



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2017 ANNO II N.3.

La funzione promozionale del diritto nella crisi del normativismo kelseniano.

Considerazioni filosofico giuridiche.



di Francesco Zini pp. 29-41 articolo rivisto



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA ANNO 2017, II, N.3

LA FUNZIONE PROMOZIONALE DEL DIRITTO NELLA CRISI DEL NORMATIVISMO KELSENIANO.

di Francesco Zini

Abstract

The promotional function of law in crisis with the crisis of Kelsen normativism. The claim formalist can not found a purpose not hierarchically higher regulated directions within the legal system. This "failure" was analyzed by Sergio Cotta which proposed the onto phenomenological analysis of the legal basis as a possible way out to rediscover the meaning of legal structure.

Key words: promotional function, philosophy of law, natural law.

Riassunto

La funzione promozionale del diritto entra in crisi con la crisi del normativismo kelseniano. La pretesa formalista non riesce a fondare una finalità non gerarchicamente sovraordinata all'interno del sistema giuridico ordinamentale. Tale "fallimento" è stato analizzato da Sergio Cotta che riproponeva l'analisi ontofenomenologica del fondamento del diritto come possibile via d'uscita per ritrovare il significato della struttura del diritto.

Parole chiave: funzione promozionale, filosofia del diritto, giusnaturalismo

Francesco Zini, ricercatore confermato dell'Università degli Studi di Verona, Dipartimento di Scienze Giuridiche - Francesco.zini@univr.it

1. Il diritto promozionale come problema filosofico giuridico

Uno dei significati della crisi attuale dei sistemi giuridici di *civil law* o in generale della pretesa di riqualificazione giuridica dei fatti attraverso un continuo procedimento di sussunzione normativa, risiede proprio nella crisi del "valore promozionale del diritto" nell'accezione particolare del procedimento di sussunzione tra un fatto e un norma giuridica.

Appare sempre più difficile qualificare giuridicamente i “nuovi fatti” con norme che si intersecano tra di loro sovrapponendo i principi e gli insiemi normativi determinando continue aporie e contraddizioni tra le fonti e la giurisdizione. La pluralità delle fonti normative insieme all’eterogenesi delle *ratio* legislative fanno emergere continue “sovrastrutture meta-giuridiche” che mostrano come il monopolio della norma positiva sia ormai assente. La stessa grande *divisio* tra diritto e morale divenuta “icastica rappresentazione” del non cognitivismo etico o dell’incommensurabilità dei valori non trova più ragione in un sistema talmente complesso dove continuamente emerge una volontà interpretativa (anche minoritaria) che si “autopone” (con un’autentica *autopoiesi* normativa) come una vera e propria ermeneutica della verità contingente e delle convinzioni in quel momento maggioritarie¹

Sia sul lato della produzione normativa (o come meglio si dovrebbe dire della *governance* giuridica), sia sul lato dell’applicazione pratica degli operatori del diritto si manifestano interpretazioni teleologiche che fanno riferimento a convincimenti o valori dei singoli *iudex*, affermando di volta in volta un diritto positivo vigente *de iure condendo*, che tende a divenire una sorta di “diritto negativo”, riducendo la casuistica dei fatti ad una determinata visione e ad una volontà giuridica sia sul piano nomostatico che su quello nomodinamico.

In un tale scenario di ripensamento e di risemantizzazione del diritto non come mera espressione di una forza eteronoma costituita, una possibile linea di “resilienza giuridica” potrebbe darsi dalla riconsiderazione delle c.d. sanzioni positive attraverso la funzione promozionale del diritto. Il senso etimologico del “sancire”, rimanda al “rendere stabile”, “confermare”, a sua volta da *sacer*, “rendere sacro e inviolabile” un fatto o un atto, attribuendo un valore promozionale del diritto, attraverso il suo “riconoscimento” giuridico positivo, in cui la norma afferma l’obbligo di fare e non fare attraverso un precetto performativo. In questo senso sanzionare giuridicamente un fatto o un atto implica “riconoscere” a quel fatto un valore giuridico e in quanto tale una struttura relazionale originaria, dotata intrinsecamente di valore giuridico.²

Uno rischi nell’ambito dell’attuale crisi del diritto pubblico statale, risiede nell’avvallare continuamente un diritto privato individuale, inteso nella sua funzione promozionale rischiando, a sua volta di trasformarsi in uno strumento di manipolazione e coercizione dei singoli cittadini. Infatti un diritto promozionale riconoscendo determinati diritti umani, sociali o semplicemente individuali promuove “intrinsecamente” dei contenuti di libertà presenti in quegli stessi diritti. Ora, se il riconoscimento dei diritti di libertà implica una loro promozione concreta e “materiale” (sia nelle prassi che nell’interpretazione) allora il “rischio” effettivo è

¹ Rinunciando alla sua struttura giuridica si perde la distinzione tra diritto e morale, come si evince dal testo di Catelani: “Il fatto che il destinatario, nella sua interiorità, aderisca o meno al precetto, non cambia in alcun modo la struttura giuridica e la funzione imperativa propria dell’atto normativo, in quanto incidente sulla struttura della società e condizionante del comportamento degli uomini” (Catelani 2013: 72).

² Così D’Agostino, (1989: 303-328), oltre che più in generale Bobbio (1969).

che desideri individuali diventino strumenti per il raggiungimento dei fini programmati dallo stato.³

Tale “riduzione” apre alla domanda fondamentale se i fini dello stato coincidono o meno con i fini dei diritti della persona, interrogandosi sul contenuto sostanziale dei fini, sull’essere dell’uomo e sul rapporto tra quest’ultimo e il dover essere determinato dalla norma giuridica, e infine se sia o meno conoscibile un valore comune (assiologico) non solo descrittivo (Bobbio 1969: 1313-4).

In questo senso il diritto promozionale implica un cognitivismo etico-giuridico che riconosca dei valori quantomeno condivisi, positivizzati nei diritti di libertà negativi e positivi. Ora il concetto di funzione promozionale del diritto, deriva direttamente dalla premialità giuridica in prima istanza almeno sotto il profilo pubblico, in cui il diritto privato “pubblicizzato” viene inteso nella sua funzione promozionale e si trasforma in uno strumento di “manipolazione e coercizione” dei cittadini. Secondo la teoria della funzione promozionale del diritto, lo Stato non assume unicamente una funzione preventiva e repressiva dei comportamenti socialmente indesiderati, ma *stimola attivamente gli individui ad operare per il compimento di atti e comportamenti socialmente desiderabili*, avvalendosi di incentivi e premi (Bobbio 1977).

Tale promozionalità giuridica risulta conoscibile solo attraverso dei fini pubblici riconoscibili e perciò si differenzia sia dallo sviluppo dell’analisi strutturale che dell’analisi funzionale del diritto, ed in particolare secondo Bobbio su come l’analisi strutturale sia stata studiata da Kelsen. Anche secondo Cotta la causa principe del mancato sviluppo dell’analisi funzionale del fenomeno giuridico viene individuata nell’ordinamento coattivo di cui Kelsen è convinto sostenitore. Se l’ordinamento giuridico statale è tale solo in quanto coattivo, cioè fondato sulla capacità coercitiva di sanzionare attraverso una sanzione negativa l’illecito giuridico, allora la funzione teleologica (dei fini) dell’ordinamento giuridico si riduce a coercizione coattiva.⁴

2. La funzione promozionale del diritto

In realtà la questione della funzione promozionale del diritto appare più complessa e intrinseca alla stessa definizione semantica (si dovrebbe dire “ontologica”) del termine “diritto” come “diritto”, inteso come “verso”, “direzione ordinata”, opposto a ciò che è “storto o deviato”. In questo senso il diritto rimanda sempre *ad* una visione (pubblica) di regolamentazione giuridica dei comportamenti materiali dei consociati di una determinata comunità sociale

³ Sul punto di vista l’ultimo testo di Francesca Zanuso sul tema del desiderio come fondamento del diritto (Zanuso, 2015). Tale impostazione promozionale del diritto avrà innumerevoli conseguenze ad esempio sulle problematiche biogiuridiche sia di inizio che fine vita in relazione sia

⁴ In questo contesto Kelsen individua nella pace sociale il fine statale e ordinamentale da perseguire e promuovere, contraddicendo l’interpretazione bobbiana. Tale considerazione appare mitigata da Kelsen nel saggio *General Theory of Law and State* afferma: “il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace sociale” (Kelsen 1952: 21). In altro passaggio Kelsen: “Non si può con ragione ritenere che lo stato di diritto sia necessariamente uno stato di pace, e che l’assicurare la pace sia una funzione essenziale del diritto. Si può ritenere soltanto che lo sviluppo del diritto abbia questa tendenza” (Kelsen 1966: 40). Tale aspetto è ribadito da Catelani quando afferma: “Il diritto adempie ad una funzione sociale di garanzia dell’esistenza, sotto l’aspetto strutturale, della società, e tale esigenza è eticamente valida”.

“verso” un fine come la pace sociale, o la simmetria relazionale. In un tale aspetto del fenomeno giuridico si inserisce sia la funzione sanzionatoria, come interpretata nel sistema kelseniano della coercizione statale-pubblica, sia la dimensione promozionale del diritto in cui la norma afferma l’obbligo di fare e non fare attraverso un precetto performativo secondo uno schema promozionale:

ciò che si può (giuridicamente) fare - è lecito (giusto) farlo;

in senso opposto:

ciò che non si può (giuridicamente) fare - è illecito farlo- quindi è sanzionato.

Come vedremo nella sistematica ordinamentale (nomostatica) di Kelsen la sanzione giuridica implica un riconoscimento del valore positivo dell’agire attraverso il riconoscimento del bene giuridico intrinseco al precetto normativo. In questo ambito si inserisce la funzione promozionale del diritto, (nel momento che permette di fare o vieta di non fare qualcosa), intrinsecamente promuove quel comportamento o lo vieta secondo lo schema sillogistico di base in cui la premessa minore costituisce non solo il riconoscimento di un agire, ma la promozione di un bene giuridico secondo lo schema logico: “se si può fare (qualcosa) – riconosciuto giuridicamente - allora (in qualche modo) si “deve” fare quella cosa, perché è promossa giuridicamente.”

D’altro canto la premessa maggiore è richiamata dall’altro postulato:

“è un bene (giuridico) che si faccia ciò che è possibile (giuridicamente) fare”.

Quindi se qualcosa (atto o fatto) è permesso, allora l’oggetto del fare o il contenuto dell’azione intrinseca al fare, potrebbe acquistare un “valore promozionale” che investe anche il valore del riconoscimento sociale:

“se si può fare allora è giusto farlo e promuoverlo”.

In questo senso l’accettazione che implica il riconoscimento pre-giuridico di un valore, si qualifica allora come un giuspositivismo inclusivo, dove la costruzione della norma o la *ratio* ideologica acquista un valore performativo capace di incentivare attraverso la regolamentazione giuridico la pratica sociale. Da qui il valore strutturale del diritto che “struttura” (co-struisce o de-struttura) la società nei comportamenti deiconsociati, modificando i contenuti dei loro comportamenti.⁵

⁵ In questo caso il livello giuridico certamente subisce un’influenza dai comportamenti sociali; ma il livello politico-legislativo (l’indirizzo bio-politico della *governance* giuridica) identifica negli orizzonti giuridici la pratica sociale attraverso il consolidamento di consuetudini o abitudini che non possono definirsi solo come artificiali vs naturali in riferimento al dato normativo o linguistico: “L’esame semantico della norma avvicina la stessa al dato sociale, perché si traduce nel comprendere quello che è il significato dell’espressione normativa secondo la società nella quale la norma è inserita” (Catelani 2013:244).

In questo senso il diritto indirizza e dirige le azioni anche quando, (come nel caso del libertarismo giuridico), lascia la libertà di agire o di riconoscere di volta in volta i suoi limiti. Nella stessa rinuncia a conoscere i valori o nel non-cosmo-gnitivismo etico dell'incommensurabilità dei valori o nello stesso nichilismo-negazionismo giuridico del *laisser-faire* si configura sempre un'indicazione, una direttiva dell'agire. La definizione giuridica permane sempre nel legislatore (secondo un principio maggioritario) sia nel livello di *governance* legislativa, che appare qualificante la stessa norma giuridica, sia nella determinazione della logica funzionalistica, dove sembra prevalere il c.d. potere contrattuale delle parti. La presunzione kelseniana di un diritto dis-staccato dalla costituzione materiale, ideologizzando un paradigma imperativistico "puro", "razionalista", "scientifico", isolato e scevro da condizionamenti sociali, filosofici, ideologici o antropologici entrato definitivamente in "crisi" e per certi versi fallisce la sua purificazione. Il diritto *struttura la società* e il diritto è a sua volta espressione dalla forza "performatrice" del livello meta-giuridico, che ne imprime la *ratio*, e le dia l'*incipit*. Questo processo, non più legislativo perché esula anche dal processo di formazione della legge, può avvenire anche per via giurisprudenziale sui casi singoli, ma sempre attraverso una promozione, un convincimento, una scelta di idee, di prospettive, di valori, di decisioni e di significati, che magari acquisteranno ulteriori, ma sempre partono e si definiscono attraverso una "positivizzazione" sia legislativa che giurisprudenziale.

3. Lex iniusta non est lex? La crisi del normativismo e l'origine del diritto secondo Sergio Cotta

Il significato di *lex* di obbligo richiama la radice del "legame e della scelta", ma ancora più interessante è il significato di norma, dal latino *normalis* «perpendicolare», che ha sua volta rimanda ed è direttamente connesso a quello etimologico di norma «squadra». Da tale connotazione geo-grafica si percepisce come il luogo della norma giuridica indica una "posizione attiva" che segna una direzione (promozione di un senso). La norma ci dice che la "normalità del senso" che indica una direzione, una "traccia da seguire" per agire nelle possibilità del *facere*. Ancora più interessante il termine "diritto" derivato dal tardo latino *dirictum*: infatti "dirictum" aveva sostituito il classico *directum*, participio passato del verbo *dirigere*, *de* e *regere*, che aveva il significato originario di eseguire un movimento in linea retta, e in particolare di *indicare una direzione o tracciare la via*.

Da questi significati "primitivi" di *dirigere* hanno avuto luogo i collegamenti tra i termini diritto, "dritto", "diretto" e anche "retto," sia in senso proprio che figurato, come avviene per il suo opposto con il termine "storto". Come vedremo seguendo questa impostazione sostanzialista la funzione promozionale del diritto va intesa del senso del giuspostivismo inclusivo che supera la dicotomia tra diritto e morale per introdurre un piano argomentativo

“verticale” nel senso di affrontare e di prendere “sul serio” la questione della sostanza universale del diritto e non rimuoverla o ridurla a mero oggetto pratico contingente.⁶

Se il diritto indica (promuovendo) un “verso”, un’indicazione, un senso di marcia, tale indicazione acquista un valore prescrittivo e direttivo, inteso come doveroso. In questo senso il diritto allora diviene condizione del percorso dell’agire, un’indicazione di ciò che deve essere fatto per realizzare quella condizione originaria. Tale affermazione viene negata dal normativismo kelseniano quando afferma una dottrina normativa autonoma: “Questa dottrina (la dottrina pura del diritto) non considera lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall’ordinamento giuridico, ma considera soltanto l’ordinamento giuridico stesso e considera questo ordinamento nell’autonomia propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo” (Kelsen 1952: 17).

Nelle parole di Kelsen vediamo la promozione di un concetto astratto di funzione promozionale “debole” del diritto, in cui il diritto consiste in una tecnica di controllo sociale, attuato incentivando (con premi, ricompense, utilità) i comportamenti ritenuti vantaggiosi e auspicabili per la società e, al contrario, inibendo (con oneri e vincoli) quelli incompatibili con gli orientamenti adottati dal sistema socio-giuridico. In tale concezione la funzione promozionale implica che il diritto svolga un’attività di persuasione e di educazione nei confronti dei consociati, affinché questi considerino l’attività normativa del legislatore come “opportuna” o condivisibile secondo modelli ad esempio si direbbe oggi di *soft law*, ossia come rispondente ai propri interessi e non come meramente imposta.⁷

Per tale motivo Kelsen non “vede” che il diritto quando realizza la virtù metaetica della giustizia *ius quia iustum*, la giustizia relazionale costituisce il limite della forza coercitiva.⁸ Tale limite è sottolineato da Cotta sul piano ontologico-giuridico: il diritto è *giustamente* “limitato” e “finito” perché l’uomo è de-finito dalla sua “finitezza”.

Da questa finitezza esistenziale risulta che l’uomo-individuo “è” sempre e necessariamente “incompiuto, particolare e contingente”, infatti afferma Cotta: «l’individuo empirico, per il suo stesso agire, si rivela in sé incompiuto, particolare, contingente[-storico], ossia non perfetto, non universale, non eterno ma, in una parola finito”. Proprio questo carattere che rende

⁶ Come sottolineato da Catelani: “La presenza, in una società organizzata, di un complesso di valori ideali, è esigenza insopprimibile della natura umana; perché attraverso la vita associata si proietta, si manifesta la personalità dei singoli in un più complesso corpo sociale, il quale non può sussistere su presupposti esclusivamente utilitaristici, ma ha proprie necessità spirituali, che sono i riflessi di quelle connaturate ai propri componenti” (Catelani 2013: 161).

⁷ Quanto alla prima prospettiva, l’idea di riparazione impone di riflettere sulla natura delle condotte antagonistiche dell’offesa, sulla loro tipizzazione, sull’opportunità/praticabilità di strumenti premiali e di meccanismi estintivi del reato legati a condotte riparatorie, siano esse o meno collegate ad un percorso di mediazione. Spazi di riflessione sono sollecitati dalla giustizia riparativa anche per quanto riguarda la gestione della criminalità delle imprese: si pensi alle questioni teorico-pratiche legate alla praticabilità della mediazione quando una delle parti sia una persona giuridica (impresa o ente rappresentativo di interessi diffusi) e alla natura delle condotte riparatorie atte a paralizzare l’applicazione delle misure interdittive per gli enti. Riparazione, premi e incentivi morali vengono studiati come metodi atti a condizionare comportamenti di «gruppi» organizzati.

⁸ Ora i limiti della sovranità statale nel diritto postmoderno di stampo liberale sono autoposti come nemesi dell’autoritarismo. Non c’è più *auctoritas* esterna ed eteronoma che impone il fondamento. Da qui il paradosso dell’individuo-cittadino postmoderno che è “solo” nel suo solipsismo; ma chiede di sapere i limiti del suo agire (Bobbio 1992 e Mancini 1986).

l'uomo *nel* mondo, e ciascun individuo non assoluto, implica che l'individuo non può essere pensato né può pensare da solo: «pensare un ente finite implica necessariamente la pensabilità, nelle dimensioni sincronica e diacronica, di altri enti similmente finiti» perché ciò che è incompiuto, particolare e contingente[-storico] (ossia finito) non può esaurire l'essere e presentarsi quale individualità totale e unica (...) è necessariamente individualità accanto ad altre» (Cotta 1991: 66).

Da qui il fondamento della relazionalità ontologica “giusta” perché pre-condizione esistenziale, poiché nell'altro l'uomo scopre il suo confine, il suo limite ontologico. Secondo Cotta è possibile osservare come l'uomo non è solamente “incompiuto, particolare, contingente”: ma è anche colui che avverte il “desiderio” (e in senso etimologico la *mancanza*) dell'infinito. Tale condizione ontologica apre l'uomo ad una nuova possibilità: l'apertura del *sinolo* (al finito ed all'infinito), in cui di fronte all'indigenza l'uomo si pone “al di là della finitezza” ed ha la capacità di trascenderla, collocandosi nella prospettiva dell'infinito.

Tale condizione ontologica è secondo Cotta “una finitezza qualificata dall'infinità”; inoltre *l'infinità non è semplice indefinitezza*: «solo nel confronto con questo [l'infinito] e non con l'indefinito che è nozione previa e neutrale rispetto a quella di finito e infinito, tra loro opposte – il finito è avvertibile come indigente» (Cotta 1991: 91).

Da qui la problematizzazione dei dubbi, le aporie e le contraddizioni di cui Cotta assume la “radicalità”, ma che gli permettono di dare al diritto un valore “strutturale”, superando la negazione di quella sorta di “apofatismo misterioso”, sempre aperto a nuove argomentazioni rifondative. Il pensiero di Cotta si rivela “catafatico”, in quanto capace di scorgere una “luce sulla realtà del diritto”, oltre lo slittamento giurisprudenziale del caso per caso e della crisi dei grandi sistemi ordinamentali, con la loro pretesa di chiusura e completezza.

Da qui lo sforzo cottiano di affrontare il problema “fondativo” del diritto e la ricerca di superare quella grande divisione della fallacia naturalistica tra giudizi di fatto e giudizi di valore. Oltre la biforcazione sintetica (si direbbe in un linguaggio post-moderno), del diritto dalla morale e dalla politica, trasfigurando la norma da un asettico e sterile criterio di scientificità, verso una ri-apertura al valore e al senso profondo del diritto oltre la crisi del normativismo kelseniano.

La pretesa purificatrice kelseniana “fallisce” nella sua pregiudizievole esclusione formale della questione fondativa del diritto, come affermato da Kelsen: “se viene indicata come dottrina «pura» del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare la scienza del diritto da tutti

gli elementi che le sono estranei. Questo è il principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti” (Kelsen, 1952: 47).⁹

In questo senso Kelsen esclude che la scienza del diritto possa essere contaminata o eterodiretta da altre scienze, come più volte ribadito la scienza giuridica deve *descrivere a-valutativamente* il suo oggetto di studio e di ricerca: “La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. E’ una teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali. Essa come teoria, vuole conoscere esclusivamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto e non politica del diritto”.¹⁰

Con ciò Kelsen esclude ogni domanda sul fondamento del diritto o su quali fini siano perseguibili o promuovibili. Se compito del giurista è descrivere lo *status quo de iure condito* escludendo ogni valutazione sul *de iure condendo*, il suo compito appare solo recettivo e ricognitivo-sistematico: la sua interpretazione sempre restrittiva e letteralmente fondata su criteri gerarchici. D'altronde la struttura della *grundnorm*, della norma fondamentale, non ha una sostanza “definibile”, perché è presupposta da un’ autorità che si autopone nella norma di chiusura del sistema ordinamentale, come fonte ultima dell’*auctoritas* ordinamentale. Tale norma fondamentale è *presupposta a priori* (con il rischio di diventare pre-razionale), poiché posta da una volontà normativa che impone la sua *voluntas*, ponendosi come imposizione-affermazione o *argomento di autorità* o ad esempio di un qualsivoglia potere contrattuale (Kelsen 1966: 217).

⁹ La purificazione del diritto dai valori fallisce non solo sul piano simbolico ma poiché il positivismo giuridico diviene negativismo giuridico quando al diritto positivo prevede la sua stessa negazione. Perciò dietro questa pretesa asetticità del rigore scientifico, anche il giuspositivista esclusivo (della netta separazione tra diritto e morale o il non cognitivista etico dell’ incommensurabilità e non conoscibilità dei valori), poi arriva con un accordo e/o un contratto a scegliere dei simboli o dei valori fondanti, fossero anche solo la “ragionevolezza”, completezza o la mancanza di lacune normative, riproponendo pseudo-valori deboli, spesso in contraddizione o confusi tra loro ma che implicano pur sempre delle scelte normative eterodosse (Hart 1965).

¹⁰ In altro passo Kelsen appare più chiaro e preciso nella definizione di coercizione statale in riferimento alla teoria della validità delle norme giuridiche in relazione alla norma fondamentale: “Alla domanda, perché un dato atto coercitivo - ad esempio, il fatto che un individuo privi un altro individuo della sua libertà mettendolo in prigione - sia un atto giuridico, si risponde: perché ciò è stato prescritto da una norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Alla domanda, perché questa norma sia valida come parte di un ordinamento giuridico determinato, si risponde: perché essa è stata creata in conformità a una legge penale. Questa legge, infine, trae la sua validità dalla costituzione, essendo stata emanata dall’organo competente nel modo prescritto dalla costituzione. Se domandiamo perché la costituzione è valida, risaliamo forse a un’altra costituzione più antica. Da ultimo arriviamo a una costituzione che è storicamente la prima che venne dettata da un singolo usurpatore o da una qualche assemblea. La validità di questa prima costituzione è il presupposto ultimo, il postulato finale, dal quale dipende la validità di tutte le norme appartenenti al nostro ordinamento giuridico. Si postula, cioè, che ci si debba comportare così come hanno ordinato l’individuo o gli individui che hanno dettato la prima costituzione. Questa è la norma fondamentale dell’ordinamento giuridico preso in considerazione. Il documento che contiene la prima costituzione è una costituzione reale, una norma vincolante, solo a condizione che si presupponga che la norma fondamentale sia valida. Solo in base a questa presupposizione le pronunce (*declarations*) di coloro ai quali la costituzione conferisce il potere di creare norme sono norme vincolanti. E’ questa presupposizione che ci consente di distinguere fra gli individui che sono autorità giuridiche e gli altri individui che non consideriamo tali, fra gli atti di esseri umani che creano norme giuridiche e gli atti che non hanno questo effetto. Tutte queste norme giuridiche appartengono a un unico e medesimo ordinamento giuridico perché la loro validità può essere ricondotta – direttamente o indirettamente – alla prima costituzione. Che la prima costituzione sia una norma giuridica vincolante è presupposto; e la formulazione di questo presupposto è la norma fondamentale di questo ordinamento giuridico” (Kelsen 1952: 47 e 115). Successivamente Alf Ross, (1899-1979) elaborerà il concetto di validità normativa con efficacia realistica dei precedenti giurisprudenziali (Ross 1982).

Tale limite riduzionistico del normativismo kelseniano è stato messo in luce proprio da Cotta quando riafferma il carattere semantico e assiologico del diritto, chiamato non a descrivere o redigere i fatti attraverso una mera sussunzione formale, ma a valutarne i significati in coerenza ad un'idea di uomo: “Questo aspetto esteriore è ora, in tutti i casi, un fatto sensibilmente percepibile perché si svolge nel tempo e nello spazio, è un frammento di natura che, come tale, è determinato secondo la legge della causalità. Ciò che trasforma questo fatto in un fatto giuridico (in un atto illecito) è, non già la sua realtà di fatto, in quanto tale, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato casualmente, ma è bensì il senso oggetto che è unito a questo atto: il suo significato” (Cotta 1991:50).

Perciò secondo Cotta il nesso casuale (nesso naturale) è fondamento del nesso di imputazione normativo: se è vero che il dover essere è “della” morale, il dover essere è anche nel nesso di imputazione che regola i fatti giuridici distinguendoli dai fatti naturali che invece soggiacciono a leggi di natura e quindi a leggi dell'essere nel nesso causale. In altro senso kelseniano è nell'imputazione che c'è il diritto umano come fatto atto artificiale e non naturale, che si impone nella qualificazione giuridica; il resto sono norme o regole di comportamento di buona educazione o consuetudinarie o morali, perciò il diritto non si può ridurre a norma fondamentale che regola solo la sola produzione di norme inferiori. Perciò secondo Cotta è solo nel richiamo costante alla relazionalità interpersonale in cui ciascuno lascia all'altro la libertà di agire (verrebbe da dire di *donarsi* all'altro, in ciò che ha da dare in termini di crescita della relazione verso una maggiore “unità interpersonale”), evitando l'abuso della libertà e dei diritti di libertà. In tale dinamica relazionale, l'altro non è nemico o *socius* o parte contrattuale o attore/convenuto, o cittadino o semplicemente soggetto di diritto, ma *amicus* in quanto capace di dare e ricevere segni e significanti, in cui si configura il fondamento del “dovere relazionale”. La relazione si crea quando si attua quel dovere di “dar-si-in-ciò-che-si-è” (nel senso di ciò che si ha di più vero e di autentico, “il dono di sé” e nel dovere di ricevere ciò che l'altro ha-da-dare, se ha scoperto di averlo, il dono), si instaura *allora* una relazione virtuosa, perché accresce il valore l'autenticità dell'esistenza singola, proiettandola su un piano giuridico “trasfigurato”, scrive Cotta: «Prendere in considerazione il diritto prescindendo dalle valutazioni, positive o negative, che ne vengono date in seguito a uno sguardo dall'esterno. Occorre (...) procedere a una indagine attenta che ne individui il senso e possa accertarne o meno l'autenticità esistenziale» (Cotta 1994: 566).

L'assolutizzazione del puro egoismo conduce all'estraneità dell'altro con la conseguente riduzione del diritto all'impiego autoritario della violenza giuridica, mentre il diritto deve *prendere in considerazione l'aspetto ontologico dell'uomo*: “il fondamento aletico del discernimento assiologico del dover essere normativo di cui, in quanto fondamento da essi non

condizionato, costituisce il criterio oggettivo di qualsiasi giudizio, della loro validità” (Ibidem: 45).

4. Conclusioni

In queste ultime osservazioni di Cotta è possibile ravvisare come la crisi del positivismo giuridico kelseniano ha messo a nudo la debolezza del sistema formalistico giuridico che rinunciando a porsi la domanda sul “perché del diritto” e dell’obbedienza alle norme giuridica ha perso la consistenza giuridica di difesa del soggetto debole e del *neminem laedere* (Cotta 1997). Tale ambito è ravvisabile proprio a partire dalla funzione promozionale de diritto, che in quest’ottica appariva come unica finalità accettabile e condivisibile di regolamentazione giuridica.

Anche la finalità debole e *soft* del semplice riconoscimento e accettazione dell’autorità competente o del singolo utilizzatore finale, ha solo spostato il problema del fondamento ontologico del diritto oltre il muro dell’incommensurabilità dei valori, facendo riemergere il carattere autoritativo delle mera forza legislativa. Solo riprendendo la faticosa salita della risemantizzazione del diritto naturale, sull’esempio del percorso ontofenomenologico di Sergio Cotta: solo allora sarà possibile ridare il significato al diritto e uscire dalla “ crisi” della sua struttura giuridica, recuperando il suo carattere essenzialmente “donativo”. Se il diritto naturale “ritrova” il suo essere essenzialmente un “dono gratuito di senso dell’agire”, (perdendo il suo carattere autoritario-imperativo o semplicemente formale-precettivo), allora potrà riacquistare una nuova naturalizzazione del diritto (Zini 2011).

Riferimenti bibliografici

Barberis F. (2008), *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, (Torino: Giappichelli).

Bobbio N. (1972), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, (Milano: Giuffrè).

Bobbio N. (1969), *Sulla funzione promozionale del diritto*, XXIII, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*: 1312-1329.

Bobbio N. (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, (Milano: Edizioni di Comunità).

Bobbio N. (1979), *Il positivismo giuridico*, (Torino: Giappichelli).

Bobbio N. (1990), *Profilo Ideologico del '900*, (Milano: Garzanti).

Bobbio N. (1997), *Il positivismo giuridico*, (Torino: Giappichelli).

- Bobbio N., (1969) s.v. *Sanzione*, in *Novissimo Digesto*, (Torino: Utet) XVI.
- Catania A. (2006), *Teoria e filosofia del diritto. Temi, problemi, figure*, (Torino: Giappichelli).
- Catelani A. (2013), *Il diritto come struttura e come forma* (Soveria Mannelli (CS): Rubbettino).
- Cattaneo M.A. (1966), *Il positivismo giuridico inglese (Hobbes, Bentham, Austin)*, (Milano: Giuffrè).
- Cavalla F. (1996), *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, (Padova, Cedam).
- Cavalla F. (2010), *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense* (Milano, Franco Angeli).
- Cotta S. (1975), *L'uomo tolemaico*, (Milano: Rizzoli).
- Cotta S. (1981), *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, (Milano: Giuffrè).
- Cotta S. (1989), *Diritto, persona, mondo umano* (Torino: Giappichelli).
- Cotta S. (1991), *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, (Milano: Giuffrè).
- Cotta S. (1994), *Conoscenza e Normatività. Una prospettiva metafisica*, in *Conoscenza e Normatività*, LXXI, n. 4 *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 566-70.
- Cotta S. (1997), *Soggetto umano, soggetto giuridico*, (Milano, Giuffrè).
- Cotta S. (2004), *Il diritto come sistema di valori*, (Milano: San Paolo).
- Cotta S., (1997) *Soggetto umano, soggetto giuridico*, (Milano: Giuffrè).
- D'Agostino F. (1989), s.v. *Sanzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, (Milano: Giuffrè) 303-328.
- D'Agostino F., (1996) *Filosofia del diritto*, (Torino: Giappichelli).
- D'Agostino F., (2005) *Filosofia del diritto*, (Torino: Giappichelli).
- D'Agostino F., (2006) *Parole di giustizia*, (Torino: Giappichelli).
- Fassò G., (1964) *La legge della ragione*, (Bologna: Il Mulino).
- Hart H. (1964), *Contributi all'analisi del diritto*, (Milano: Giuffrè).
- Hart H. (1965) *Il concetto di diritto [1961]*, (Torino: Einaudi).

- Hart H. (1968), *Legge, libertà e moralità*, (Catania: Bonanno).
- Hart H. e Rawls J. (1994) *Le libertà fondamentali*, (Torino: La Rosa).
- Jori M. (1987), *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, (Milano: Giuffrè).
- Kelsen H. (1945), *General Theory of Law and State*, (Cambridge: Harvard University Press), trad.it.: Cotta S.- G. Treves G. (1952), *Teoria generale del diritto e dello Stato* (Milano: Edizioni di Comunità).
- Kelsen H., (1960) *Reine Rechtslehre*, Wien; trad. it. Losano (1966), *La dottrina pura del diritto*, (Torino: Einaudi).
- Loche A. (1997), *Moralità del diritto e morale critica. Saggio su Herbert Hart*, (Milano: Franco Angeli).
- Mancini I. (1986), *Filosofia della prassi*, (Brescia: Morcelliana).
- Maritain J. (1984), *Nove lezioni sulla legge naturale* (a cura di F. Viola), (Jaca book: Milano).
- Mathieu, V.(1989), *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, (Torino: Giappichelli).
- Opocher E. (1993), *Lezioni metafisiche sul diritto*, (Padova: Cedam).
- Passerin d'Entrèves A. (1954), *La dottrina del diritto naturale*, (Milano: FrancoAngeli).
- Piovani, P. (1964), *Giusnaturalismo ed etica moderna*, (Bari: Laterza).
- Ricoeur, P. (1995) *Lejuste*, Editions Esprit, Paris; tr. it. a cura di D. Iannotta, (1998) *Il Giusto*, (Torino: SEI).
- Rommen, H. (1965), *L'eterno ritorno del diritto naturale* (Roma: Studium).
- Ross A. (1982), “*Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo*” in Id. (1960), *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, (Bologna: il Mulino).
- Scarpelli, U.(1997), *Cos'è il positivismo giuridico*, (Napoli: ESI).
- Schiavello A., (2004), *Il positivismo giuridico dopo Herbert Hart*, (Torino: Giappichelli).
- Schiavello, A. e Velluzzi V. (2006), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, (Giappichelli: Torino).
- Strauss, L. (1990), *Diritto naturale e storia*, (Genova: il Nuovo Melangolo).
- Villa, V. (1984), *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, (Milano: Giuffrè).

Viola, F. (1989); *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea* (Torino: Giappichelli).

Viola, F., Zaccaria G. (2003), *Le ragioni del diritto*, (Napoli: Il Mulino).

Welzel, H. (1965), *Diritto naturale e giustizia materiale*, (Milano: Giuffrè).

Zaccaria, G. (a cura di) (1989), *Diritto positivo e positività del diritto*, (Torino: Giappichelli).

Zanuso F. (a cura di) (2015), *Diritto e desiderio*, (Milano: FrancoAngeli).

Zanuso, F. (1993), *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico-politico moderno. Testi raccolti e commentati*, (Padova: Cleup).

Zini F.(2011), *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, (Torino: Giappichelli).