

*«Uscendo dal movimento analitico, [...] la filosofia del diritto appare un lago inquieto senza limpidezza, in cui affiorano e sprofondano metafisiche diverse [...] I percorsi filosofici passano attraverso professioni sublimi, dimostrazioni dai vizi logici segreti, intuizioni non controllabili, argomentazioni capziose, effusioni di sentimenti, linguaggi suggestivi ed oscuri»*

Uberto Scarpelli

*«La teoria generale del diritto sarebbe colpevole di aver distaccato il diritto dalla vita, di averlo congelato per non lasciarlo corrompere dalle tempeste della storia, e quindi di favorire la conservazione sociale.*

*Non è vero niente [...]*

*La teoria generale del diritto offre a chi se ne sappia avvalere strumenti concettuali utili per comprendere tanto il diritto che sta fermo quanto quello che si muove, tanto il diritto passato quanto quello futuro. Non offre nulla soltanto a coloro la cui rivolta contro l'obiettività della scienza è diventata un pretesto per dare un'assoluzione plenaria alle forme anche più sfrontate di pensiero tendenzioso. Anzi, ritengo non vi sia esercizio più salutare dell'analisi concettuale per rimuovere tante macerie ideologiche che continuano a ingombrare il cammino della ricerca, per far fare un po' di penitenza agli impazienti, per mettere con le spalle al muro gli astrusi, e, last but not least, per demistificare i demistificatori»*

Norberto Bobbio

## Premessa

Cultori eminenti della materia – Norberto Bobbio, Guido Fassò, Herbert Hart, Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos S. Nino – hanno ritenuto insensata la pretesa di fornire una determinazione esatta della filosofia del diritto (della sua “vera” natura, del suo “vero” oggetto, del suo “vero” metodo, ecc.), suggerendo che occorra invece prendere atto della compresenza, nella “filosofia del diritto” latamente intesa, di una pluralità di indirizzi di ricerca eterogenei.

Uno di questi indirizzi si caratterizza per la riflessione filosofica sul diritto positivo. È la “filosofia del diritto positivo”, o “teoria generale del diritto”, o anche, più semplicemente, “teoria del diritto”. Il suo compito statutario precipuo consiste nell’indagare il fenomeno sociale del diritto – i c.d. sistemi o ordinamenti giuridici positivi – al fine di costruire reti di concetti (tra cui i concetti di “diritto”, “ordinamento giuridico”, “sistema giuridico”, “norma giuridica”, “diritto soggettivo”, “obbligo giuridico”, “validità”, “efficacia”, “sanzione”, “interpretazione”, “applicazione di diritto”, “creazione di diritto”, “lacuna”, “antinomia”, “stato”, “sovranità”, ecc.), elaborare tipologie di oggetti (distinguendo ad esempio tra norme imperative, norme permissive, norme di competenza, ecc.), e formulare tesi esplicative, il cui valore consista nell’essere utili a (meglio) comprendere le esperienze giuridiche e a (meglio) operare in esse, in qualità di giuristi, avvocati, notai, consulenti legali, pubblici funzionari, giudici, legislatori.

Il presente lavoro – originato da un ciclo di lezioni, con tutti i limiti del genere letterario (e altri ancora, di cui il lettore si darà agevolmente conto da sé) – può essere letto in una triplice chiave.

In primo luogo, come risultato, parziale e provvisorio, di una ricerca (para)storiografica sulla filosofia analitica del diritto positivo, della quale intende mettere in luce il carattere di indirizzo informato a una precisa linea di politica culturale: l’utopia – la realistica utopia, per usare una felice espressione di John Rawls – del dominio della ragione analitica sul pensiero giuridico e, di conseguenza, sulla creazione e applicazione del diritto.

In secondo luogo, come frammento di un’introduzione filosofica allo studio del diritto, nel quale le posizioni degli autori del passato sono ac-

costate a quelle di autori contemporanei, in un dialogo ideale su problemi comuni, teorici e metodologici<sup>1</sup>.

In terzo luogo, come narrazione di alcune pagine esemplari nella storia della cultura giuridica occidentale, tra la seconda metà del seicento e la seconda metà del novecento; pagine nelle quali si ripercorrono le gesta intellettuali di alcuni padri della repubblica gius-filosofica (Hobbes, Bentham, Austin, Savigny, Jhering, Kelsen), e dalle quali è possibile trarre motivi per riflettere sul diritto e interrogarsi sugli atteggiamenti e i ruoli da assumere rispetto ad esso – come è opportuno che faccia, da subito, chiunque intraprenda gli studi giuridici.

Si compone di sei capitoli.

Il capitolo I (“Albori dell’utopia analitica: Jeremy Bentham”) è dedicato al fondatore della filosofia analitica del diritto; al primo, radicale, utopista della ragione analitica: Jeremy Bentham. In esso, mi propongo di dare un’idea della ricchezza e profondità del pensiero giuridico benthamiano, meritevole di attenzione ancora oggi non soltanto per ragioni di storiografia filosofica ma altresì per quanti, qui e ora, non intendano rinunciare al bene della razionalità nelle vicende giuspolitiche (consapevoli che «spenta ogni lampada/la sardana si farà infernale»).

I capitoli II (“Imperativismi ottocenteschi: John Austin e l’*analytical jurisprudence*”) e III (“Imperativismi ottocenteschi: Savigny, Jhering, Thon e l’*allgemeine Rechtslehre*”) sono dedicati, come indicano i titoli, ad alcune teorie ottocentesche che rispecchiano due concezioni della filosofia del diritto positivo, dominanti nella cultura giuridica occidentale ben oltre i confini del secolo XIX: da un lato, la *general, o analytical, jurisprudence*, che ebbe in John Austin il suo più illustre esponente; dall’altro, la *allgemeine Rechtslehre*, rappresentata da Adolf Merkel, August Thon e, *avant la lettre*, Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Jhering.

Il capitolo IV (“Cognitivismi interpretativi: da Pufendorf a Windscheid”) è dedicato all’interpretazione giuridica. Risale alle origini seicentesche del cognitivismo (“formalismo”) interpretativo, documentate in modo paradigmatico da alcune pagine di Samuel Pufendorf e di Gottfried Wilhelm Leibniz, e di lì ridiscende verso il secolo XX, passando per la Scuola del-

---

<sup>1</sup> «Gli storici di mestiere – scrive Uberto Scarpelli (nella “Prefazione” a U. Scarpelli, C. Luzzati, *Compendio di filosofia del diritto*, p. XI) – vedono un autore nel contesto del suo tempo, ne studiano la formazione, le relazioni, gli orientamenti di fondo, le influenze, le fortune; un analitico entra nelle articolazioni del discorso, distingue nel sistema ed apprezza le singole soluzioni di specifici problemi, nella catena degli scrittori coglie la catena dei problemi e delle loro trasformazioni sino ai problemi attuali».

l'esegesi e le idee su interpretazione e metodo giuridico di Savigny, Jhering, e Windscheid. Si propone così di offrire una panoramica pressoché esaustiva delle “teorie” in tema d'interpretazione giuridica che precedono, e preparano, la “rivolta” antiformalistica che caratterizza buona parte della riflessione novecentesca. Di cui, come vedremo al capitolo V, Kelsen è esponente paradigmatico.

Il capitolo V (“L'utopia nel novecento: Kelsen e la teoria pura del diritto”) e il capitolo VI (“Il realismo radicale della teoria pura del diritto”) sono dedicati, infine, al più illustre erede novecentesco della *analytical jurisprudence* e della *allgemeine Rechtslehre*: Hans Kelsen, propugnatore, per quasi sessant'anni, di una teoria “pura” del diritto.

Alcune considerazioni sul ruolo della filosofia analitica del diritto nella formazione del giurista nell'età presente sono formulate a modo di conclusione provvisoria, stante il progetto, tuttora da me perseguito, di far seguire a questo primo volume un secondo, che narrerà dell'utopia della ragione analitica, con qualche opportuna digressione, dalla “svolta linguistica”, negli anni cinquanta del secolo XX, al costituzionalismo contemporaneo.

Il presente volume costituisce una versione interamente riveduta de *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, apparso nel 2009. Ho aggiunto, inoltre, un nuovo capitolo, dedicato alla teoria pura di Hans Kelsen, che integra l'esposizione contenuta nel capitolo V, a sua volta modificato in più parti. Tutto ciò con un duplice proposito: facilitare la comprensione di contenuti non di rado complessi, rendendo il più possibile piacevole il viaggio nel tempo delle lettrici e dei lettori. Naturalmente non m'illudo d'esservi riuscito. Del resto, *habent sua fata libella*.

## I.

### Albori dell'utopia analitica: Jeremy Bentham

*«Una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può essere bella, ma che, ahimé!, non ha cervello»*

Immanuel Kant

*«La giurisprudenza espositiva, l'arte di trovare delle idee chiare da riconnettere alle parole di colui le cui idee non erano chiare»*

Jeremy Bentham

SOMMARIO: 1. Avvertenza. – 2. Due modelli di filosofia del diritto positivo. – 3. Hobbes e lo studio delle “leggi civili in generale”. – 4. Bentham e la filosofia del diritto: considerazioni preliminari. – 5. La mappa benthamiana del sapere giuridico. – 5.1. Giurisprudenza espositiva, giurisprudenza censoria. – 5.2. Giurisprudenza autoritativa, giurisprudenza non-autoritativa. – 5.3. Giurisprudenza locale, giurisprudenza universale. – 5.4. Una mappa innovativa. – 6. Due esercizi di demistificazione. – 6.1. Primo esercizio: il mito del *Common Law*. – 6.2. Secondo esercizio: la natura degli obblighi giuridici. – 7. Il metodo analitico benthamiano: istruzioni per aspiranti demistificatori. – 7.1. Come mistificare il diritto. – 7.2. Come demistificare il diritto. – 8. Varietà di imperativismi. – 9. Codificazione del diritto, scienza della legislazione, teoria delle norme giuridiche. – 10. Il concetto benthamiano di norma giuridica: considerazioni introduttive. – 11. Quattro tesi fondamentali. – 11.1. Una proposta terminologica. – 11.2. L'ineludibile teoreticità della nozione di norma giuridica. – 11.3. Atti legislativi, norme, idee di norme. – 11.4. Bentham e la concezione espressiva delle norme. – 11.5. Preminenza teorica del concetto di norma giuridica. – 12. Soggetti, oggetti, struttura, destinatari, generalità delle norme giuridiche. – 12.1. Destinatari (“parti interessate”). – 12.2. Norme giuridiche *in populum*, norme giuridiche *in principem*. – 12.3. Norme generali, norme particolari. – 13. La fonte delle norme giuridiche. – 13.1. La nozione di sovrano. – 13.2. Norme concepite, norme adottate (norme sovrane, norme subordinate). – 14. Norme imperative, norme non-imperative. – 15. La “logica del volere”: frammenti di logica deontica benthamiana. – 16. Dinamica delle norme: norme originarie, norme sopravvenute. – 16.1. La legge universale di libertà. – 16.2. Aspetti della nomodinamica benthamiana. – 17. Una teoria delle norme permissive. – 17.1. Rilevanza normativa delle norme permissive. – 17.2. Rapporti tra norme permissive e norme imperative. – 17.3. Riducibilità delle norme permissive a norme imperative? – 17.4. Ancil-

larità delle norme permissive. – 17.5. Parassitarietà delle norme permissive. – 17.6. Rilevanza teorica delle norme permissive. – 18. Norme principali, sussidiarie, rimedi, processuali. – 19. Norme consuetudinarie, di diritto tradizionale, di diritto scritto. – 20. Norme complete, norme incomplete. Frammenti di ermeneutica benthamiana. – 21. Note finali sull'imperativismo benthamiano. – 21.1. Elementi costitutivi del diritto. – 21.2. Destinatari delle norme giuridiche. – 21.3. Struttura delle norme giuridiche. – 21.4. Relazioni tra norme giuridiche.

## 1. *Avvertenza*

La “filosofia del diritto positivo” è ciò che, nella cultura giuridica occidentale, hanno fatto e fanno gli studiosi, per lo più accademici, i quali, per designare il loro lavoro e i suoi prodotti letterari, abbiano usato o usato tale denominazione, oppure denominazioni considerate sinonime, nella lingua italiana o in altre lingue, quali, “jurisprudence”, “legal philosophy”, “legal theory”, “Rechtstheorie”, “teoría del derecho”, “teoría del diritto”, “théorie du droit”, “allgemeine Rechtstheorie”, “allgemeine Rechtslehre”, “general theory of law”, “teoría general del derecho”, “teoría generale del diritto”, “teoría del diritto”, ecc.

Per chi non creda nell'esistenza di profili disciplinari iscritti nella natura delle cose, un *incipit* come questo costituisce una mossa obbligata. A qualcuno ciò potrà sembrare un pessimo inizio. A me sembra invece un salutare invito a guardare a un fenomeno culturale secolare e complesso, e a darne conto, in modo spassionato, senza lasciarsi sopraffare dai propri preconcetti.

## 2. *Due modelli di filosofia del diritto positivo*

La filosofia del diritto positivo non interessa esclusivamente il secolo iniziato da oramai tre lustri, né quello precedente. In quanto settore di ricerche e di produzione letteraria statutariamente distinto da altri settori, nell'ambito della filosofia del diritto latamente intesa e delle c.d. scienze giuridiche, le sue origini possono infatti farsi risalire a due modelli disciplinari ottocenteschi<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., p.e., M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, pp. 114 ss., 133 ss., nonché le pp. 107 ss. in cui si attribuisce a Bentham «l'invenzione della *jurisprudence*»; P. Cappellini, *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, pp. 162-181; A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, pp. 3 ss.; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, pp. 30 ss., 183 ss.; V. Frosini, *Teoria generale del diritto*, in

Il *primo modello* è costituito dalla “general jurisprudence” (“giurisprudenza generale”), sovente anche denominata “analytical jurisprudence” (“giurisprudenza analitica”), e ha origine nella cultura giuridica inglese<sup>2</sup>.

Il *secondo modello* è costituito dalla “allgemeine Rechtslehre” (“teoria generale del diritto”, “dottrina generale del diritto”), e ha origine nella cultura giuridica germanica.

Tra il modello inglese e il modello germanico di filosofia del diritto, se considerati in prospettiva diacronica, si registrano singolari intrecci.

In primo luogo, il modello inglese, nella configurazione offertane dal suo fondatore putativo, John Austin, combina l’ideologia riformista favorevole alla codificazione del diritto, l’epistemologia empiristica, e il metodo analitico di Jeremy Bentham con oggetti e finalità (definitorie, classificatorie e sistematiche) usuali della “parte generale” della pandettistica tedesca – la dogmatica romanistica che Austin aveva studiato «on the spot» (l’espressione è di sua moglie, Sarah Taylor Austin), soggiornando a Heidelberg e a Bonn negli anni 1827-1828, e per la quale aveva maturato una profonda ammirazione<sup>3</sup>.

In secondo luogo, nella seconda metà del secolo XIX, la stessa “parte generale” della pandettistica costituì il punto di partenza per l’elaborazione del modello germanico di filosofia del diritto positivo, all’interno della disciplina accademica, e del genere letterario, della c.d. enciclopedia giuridica<sup>4</sup>.

In terzo luogo, nella configurazione difesa da Hans Kelsen (e da numerosi altri sulle sue orme) nel corso del novecento, il modello germani-

---

*Novissimo Digesto Italiano*, pp. 5-7; R. Guastini, *Diritto (Filosofia e teoria generale del)*, pp. 77 ss.; R. Guastini, *Teoria generale del diritto*, pp. 315-321; M. Jori, *Teoria generale del diritto*, pp. 349-355; A. Negri, *Teoria generale del diritto*, pp. 398-403, dedicata esclusivamente al modello germanico e alle sue revisioni continentali; E. Paresce, *Teoria generale e diritto naturale*, pp. 487 ss., 508 ss. Sullo statuto attuale della teoria del diritto, cfr., p.e.: AA.VV., *Un dibattito meta-teorico sulla teoria del diritto*, con contributi di P. Comanducci, L. Ferrajoli, R. Guastini, M. Jori, J. Raz, R. Alexy, E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del derecho*.

<sup>2</sup> I vocaboli “jurisprudence” e “giurisprudenza” sono qui il calco, nelle lingue inglese e italiana, del latino “iuris prudentia”, nel senso generico di “scientia iuris”.

<sup>3</sup> «Per diritto delle pandette – scrive B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I ed., 1886, tr. it., *Diritto delle Pandette*, p. 1 – si intende il diritto privato comune tedesco d’origine romana», fondato sul *Digesto* di Giustiniano e sulla elaborazione dottrinale dai Glossatori in poi.

<sup>4</sup> Cfr., p.e., A. Merkel, *Juristische Enzyklopädie*; B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*; sui rapporti tra teoria del diritto ed enciclopedia giuridica, cfr., p.e., P. Cappellini, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, pp. 329 ss.

co – di una filosofia del diritto come astratta e “generale” riflessione sul diritto positivo – viene ad assumere i connotati epistemologici<sup>5</sup> e metodologici<sup>6</sup> del modello inglese: al punto che lo stesso Kelsen, in un saggio del 1941, presenta la sua teoria del diritto – “la dottrina pura del diritto” – come erede e continuatrice della tradizione austiniana<sup>7</sup>.

Nel secondo dopoguerra, la tradizione austiniana trasse nuovo vigore, in Inghilterra e sul Continente, dal connubio con la filosofia analitica, negli indirizzi del neopositivismo logico e della filosofia del linguaggio ordinario oxo-cantabrigense (la c.d. “Oxford-Cambridge Philosophy”)<sup>8</sup>. Dimodoché, a una superficiale ricognizione storiografica, il modello di filosofia del diritto positivo che prevale nella cultura giuridica del secondo novecento risulta essere il modello inglese (austiniano), nelle rivisitazioni kelseniana e filosofico-analitiche.

Un dato accomuna il modello originario austiniano e quelli novecenteschi di Kelsen e dei filosofi (neo)analitici del diritto. Si tratta dell’adesione ai valori della razionalità, dell’empirismo, del rigore metodologico, della precisione terminologica, della chiarezza concettuale, dell’avalutatività e, non ultimo, dell’onestà intellettuale. Dimodoché tali modelli si possono considerare il riflesso di uno stesso anelito: il frutto di una stessa utopia della ragione nel diritto. Non si tratta però, si badi, della Ragione divinizzata, abitatrice di un empireo da cui dispensa coccarde e feluche ai suoi idolatri; né della ragione (“sostanziale”) capace di scoprire mondi al di là dell’esperienza. Si tratta, invece, di una ragione prudente e terrena, amante delle distinzioni e del dettaglio, che antepone la scomposizione meticolosa dei problemi e l’articolazione delle soluzioni alle sintesi, specie se grandiose, ed è, per tutti questi aspetti, una ragione analitica.

In forza di ciò, per considerazioni di affinità intellettuale, se non di stretta storiografia culturale, la filosofia del diritto positivo – nel modello inglese ottocentesco e nel modello kelseniano-analitico novecentesco – appare un portato dell’illuminismo. E invero, dietro ai profili degli scolarchi – Austin, Kelsen, Ross, Hart e, per quanto concerne la cultura giuridica italiana, Bobbio, Scarpelli, e Tarello – si può scorgere l’ombra

---

<sup>5</sup> In particolare: l’empirismo, la grande divisione tra “essere” e “dovere” e la conseguente, rigorosa, separazione tra conoscenza del diritto e politica del diritto (cfr. capp. II e V).

<sup>6</sup> In particolare: l’analisi concettuale e la dimensione comparatistica dell’indagine (cfr. capp. II e V).

<sup>7</sup> H. Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, pp. 44-70.

<sup>8</sup> Sulle vicende della filosofia analitica, cfr., p.e., F. D’Agostini, *Che cosa è la filosofia analitica?*, pp. 25 ss.; sui rapporti tra filosofia analitica e teoria del diritto contemporanea, cfr. V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*.



possente di un pensatore, che dei lumi fu paladino infaticabile: Jeremy Bentham<sup>9</sup>. Nel ripercorrere – sia pure per sommi capi, e in modo rapsodico – la storia della filosofia del diritto positivo d'indirizzo analitico, occorre pertanto partire da questo pensatore geniale – premessa una rapida digressione sul pensiero giuridico di Thomas Hobbes.

### 3. *Hobbes e lo studio delle “leggi civili in generale”*

In un passo del *Leviathan* [1651] – che John Austin, poco meno di due secoli dopo, citerà come precedente autorevole<sup>10</sup> – Thomas Hobbes [1588-1679] distingue due modi radicalmente diversi di conoscere il diritto positivo: da un lato, il modo *specialistico*, o “particolare”, proprio dei giuristi; dall'altro, il modo *non specialistico*, o “generale”, proprio di qualunque individuo, con ciò contestando la pretesa dei giuristi («the students of the common laws of England») di essere gli unici depositari della (vera) sapienza giuridica.

«(L)a conoscenza di particolari leggi – scrive Hobbes – appartiene a coloro che professano lo studio delle leggi dei loro rispettivi paesi; ma la conoscenza delle leggi civili (*civil laws*) in generale [appartiene, ndr] a ogni uomo [...] il mio proposito consiste nel mostrare, non quale sia il diritto in questo luogo o in quello, ma che cosa sia il diritto»<sup>11</sup>.

In esecuzione di un tale proposito, nel volgere di poche, dense, pagine,

---

<sup>9</sup> Cfr., p.e., M.A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, pp. 123 ss.; H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*; J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*; G.J. Postema, *The Expositor, the Censor, and the Common Law*; P. Schofield, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*; J.J. Moreso, *La teoria del derecho de Bentham*, pp. 37 ss.; W. Twining, *General and Particular Jurisprudence – Three Chapters in a Story*, in S. Guest (ed.), *Positivism Today*, pp. 120 ss.; G. Tousseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*.

<sup>10</sup> J. Austin, *Outline of the Course of Lectures*, in Id., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, p. 32.

<sup>11</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, cap. XXVI, *Of Civil Laws*, nella citazione di John Austin; nel testo dell'edizione a cura di J.C.A. Gaskin (Oxford, Oxford University Press, 1996), come pure nell'edizione curata da R. Tuck (Cambridge, Cambridge University Press, 1991) invece di «civil laws in general», si legge «civil law in general» («Civill Law in general»), che equivale a «diritto proprio di una comunità politica in generale» – “civil” essendo infatti una forma aggettivale derivata dal latino *civitas*, che a sua volta corrisponde all'inglese *commonwealth*.

Hobbes offre al lettore il prototipo di una teoria generale del diritto positivo, tra i cui elementi figurano:

1. una concezione *positivistica, statualistica e normativistica* del diritto, il quale è inteso come l'insieme delle «regole che lo stato (*commonwealth*) [...] – con la parola, lo scritto, o altro segno della sua volontà – ha comandato di usare per distinguere il lecito (*right*) e l'illecito (*wrong*)»<sup>12</sup>;

2. una concezione *imperativistica* delle norme giuridiche (“civil laws”), le quali sono caratterizzate, in particolare, come i “comandi” che lo stato (“*persona civitatis*”) rivolge a coloro che si siano previamente obbligati ad obbedirli<sup>13</sup>;

3. l'idea secondo cui ogni stato produce le regole giuridiche per mezzo di un “rappresentante”, che Hobbes identifica con il “sovrano” (il monarca, oppure l'assemblea sovrana negli stati aristocratici o democratici), il quale è il titolare esclusivo della funzione legislativa;

4. una concezione *volontaristica* delle fonti del diritto, che Hobbes ritiene applicabile non soltanto al “diritto scritto” (legislazione), ma altresì al diritto “non scritto” giurisprudenziale e consuetudinario<sup>14</sup>;

5. una concezione disincantata – “realistica” *avant la lettre* – dell'interpretazione giuridica, secondo cui:

(a) tutte le “leggi”, per poter essere fatte valere («to make them obligatory»), abbisognano di essere interpretate;

(b) l'interpretazione si presta tuttavia a errori e abusi, facilitati dalla formulazione, ora troppo concisa, ora prolissa, delle leggi, con la conseguenza che «per l'abilità dell'interprete, è possibile attribuire alla legge un senso, contrario a quello del sovrano; dimodoché, così operando, l'interprete diviene legislatore»<sup>15</sup>;

---

<sup>12</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, p. 175; Id., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, 1670 ca, edizione a cura di T. Ascarelli, p. 74: «It is not wisdom, but authority that makes a law».

<sup>13</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, p. 175: «And first it is manifest, that law in general is not counsel, but command; nor a command of any man to any man; but only of him, whose command is addressed to one formerly obliged to obey him»; anche le leggi abrogatrici sono concepite come imperativi: «a law is not abrogated, but by another law, that forbideth it to be put in execution» (p. 176).

<sup>14</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, p. 177: «When long use obtaineth the authority of a law, it is not the length of time that maketh the authority, but the will of the sovereign signified by his silence».

<sup>15</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, p. 186; Id., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, 1670 ca, edizione a cura di T. Ascarelli, pp. 76, 88 ss.