1979, p. 75.

⁴ *Ivi*, p. 88.

queste concezioni è l'idea che lo Stato nasca da una convenzione, il contratto sociale, di cui tutti i soggetti sono parti, e che affida il potere ad un individuo o alla comunità stessa.

Alla base di queste tesi vi sono specifiche concezioni della natura umana. Vi è, soprattutto in Hobbes, un'idea dell'uomo quale meccanismo: l'uomo si distingue dagli altri esseri viventi per la ragione, che è un calcolo. Le sensazioni nascono dal movimento: l'appetito, il desiderio, l'odio o l'avversione sono inizi di movimento, sforzi verso qualcosa o per sfuggire qualcosa; non esistono il bene o il male in sé, ma questi concetti hanno un valore unicamente soggettivo: il bene è l'oggetto dell'appetito o del desiderio e consiste nel piacere; il dispiacere è la sensazione del male che è oggetto dell'avversione o dell'odio. Le due passioni più forti nell'uomo sono il desiderio di potere, cioè i mezzi attuali per ottenere dei beni futuri, e la paura.

È la paura a fondare lo Stato. Ogni uomo è per l'altro un concorrente, una minaccia: la natura non ha messo nell'uomo l'istinto sociale, ma la società nasce solo per interesse, per evitare la distruzione (il *bellum omnium contra omnes*), per garantire la sopravvivenza dell'individuo e la continuazione della specie. La società politica non è un fatto naturale, ma il prodotto artificiale di un calcolo interessato: la conseguenza della guerra di tutti contro tutti è che non c'è né giusto, né ingiusto, né mio né tuo ma solo la paura della morte che conduce gli uomini alla pace⁵.

Tradizionalmente i filosofi contrattualisti distinguono due momenti in questo processo costitutivo dello Stato: il *pactum societatis* ed il *pactum subiectionis*: con il primo i vari individui si mettono insieme e costituiscono una società, con il secondo affidano una porzione più o meno ampia del loro potere ad un soggetto terzo, il quale avrà il compito di risolvere le controversie tra di loro. Hobbes cancella questa distinzione ed individua un solo patto tra gli uomini, con il quale trasferiscono ad un terzo il diritto naturale assoluto che ognuno di loro possiede su ogni cosa: la volontà di questo terzo, estraneo al contratto e perciò non obbligato, si sostituirà alla volontà di tutti e li rappresenterà tutti. Il diritto, allora, diventa unicamente il diritto positivo: non ci sono altre leggi che quelle volute dal sovrano: la legge è la sola che decide del giusto e dell'ingiusto, ed essa stessa non può essere giusta o ingiusta, ma unicamente corretta o sbagliata, cioè non necessaria alle funzioni dello Stato. Il diritto non può che avere una fonte, lo Stato: non

⁵ Cfr. J.-J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico*, Bologna, 1998, pp. 73-75; W. REINHARD, *Il pensiero politico moderno*, Bologna, 2000, pp. 105-106.

vi è né diritto naturale né limiti estrinseci al potere dello Stato di legiferare⁶.

Locke, che, invece, parte dall'assunto di uno stato di natura in cui gli uomini non si trovano in una situazione di pericolo, ma di libera e pacifica convivenza, giunge alle stesse conclusioni (per l'aspetto che qui ci interessa): nello stato di natura l'assenza di tribunali imparziali, di leggi certe e rispettate da tutti avrebbe portato inevitabilmente ad uno stato di guerra tra gli uomini, se essi attraverso il loro libero consenso non avessero delegato i loro poteri ad un governo. *"Ciò che dà origine e attualmente costituisce una società politica non è nient'altro che il consenso di un gruppo di uomini liberi, capaci di una maggioranza, a riunirsi ed incorporarsi in una tale società"*⁷.

Per Rousseau il contratto sociale è la genesi dell'obbligo sociale: tutti gli uomini sono nati liberi ed eguali e solo attraverso una convenzione tra tutti i membri della società in cui ognuno contratta con se stesso può nascere il diritto. Il patto sociale è legittimo solo se in esso vi è un consenso unanime. Ogni individuo aliena totalmente (come in Hobbes) la propria libertà ed i propri diritti alla comunità, ponendosi così in una condizione di eguaglianza con gli altri uomini; egli acquista su ogni altro lo stesso diritto che cede su di sé: ognuno guadagna l'equivalente di ciò che perde. Nella concezione del filosofo ginevrino, così, ogni contraente è legato senza essere assoggettato ad alcuno, perché unendosi a tutti non obbedisce, in realtà, che a se stesso. Ogni cittadino è al contempo suddito e sovrano⁸.

Il contratto sociale sostituisce l'eguaglianza di fatto dello stato di natura con l'eguaglianza morale e legittima; l'eguaglianza dello stato di natura non è duratura: la naturale disuguaglianza dei talenti, accentuata dallo sviluppo e dall'aumento dei bisogni, produce una costante competizione. Lo stato di natura di Rousseau ha una sua 'storia': inizialmente simile a quello delineato da Locke, finisce per diventare una situazione di guerra di tutti contro tutti simile a quello pensato da Hobbes. L'uomo dopo il contratto sociale è trasformato nella sua natura: ha sostituito nella sua condotta la giustizia all'istinto e ha dato alle sue azioni la moralità che mancava in precedenza: mentre prima viveva

⁶ Cfr. J.-J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico, cit.*, p. 80; W. REINHARD, *Il pensiero politico moderno, cit.*, pp. 108-109.

⁷ Cfr. J.-J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico, cit.*, pp. 115-116; W. REINHARD, *Il pensiero politico moderno, cit.*, pp. 114-116.

⁸ Cfr. J.-J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico, cit.*, pp. 176-177; W. REINHARD, *Il pensiero politico moderno, cit.*, p. 136.

unicamente pensando a se stesso, ora agisce in base ad altri principi e domina con la ragione le sue inclinazioni.

Dal contratto sociale nasce per Rousseau la volontà generale, che è la volontà voluta dal popolo sovrano: essa non è la volontà di tutti o della maggioranza, ma un qualcosa di diverso dalle singole volontà individuali. Il popolo in quanto tale non può che avere una sola volontà, quella generale, mentre i singoli individui hanno due volontà, essendo contemporaneamente uomini individuali ed uomini sociali; la libertà è la facoltà individuale di far predominare sulla propria volontà particolare la propria volontà generale. Se si costringe un individuo o un gruppo, dominato dalla volontà particolare, all'obbedienza in realtà non si sta facendo violenza su di essi ma li si costringe ad essere liberi.

L'espressione della legge è la volontà generale: solo essa garantisce l'esistenza della giustizia e della libertà. Dal momento che esclusivamente il sovrano, che è il corpo del popolo, ha requisiti per fare le leggi, queste non possono essere ingiuste: il sovrano è ciascuno di noi e nessuno può essere ingiusto verso se stesso. Ma Rousseau è costretto ad ammettere che non sempre il popolo è in grado di volere il bene: la volontà generale è sempre giusta ma non sempre il popolo è in grado di vedere il bene. Da qui nasce per l'autore la necessità di una guida, che è il Legislatore: un individuo ispirato e quasi divino che dà al popolo, all'inizio le leggi essenziali, fonti di istituzioni durevoli⁹.

Queste visioni del diritto e dello Stato hanno avuto una notevole influenza nel pensiero successivo e sono alla base delle teorie che vogliono il diritto basato sull'autonomia. Secondo questa concezione *"le regole delle condotte non hanno la loro genesi nel volere degli autori delle condotte; sono poste dal singolo o da una convenzione raggiunta da una pluralità di singoli, secondo una libertà che, in ogni definita situazione, è legislatrice assoluta delle scelte e delle corrispondenti concretizzazioni. La giustizia diviene l'arbitraria disponibilità della valutazione delle condotte"*. L'autonomia afferma che *"la regola qualificativa delle condotte umane nasce con il volere stesso dell'autore"*

⁹ Cfr. J.-J. CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico, cit.*, pp. 180-188; G. DE RUGGERO, *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari, 1995, pp. 64-68; W. REINHARD, *Il pensiero politico moderno, cit.*, pp. 135-138. Questa breve disamina del pensiero dei tre filosofi non può far dimenticare, comunque, le profonde differenze tra di loro. Mentre Locke appartiene alla scuola del pensiero liberale, lo stesso non si può dire degli altri due autori: Hobbes ha una visione assolutistica dello Stato e del monarca che lo governa; Rousseau è stato accostato alle correnti democratiche o anche comunistiche e non ultimo vi è stato chi ha voluto vedere nel suo pensiero 'le origini del totalitarismo moderno'.

*delle condotte, è una regola posta dal singolo o da una convenzione che accomuna una pluralità di singoli*¹⁰.

In questa ottica l'uomo è ridotto a mero essere vivente. La critica di Romano a queste tesi emerge con chiarezza dalle pagine che dedica al commento della affermazione di Freud secondo la quale ogni uomo dal momento in cui lascia il corpo della madre avverte il bisogno di essere amati che non lo lascerà mai più. Secondo Romano questa espressione di Freud può essere interpretata in due maniere differenti: in una prima lettura questo bisogno di essere amati può essere inteso come bisogno di rimanere in vita, bisogno che appartiene indistintamente a tutti i viventi. In una diversa ottica, invece, questa affermazione può essere riferita all'attesa-aspettativa di intersoggettività universale ed incondizionata. La prima interpretazione appare propria della *"direzione delle leggi dei sistemi biologici, mentre la seconda apre la direzione del diritto, non riducibile nei sistemi biologici, perché sorge sull'opera creativa dell'istituire, formativa delle norme istituite, diverse dalle leggi trovate dei sistemi biologici"*¹¹.

L'uomo non coincide interamente con quello che fa: l'individuo *"esiste nella contemporaneità doppia"*¹². Questo distingue l'uomo dagli altri esseri viventi e differenzia la relazione tra due uomini da quella tra due animali: *"nei conflitti vitali non compare alcun desiderio di terzietà, non si mostra alcun elemento che possa comportare il dire no all'accrescimento della vita del singolo nel perseguire l'affermarsi oltre-biologico dell'aspettativa di una giustizia imparziale e disinteressata"*¹³.

Nei sistemi biologici e nelle teorie contrattualistiche non vi è libertà: l'uomo è predeterminato e quindi pre-giudicato davanti alla legge posta dal gruppo. La libertà, invece, secondo Romano *"è l'essere liberi dal trovarsi già determinati ad eseguire le urgenze del mondo. La libertà sorge con quella condizione dove si avverte uno stato di non determinazione [...] in modo ancora più iniziale la libertà ha quella dimensione esistenziale che mi si manifesta nel 'sentirmi presente a me stesso', nell'avere la consapevolezza che ne va della formazione della mia identità, costitutiva del mio io. È la 'mia' essendomi imputabile,*

¹⁰ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009, pp. 115-116 e 142.

¹¹ ID., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, pp. 33-34.

¹² ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 101.

¹³ ID., *Filosofia del diritto*, cit., p. 140.

ovvero risultando giuridicamente rilevante, perché scelta con atti consapevoli”¹⁴.

2. La critica al contrattualismo in Edith Stein

Edith Stein nel suo libro *Una ricerca sullo Stato* critica la teoria contrattualistica¹⁵. Il pensiero della Stein ruota attorno alla distinzione, già proposta dal sociologo tedesco Tönnies tra comunità e società¹⁶: le prime hanno un fondamento spirituale e sono caratterizzate dal fatto che “*gli individui vivono in senso rigoroso il loro stare gli uni con gli altri; nessuno è assorbito nel suo vissuto momentaneo e ciascuno condivide la propria vita con gli altri e si sente membro della comunità, la quale da parte sua è soggetto di una propria vita*”. Nelle società, invece, “*gli individui assumono reciprocamente il ruolo di oggetto, quindi sono oggetti e non soggetti che vivono com’unitariamente*”; le società quindi sono la “*variante razionale della comunità*”: mentre “*la comunità sorge*

¹⁴ ID., *Diritti dell’uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 235.

¹⁵ Stein nel suo lavoro non critica solamente le concezioni razionalistico - contrattualistiche, ma anche le tesi giuridiche di Jellinek. L’autrice se ne differenzia sia sul piano del metodo sia su quello del merito. Dal primo punto di vista Stein afferma che oggetto del suo interesse non sono né “*i fatti della vita dello Stato [...] e neppure le norme concretamente stabilite secondo le quali quei fatti devono essere concretamente orientati. Cerchiamo piuttosto di determinare quali momenti rintracciabili negli Stati realmente esistenti costituiscano lo Stato in quanto tale*”. Un esempio del secondo punto di vista può essere la definizione che dà Jellinek dello Stato (“*una moltitudine di uomini stanziati su una parte limitata della superficie terrestre, dotati del potere di esercitare un’autorità, per mezzo della quale sono vincolati*”): questa non la soddisfa, in quanto “*tutto ciò che contiene quella definizione di Stato è per noi problematico e necessita di essere provato*”. E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Roma, 1999, p. 104; Cfr. L. AVITABILE, *Per una fenomenologia del diritto nell’opera di Edith Stein*, Roma, 2006, p. 66.

¹⁶ Il sociologo tedesco sostiene che le volontà umane sono tra di loro in rapporti multipli che danno luogo ad azioni reciproche che a seconda che tendano alla conservazione o alla distruzione, risultano positive o negative. I rapporti positivi danno vita ai gruppi che in quanto esseri o oggetti che agiscono in maniera omogenea danno vita a delle associazioni. Le associazioni possono essere intese come vita reale ed organica ed è in questo caso l’essenza della comunità oppure come una rappresentazione virtuale e meccanica ed in questo caso il concetto di società.

da..., la società è fondata"¹⁷. Le società sono "associazioni fondate volontariamente, alle quali partecipano persone libere in virtù di un atto di volontà e dalle quali esse si dissociano allo stesso modo"¹⁸.

È consequenziale a questa distinzione che le teorie contrattualistiche vedono lo Stato basato sulla forma di associazione della società: in queste, infatti, si "ammette una formazione razionale dello Stato, una creazione attraverso un atto arbitrario"¹⁹. Sarebbe dominante, secondo questa concezione, "una chiara visione della costituzione e dello scopo dell'insieme e del proprio posto in esso"²⁰.

L'autrice, però, dimostra che lo Stato non ha a fondamento necessariamente una società, ma che la sua struttura ontica si fonda su una comunità, la comunità dello Stato: lo Stato "non si forma per mezzo di un atto di volontà degli individui, come una società". Riprendendo idee già proprie del pensiero greco, ed in particolare di Aristotele, si afferma, infatti, che lo Stato deve considerarsi un insieme di persone legate in comunanza di vita, per formare un tutto autosufficiente²¹. Nei casi di Stati nati sulla base di accordi diplomatici, infatti, questi possono essere considerati Stati "fin tanto che il potere si auto-costituisce e fin tanto che la loro pretesa di dominio è riconosciuta": "l'azione della società è solo preparatoria nei confronti della fondazione dello Stato e non coincide con esso. I fondamenti prestatali e non lo Stato stesso sarebbero, allora, di tipo sociale"; gli atti legislativi in questi casi creano rapporti che non hanno alcuna consistenza al di fuori di se stessi. Negli stati fondati comunitariamente le disposizioni legali, invece hanno la funzione di sanzionare rapporti che si generano autonomamente. "Esso si fonda sul suo proprio centro di gravità, tale centro è il fondamento sul quale si stabilisce la volontà legislativa e la fonte del potere che lo sostiene"²².

Per dimostrare la non necessità del consenso esplicito per la nascita dello Stato, Stein critica, pur non citandolo direttamente, Locke. Questo, infatti, aveva sostenuto che sebbene le comunità politiche nascessero più attraverso il dominio che attraverso il contratto, il dominio viene legittimato solamente attraverso il consenso: il vincitore di una guerra, infatti, non acquisisce pretese di dominio, ma solo il consenso dei sudditi

¹⁷ E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato, cit.*, p. 21.

¹⁸ *Ivi*, p. 104.

¹⁹ *Ivi*, p. 22.

²⁰ *Ivi*, p. 104.

²¹ *Ivi*, p. 24.

²² *Ivi*, p. 104.

gli permette di governare²³. L'autrice, invece, facendo proprio riferimento alla guerra di conquista sostiene che *"se un popolo conquistatore si unisce a quello conquistato, allora non si può e non bisogna davvero parlare di un contratto tra elementi eterogenei che si inquadrano nella nuova struttura statale. I vincitori, grazie alla loro superiorità, che può essere considerata come un semplice rapporto fra comunità, senza alcun atto formale di sottomissione da parte dei conquistati e senza una formale presa del potere, come sarebbe necessario per la fondazione di una società, assumono un ruolo di comando"*²⁴.

Il contrattualismo spiega la nascita dello Stato, come detto, sostenendo che gli uomini passano da una vita di isolamento e di non cooperazione ad una forma di vita associata perché spinti dalla paura o dalla volontà di migliorare la loro condizione di vita. Stein, invece, sostiene che è necessario insistere molto sul bisogno di aiuto reciproco dei cittadini per capire la genesi dello Stato. La comunità degli individui che vivono all'interno dello Stato è strutturata secondo il principio di divisione del lavoro: la necessità di creare delle strutture in grado di soddisfare i bisogni dei singoli attraverso delle organizzazioni differenziate è ciò che ha condotto alla fondazione dello Stato²⁵. Però, scrive Stein, *"con ciò non si vuole bollare lo Stato come una 'invenzione' che gli uomini hanno escogitato per porre rimedio alle carenze della loro natura. Esso sarebbe adatto come rimedio soltanto in forza di ciò che è in sé stesso"*²⁶.

Non solo la genesi, ma anche lo sviluppo dello Stato differisce a seconda della concezione cui si aderisce: secondo la teoria contrattualistica, infatti, *"gli Stati verrebbero all'esistenza in forza di un atto volontario; parimenti ogni cambiamento della loro struttura sarebbe il risultato di un atto volontario che si pone consapevolmente uno scopo ed è determinato puntualmente nel tempo"*²⁷. Se si ritiene, invece, che lo Stato non è il semplice prodotto di atti legislativi, ma che esso è legato alla struttura della comunità che lo precede, allora lo sviluppo dello Stato consiste nella formazione di istituzioni sociali. Queste sono il prodotto delle relazioni tra gli individui, nel senso che non sono imposte

²³ Cfr. W. REINHARD, *Il pensiero politico moderno*, cit., pp. 117-118.

²⁴ *Ivi*, pag. 22. Cfr. L. AVITABILE, *Fenomenologia giuridica e comunità nell'opera di Edith Stein*, in L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, p. 25.

²⁵ Cfr. E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, cit., p. 127.

²⁶ *Ivi*, p. 128.

²⁷ *Ivi*, p. 106.

loro dallo Stato, ma sono prese in considerazione da esso dopo la loro venuta in esistenza, legalizzandole o rivolgendosi contro di esse²⁸.

3. Stato ed individui

Stein indaga anche i rapporti tra l'individuo e lo Stato, tra individuo e comunità statale. Riprendendo nuovamente Aristotele, Stein individua la peculiarità della comunità statale nella *filia*, che definisce come coscienza della comunità. Si arriva così ad un momento fondamentale del pensiero dell'autrice secondo la quale *"tale struttura (quella dello Stato) esige solo un ambito di persone appartenenti alla entità statale e un rapporto determinato di queste persone con la totalità dello Stato [...] Non è muovendo dalla struttura dello Stato ma dalla struttura delle persone, intese in senso spirituale, che si comprende come una entità statale concreta si costituisca sulla base di una preesistente comunità e come, d'altra parte, racchiuda in comunità le persone raccolte al suo interno; e, inoltre, come questi rapporti comunitari siano necessari per garantire l'esistenza di uno Stato"*²⁹.

Sono le persone a rappresentare la possibilità costitutiva della struttura statale e consentono di procedere da un'idea di diritto ad una sua reale attuazione e realizzazione attraverso il diritto positivo. La concezione di persona della Stein risente del pensiero di Max Scheler: alla base del diritto e della comunità vi è il rapporto intersoggettivo, specificato dal riconoscimento degli altri nella loro qualità di persone. Essere persona non vuol dire essere unici ed irripetibili da soli, ma essere tali in un ambito di riconoscimento reciproco, attraverso l'empatia. Nella dimensione empatica il riconoscimento dell'altro investe la sua soggettività e la sua personalità. La persona non è tale in quanto singola persona, ma solo se in relazione con l'altro, emancipandosi così dalla sua condizione naturalistica e muovendo verso la ricerca di un senso da inscrivere nella propria esistenza³⁰.

Gli individui, non debbono essere presi in considerazione allo stesso modo all'interno della totalità dello Stato, ma si devono selezionare alcuni individui come sostenitori di esso; *"in loro è viva la coscienza di appartenenza, la dedizione alla totalità dello Stato e la responsabilità, cose che non sono conosciute dalla grande massa dei cittadini, e senza*

²⁸ Cfr. *ivi*, p. 108.

²⁹ *Ivi*, p. 33.

³⁰ Cfr. L. AVITABILE, *Fenomenologia giuridica e comunità nell'opera di Edith Stein*, cit., p. 41; B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., pp. 16-17.

*le quali l'esistenza stessa dello Stato è minacciata*³¹. In questi passi è più marcato il rifiuto dell'autrice dello Stato totalitario³², cioè di uno Stato che inglobi in modo hobbesiano tutta la vita di tutti gli individui che ne fanno parte e che pretenda di dirigerla per il soddisfacimento delle sue finalità: *"è caratteristico di alcune comunità il fatto che esse pretendano di inglobare l'individuo nella sua interezza, con tutta la sua esistenza personale e quindi di assorbirlo. Lo Stato non ha bisogno di fare ciò. Esso lascia ai suoi sostenitori il più ampio spazio per la loro vita individuale all'andamento della quale non si interessa"*³³. Il sostenitore deve vivere avendo come primo punto di riferimento lo Stato, anche quando si trova ad affrontare questioni che non riguardano la vita di esso.

Muovendo da queste considerazioni Stein passa ad analizzare le diverse forme di Stato e le loro degenerazioni, come delineate dal pensiero classico, in particolare Aristotele. Ai fini del presente lavoro è interessante sottolineare il passaggio in cui l'autrice discute del dispotismo, forma di Stato degenerata della monarchia: *"mentre la coscienza della comunità si concentra nel monarca, che tiene unito lo Stato, nel caso del dispotismo è rotto il legame comunitario fra sovrano e sudditi, l'uno considera gli altri come oggetti; si tratta, cioè, della situazione di maggior vicinanza che si possa immaginare ad un semplice rapporto tra i membri di una società [...]". La solidarietà nei confronti del sovrano può sempre legare i sudditi in una comunità, ma nel dispotismo non c'è una comunità statale, poiché non si raggiunge la forma dello Stato*³⁴.

Quanto ai rapporti tra lo Stato e coloro che non sono suoi sostenitori non è necessario che questi lo vivano come una realtà propria e che prendano posizione in modo positivo nei suoi confronti; è sufficiente, invece, che quando rivestono delle funzioni, queste siano funzioni dell'organismo statale³⁵.

Le tesi di Stein sulla persona intesa in senso spirituale trovano proficuo collegamento con il pensiero di Romano sull'uomo e sul soggetto di diritto. Ne sono un esempio le pagine che l'autore dedica al pensiero di Sartre: per quest'ultimo la coscienza è *"un centro funzionale di unificazione delle operazioni intenzionali, ma non un io, un chi capace*

³¹ E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato, cit.*, p. 43.

³² Cfr. L. AVITABILE, *Per una fenomenologia del diritto nell'opera di Edith Stein, cit.*, pag. 60.

³³ E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato, cit.*, p. 44.

³⁴ *Ivi*, p. 45.

³⁵ Cfr. *ivi*, p. 46.

di distanziarsi da tali operazioni essendone autore responsabile e quindi giuridicamente imputabile"³⁶.

In quest'ambito, però, non è possibile il diritto: *"lo spazio esistenziale dei diritti dell'uomo si apre con l'io, con l'atto consapevole del suo volere, che tratta le conoscenze e gli altri oggetti"*³⁷. L'io, infatti, *"non è il sé sinaptico, certo estraneo alle qualificazioni della soggettività giuridica e pertanto destinatario impossibile delle sentenze del terzo giudice"*³⁸. Il giudizio non riguarda l'organismo vivente uomo ma *"l'uomo si presenta davanti ad un giudice perché è un io e non un soggetto senza io"*³⁹.

4. Stato e sovranità. Il diritto puro

Le comunità, afferma Stein, si differenziano a seconda del modo in cui sono in rapporto con le altre comunità: si possono allora dare comunità di grado inferiore, che non presentano al loro interno altri tipi di articolazioni comunitarie, e queste sono la famiglia e i gruppi vincolati da legami di amicizia. Dall'altro lato c'è la comunità degli individui spirituali che le contiene tutte che non è subordinata ad alcuna.

La comunità statale è sulla linea che unisce queste due comunità: *"essa comprende le altre e a sua volta è compresa dalle altre. [...]Nel caso della comunità statale esiste un limite al condizionamento attraverso le altre comunità che non può essere superato, se deve essere mantenuto il carattere proprio dello Stato"*, questo limite è la sovranità. *"Lo Stato deve essere padrone di se stesso, le forme della vita dello Stato non debbono essere determinate da alcun potere esterno, sia esso rappresentato da una singola persona oppure da una comunità sovraordinata, coordinata o subordinata"*⁴⁰.

La caratteristica dello Stato è, dunque, la sua sovranità, cioè il fatto che gli individui rispettino e non trasgrediscano le regole di condotta che esso pone, ma non per questo lo Stato è tenuto insieme da misure coercitive: lo Stato si basa sul consenso dei cittadini. Questo è per Stein il nucleo di validità del contrattualismo: il fatto che *"ogni atto libero di una comunità o di una entità comune necessita della sanzione di tutti*

³⁶ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre, cit.*, p. 191.

³⁷ *Ivi*, p. 202.

³⁸ ID., *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli, cit.*, p. 177.

³⁹ ID., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre, cit.*, p. 90.

⁴⁰ E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato, cit.*, pp. 23-25.

quelli che ne fanno parte, in qualsiasi forma essa si configuri". Il contrattualismo è invece "da rifiutarsi nella parte in cui ritiene che lo Stato debba la sua origine ad un contratto. È da rifiutarsi in quanto insegna che gli individui, riconoscendo lo Stato, si privano di un diritto che posseggono fuori dello Stato – proveniente dalla natura – e che esso esiste in forza di questa privazione compiuta dagli individui. Non esiste infatti nessun diritto naturale. Il diritto puro sussiste indipendentemente da tutti gli individui e dalla loro organizzazione. Il diritto vigente può consentire agli individui o alle associazioni di possedere 'diritti' senza che gli uni siano più originari degli altri"⁴¹.

In questo lungo brano possiamo rintracciare alcune delle idee chiave del pensiero di Edith Stein sul diritto e sullo Stato. Innanzitutto è facilmente percepibile in questo passo il rifiuto del giusnaturalismo da parte dell'autrice. Questo, infatti, sostiene che gli individui sono dotati di alcuni diritti innati di cui non possono essere spogliati entrando nello stato di società. Esso ha introdotto la dottrina dei diritti dell'uomo e del cittadino, che si sono fatti valere contro lo Stato e che ne limitano la sua sfera di influenza. Una tale teoria, dice l'autrice, è sbagliata e può arrecare dei danni alla stessa esistenza dello Stato: infatti, "se di fronte agli Stati si lasciano valere i diritti degli individui, ciò equivale a contestare la sovranità e appena si cerca di imporre il riconoscimento di quei diritti, si lavora al dissolvimento dello Stato". I diritti sono compatibili con la sovranità dello Stato solo se è lo Stato che li incorpora nel suo diritto e si autolimita in suo favore⁴².

Si deve, poi, sottolineare che il diritto puro per Stein non è il diritto naturale come avviene nella speculazione filosofica a partire da quella greco-romana per arrivare fino a quella illuministica. Il diritto puro è un insieme di "stati di cose riguardanti il diritto che sono indipendenti da ogni arbitrio e indipendenti dal fatto che siano riconosciuti o meno da qualsiasi diritto vigente, pure relazioni di diritto"⁴³; queste relazioni hanno la loro struttura nella promessa. L'atto della promessa è un atto sociale, esso viene concepito ed esternato dai soggetti della parola⁴⁴.

Sono evidenti in questa concezione del diritto puro gli influssi del maestro dell'autrice, Husserl. Il fondamento del pensiero di questo autore è la contrapposizione tra l'esperienza naturale e quella

⁴¹ *Ivi*, pp. 57-58.

⁴² Cfr. G. CARCATERA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli di giustificazione*, Torino, 2007, p. 79; E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, cit., p. 132.

⁴³ E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, cit., p. 48.

⁴⁴ Cfr. B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 87.

fenomenologica; nella prima rimane sempre il dubbio che l'esperito non sia e quindi nella costruzione di un sapere scientifico è da rigettare tutto quello che è naturale. La ricerca della purezza del conoscere si compie così eliminando tutte le dimensioni umane dell'esperienza naturale, non riducibili ad un conoscere puro: si delinea in questo modo il metodo della riduzione fenomenologica, che mette tra parentesi in via di principio tutte le appercezioni psicologiche naturali e le realtà che esse pongono. Solo in questo modo si acquisisce un sicuro possesso della sfera infinita della coscienza pura e di tutte le sue strutture⁴⁵.

Influisce su questa concezione anche il pensiero di Reinach, il quale descrive il nucleo di senso del diritto nella dimensione dell'*a priori*, non disponibile da parte degli uomini senza la quale il diritto non si manifesterebbe. Tale *a priori* è descrivibile come una forma, senza la quale il diritto non sarebbe esprimibile, non aperta ad ogni contenuto, ma che si impone sul fatto che accade tra gli uomini⁴⁶.

Dall'altra parte vi è il diritto positivo che coincide con il diritto vigente. Lo *jus positum* si forma o entra in vigore attraverso atti arbitrari e può avere molteplici espressioni. Mentre, però, il diritto puro e il diritto positivo possono avere dei contenuti differenti, la forma del diritto, cioè la struttura *a priori*, è comune sia al diritto puro che a quello positivo. Ogni diritto pretende di dare delle norme a dei soggetti, e la validità del diritto individua la circostanza che questa pretesa è stata riconosciuta. Per realizzare il diritto, perché possa essere diritto vigente è necessario che la pretesa del diritto sia soddisfatta, ma questo può accadere solo se c'è una persona (legislatore) che renda vigente il diritto e una serie di persone cui è rivolto e per mezzo delle quali il diritto entra in vigore⁴⁷.

Le disposizioni del diritto positivo sono atti liberi o volontari. L'atto libero è un atto compiuto spontaneamente dall'io, deve la sua esistenza all'io stesso ma non si manifesta e cresce in esso: è indipendente dall'io. L'io è un centro in cui convergono le onde della vita psichica che provengono dall'esterno; esso le elabora e compie degli atti che si dirigono a loro volta nel mondo circostante. L'atto spontaneo è "un libero agire spirituale, e il soggetto di questo agire una persona".

Caratteristica degli atti liberi è quella di basarsi su vissuti di altra natura, soprattutto su prese di posizione. Questo avviene, ad esempio, quando un legislatore fa valere come disposizione legale ciò che è

⁴⁵ Cfr. ID., *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, pp. 59-60.

⁴⁶ Cfr. G. BARTOLI, *La forma del diritto. Un percorso fenomenologico: Reinach e Binswanger, con riferimento alla teoria estetica di Pareyson*, in L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto, cit.*, p. 64.

⁴⁷ Cfr. E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato, cit.*, p. 49.

proprio del diritto puro. Ma il legislatore è libero anche di impegnarsi per qualche cosa che non è in se stesso valido, ma che è sentito come significativo⁴⁸.

Lo Stato, però, è un soggetto collettivo, una comunità; in un tipo di forma di Stato diversa dalla monarchia assoluta lo Stato come unità "è possibile solo se c'è un compimento comunitario di atti liberi, se un insieme di persone può essere il soggetto di tali atti". Stein risolve questo problema con la figura dell'organo dello Stato: ad esso spetta la funzione rappresentativa, cioè di rappresentare l'intero Stato. "Lo Stato, afferma dunque l'autrice, non né una singola persona né un'unione di persone e la sua formazione non dipende dall'associazione di alcune persone. La fondazione dello Stato è un atto che ha senso solo come atto dello Stato. E propriamente può essere compiuta solo se una persona o un organo si presta ad essere un organo dello Stato; infatti rimane fermo che gli atti possono essere compiuti solo da persone o da associazioni di persone". Negli Stati non assoluti questo organo statale è l'organo collettivo che prende decisioni in modo comunitario, non per sé ma per l'intero Stato. La fondazione dello Stato è un atto dello Stato e quindi è un atto giuridico. Come tutti gli atti giuridici esso si sostanzia in una pretesa giuridica che necessita del riconoscimento da parte di coloro cui è rivolta perché sia legalizzata. In questo riconoscimento si esprime il *placet* dei rappresentati e soddisfa la pretesa di tali atti di essere compiuti come se lo fossero da tutta la comunità e di essere considerati vincolanti⁴⁹.

5. Conclusioni

Giustizia e legalità hanno sempre interessato il pensiero filosofico e giuridico. Prima ancora della domanda 'a che cosa ubbidire?' è fondamentale la domanda 'perché ubbidire?'. Il contrattualismo è stata una corrente filosofica che ha cercato di rispondere a questa questione individuando nel consenso di tutti gli individui la risposta.

La risposta però non è sufficiente a garantire un diritto giusto: "la giustizia è irriducibile al formalismo della legalità, che può appartenere ad ogni uso strumentale del diritto positivo"⁵⁰. In questo consiste la differenza nomologica, cioè il fatto che "nessuna concezione del diritto può pretendere di enunciare e garantire la pienezza dei diritti dell'uomo che, analogamente all'io di ogni singolo permangono sempre in

⁴⁸ Cfr. E. STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, cit., pp. 51-52.

⁴⁹ *Ivi*, pp. 54-56.

⁵⁰ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 58.

formazione [...]. La somma di tutte le norme non è il diritto [...]. Permane sempre una differenza tra il dicibile (norme/diritti fondamentali) e l'indicibile (diritto/diritti dell'uomo)"⁵¹.

Compito del giurista è dunque trovare la giustizia nella legalità, superare il formalismo delle norme indifferenti alla verità=qualità delle relazioni umane. *"Quello che è giusto e quel che è ingiusto misurano i contenuti della legalità e sono misurati a loro volta dalla verità=qualità delle relazioni tra gli uomini, orientate dalla scelta del singolo che qualifica la direzione esistenziale del suo relazionarsi con gli altri"⁵².* L'esempio classico di questo contrasto tra forma e sostanza, tra legalità e giustizia è il processo di Socrate descritto dall'*Apologia di Socrate* di Platone. Socrate è l'uomo che si trova davanti ad un giudizio ingiusto, non perché non corrispondente alla legalità delle leggi, ma perché non lo incontra nelle sue vere intenzioni⁵³.

La giustizia non dipende come si deduce dalle teorie contrattualistiche dalla volontà dei più: più forti, più numerosi o più ricchi che siano. La natura contro-fattuale del diritto consente di affermare che esso non coincide con le regole contingenti ma che esso si radica nell'ortonomia.

Questa è *"quella genesi delle regole che non si lascia descrivere né nel porle arbitrariamente (autonomia), né con il subirle con impotenza (eteronomia). La giustizia qui nomina un modello di relazioni personali qualificate dal reciproco incondizionato riconoscimento di ogni essere umano in quanto essere umano, senza discriminazioni poste dalle diverse modalità delle forze vincenti"*.

Il diritto e la giustizia che lo qualifica nella nozione di diritto giusto non nascono né da una convenzione, né da una decisione imposta da un soggetto terzo, ma nascono dalla e per la relazione dialogica dell'Io che parla: le regole giuridiche ortome *"vengono istituite secondo ortonomia perché ricercano la verità intesa come qualità delle relazioni inter-personali"*⁵⁴.

Il diritto ha, dunque, natura controfattuale⁵⁵: *"la dimensione della controfattualità, custodita dalla pretesa giuridica, libera dall'essere assoggettati all'accadere della fattualità vincente, mancante di qualsiasi*

⁵¹ ID., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 17.

⁵² *Ivi*, p. 115.

⁵³ Cfr. ID., *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, cit., p. 97 ss.

⁵⁴ ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 116.

⁵⁵ Cfr. ID., *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, Torino, 2009, p. 119 ss.

attenzione selettiva rispetto alla qualità delle relazioni tra gli uomini"⁵⁶. In questa stessa ottica può essere visto il pensiero di Cicerone, il quale sosteneva che nella stessa interpretazione del nome legge fosse insita la sostanza ed il concetto della scelta del giusto e del vero.

Nel mondo della politica sono attive le *forze* politiche, i partiti, i gruppi di pressione, le *lobbies*: in questo contesto il diritto si riduce a mera legalità, la norma giuridica non ha più come punto di riferimento il singolo io nella sua relazione empatica con il tu, ma unicamente il funzionamento del sistema politico e di quello economico.

Un diritto ridotto a mera legalità consente la legittimazione di ogni ordine, di ogni comando, l'accettazione di ogni principio, anche del *Führerprinzip*, come dovette provare anche Edith Stein, quando nell'estate del 1942 fu trasportata nel campo di concentramento di Auschwitz dove trovò la morte il 9 agosto 1942.

⁵⁶ Id., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 137.