

Claudio Sartea
Università degli Studi di Roma – Tor Vergata
claudio.sarte@uniroma2.it

Quale filosofia del diritto per il mondo latino?

Il problema dell'obbligatorietà e della giustificazione delle norme

* * *

Sommario: 0. Premessa. - 1. Obbligatorietà e giustificazione. - 2. Significato della giustificazione di una norma. *2.1. Oggetto della giustificazione. 2.2. Scopo della giustificazione. 2.3. Requisiti della giustificazione.* - 3. Natura funzionale della giustificazione. - 4. Funzionale a che cosa? Coesistenze e coesistenza. - 5. Il dibattito Hart-Fuller sul diritto naturale minimo. 6. Norme obbligatorie perché giustificate: qualche ipotesi. - 7. Conclusioni.

* * *

0. Premessa

Considero l'impegno teoretico di Sergio Cotta dedicato alla giustificazione della norma giuridica uno dei luoghi più interessanti della recente filosofia del diritto latina per il suo veder convergere le prospettive analitiche e quelle giusnaturalistiche. Credo pertanto che sia di una certa utilità, nel contesto del primo congresso internazionale di filosofia giuridica latina, attualizzare la sua riflessione sull'obbligatorietà delle norme, che si colloca consapevolmente al crocevia delle principali tematiche giusfilosofiche ed è stata lungamente oggetto della meditazione di questo autore¹.

1. Obbligatorietà e giustificazione

Obbligatoria, possiamo dire in via generalissima ed introduttiva, è la norma che viene percepita dal destinatario come meritevole di obbedienza. Le ragioni di questa percezione (e di questo riconoscimento), possono essere molteplici; sia consentito ripartirle su almeno due livelli: un livello psichico, ed un livello ideale.

A livello *psichico* l'obbligatorietà viene di solito connessa al timore della sanzione, all'accettazione della (anche semplice rassegnazione rispetto alla) forza superiore di colui da cui emana il comando, alla preferenza per il quieto vivere che l'assuefazione alle regole sociali è in grado di produrre o almeno promette, o infine, avvicinandoci molto al livello successivo, all'intuitivo pregiudizio che la norma in quanto tale sia giustificata (perché è stata approvata, rispettata ed eventualmente sanzionata in un numero rilevante di casi, e questo ne potrebbe implicare la legittimazione).

A livello *ideale*, con la mediazione della riflessione, l'obbligatorietà si comprende in una logica di comprensione cognitiva e condivisione pratica degli scopi per cui essa è posta, o più in generale ammettendo che è preferibile vivere in un sistema normativo ("ordinato", direbbe forse qui John Rawls) piuttosto che al di fuori di esso, anche e persino quando la sopravvivenza del sistema minaccia di mettere a repentaglio la propria stessa sopravvivenza (socraticamente: si veda esemplarmente il sostrato teoretico del *Critone*).

¹ La bibliografia di riferimento verrà indicata in appendice. I testi di riferimento essenziali sono ovviamente S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Roma, 2015; nonché Id., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.

Escludendo il livello psichico in quanto scarsamente rilevante in una prospettiva filosofica e di principio (pur risultando di evidente importanza sul piano fattuale, psicologico e sociologico), Cotta propone alcune decisive considerazioni relativamente al livello ideale, quando riflette sul concetto di *giustificazione* come matrice della convinzione circa l'obbligatorietà della norma. La norma obbligatoria è quella giustificata: ed anzi è obbligatoria nella misura in cui ne venga soggettivamente percepita l'oggettiva giustificazione. Diventa dunque essenziale, per sorreggere internamente l'intero ragionamento sull'obbligatorietà, riflettere sul concetto di giustificazione di una regola.

2. Significato della giustificazione di una norma

Al momento di chiarire che cosa intenda per “giustificazione” della norma giuridica, Cotta analiticamente distingue² tra *oggetto* della giustificazione, *scopo* della giustificazione e *requisiti* della giustificazione.

2.1. Oggetto della giustificazione

Nella prospettiva di Cotta, l'oggetto della giustificazione “è la prescrizione normativa”. Ciò anzitutto impone di non includere nella giustificazione il problema dei motivi dell'obbedienza: “Se è vero che la giustificazione d'una norma è di per sé giustificazione dell'obbedienza ad essa, la reciproca non vale”³. È chiaro che un motivo razionale di obbedienza alla norma (non l'unico, peraltro, e comunque relativo all'idea di razionalità che si abbia nonché alla componente di essa che si consideri preponderante nella riflessione giusfilosofica), sarà pur sempre la ragionevolezza del contenuto della norma stessa (il comportamento ordinato è condivisibilmente inserito in uno schema di utilità comune, o la condotta vietata appare *ictu oculi* incompatibile con la sopravvivenza del sistema normativo se non addirittura delle persone). E tuttavia, osserva Cotta, non è questo l'unico motivo dell'obbedienza: la quale può rispondere a logiche completamente diverse, che brevemente possiamo qui ricordare perché introducono linee di riflessione giusfilosofica ben note ed incisive.

Un motivo assai ricorrente di obbedienza è la *paura*. Va menzionato per primo perché si colloca all'origine di consolidate strategie di spiegazione del fenomeno giuridico: Thomas Hobbes vi costruisce l'intero sistema ordinamentale (con base dunque psicologica)⁴, Hans Kelsen sotto le mentite spoglie del suo proverbiale formalismo inverte norma primaria e secondaria fondando la

² S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 221.

³ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 221.

⁴ T. Hobbes, *Leviatano*, (1651), trad. it. di G. Micheli, La Nuova Italia, Firenze, 1981.

forza dell'imperativo sulla (minaccia della) sanzione⁵. Persino Hans Jonas, uno dei più rappresentativi esponenti della bioetica filosofica europea, attribuisce alla paura una forza euristica⁶, che dovrebbe indurre gli operatori non solo sanitari e scientifici ma anche quelli politici e più in genere sociali (giuristi inclusi) alla massima prudenza nella ricerca e nelle applicazioni biotecnologiche (in un certo senso, lo stesso generalissimo principio di precauzione si alimenta di questa "passione": cosa che ovviamente non va ipocritamente o semplicisticamente deprecata, perché in tutti i viventi orienta verso comportamenti di autoconservazione). Vedremo peraltro nel prosieguo che si tratta di una fondazione debole: molto difficilmente un sentimento – variabile per definizione sia al variare delle persone sia al variare, per la medesima persona, delle circostanze esteriori ed interiori – può costituire una ragionevole motivazione stabile all'obbedienza.

L'*interesse* è il secondo dei possibili moventi all'obbedienza: secondo per diffusione e rilevanza statistica, anche per la generalizzazione di un modello di razionalità che dagli esordi dell'economia politica moderna si è imposto e popolarizzato (si pensi alle tesi inaugurate da Adam Smith⁷ ed alle più recenti analisi economiche del diritto⁸). L'orientamento autointeressato è diventato così il contrassegno del comportamento razionale (che coincide con il comportamento prevedibile in sede di programmazione economica, sia pubblica che ovviamente privata). Anche su questo versante non mancano obiezioni del tutto plausibili, almeno in ordine alle carenze antropologiche del modello di razionalità proposto⁹.

L'*abitudine* si presenta come il terzo rilevante motivo di obbedienza, un motivo tutt'altro che trascurabile se è vero che la complessità e le sue conseguenti tensioni vengono diminuite dall'esistenza di regole di comportamento, e che la stessa struttura ordinamentale alleggerisce il carico decisionale e responsoriale degli individui. Al tempo stesso, com'è ben noto, la cosiddetta *opinio juris ac necessitatis* è considerata fonte di vigenza del diritto internazionale, e di legittimazione delle sue regole. Anche questa spiegazione, che come le precedenti si muove sul piano dei fatti (per quanto psicologici, ma non solo), mostra numerose carenze: si pensi, tanto per

⁵ H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, (1979), trad. it. di M. Losano, ETAS, Milano, 1985.

⁶ H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, (1979), trad. it. di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino, 2002, p. 34.

⁷ A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, (1776), trad. it. a cura di F. Bartoli, C. Camporesi e S. Caruso, Newton, Milano, 1995.

⁸ Cfr. per esempio R. Posner, *Sesso e ragione*, (1992), trad. it. di G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano, 1995.

⁹ Può utilmente leggersi la critica di A. MacIntyre, *Animali razionali dipendenti. Perché gli esseri umani hanno bisogno delle virtù*, (1999), trad. it. a cura di M. D'Avenia, Vita e Pensiero, Milano, 2001. Si vedano anche le recenti riflessioni di J. Ballesteros, *Contra la financiarización de la economía y la mercantilización de la sociedad*, in "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña", n. 17, 2013, pp. 55-68.

citare un esempio, al dibattito vasto e complesso relativo ai reati culturalmente motivati¹⁰, che oltre ad evocare il problema del rapporto tra natura e cultura in una prospettiva tradizionalmente giusnaturalistica, produce inevitabilmente (almeno in base alla soluzione più frequentemente adottata dalla nostra letteratura sia filosofica che tecnica) la soluzione “scandalosa” che avalla la non neutralità del legislatore e del giudice¹¹.

2.2. Scopo della giustificazione

Sul problema dello scopo della giustificazione, emerge una questione delicata ed importante, che in un certo senso marca la differenza tra prospettive descrittive e prospettive autenticamente normative sul diritto (e quindi ribadisce il confine, che comunque è mobile e poroso più di quanto non sembri, come vedremo a breve), tra essere e dover essere. In effetti, “occorre ammettere che nessuna giustificazione, per solida che sia, è in grado di impedire *ogni* trasgressione; pertanto la giustificazione ha per scopo la dimostrazione della *non-ricusabilità* di principio, ragionevole, della prescrizione”. Siamo insomma di fronte ad una questione di principio, non di fatto: costruire la giustificazione sull’effettiva obbedienza alla norma è tutt’al più fare sociologia del diritto, e non filosofia¹².

Tutto ciò lega a doppio nodo, a mio avviso, l’approccio filosofico a quello di principio, svincolando il primo dall’obbligo di rendicontazione pragmatica: tanto più necessario sarà dunque agganciarlo ad una giustificazione fondativa rilevante, se non razionale, almeno ragionevole nel senso visto più sopra.

2.3. Requisiti della giustificazione

I requisiti della giustificazione elaborati da Cotta sono cinque: la possibilità del comportamento prescritto (anche sul piano logico il nesso tra possibile e doveroso è stato più volte

¹⁰ Recentemente A.C. Amato Mangiameli, *Filosofia del diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 103. A proposito di filosofia giuridica latina, segnalo che nel 2015 è stata presentata e discussa in seno al Dottorato di Ricerca in Storia e Teoria del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” una tesi avente a titolo: *Los delitos culturalmente motivados de los miembros de las poblaciones indígenas y nativas en Latinoamérica*. L’autore è professore di filosofia del diritto presso la Universidad de Piura, Perù, e si chiama Paolo Tejada. Rimando a questo ricco testo per approfondimento ed abbondante bibliografia, prevalentemente legata all’esperienza ed alla lingua spagnola ed italiana.

¹¹ Peraltro, già da diversi anni è stato opportunamente notato che la neutralità millantata dagli ordinamenti liberali è semplicemente “impossibile”: A. Verza, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹² Per qualche spunto in questa direzione, cfr. F. D’Agostino, *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 18.

scandagliato¹³); la razionalità di tale comportamento, al di là della sua effettività (e qui rientra in questione sia la prospettiva della giustificazione funzionale, che è chiaramente un ragionamento, sia quella dell'approccio filosofico e di principio da preferire a quello sociologico, o comunque puramente fattuale e descrittivo); l'assenza di rinvii fondativi a presupposti non giustificabili obiettivamente (per evitare sia il *regressum ad infinitum*, sia l'aporia della *Grundnorm*¹⁴); l'universalità di destinazione, senza irragionevoli distinzioni tra i consociati; infine l'approvabilità del comportamento prescritto, consista esso in un fare o in un non fare.

3. Natura funzionale della giustificazione

I cinque requisiti della giustificazione della norma giuridica enucleati da Cotta consentono, nel suo pensiero, di andare molto al di là della legittimazione in termini di mera validità: sia della norma stessa, che del potere che la pone. Con la validità l'obbligatorietà è semplicemente presupposta, ma così il problema è spostato e non risolto: del resto le principali difficoltà del sistema kelseniano sono ben note e non richiedono nuovi approfondimenti. Occorre dunque andare oltre il formalismo e tentare una giustificazione sostanziale: la strada intrapresa da Cotta è quella della giustificazione *funzionale*. Le regole del diritto sono piuttosto imperativi ipotetici che categorici, per ricorrere al lessico kantiano, e di conseguenza la loro fondazione non è assoluta ma se mai funzionale e strutturale. Tra i vari vantaggi, questa impostazione presenta anche quello di superare l'obiezione di fallacia naturalista: "Come un passo dello stesso Hume suggerisce, in contrasto con la sua più celebre tesi [...], data una definizione teoretica (intensionale o anche estensionale) di un termine etico con un termine descrittivo, diventa possibile derivare proposizioni etiche da proposizioni aletiche, e in un duplice modo, trattando la definizione come regola operativa o trattandola come una delle premesse dell'inferenza. P.e., se si accetta come valida definizione teoretica: 'giusto' è definibile come 'garantisce la sussistenza di un ordine sociale', che consente di passare da una proposizione aletica del tipo 'questo garantisce la sussistenza di un ordine sociale' alla conclusione 'questo è giusto'. La stessa definizione può anche venire assunta come premessa (e in questo caso non è neppure necessario che essa sia valida, bastando, ai fini cognitivistici, che essa

¹³ Nel panorama giusfilosofico italiano l'opera al riguardo più rigorosa e completa, anche se non è la più recente ed aggiornata, è quella di G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969.

¹⁴ Si vedano di recente in proposito le riflessioni di A.C. Amato Mangiameli, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Padova, 2012, p. 41.

sia teoretica, vera-o-falsa: per la correttezza di una inferenza non è richiesta la validità o la verità delle premesse)”¹⁵.

Ci collochiamo, questo è chiaro, nella prospettiva di una “logica del ragionevole”: che non coincide con la logica del positivismo e del neopositivismo ma che appare molto più feconda nel campo delle scienze umane e delle discipline pratiche. “La moderna logica del ragionevole, nel riprendere l’opposizione prima ricordata [tra argomentazione e dimostrazione, ragionevole e razionale, probabile ed apodittico, topica e retorica¹⁶], tende [...] a riguadagnare alla ragione (sottraendolo con ciò stesso al puro scontro passionale o di potere) un campo molto più vasto, che è quello della quasi totalità delle scienze morali e delle decisioni vitali per l’uomo”¹⁷. Tale logica è lo strumento operativo della giurisprudenza (e possiamo aggiungere noi del diritto in genere), che è appunto caratterizzata da una funzione: “Giurisprudenza è l’attività conoscitiva metodicamente rivolta alla ricerca e alla formulazione della norma giuridica che secondo i criteri del giurista risulti la migliore tra quelle che appaia possibile ritenere positive (cioè valide-effettive o semplicemente effettive) in un determinato ordinamento e in un determinato momento storico”¹⁸.

Ripetiamo che questa impostazione può risultare di grande utilità euristica non solo in relazione alla definizione della giurisprudenza come attività pratica inerente il diritto, ma anche più in generale in relazione alla nozione di diritto ed alla sua giustificazione. Possiamo infatti ritenere che la norma giuridica deve la propria esistenza (e la propria forza obbligatoria, ad essa inscindibilmente connessa se dobbiamo parlare di una norma giuridica), alla preesistenza di sistemi coesistenziali. La coesistenza è sì una categoria assoluta (una di quelle che Carcaterra chiamerebbe “leggi, in forma di assiomi o in forma di regole”¹⁹), almeno nel senso della sua irrinunciabilità per il mondo umano: l’uomo non esiste fuori dalle relazioni, né per venire al mondo, né per svilupparsi, né per declinare e morire. Ogni avvenimento rilevante della sua esistenza è intensamente relazionale e si configura, a ben guardare, come relazione. In questo senso la relazionalità coincide con la condizione umana, anche se magari non la esaurisce né la descrive compiutamente, e dalla relazionalità non si può fuoriuscire se non come chi volesse saltar fuori dalla propria ombra.

¹⁵ G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, cit., p. 612.

¹⁶ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 554. Aggiornamenti delle riflessioni su Perelman e su altri autori del pari rilevanti sono reperibili ora nel denso volume di M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁷ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 555.

¹⁸ L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 522.

¹⁹ G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, cit., p. 611.

Tutto questo lo si potrebbe dir anche, ovviamente, facendo riferimento al noto brocardo: *ubi societas, ibi jus*, almeno per provare che tale assunto è pacifico e non ha bisogno di ulteriori dimostrazioni, giacché tutta la storia degli uomini sta lì a provare l'indiscutibilità di un simile punto di partenza.

4. Funzionale a che cosa? Coesistenze e coesistenza

Il problema che si pone è invece un altro, e dipende dal fatto che le comunità di coesistenza sono molteplici, non ve n'è solamente una. L'esordio della *Politica* di Aristotele può costituire un utile punto di riferimento²⁰: come noto, per cerchi concentrici lo Stagirita spiega che la relazionalità umana (la "politicità" costitutiva che tutti ci caratterizza, condizionandoci e facendoci vivere) si sviluppa a partire dalla famiglia, che è necessaria condizione del venire all'esistenza di un nuovo essere umano. Possiamo dunque parlare di familiarità, meglio che di famiglia: nel senso che l'uomo è costitutivamente familiare perché non inizia da solo: quello che proprio Hannah Arendt chiamava natalità²¹ non è la cifra di un individuo isolato ed autoreferenziale, ma il calore di un nido relazionale indispensabile per la vita e l'umanità del nuovo venuto al mondo.

"Ci è stato dato un figlio": l'espressione biblica tanto cara alla pensatrice tedesca è relazionale come poche mai lo furono, vi è un figlio (relazione di genitorialità), vi è qualcuno che lo dà (relazione di dono) e qualcuno (noi) che lo riceve (relazione di attesa e riconoscenza). Molto pertinentemente Cotta, che include la famiglia tra le "forme integrativo-escludenti" del suo sistema di analisi delle forme della relazionalità umana, sottolinea anche che l'attribuzione alla famiglia di un carattere di "naturalità" (per esempio nell'art. 29 della Costituzione italiana vigente) "risulta valida oggettivamente, di là da orientamenti ideologici, per tre coerenti significati dell'aggettivo 'naturale' ad essa riferita. In un primo senso, è naturale perché è immanente all'esserci e al sussistere del naturalistico genere umano del cosiddetto *homo sapiens sapiens*; in un secondo senso, perché è radicata nelle dimensioni affettiva e riflessiva proprie della natura specifica dell'uomo, di cui contrassegnano la differenza ontologica. In un terzo senso, connesso con i due precedenti, essa è naturale in quanto è *originaria*, ossia non sorge per deliberazione d'una autorità politica esterna ad essa e quindi in virtù di leggi eteronome, ma per esigenza propria delle persone"²².

²⁰ Aristotele, *Politica*, I.

²¹ H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, (1958), trad. it. a cura di S. Finzi, Bompiani, Milano, 2000, p. 182.

²² S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 128.

Dopo la familiarità, come principio, e la famiglia, che ne è storica concrezione nelle sue cangianti modalità operative ma anche nelle sue costanti direttamente dipendenti dal principio stesso, e quindi con caratteri di stabilità nonostante i mille mutamenti delle sue forme espressive, nella dinamica coesistenziale si manifesta il villaggio o quartiere, cioè la coesistenza di famiglie: il livello della società civile, del tempo libero condiviso, degli scambi commerciali, delle relazioni professionali. Tutto questo arricchisce la coesistenza sfondando le mura domestiche ed aprendo ad inediti ed imprevedibili sviluppi (non solo esogamici, verso nuove famiglie geneticamente non programmate, ma anche più in generale sociali). Anche questa forma coesistenziale, per quanto non approfondita dal nostro autore (che comunque parla molto di amicizia e carità), può rientrare agevolmente nel suo schema di analisi delle forme coesistenziali, se solo si ha riguardo alla rilevanza per la costruzione del sé nella coesistenza che il lavoro, le professioni, e le relazioni da essa occasionate, ricoprono²³.

L'ultimo livello, come tutti sanno, è quello della *polis*: l'insieme di più villaggi o quartieri è la città, dove l'uomo relazionale e politico per natura giunge alla sua pienezza negli scambi discorsivi e nella comune partecipazione alla cura del bene di tutti. "Il vivere politico è percepito come esistenzialmente valido in virtù della sua stessa struttura ontologica (regionale); esso richiede quindi di venire assicurato, nella sua consistenza, da un coerente principio regolativo. L'osservazione fenomenologica ci permette di individuarlo con facilità: è la *solidarietà*. Nella tribù come nel clan, nella classe come nella nazione, la solidarietà esprime il dover-essere di quell'essere-politico che è costituito dalla comunanza nell'identità, nel bene partecipato, nel movimento d'integrazione"²⁴.

Il carattere appunto "regionale" di questo livello coesistenziale superiore fa sì, come ci avverte Cotta, che esso non possa mai venir considerato, con buona pace di Hegel e dello statualismo idealista, quello ultimativo: ed è esattamente in questo momento che s'interseca la questione della plurima funzionalità della norma giuridica, plurima perché riferita a molteplici sistemi coesistenziali, che possono al limite entrare in tensione tra di loro. "Poiché le forme coesistenziali si distinguono principalmente in particolari e universali, è sempre possibile che norme

²³ Del punto mi sono occupato in altra circostanza: C. Sarthea, *Il lavoro come 'forma coesistenziale'*, in AA.VV., *Sergio Cotta (19202007). Scritti in memoria*, a cura di B. Romano, "Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Giuffrè, Milano, 2010, pp. 771 e ss.

²⁴ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 113.

giustificate correttamente rispetto a forme coesistenziali particolari vengano rifiutate dal soggetto in nome d'una coesistenza più ampia fino a quella universale e integrale”²⁵.

Intuitivamente, il problema ha molte manifestazioni: dai conflitti di lealtà politiche, alle possibili fratture tra identità professionale ed identità civica o individuale²⁶. È anche chiaro che potremmo trovarci qui di fronte all'immensa tematica dell'obiezione di coscienza, che dall'Antigone sofoclea alla Sophie Scholl in carne ed ossa condannata a morte dal tribunale nazionalsocialista di Monaco in occasione della repressione violenta delle attività del gruppo della Rosa Bianca, attraversa la cultura occidentale e provoca il giurista ed il filosofo a scandagliare il fenomeno giuridico ben al di là delle sue manifestazioni piattamente empiriche²⁷. Non è il nostro odierno argomento ma serve ricordare che tale istituto va ben al di là di un problema di riconoscimento legale²⁸, così come non può essere isolato ed eventualmente conculcato in base ad iniziative del potere costituito: perché è proprio nei loro riguardi (livello locale) che si rivolge la dialettica²⁹.

In ogni caso, il livello generale o universale è quello in funzione del quale la norma pretende giustificazione *ultimativa*. Come osserva Cotta, “se è possibile dimostrare che una norma è indispensabile al mantenimento d'una coesistenzialità non più limitata ma universale – ossia necessaria a *tutti* e non solo ad alcuni – allora l'obbligatorietà di tale norma sarà giustificata oggettivamente in termini incontrovertibili”³⁰. Anche sul piano logico l'universalizzazione della finalità espressa da affermazioni come “*f* è incompatibile con le finalità di tutti” sorregge, come è

²⁵ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 224.

²⁶ Interessanti in tal senso le riflessioni di I. Trujillo, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013, spec. pp. 57 e ss.

²⁷ Alla Rosa Bianca dedicò un memorabile discorso in occasione della fine dei lavori di restauro dell'atrio d'ingresso dell'Università di Monaco, il 12 luglio 1958: proprio il luogo in cui, a seguito del lancio di anonimi volantini contro il regime, alcuni membri dell'associazione studentesca clandestina vennero arrestati processati e condannati a morte: R. Guardini, *La Rosa bianca*, (1958), ed. it. a cura di M. Nicoletti, Morcelliana, Brescia, 1994. Si veda in argomento la ricostruzione storica di I. Scholl, *La Rosa bianca*, (1993), trad. di V. Gallegati, ItacaLibri, Bologna, 2013. Più in generale, sul tema dell'obiezione di coscienza che incrocia e centra la questione della giustificazione dell'obbedienza e della disobbedienza alle norme giuridiche, si veda anche S. Cotta, *Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica)*, in Id., *Il diritto come sistema di valori*, Milano, 2004, pp. 153 e ss.; ma anche, prima di lui, G. Capograssi, *Obbedienza e coscienza*, ora anche in Id., *Opere*, V, Milano, 1959, p. 200, e dopo F. D'Agostino, *L'obiezione di coscienza*, in Id., *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 125 e ss.

²⁸ Come argomenta ampiamente una recente tesi di dottorato discussa in seno al Dottorato di Ricerca in Storia e Teoria del Diritto Europeo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “Tor Vergata”: R. Ricotti, *Obiezione di coscienza laica*, Roma, 2016.

²⁹ Ed anzi il Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, in tempi ancora piuttosto recenti, lo ha collocato come presidio della democrazia liberale: CNB, *Obiezione di coscienza e bioetica*, approvato il 12 luglio 2012 e pubblicato il 30 luglio 2012 (come tutti i documenti ufficiali del CNB, è agevolmente reperibile nel *website* istituzionale).

³⁰ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 225.

stato dimostrato, l'imperatività del divieto di *f*: e quindi legittima anche a questo livello il passaggio dalla formulazione indicativa a quella imperativa³¹.

5. Il dibattito Hart-Fuller sul diritto naturale minimo

Un'ultima questione resta allora da affrontare in tema di giustificazione ed obbligatorietà: esistono davvero regole siffatte? Tali cioè che risultino indispensabili alla coesistenza in quanto tale tra gli esseri umani?

Come noto, non si tratta solamente di un rovello continentale, se è vero che proprio su questo piano discorsivo abbiamo assistito a metà del secolo scorso al più rilevante tentativo anglosassone di avvicinamento del positivismo giuridico al giusnaturalismo prima di Dworkin: mi riferisco com'è chiaro al contributo di Hart. È forse utile allargare lo sguardo anche a quel dibattito: come tutti sanno, il filosofo inglese teorizzò nella sua opera più famosa l'esistenza di un "contenuto minimo del diritto naturale" che può o persino deve essere accettato anche dalle prospettive analitiche. Importante è per noi qui adesso rimarcare che è proprio a partire dall'obiettivo della "sopravvivenza umana" che Hart giustifica l'obbedienza alla norma: "In mancanza di questo contenuto gli uomini, così come sono, non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma: e senza un minimo di cooperazione dato volontariamente da coloro che ritengono nel loro interesse sottomettersi e conservare le norme, sarebbe impossibile la coercizione nei confronti di coloro che non si conformassero volontariamente"³².

Come noto, per il filosofo britannico "la riflessione su alcune generalizzazioni molto ovvie (veri e propri 'truismi') riguardanti la natura umana e il mondo in cui gli uomini vivono, mostra che finché questi rimangono tali vi sono certe norme di condotta che ogni organizzazione sociale deve contenere se vuole essere vitale. Tali norme costituiscono di fatto un elemento comune al diritto e alla moralità convenzionale di tutte le società che hanno progredito fino al punto in cui diritto e moralità convenzionale vengono distinti come forme diverse di controllo sociale"³³. A queste norme (che invero sono principi, come lo stesso Hart li definisce altrove), il filosofo anglosassone attribuisce il nome di "contenuto minimo del diritto naturale" secondo cinque *truisms* piuttosto celebri³⁴: la vulnerabilità umana (derivante dalla naturale predisposizione alla lesione, fino alla

³¹ G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, p. 543.

³² H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, (1961), trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, p. 225.

³³ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 225.

³⁴ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 225 e ss.

lesione mortale, degli esseri umani), l'uguaglianza approssimativa tra gli individui umani, l'altruismo limitato (nel senso che gli uomini non sono "angeli né demoni", come si esprime Hart, e dunque vanno contenute le loro spinte egoistiche così come incoraggiate quelle altruistiche), le risorse limitate, ed infine comprensione e forza di volontà limitate.

Si può discutere ovviamente sui criteri di individuazione del contenuto minimo del diritto naturale nonché sulla sua stessa sostanza, secondo il metodo e le indicazioni di Hart: ma rimane molto interessante per il presente discorso notare come egli concluda gettando un ponte tra prospettive analitiche e non-cognitiviste e prospettive giusnaturalistiche, in fondo analogo a quello suggerito da Cotta nell'area latina. Lo si ricava abbastanza chiaramente dalla conclusione del filosofo britannico: "Infatti è una verità di una certa importanza che per la descrizione adeguata non soltanto del diritto ma di molte altre istituzioni sociali, si deve riservare un posto, vicino alle definizioni ed alle ordinarie affermazioni di fatto, a una terza categoria di affermazioni: quelle la cui verità dipende dal fatto che gli esseri umani e il mondo in cui essi vivono conservino le caratteristiche salienti che hanno ora"³⁵. Sia detto per inciso, non può non richiamare l'attenzione dei bioeticisti e dei biogiuristi che questa stessa logica funzionale (la norma giustificata in virtù del suo servire la causa della conservazione dell'esistenza umana sulla terra) ricordi molto da vicino quella adottata come principio fondamentale nella ricerca di "un'etica per l'età tecnologica" effettuata da Hans Jonas³⁶.

Quanto ancora al noto tentativo di Hart di conciliare prospettiva analitica e giusnaturalismo "minimo", possiamo anche ricordare che, sempre nel panorama anglosassone, Fuller ha effettuato una ricognizione critica delle proposte hartiane confermandone la sostanziale bontà ma allargandole ben oltre il livello minimale della sopravvivenza umana come scopo generalissimo ed ineludibile di qualunque assetto normativo. In realtà, osserva il pensatore americano citando nientemeno che Tommaso d'Aquino, "se lo scopo principale di un capitano fosse quello di preservare la sua nave, la terrebbe ancorata in porto per sempre"³⁷. Come osserva Fuller, "se fossimo obbligati ad individuare il principio che sostiene e incoraggia tutte le aspirazioni umane, lo troveremo nell'obiettivo di conservare la comunicazione con i nostri simili. In primo luogo – restando entro i limiti dell'argomentazione di Hart – l'uomo è stato capace di sopravvivere sino ad oggi grazie alla sua

³⁵ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 232.

³⁶ H. Jonas, *op. cit.*, p. 55: "Il primo imperativo è *che* ci sia un'umanità, nella misura in cui si tratta solo dell'uomo. Così con questo primo imperativo non siamo assolutamente responsabili verso gli uomini futuri, bensì verso l'*idea* dell'uomo, che è tale da esigere la presenza delle sue incarnazioni nel mondo".

³⁷ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 2, art. 5. Il fine della nave è la navigazione.

capacità di comunicazione. In competizione con altre creature, spesso più potenti di lui e talvolta dotate di sensi più acuti, l'uomo è stato sinora il vincitore. La sua vittoria è stata conseguita perché egli può acquisire e trasmettere conoscenze e perché può effettuare coscientemente e deliberatamente una coordinazione di sforzi con gli altri esseri umani. Se nel futuro l'uomo riuscirà a sopravvivere ai suoi poteri di autodistruzione, sarà perché può comunicare e comprendersi con i suoi simili. [...] La comunicazione è qualcosa di più di un mezzo per rimanere vivi. Essa è un modo di essere vivi”³⁸. *Il modo umano*, potremmo aggiungere noi: cosicché il diritto naturale, minimo o massimo che sia, dovrà promuoverlo e tutelarlo se ha a cuore le sorti dell'umano nel mondo, come tutto fa pensare se siamo arrivati fin qui a partire dall'esigenza di giustificare l'obbligatorietà delle norme giuridiche e la doverosità (morale, ancor prima che giuridica e sanzionabile) dell'obbedienza ad esse.

6. Norme obbligatorie perché giustificate: qualche ipotesi

Alla luce di questo allargamento geografico di riferimenti concettuali, è adesso possibile tornare con più consapevolezza al nostro quesito relativo all'esistenza di regole che comandano o proibiscono comportamenti rispettivamente essenziali o nocivi alla coesistenza tra esseri umani, in una prospettiva – che abbiamo fondato a partire dal contributo di Cotta – di *giustificazione funzionale* della regola giuridica.

Sia dal punto di vista della sopravvivenza dell'umanità, sia da quello della comunicazione come contrassegno dell'umanità di questa sopravvivenza, possiamo senza pretese di completezza né gerarchizzazioni presentare almeno due regole di tipo esemplare:

1) la regola del *rispetto dell'innocente*, da cui deriva il divieto assoluto di danneggiarlo sul piano fisico (fino al limite estremo della soppressione), così come sul piano psichico e sociale. Persino Thomas Hobbes, di solito non specialmente tenero né riguardoso quando si tratta di individuare i poteri dello Stato e pur di permettergli di conseguire il suo obiettivo fondamentale, che è garantire la sicurezza dei consociati, include la punizione dell'innocente tra le condotte del potere pubblico che risultano inaccettabili perché contrastano con il diritto naturale, per tre ordini di motivi: perché non vi è un bene futuro che ne può derivare (inutilità della punizione dell'innocente), perché è frutto dell'ingratitudine (intollerabilità: sarebbe rendere male per bene dopo aver avuto la promessa di un'obbedienza che non è stata in effetti trasgredita), e per violazione della legge

³⁸ L.F. Fuller, *La moralità del diritto*, (1964), trad. it. a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986, p. 238.

d'equità (iniquità della punizione dell'innocente)³⁹. È Cotta che menziona questo esempio per mostrare come ci troviamo dinnanzi ad un principio generalmente accettato da tutti⁴⁰; ed è ancora Cotta che lo sviluppa in uno scritto meno considerato ma non per questo, anche per i suoi echi capogrossiani, meno denso ed interessante: in cui il nostro autore, dopo aver contrapposto in senso negativo ed in senso positivo diritto ed innocenza, giunge (sorprendentemente ma ad un livello di coerenza più profonda e radicale) ad affermare che “è dunque con la diffidenza che il diritto assicura la ‘fidanza’, con la servitù la libertà, con lo sforzo la facilità, mostrando così di essere al servizio dell'innocenza, che suo fine è l'innocenza. Se esso non è una tecnica dell'amabilità, è tuttavia una tecnica *per* l'amabilità, perché il disincantamento che il diritto opera non è fine a se stesso, ma il mezzo grazie al quale si recupera l'innocenza *possibile*”⁴¹.

2) il *divieto dell'incesto*, che in base alle ricerche etnologiche ed antropologico-culturali di Claude Lévi-Strauss⁴² sembra ormai da includere in modo assodato nel novero dei tabù universali della specie umana. La sopravvivenza dell'umanità, ed ancor più specificamente la comunicazione aperta e non autoreferenziale all'interno di gruppi endogamici asfittici, viene infatti garantita dal rispetto di questa regola di astinenza dai rapporti sessuali intrafamiliari in vista di una esogamia che moltiplica la comunicazione (caratteristicamente, come osserva Cotta, persino al di là dei limiti politici, cioè delle frontiere nazionali⁴³). È stato da questo divieto dedotto opportunamente il principio chiave della giuridicità, e non solo di quella familiare: attraverso questo divieto la cultura s'inserisce nella natura. “Se l'organizzazione sociale ha un inizio, tale inizio può consistere solo nella proibizione dell'incesto, poiché la proibizione dell'incesto è, in fondo, una sorta di rimodellamento delle condizioni biologiche di accoppiamento e di procreazione (che non conoscono regole, come si può vedere osservando la vita animale) che costringe a perpetuarsi solo in una intelaiatura artificiale di tabù e obblighi. In ciò e solo in ciò troviamo un passaggio dalla natura alla cultura, dalla vita animale alla vita umana, e la possibilità di capire l'autentica essenza del loro articolarsi”⁴⁴.

³⁹ T. Hobbes, *Leviatano*, (1651), trad. it. di G. Micheli, La Nuova Italia, Firenze, 1981, p. 311.

⁴⁰ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 226.

⁴¹ S. Cotta, *Innocenza e diritto*, in Id., *Itinerari esistenziali del diritto*, Morano, Napoli, 1972, p. 143.

⁴² C. Lévi-Strauss, *Le strutture elementari della parentela*, (1967), trad. a cura di A.M. Cirese, Feltrinelli, Milano, 1972, spec. pp. 51 e ss.

⁴³ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 127.

⁴⁴ C. Lévi-Strauss, *La famiglia*, in Id., *Razza, storia e altri studi di antropologia*, Einaudi, Torino, 1967, p. 147, citato da F. D'Agostino, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 28.

7. Conclusioni

Si tratta come si vede soltanto di due esempi. Ma sufficientemente significativi, mi pare, per testimoniare l'efficacia teoretica dell'idea di giustificazione proposta da Cotta, e della sua metodologia di fondazione; nonché la vastità della sua portata. La tutela dell'innocenza è in fondo alla base dell'intero sistema penale (come *a contrario* dimostra l'esistenza di una generale causa di giustificazione come la legittima difesa), mentre il divieto dell'incesto, a parte l'immenso significato antropologico di passaggio dalla natura alla cultura, rilevato con Lévi-Strauss, ha anche il senso di fornire il più definitivo ancoraggio normativo al diritto di famiglia.

Conclusivamente, è dunque consentito rimarcare la grande utilità (sia per lo sviluppo della teoresi, sia per il dialogo tra prospettive filosofiche e culturali differenti e troppo spesso considerate conflittuali ed oppostive), di una strategia della giustificazione. Si noti come su questo piano si avvicinino posizioni inizialmente anche molto distanti: le tesi di Cotta che abbiamo analizzato, e le ultime elaborazioni di un filosofo certamente d'impronta ben diversa, ma di analogo rango sulla scena della giusfilosofia latina, come Uberto Scarpelli. Da una sua allieva è stato significativamente osservato che "l'idea [con cui si conclude la parabola teoretica scarpelliana] di ridare razionalità al sistema giuridico operando, in sede giurisdizionale, la riduzione del diritto ai principi, sembra portare Scarpelli assai lontano dal precedente giuspositivismo, avvicinandolo sensibilmente a una forma di giusnaturalismo, anche se di tipo sociologico"⁴⁵. Questa importante osservazione viene poi sfumata con riferimento, è ovvio, al significato che s'intenda attribuire ai principi: rimane il fatto che è del tutto plausibile ritenere, come fa questo autore, e come abbiamo cercato di mostrare anche qui, che "ponendo sullo stesso piano, riguardo all'esigenza giustificativa, i principi di contenuto e i principi di scopo, Scarpelli non solo ha dato rilievo a un altro importante aspetto utile ad accomunare più che a distinguere o separare il diritto dalla morale e dalla politica, ma ha anche esplicitato le premesse metaetiche delle tesi teorico-giuridiche [...] sostenute nel quadro della definizione 'politica' del positivismo giuridico, soprattutto della tesi che oltre il problema della validità si pone nel diritto un ineludibile problema di legittimità, risolubile soltanto sul piano delle scelte morali e politiche"⁴⁶.

⁴⁵ P. Borsellino, *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, in Ead., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999, p. 270.

⁴⁶ P. Borsellino, *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, cit., p. 247.

Bibliografia citata

1) Opere di Sergio Cotta

Cotta, Sergio, *Innocenza e diritto*, in Id., *Itinerari esistenziali del diritto*, Morano, Napoli, 1972

Cotta, Sergio, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Roma, 2015

Cotta, Sergio, *Diritto Persona Mondo Umano*, Giappichelli, Torino, 1989

Cotta, Sergio, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991

Cotta, Sergio, *Coscienza e obiezione di coscienza (di fronte all'antropologia filosofica)*, in Id., *Il diritto come sistema di valori*, Milano, 2004

2) Altre opere

Amato Mangiameli, Agata Cecilia, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Padova, 2012

Amato Mangiameli, Agata Cecilia, *Filosofia del diritto penale. Quattro voci per una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2014

Arendt, Hannah, *Vita activa. La condizione umana*, (1958), trad. it. a cura di S. Finzi, Bompiani, Milano, 2000

Ballesteros, Jesús, *Contra la financiarización de la economía y la mercantilización de la sociedad*, in "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña", n. 17, 2013, pp. 55-68

Borsellino, Patrizia, *Morale, diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli*, in Ead., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999

Capograssi, Giuseppe, *Obbedienza e coscienza*, ora anche in Id., *Opere*, V, Milano, 1959, p. 200

Comitato Nazionale per la Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, approvato il 12 luglio 2012 e pubblicato il 30 luglio 2012

D'Agostino, Francesco, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1999

D'Agostino, Francesco, *L'obiezione di coscienza*, in Id., *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006

D'Agostino, Francesco, *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011

Carcattera, Gaetano, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969

Fuller, Lon L., *La moralità del diritto*, (1964), trad. it. a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986

Guardini, Romano, *La Rosa bianca*, (1958), ed. it. a cura di M. Nicoletti, Morcelliana, Brescia, 1994

Hart, Herbert Lionel A., *Il concetto di diritto*, (1961), trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965

Hobbes, Thomas, *Leviatano*, (1651), trad. it. di G. Micheli, La Nuova Italia, Firenze, 1981

Jonas, Hans, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, (1979), trad. it. di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino, 2002

Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, (1979), trad. it. di M. Losano, ETAS, Milano, 1985

Lévi-Strauss, Claude, *Le strutture elementari della parentela*, (1967), trad. a cura di A.M. Cirese, Feltrinelli, Milano, 1972

Lombardi Vallauri, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975

MacIntyre, Alasdair, *Animali razionali dipendenti. Perché gli esseri umani hanno bisogno delle virtù*, (1999), trad. it. a cura di M. D'Avenia, Vita e Pensiero, Milano, 2001

Manzin, Maurizio, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2014

Posner, Richard, *Sesso e ragione*, (1992), trad. it. di G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano, 1995

Ricotti, Remigio, *Obiezione di coscienza laica*, tesi dottorale, Roma, 2016

Sartea, Claudio, *Il lavoro come 'forma coesistenziale'*, in AA.VV., *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, a cura di B. Romano, "Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Giuffrè, Milano, 2010

Scholl, Inge, *La Rosa bianca*, (1993), trad. di V. Gallegati, ItacaLibri, Bologna, 2013

Smith, Adam, *La ricchezza delle nazioni*, (1776), trad. it. a cura di F. Bartoli, C. Camporesi e S. Caruso, Newton, Milano, 1995

Tejada Pinto, Paolo, *Los delitos culturalmente motivados de los miembros de las poblaciones indígenas y nativas en Latinoamérica*, tesi dottorale, Roma 2015

Trujillo, Isabel, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013

Verza, Annalisa, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2000