

Sergio Cotta sull'obbligatorietà giuridica: un dialogo possibile tra ontologia e filosofia analitica del diritto

Claudio Sarteà

Università degli Studi di Roma – Tor Vergata
claudio.sarteà@uniroma2.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-52

Sommario

L'impegno teoretico di Sergio Cotta dedicato alla giustificazione della norma giuridica è uno dei luoghi più interessanti della filosofia del diritto di fine secolo nella convergenza di prospettive analitiche e giusnaturalistiche. La recente ristampa del suo principale contributo in argomento, Giustificazione e obbligatorietà delle norme, offre l'occasione per attualizzarne 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 autore.

Parole chiave: Cotta; Giustificazione; Obbligatorietà; Norme; Coesistenza.

Abstract

The theoretical commitment of Sergio Cotta dedicated to the justification of the legal rules is one of the most interesting places in the philosophy of the law of the end of the century in the convergence of analytical and natural law perspectives. The recent reprint of its main topic on the subject, Giustificazione e obbligatorietà delle norme, offers the opportunity to update its reflection on the obligatory nature of norms, which is consciously placed at the crossroads of the main legal philosophical themes and has long been the subject of the philosophical work of this author.

Keywords: Cotta; Justification; Mandatory; Legal Rules; Coexistence.

INDICE

1	Obbligatorietà e giustificazione	964
2	Significato della giustificazione di una norma: oggetto, scopo, requisiti	965
3	Natura funzionale della giustificazione	967

4 Funzionale a che cosa? Coesistenze e coesistenza	969
5 Il dibattito Hart-Fuller sul diritto naturale minimo	971
6 Norme obbligatorie perché giustificate: due esempi cruciali	972
7 Conclusioni	973
Note	974

1 OBBLIGATORIETÀ E GIUSTIFICAZIONE

Obbligatoria, possiamo dire in via generalissima ed introduttiva, è la norma che viene percepita dal destinatario come meritevole di obbedienza. In tale percezione si coniugano profili interiori (il vincolo di coscienza, la condivisa ragionevolezza ed opportunità del contenuto della norma, il senso di appartenenza ad una comunità che si regge su regole di cui ciascun membro deve farsi carico, e così via), e profili esteriori, come la minaccia della sanzione per il caso di inottemperanza o la constatata effettività di tale minaccia o addirittura (teoria specialpreventiva della pena) l'esperienza di una pregressa punizione subita.

Le ragioni di questa percezione (e di questo riconoscimento, che come vedremo corrisponde al riconoscimento del carattere *giuridico* della norma), 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 pre-giudizio che la norma in quanto tale sia giustificata (perché è stata approvata da altri esseri umani ritenuti ragionevoli e/o competenti, o anche perché è stata 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 pensando agli Stati decenti di cui parla nel suo *Diritto dei popoli*¹) piuttosto che al di fuori di esso, anche e persino quando la sopravvivenza del sistema minaccia di mettere a repentaglio la propria stessa sopravvivenza (che poi è l'ipotesi esemplarmente incarnata da Socrate al momento in cui i suoi

discepoli gli suggerivano l'evasione come alternativa al suicidio in carcere: per coglierne la profondità *ideale*, basta rileggere il *Critone* di Platone).

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), nel suo testo fondamentale in argomento² Cotta propone alcune importanti 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 la spiegazione fattuale e soprattutto di principio della questione dell'obbligatorietà, riflettere sul concetto di giustificazione di una regola.

2 SIGNIFICATO DELLA GIUSTIFICAZIONE DI UNA NORMA: OGGETTO, SCOPO, REQUISITI

Richiesto di chiarire che cosa intenda per "giustificazione" della norma giuridica, in un altro testo fondamentale Cotta analiticamente distingue³ tra *oggetto* della giustificazione, *scopo* della giustificazione e *requisiti* 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"⁴. È chiaro che un motivo razionale di obbedienza alla norma (non l'unico, peraltro, né assoluto, giacché si salda con l'idea di razionalità dell'interprete e con la componente di essa ritenuta preponderante nella riflessione giusfilosofica), sarà pur sempre la ragionevolezza del contenuto della norma stessa: ovvero la constatazione che il comportamento ordinato o vietato è condivisibilmente inserito in uno schema di utilità comune. In mancanza di siffatto requisito, la condotta vietata apparirebbe *ictu oculi* incompatibile con la sopravvivenza del sistema normativo e forse persino del gruppo sociale.

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 decisive per lo sviluppo del presente discorso.

- Un motivo assai ricorrente di obbedienza è la *paura*. Va menzionato per primo perché si colloca all'origine di consolidate modalità di spiegazione del fenomeno giuridico: Thomas Hobbes vi costruisce l'intero sistema ordinamentale (con base dunque psicologica)⁵, Hans Kelsen sotto le mentite spoglie del suo proverbiale formalismo inverte norma primaria e secondaria

fondando la forza dell'imperativo sulla (minaccia della) sanzione⁶. Persino Hans Jonas, uno dei più rappresentativi esponenti dell'etica e della bioetica filosofica contemporanea, attribuisce alla paura una forza euristica⁷, 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 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 introdotte da Adam Smith⁸ ed alle più recenti analisi economiche del diritto⁹). 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 proposto: come spiega argutamente MacIntyre¹⁰ riprendendo un apologo proprio di Smith, il macellaio che si disinteressa dell'avventore colpito da infarto davanti al bancone della carne, adducendo a propria giustificazione il fatto che dei suoi avventori non gli interessa la salute, ma solamente il portafoglio, non è affatto immune da danno, compreso il danno economico legato alla compromissione sociale della sua immagine.
- L'*abitudine* si presenta come il terzo 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 citare un esempio, al dibattito vasto e complesso relativo ai reati culturalmente motivati¹¹, che oltre ad additare il criterio naturalista come punto di riferimento, probabilmente irrinunciabile, nella dialettica tra natura e cultura, 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 giudice¹².

I requisiti della giustificazione elaborati da Cotta¹³ sono cinque:

- la possibilità del comportamento prescritto (anche sul piano logico il nesso tra possibile e doveroso è stato più volte scandagliato¹⁴);
- la razionalità di tale comportamento, al di là della sua effettività (e qui rientrano in questione sia la prospettiva della giustificazione funzionale, che è chiaramente un ragionamento, sia la prospettiva 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*¹⁵);
- l'universalità di destinazione, senza irragionevoli distinzioni tra i consociati (sin dall'*Etica nicomachea* è chiaro che la giustizia consiste nel rispetto dell'uguaglianza in senso sostanziale: che è trattare in modo uguale situazioni uguali, e in modo diverso situazioni diverse); 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 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. Ad analoghi, insoddisfacenti risultati conduce il concetto giusrealista di effettività, di cui pure Cotta fornisce una critica persuasiva¹⁶.

Occorre dunque andare oltre il formalismo e l'empirismo, per 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, bensì funzionale. Tra i vari vantaggi, questa impostazione presenta anche quello di superare l'obiezione di fallacia naturalista, secondo quel che a suo tempo ha spiegato Carcaterra: “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 sia teoretica, vera-o-falsa: per la correttezza di una inferenza non è richiesta la validità o la verità delle premesse)¹⁷.

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 tanto più feconda nel campo delle scienze umane e delle discipline pratiche. Come ha osservato un altro degli allievi storici di Cotta, "la moderna logica del ragionevole, nel riprendere l'opposizione prima ricordata [tra argomentazione e dimostrazione, ragionevole e razionale, probabile ed apodittico, topica e retorica¹⁸], 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"¹⁹. 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"²⁰.

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 appunto *giuridica*), alla preesistenza di sistemi coesistenziali. La coesistenza è una categoria assoluta (una di quelle che Carcaterra chiamerebbe "leggi, in forma di assiomi o in forma di regole"²¹), 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 quando si avvia al declino ed alla morte. Ogni avvenimento rilevante della sua esistenza è intensamente relazionale e si configura, a ben guardare, come relazione. La relazione pertanto, nell'economia delle vicende umane, ha una consistenza costitutiva.

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 riferimento²²: come noto, per cerchi concentrici in aumento di diametro lo Stagirita spiega che la relazionalità umana (la "politicità" costitutiva che tutti ci caratterizza, condizionandoci e facendoci vivere) si sviluppa a partire dalla famiglia, la quale è necessaria condizione del venire all'esistenza di un nuovo essere umano. Possiamo dunque parlare anzitutto (primo cerchio relazionale) di familiarità, meglio che di famiglia, nel senso che l'uomo è costitutivamente familiare perché non inizia da solo²³: quello che Hannah Arendt chiamava natalità²⁴ 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 ("ci": a noi come coppia genitoriale ma anche noi come terra degli uomini) 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"²⁵.

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 (secondo cerchio), 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, ma anche più in generale sociali). Anche questa forma coesistenziale, per quanto non approfondita da Sergio Cotta (che comunque parla molto di amicizia

e carità anche nei suoi studi di filosofia giuridica e politica), 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 ricoprono il lavoro, le professioni, e le relazioni da esse occasionate²⁶.

L'ultimo livello, il terzo cerchio, 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 comune. "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"²⁷.

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 qui che s'innesta 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 giustificate correttamente rispetto a forme coesistenziali particolari vengano rifiutate dal soggetto in nome d'una coesistenza più ampia fino a quella universale e integrale"²⁸.

Intuitivamente, il problema ha molte manifestazioni: dai conflitti di lealtà politiche, alle possibili fratture tra identità professionale ed identità civica o individuale²⁹. È anche chiaro che potremmo trovarci qui di fronte all'immensa tematica dell'obiezione di coscienza, che, dalla figura mitologica e letteraria di Antigone alla Sophie Scholl in carne ed ossa 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 empiriche³⁰.

In ogni caso, il livello generale o universale è quello in *funzione* del quale la norma pretende giustificazione *ultimativa*. "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"³¹. Anche sul piano logico l'universalizzazione della finalità espressa da affermazioni come "*f* è incompatibile con le finalità di tutti" sorregge, come è stato dimostrato, l'imperatività del divieto di *f*: e quindi legittima anche a questo livello il passaggio dalla formulazione indicativa a quella imperativa³², senz'alcuna fallacia naturalistica.

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? Esistono realmente, in altre parole, regole che risultino indispensabili alla coesistenza tra gli esseri umani considerata come un bene in sé alla cui protezione è essenzialmente funzionale l'ordinamento giuridico, tanto che l'ordine da esso promosso è proprio la medesima coesistenza?

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 pre-dworkiniano di avvicinamento del positivismo giuridico al giusnaturalismo: 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"³³.

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"³⁴. 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 celebri³⁵: la vulnerabilità umana (derivante dalla naturale predisposizione alla lesione, fino alla 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 spinti 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"³⁶.

Spingendosi oltre la stessa proposta hartiana (constatato con Tommaso d'Aquino che "se lo scopo principale di un capitano fosse quello di preservare la sua nave, la terrebbe ancorata in porto per sempre"³⁷), Lon Fuller scrive: "Se fossimo obbligati ad individuare il principio che sostiene e incoraggia tutte le aspirazioni umane, lo troveremmo 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 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 *propriamente umano* di essere vivi, potremmo aggiungere noi: e dunque ciò che il diritto naturale, minimo o massimo che sia, dovrà promuovere e tutelare se ha a cuore le sorti dell'umano nel mondo (cioè se rimane consapevole del proprio senso: della propria *funzione* nel significato pregnante con cui ne fa uso Cotta).

6 NORME OBBLIGATORIE PERCHÉ GIUSTIFICATE: DUE ESEMPI CRUCIALI

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 pieno di riguardi quando si tratta di individuare i poteri dello Stato, pur di permettergli di conseguire il suo obiettivo fondamentale, che è garantire la sicu-

rezza 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'ingratitude (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 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 tutti, persino dagli hobbesiani⁴⁰; 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 degli altri: in tale saggio, dopo aver contrapposto in senso negativo ed in senso positivo diritto ed innocenza, giunge 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 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 chiusi, viene infatti garantita dal rispetto di questa regola di astensione dai rapporti sessuali intrafamiliari in vista di un'esogamia che moltiplica la comunicazione (caratteristicamente, come osserva Cotta, persino al di là dei limiti politici, cioè delle frontiere nazionali⁴³). Da questo divieto è stato addirittura dedotto il principio chiave della giuridicità, e non solo di quella familiare: perché mediante il tabù dell'incesto la cultura s'inserisce nella natura, e l'essere si coniuga con il dover essere. “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.

7 CONCLUSIONI

Si tratta come si vede soltanto di due esempi: che però si mostrano capaci di 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 infatti 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, ha anche il senso di fornire il più definitivo ancoraggio ontologico al diritto di famiglia. Non è dunque arbitrario sostenere che la proposta di Cotta sulla giustificazione dell'obbligatorietà della norma giuridica non solo appartiene al novero ristrettissimo delle tesi filosofiche che durano nel tempo fino a costituire un banco di prova necessario per qualunque nuova prospettiva teoretica, ma anche che in essa si condensano gli elementi di un dialogo possibile tra l'impostazione, cara al maestro fiorentino, metafisica o almeno ontofenomenologica, e l'impostazione analitica, per decenni vanamente divise nel dibattito scientifico.

NOTE

1. J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, (1993), trad. it di G. Ferranti e P. Palmieriello, Edizioni di Comunità, Milano 2001.
2. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Studium, Roma 2015 (l'opera ha fatto la sua prima apparizione nel 1981 per i tipi di Giuffrè, Milano).
3. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, p. 221.
4. *Ibidem*.
5. T. Hobbes, *Leviatano*, (1651), trad. it. di G. Micheli, La Nuova Italia, Firenze 1981.
6. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, (1979), trad. it. di M. Losano, ETAS, Milano 1985.
7. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, (1979), trad. it. di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino 2002.
8. A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, (1776), trad. it. a cura di F. Bartoli, C. Camporesi e S. Caruso, Newton, Milano 1995.
9. Cfr. per esempio R. Posner, *Sesso e ragione*, (1992), trad. it. di G. Rigamonti, Edizioni di Comunità, Milano 1995.
10. 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», 17 (2013), pp. 55-68.
11. 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, il prof. Paolo Tejada Pinto, è professore di filosofia del diritto presso la Universidad de Piura, Perù. Del problema, a causa dei flussi migratori da territori popolati da etnie

- e culture diverse da quella occidentale, si cominciano ad occupare anche giuristi e giudici nostrani.
12. 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.
 13. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., pp. 66 e ss.
 14. 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.
 15. Si vedano in proposito le ricostruzioni critiche del pensiero di Kelsen sulla norma fondamentale in A.C. Amato Mangiameli, *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Padova 2012, p. 41.
 16. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 51: "La pressione psicologica e l'abitudine spiegano (e, se si vuole, giustificano) l'obbedienza all'ordinamento, ma non la sua obbligatorietà".
 17. G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, cit., p. 612.
 18. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1975, p. 554. Aggiornamenti delle riflessioni su Perelman (di cui pure Cotta nel suo studio si occupava), 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.
 19. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 555.
 20. *Ivi*, p. 522.
 21. G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, cit., p. 611.
 22. Aristotele, *Politica*, I.
 23. Da queste idee promana tutta la filosofia della famiglia di uno dei maggiori allievi di Sergio Cotta, Francesco D'Agostino: cfr. F. D'Agostino, *Una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano 1999; Id., *Famiglia Matrimonio Sessualità. Nuovi temi e nuovi problemi*, Pagine, Roma 2014.
 24. H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, (1958), trad. it. a cura di S. Finzi, Bompiani, Milano 2000, p. 182.
 25. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 128.
 26. Del punto mi sono occupato in altra circostanza, che mi permetto qui di segnalare: Claudio Sarrea, *Il lavoro come 'forma coesistenziale'*, in B. Romano (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, «Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», Giuffrè, Milano 2010, pp. 771 e ss.
 27. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 113.
 28. *Ivi*, p. 224.
 29. Interessanti in tal senso le riflessioni di I. Trujillo, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna 2013, spec. pp. 57 e ss.
 30. Alla Rosa Bianca, Romano Guardini 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. Cfr. 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*, San Paolo, Milano 2004, pp. 153 e ss.; ma anche, prima di lui, G. Capograssi, *Obbedienza e coscienza*, ora anche in Id., *Opere*, V, Giuffrè, 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.
31. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 225.
 32. G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, cit., p. 543.
 33. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, (1961), trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965, p. 225.
 34. *Ibidem*.
 35. *Ivi*, pp. 225 e ss.
 36. *Ivi*, p. 232.
 37. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 2, art. 5. Il fine della nave è la navigazione.
 38. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, (1964), trad. it. a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano 1986, p. 238 (miei i corsivi).
 39. T. Hobbes, *Leviatano*, cit., 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*, cit., p. 28.

© 2019 Claudio Sartea & Forum. Supplement to Acta Philosophica



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

[Testo completo della licenza](#)