

The Problem of the Ontology of Law between Vocation to the System and Teleological Rationality

Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre
vernacotola@hotmail.com

This paper aims to address the problem of the ontology of law investigating the foundation of the systematic nature that belongs to it as a legal system bearer of an "order". For this purpose, taking in a comparative consideration three different models, the positivism, the axiological-constitutional one and the classical-metaphysical one, subjects such as the person, the teleological rationality and the natural law are analyzed and discussed in their foundational value and in their specific function.

Il problema dell'ontologia del diritto tra vocazione al sistema e razionalità teleologica

di Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre
vernacotola@hotmail.com

This paper aims to address the problem of the ontology of law investigating the foundation of the systematic nature that belongs to it as a legal system bearer of an "order". For this purpose, taking in a comparative consideration three different models, the positivism, the axiological-constitutional one and the classical-metaphysical one, subjects such as the person, the teleological rationality and the natural law are analyzed and discussed in their foundational value and in their specific function.

1. Introduzione

Il diritto rappresenta una pratica umana nella quale elementi apparentemente lontani, come l'orientazione sistematica e l'istanza della libertà individuale da una parte, o la razionalità ordinativa e la concretezza casuistica dall'altra, assumono un rilievo affatto eminente, andando invero a incidere sull'ontologia stessa del giuridico. Il presente studio, volgendosi a sviluppare un'analisi e una problematizzazione di tre differenti prospettive teoriche inerenti il valore del carattere sistemico dell'ordinamento giuridico, viene pertanto ad acquisire come centro focale proprio l'ontologia del diritto.

Sistema e libertà, razionalità e improvvisazione si situano infatti all'interno della natura stessa del diritto che, se si determina geneticamente come strumento per l'affermazione di un'istanza sostanziale di giustizia¹, manifesta anche la tendenza congenita a farsi «ordinamento», la disposizione cioè non solo a costituirsi quale criterio

¹ Di una siffatta posizione è emblematico assertore S. Tommaso d'Aquino, come mette bene in luce un indirizzo che l'Ancona denomina come "tomismo dialettico" e che è venuto a prospettarsi a partire dall'interpretazione di Michel Villey a opera di studiosi come MacInyre, Vallet de Goytisolo, Gentile o Lamas. Cfr. in proposito, E. Ancona, *Via iudicii. Contributi tomistici alla metodologia del diritto*, Cedam, Padova 2012, pp. 4-5.

latore di un ordine a esso estrinseco, bensì anche a conformarsi esso stesso quale fattore di per sé ordinante.

L'obiettivo che ci si pone è dunque quello di comprendere in che cosa consista questa *funzione ordinatrice*, o, ancor più precisamente, attraverso quali percorsi epistemologici il diritto venga a configurarsi, per usare la parole di Paolo Grossi, in guisa di «scienza ordinante»².

2. Sistema e virtualità del diritto. Alle radici del paradigma positivistico

Come si diceva, una delle caratteristiche che contrassegnano il diritto in modo più incisivo e rimarchevole è la vocazione alla sistematicità che esso esprime. Occorre quindi tratteggiare, in via preliminare, una sia pur rapsodica ricognizione teorica intorno al concetto di *sistema*: di esso, come evidenzia Gian Pietro Calabrò³, il pensiero giuridico occidentale ha elaborato diverse configurazioni epistemologiche⁴, dal modello logico-deduttivo di Wolff⁵, a quello empirico-classificatorio del von Jhering⁶, fino alla concezione *organicista* del Savigny⁷. Fra questi, ha esercitato una significativa preponderanza nella scienza del diritto il modello

² P. Grossi, "Le molte vie del giacobinismo giuridico", *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVI, 2003, p. 31.

³ Sul tema si rimanda alle efficaci argomentazioni del Calabrò sostenute in G.P. Calabrò, P.B. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, G. Giappichelli Editore, Torino 2007, pp. 1-15.

⁴ Ivi, pp. 5-8.

⁵ Sull'argomento si rinvia a un recente saggio di T. Opocher, *Christian Wolff filosofo del diritto e della politica*, Cedam, Padova 2013.

⁶ Cfr. R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), tr. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1972; si veda anche F. Sturm, *Brennpunkte einer Ellipse. Savigny und Jhering* in Hermann Baltl (hrsg. v.), *Drei Vorträge zum Privatrecht*, Leykam, Graz 2001, pp. 30-54.

⁷ L'opera dell'Autore ove le istanze sistematiche vengono a piena maturazione è certamente F. K. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (1840), tr. it. di V. Scialoja, Unione Tipografico-Editrice, Torino 1886; cfr. anche F. K. Von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie: 1802-1842*, hrsg. v. A. Mazzacane, Klostermann Vittorio BmgH, Frankfurt am Main 2004; L. Moscati, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Viella, Roma 2000; B. Lahusen, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, Nicolai, Berlin 2013.

normativistico kelseniano⁸, che assumendo a paradigma fondativo della *validità* del diritto il presupposto ipotetico-convenzionale della *Grundnorm*, è venuto ad istituire – come Francesco Gentile mette bene in luce⁹ – un ordinamento giuridico di tipo *virtuale*, che viene coercitivamente a giustapporsi, quale principio ordinatore esogeno, alla *realtà*, storicamente data, della «naturale» strutturazione delle relazioni intersoggettive¹⁰. Presupposto implicito, che Kelsen, «scienziato del diritto», non può in alcun modo dichiarare, ma che occhieggia in tralice a monte della *scienza pura del diritto*, è il protocollo ipotetico dello *stato di natura* hobbesiano¹¹, in assenza del quale non sarebbe concepibile – né tanto meno giustificabile – una posizione di così drastico *dualismo* tra la costruzione *virtuale* del sistema normativo e il momento *reale* della costituzione «spontanea» di rapporti di tipo giuridico¹².

È infatti proprio la dimensione del «reale», inteso secondo la sua natura ed il suo valore, quella che il positivismo kelseniano aveva preteso di rimuovere, facendo in modo che il problema ontologico del diritto, una volta denegata ogni rilevanza fondativa del piano metafisico,

⁸ Sulla dottrina di Kelsen e sul normativismo la bibliografia è invero sterminata. In merito all'influenza che essi hanno esercitato sulla scienza giuridica contemporanea, segnaliamo: P. Bellinazzi, *Novecento restauratore. Filosofia e politica in Kelsen*, ETS, Pisa 1998; A. Ballarini, *L'ordine giuridico moderno. Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, G. Giappichelli Editore, Torino 2000; C. Margiotta, *La recezione di Kelsen nel dibattito italiano sulla democrazia costituzionale (1950-1980)*, Le Lettere, Firenze 2005; H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica di Hans Kelsen e altri saggi*, a cura di L. Ceppa, Trauben, Torino 2010.

⁹ F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000, pp. 10-13.

¹⁰ Una lettura del positivismo volta a valorizzare il rapporto che nella dottrina kelseniana viene ad istituirsi tra diritto, politica e morale è stata recentemente svolta da F. Lijoi, *La positività del diritto. Saggio su Hans Kelsen*, Aracne, Roma 2011.

¹¹ Cfr. M. Motta, *Kelsen e il Leviatano*, Sellerio, Palermo 2006. Ci si permette inoltre di suggerire A. Vernacotola, «Alle radici della teoria moderna del diritto. La costruzione della 'geometria legale' di Thomas Hobbes», *Le Corti Calabresi*, VI/2, 2007.

¹² Sul «dualismo» tra ordine della conoscenza e delle pratiche umane e ordine del reale nella gnoseologia e nell'epistemologia di Thomas Hobbes, si rimanda a due fondamentali saggi che contraddistinguono qualitativamente l'approccio «italiano» allo studio del Malmesburiense: A. Pacchi, *Convenzione e ipotesi nella formazione della filosofia naturale di Thomas Hobbes*, La Nuova Italia, Firenze 1965; A.G. Gargani, *Hobbes e la scienza*, Einaudi, Torino 1971.

avesse, per dir così, a risolversi nel canone formalistico della *validità*¹³. L'odierno prevalere, nella dottrina accademica, delle istanze della teoria generale¹⁴ su quelle della «filosofia»¹⁵ del diritto, è segno eloquente dell'attestarsi dei canoni teorici della post-modernità su tale impostazione. E in effetti, in forza di ciò, il riconoscimento e la legittimazione del «giuridico», nonché la definizione dell'ordine di cui esso è foriero, da una parte vengono quivi ricondotti al carattere *sistemico* che si pretende di postulare in modo matematico nell'ordinamento, ai sensi di una sua ricostruzione «modulare» di stampo formalistico, dall'altra, e in ultima istanza, hanno infine a risolversi nel mero rilievo fenomenologico della presenza di un *potere in atto*. È evidente dunque, per chiosare il Gentile, come «con l'accezione di

¹³ «Lo strumento che consente a Kelsen – osserva il Calabrò – di definire la giuridicità di una norma è data dalla nozione di validità. Egli, infatti, afferma che “*il fondamento della validità di una norma non è la sua conformità alla realtà, come avviene per la prova della verità di una proposizione sull'essere* (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* [1945], tr. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Etas Libri, Milano 1974, p. 111), ma è l'appartenenza della norma all'ordinamento. Il problema prioritario dell'ordinamento giuridico è dato dalla sua esistenza intesa come *validità*». G.P. Calabrò, P.B. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, cit. p. 10. Sul tema, cfr. V. Giorgianni, “Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale di Kelsen”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIV, serie III, I-III, 1962, pp. 102-109; F. Bonsignori, *Concetto di diritto e validità giuridica*, Giuffrè, Milano 1985; A. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, Tipografia del Libro, Pavia 1970.

¹⁴ Il preponderante interesse della ricerca giusfilosofica verso le tematiche proprie della teoria generale del diritto trova un preclaro riscontro nella produzione dottrinale degli ultimi decenni. Ne fa testo – come viene rilevato nel *Supplemento alle notizie bibliografiche* relative agli *Aspetti filosofici della scienza giuridica del Novecento* della celebre opera storica di Guido Fassò – «la gran mole della letteratura secondaria in particolare su Hans Kelsen (difficilmente comprimibile, anche quando ci si attenga a criteri molto selettivi)» G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto, Ottocento e Novecento*, III, Laterza, Bari 2001, pp. 490 sgg. Cfr. anche: U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto. In appendice: nuovi contributi di metodologia e teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 2001³.

¹⁵ La riflessione propriamente “filosofica” sui temi del diritto e dello stato, come evidenzia Giovanni Turco sviluppando la sua trattazione sulla politica come agatofilia, è invero «ben diversa da ogni archivistica delle dottrine e da ogni sociologia delle teorie, ma anche da ogni tecnologia del potere e da ogni inventario delle strategie della ragion di Stato». Essa, in ragione del suo specifico statuto epistemologico, si configura infatti «non come progetto attuativo di una opzione derivata dalla prassi (come nel caso delle ideologie), ma come intelligenza della realtà perciò del bene: di una determinata realtà (la comunità politica) e del bene che le è consentaneo, secondo il riconoscimento del *debitum* proprio del *suum* di ciascuno». G. Turco, *La politica come agatofilia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012.

ordinamento elaborato nell'ottica geometrica, *more geometrico constructo*, il diritto, ordinamento virtuale di *Soll-sätze*, altro non sia che il “vestito” della forza uscita vincente dal conflitto sociale, con cui viene “convalidato” l'esito del conflitto stesso ed occultata la frattura sottostante ed insanabile. Strumento principe del controllo sociale»¹⁶.

3. Artificialità strumentale e razionalità teleologica negli ordinamenti giuridici a «costituzione materiale»

Orbene, laddove la riflessione del Gentile si orienta precipuamente verso la rilevazione della disgiuntura tra sfera del giuridico e orizzonte del reale, nonché verso l'enunciazione delle aporie che essa sottende¹⁷, una linea di pensiero più aperta alle istanze del costituzionalismo, i cui principali esponenti si ritrovano in pensatori come Häberle¹⁸, Baldassarre¹⁹, Perlingieri²⁰ o Calabrò²¹, tende a evidenziare una pluralità di aspetti in ragione dei quali tanto l'organizzazione sistematica, quanto *l'artificialità* del diritto verrebbero a disvelare la propria costitutiva *vocazione strumentale* e a denotare, come conseguenza, un chiaro oggetto finalistico. La struttura sistemica dell'ordinamento giuridico, colta nella sua valenza *categoriale*, sembra offrire, secondo questa prospettiva, un contributo decisivo per dirimere la questione della dialettica tra *ordo ordinans* ed *ordo ordinatus*, pur senza superare, con ciò, quell'impostazione *dualistica* che

¹⁶ F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit. p. 14.

¹⁷ F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova 2006, pp. 132-135.

¹⁸ Cfr. P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, tr. di F. Politi e S. Rossi, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2005.

¹⁹ A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino 1997.

²⁰ P. Perlingieri, “L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica”, in P. Perlingieri, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1988 (stampa 1989), pp. 284 sgg.

²¹ G.P. Calabrò, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, G. Giappichelli Editore, Torino 1999.

contraddistingue peculiarmente l'esperienza giuridica della modernità, ove il diritto si connota quale *locus artificialis et instrumentalis*²².

Un siffatto indirizzo, ponendo in luce la *funzione ordinante* intrinseca alla nozione di sistema, nonché il nesso costitutivo che la lega a quell'attività di *giustificazione* posta ordinariamente in essere, nell'esperienza giuridica, attraverso la *motivazione* delle sentenze²³, giunge a rinvenire nella conformazione *sistematica* dell'ordinamento l'architettura basale su cui si erige la «struttura assiologica» del diritto stesso. *Sistematicità e artificialità* si volgono infatti in corrispondenza del perseguimento di un ordine di fini che pur essendo, nella propria autonomia ontologica, *esterno* alla intelaiatura radicalmente convenzionale nella quale comunque si fa risiedere la natura del diritto, ne rappresenta tuttavia il necessario orizzonte teleologico²⁴. Tale orizzonte, nel quale, a conclusione della lunga *via crucis*²⁵ attraversata nell'evo moderno dalla teoria del diritto, viene a inverarsi quello che il

²² Su questo aspetto ha prodotto argomentazioni rigorose e persuasive il Calabrò. Cfr. G.P. Calabrò-P.B. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, cit., pp. 69-87.

²³ Sul tema si rimanda a: A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Cacucci Editore, Bari 2010, spec. pp. 297 sgg. Per una trattazione di carattere epistemologico intorno alla struttura del ragionamento giudiziale tra procedimento della scoperta e procedimento di giustificazione della decisione relativa al caso concreto, si veda E. Ancona, *Via iudicii*, cit., pp. 13-39.

²⁴ Con tali problematiche si confronta, dall'angolatura privilegiata offerta dalla dottrina penalistica, Giuseppe Bettiol, il cui metodo *teleologico* basato sul rilievo prioritario, nella teoria generale del reato, di una nozione formale e al medesimo tempo filosoficamente "sostanziale" del *bene giuridico*, implica la necessaria integrazione del diritto pubblico e dei suoi istituti con finalità di eminente caratterizzazione etica a icastica fondazione metafisica. «Il diritto – scrive Bettiol – non crea ma li trova preesistenti nella realtà sociale (che non è la realtà naturalistica) i valori la cui tutela si dimostra in un dato momento necessaria per il bene e per il progresso della civiltà. Il concetto giuridico si ricava, quindi, da questa realtà, dall'ordine esistente nella medesima che impone all'uomo di agire secondo il fine essenziale della sua natura ragionevole». G. Bettiol, "Sistema e valori del diritto penale", *Jus*, IV, 1940, ora in G. Bettiol, *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova 1966, p. 501. Per approfondimenti si suggerisce: A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, 2^a edizione riveduta e ampliata, Edizioni Scientifiche Calabresi (Gruppo ESI), Rende (CS) 2010, pp. 183-232.

²⁵ È questa la metafora che usa il Calabrò per descrivere il travagliato itinerario del diritto tra l'evo medio e la modernità. G.P. Calabrò, P. B. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, cit., p. 78.

Coccopalmerio chiama il carattere «*diaconale*»²⁶ dell'ordinamento giuridico, è dato, come scrive G. P. Calabrò, da «quei valori di natura etica e politica che costituiscono i principi di legittimazione delle costituzioni nate all'indomani di Auschwitz»²⁷, valori che risultano ormai non più esterni o sovrastanti rispetto al diritto positivo, bensì incorporati nel suo tessuto normativo quale vertice apicale nella gerarchia delle norme²⁸. Centro di tale sfera assiologico-normativa è la *persona*, che nel radicarsi – spesso nella sua declinazione «personalistica» – al quadro etico valoriale espresso dalle costituzioni europee del secondo dopoguerra, viene parimenti ad avocare, come propria remota fonte sorgiva, la visione antropocentrica della cultura platonico-socratica e viepiù la plurisecolare tradizione della teologia cristiana²⁹.

La riflessione filosofica sulla natura *sistemica* del diritto invalsa in tale indirizzo consente quindi di enucleare un tale processo connettendolo, in un modo per dir così strutturale, a un dato

²⁶ Cfr. D. Coccopalmerio, *Il diritto come diaconia. Studi sulla filosofia del diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1993.

²⁷ G.P. Calabrò, P.B. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, cit. p. 15.

²⁸ «La rivendicazione della trascendenza della persona umana, – osserva Calabrò – in quanto “valore intangibile, ontologicamente riassuntivo di tutti i valori del cosmo, centro della società e della storia” (E. Sgreccia, *Manuale per medici e biologi*, Vita e Pensiero, Milano 1986, p. 95), trova nella teoria costituzionalistica dello stato una traduzione in termini giuridici. Infatti se “in ogni persona si riassume il tutto del mondo e il senso del cosmo, e si giustifica l'organizzazione sociale e lo stesso ordine giuridico” (Ivi, p. 97), allora quella nozione di persona che sta alla base delle costituzioni contemporanee ha prodotto, nello stato di diritto liberale, come autorevolmente è stato osservato, una vera mutazione genetica (A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit.)» G.P. Calabrò, *Valori supremi e legalità costituzionale*, cit., pp. 154-155.

²⁹ Intorno al concetto di *persona* si è prodotta una bibliografia alquanto nutrita. Per una ricognizione che ne illustri con particolare efficacia l'evoluzione diacronica, nonché al contempo le connotazioni del semantema originario, si segnalano: E. Berti, “Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico” in Facoltà Teologica dell'Italia Settentrionale, Sezione di Padova (a cura di), *Persona e personalismo. Aspetti filosofici e teologici*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova 1992, pp. 43-74; A. Rigobello (a cura di), *Lessico della persona umana*, Studium, Roma 1986; E. Sgreccia, “La persona umana”, in C. Romano, G. Grassani (a cura di), *Bioetica*, Utet, Torino 1995, pp. 190-195; R. Lucas Lucas, *L'uomo spirito incarnato. Compendio di filosofia dell'uomo*², Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo 1997; G. Boniolo, G. De Anna, U. Vincenti, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Tascabili Bompiani, Milano 2007.

propriamente *politico*, ovvero a quel percorso storico di positivizzazione dei diritti della persona³⁰ e di affermazione delle democrazie pluraliste a *costituzione materiale*³¹ che ha comportato una radicale trasformazione della teoria e della prassi del diritto, nonché dell'assetto politico-istituzionale del Novecento.

4. Il costituzionalismo contemporaneo tra personalismo «modulare» e convenzionalismo sistemico

La fissazione nelle forme del diritto positivo di un quadro teleologico corrispondente, sotto un profilo contenutistico, ai valori ruotanti attorno alla nozione di persona non sembra però risolvere la questione del rapporto tra ontologia e sistematicità del diritto in modo soddisfacente. Si affacciano quivi ancora due problematiche, una relativa alla determinazione semantica della persona, l'altra, evocata già in apertura della nostra trattazione, inerente alla giustificazione della valenza "ordinante" della sistematicità del diritto.

Partiamo dal primo punto. Nei sistemi giuridici contemporanei, che, a vario titolo, condividono una comune ascendenza dal *Code Napoleon* del 1804³², nonché quindi una manifesta matrice illuministica³³, permane il dato, ben evidenziato di recente dal Castellano³⁴,

³⁰ Si rimanda, sul tema, al fondamentale lavoro di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1997.

³¹ Sulla nozione di «costituzione materiale» si veda il fondamentale lavoro di C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano 1998. Cfr. anche: F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1989; M. Galizia, P. Grossi, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 1990; G.P. Calabrò, *Potere costituente e teoria dei valori. La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Marco Editore, Lungro 1997; M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 2006; M. Galizia (a cura di), *Forme di stato e forme di governo. Nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 2007.

³² Cfr. D. Castellano (a cura di), *L'Europa e la codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005.

³³ Sul debito che la stesura del Codice Napoleone manifesta nei confronti dell'ideologia illuminista, cfr. S. Gasparini (a cura di), *Illuminismo e codificazione. Appunti dalle lezioni di storia del diritto italiano*, Imprimerie, Padova 1993.

³⁴ D. Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, pref. di M. Bertolissi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013.

dell'assunzione dell'idea di persona, come sopra si accennava, in un senso schiettamente *personalistico*³⁵. Guardando in modo specifico al quadro legislativo e giurisprudenziale italiano – per molti aspetti paradigmatico – se è vero, come tra gli altri riconosce il Dalla Torre³⁶, che l'ordinamento costituzionale appare ispirarsi a un principio *personalistico* e ad uno *solidaristico*, l'elemento “personale” cui esso si riferisce viene a dislocarsi in un duplice ordine semantico-concettuale: da un lato esso assume un carattere esistenzialistico-progettuale³⁷ dall'eminente sostrato volontaristico; dall'altro, e in modo consonante con quest'ultimo aspetto, la nozione di persona si afferma talora in un senso eminentemente *positivistico*, costruendosi, soprattutto in sede applicativa, sulla base delle definizioni ad essa relative presenti nelle norme di diritto positivo. L'anello di congiunzione fra i due approcci è, come si sottolineava, un'istanza di «soggettivismo radicale» che, seppure secondo modalità differenti, soggiace teoreticamente a entrambi, sottraendo alla nozione di persona ivi delineatasi un rigorosa sostruzione metafisica³⁸.

³⁵ Gli orientamenti che tratteggiano il volto policromo del personalismo novecentesco si rivestono delle più varie screziature teoretiche, da quelle idealistiche (L. Stefanini, *Metafisica della persona e altri saggi*, Liviana, Padova 1950) a quelle fenomenologiche (M. Scheler, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori* [1921], tr. it. a cura di R. Guccinelli, pres. di R. De Monticelli, Bompiani, Milano 2013), da quelle dialogico-relazionali (R. Guardini, *Mondo e persona. Saggi di antropologia cristiana* [1950], a cura di S. Zucal, tr. it. di G. Colombi, Morcelliana, Brescia 2000) a quelle specifiche del personalismo francese (E. Mounier, *Il personalismo*¹² [1949], tr. it. a cura di G. Campanini e M. Pesenti, Ave, Roma 2004). Per un quadro critico organico e approfondito si suggerisce D. Castellano, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007.

³⁶ G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto. Saggi*, G. Giappichelli Editore, Torino 1993, pp. 38-52.

³⁷ È, questa, l'accezione che si ritrova soprattutto in pensatori dal marcato orientamento esistenzialistico, come Sartre, Berdjaeff e Jaspers, oltre che nello stesso Mounier. Cfr. D. Castellano, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit. pp. 29-40, 75.

³⁸ Per ampi approfondimenti su tali problematiche si rinvia a D. Castellano, *La libertà soggettiva. Cornelio Fabro oltre moderno e antimoderno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984.

Svuotato di sostanza, il diritto non serve un valore peculiarmente «giuridico», come sottolinea il Gentile³⁹, ma riduce il suo ruolo a quello di mero «enzima del potere». In tale prospettiva, infatti, l'impianto sistemico, per quanto dotato di un'ossatura teleologica, non scardinando quel diaframma che il positivismo e, più in generale, il *virtualismo* moderno hanno frapposto tra *diritto* e *realtà*, fra ordine *legale* e ordine *metafisico*, non ritrova il suo fondamento e il suo perno ermeneutico-assiologico in un criterio "endogeno" e pertanto autenticamente "giuridico"⁴⁰, bensì negli schematismi di un modulo epistemologico meramente razionalistico-procedurale.

Un siffatto difetto di *sostanzialità* che si rinviene nella concezione della persona incorporata dagli ordinamenti costituzionali contemporanei ci conduce a quello che sopra indicavamo come il secondo punto, ovvero la problematica, più generale, concernente il fondamento della funzione ordinatrice connessa alla struttura sistemica del diritto stesso, che, ai sensi della concezione assiologico-costituzionalistica testé enunciata, non risulta sufficientemente esplicita.

Una caratterizzazione ontologica del diritto in chiave strumentale appare esposta, infatti, per ragioni strutturali, al rischio della autoreferenzialità formalistica e quindi a una incapacità di emancipazione dalle maglie del convenzionalismo positivista: affinché abbia a rapportarsi con un quadro teleologico provvisto di autonomia fondazionale⁴¹ e risulti del pari coerente con lo statuto epistemologico

³⁹ F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 19, 23.

⁴⁰ Sulla necessità che la «fondazione» del diritto poggi sulla realtà metafisicamente intesa e si riferisca quindi a un sistema assiologico e precettivo essenzialmente «autonomo», per quanto pienamente «giuridico», si è già argomentato in precedenti contributi. A. Vernacotola Gualtieri D'Ocre, "Sui fondamenti del pensiero giuspenalistico di Giuseppe Bettiol", *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, ¹, 2013; già in S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Democratico Costituzionale di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema Penale". Nel trentesimo dall'"Ultima lezione" di Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2012.

⁴¹ L'istanza di un'adeguata fondazione dell'apparato finalistico proprio al diritto, come si ricordava, si è fatta avvertire con particolare acume nel campo delle scienze penali, ove autori come il Welzel in Germania o il Bettiol in Italia, pur differenziati nelle loro

delle scienze giuridiche, una siffatta declinazione *funzionale* del diritto deve raccordarsi a un'istanza che goda, nello stesso tempo, di un rigoroso processo giustificativo e di una preclara natura giuridica. Per svolgere coerentemente un tale ruolo, l'ordinamento, in quanto sistema, deve assumere come proprio strutturale orizzonte teleonomico principi e fattori di *diritto naturale*, da intendersi quali espressione della natura delle cose, della realtà ontologicamente considerata e quindi gerarchicamente ordinata.

5. L'istanza della fondazione metafisica: dalla sostanzialità della persona al "ritorno del diritto naturale"

Questo «ritorno del diritto naturale»⁴², esigito dalle aporie sin qui evidenziate, comporta tuttavia che l'ordinamento giuridico, lacerata la veste formalistica che rinserra in varie guise i diversi modelli costituzionali avvicendatisi a partire dagli esordi del XIX secolo, integri nel complesso assiologico che presiede alla produzione legislativa non solo il piano deontico delineato dai precetti normativi, ma la struttura del reale, colto nella sua ontologia e quindi nel suo valore e nella sua intrinseca normatività.

Un consimile riaffacciarsi del diritto naturale sulla scena del sistema giuridico implica che quella nozione di persona che di esso costituisce il vertice, non debba essere accolta secondo un semantema e una

connotazioni dottrinali, hanno sviluppato principi teorici e criteriologie applicative della "razionalità teleologica" dando vita ad un coerente indirizzo metodico ad orientamento finalistico. Cfr. H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Deutsches Druck und Verlagshaus, Mannheim 1935; *Um die finale Handlungslehre: eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Mohr, Tübingen 1949; G. Bettiol, "Bene giuridico e reato", *Rivista italiana di diritto penale*, XI, 1938, ora in G. Bettiol, *Scritti giuridici*, cit. pp. 318-329; G. Bettiol, "Giurisprudenza degli interessi e diritto penale", *Rivista italiana di diritto penale*, XIV 1938, ora in ID., *Scritti giuridici*, Tomo I, pp. 330-342. Per un inquadramento più ampio del tema, cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992.

⁴² È d'uopo citare, in proposito, la felice fraseologia di H. Rommen, *Il ritorno del diritto naturale* (1936), tr. it. e intr. di G. Ambrosetti, Studium, Roma 1965.

denotazione teoretica di natura *debole*, de-ontologizzata⁴³, bensì in un'accezione metafisico-sostanzialistica, o più precisamente, secondo la fondativa e preordinante categoria della sostanza⁴⁴. Solo così la *persona* può assolvere autenticamente la funzione di «nucleo assiologico primigenio» dell'assetto ordinamentale, per adottare l'efficace fraseologia del Baldassarre⁴⁵, ed acquisire, in modo concreto e non sterilmente retorico, la posizione di vertice dell'ordinamento, nonché di principio di legittimazione, di natura ontologica e non solo etico-assiologica, del sistema normativo.

In tale contesto, i diritti fondamentali della persona umana, legati all'esigenza di garantire lo sviluppo delle sue congenite capacità e la realizzazione dei finalismi esistenziali dipendenti dalla sua natura di essere libero e razionale⁴⁶, non possono disporsi in corrispondenza di una concezione arbitraristico-volontaristica della libertà umana, in aderenza a quel principio che, sulla scorta di Hegel⁴⁷, il Castellano⁴⁸ denomina come *libertà negativa*⁴⁹. La libertà dell'individuo e, di conseguenza, l'apparato di diritti inviolabili che vi si correla, vanno colti e definiti a partire dall'incastonamento della persona, ontologicamente intesa, all'interno dell'ordine metafisico espresso dalla natura delle cose. In virtù di ciò, la libertà dei singoli, più che arrestarsi di fronte alle pretese

⁴³ Una dettagliata esposizione di una siffatta accezione è stata svolta da M. Bettiol, *Metafisica debole e razionalismo politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2002, pp. 143-161.

⁴⁴ Su tale esigenza, meditando in specie sulle problematiche giuridiche apertesesi in ambito bioetico, ha puntato l'attenzione con particolare acume E. Sgreccia, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, IV ed. rivisitata e ampliata, I, Vita e Pensiero, Milano 2007, pp. 72 sgg.

⁴⁵ A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 46.

⁴⁶ In questo senso si esprime R. Pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1999³, p. 302.

⁴⁷ G.W.F. Hegel, *Lezioni sulla filosofia della storia* (1840), tr. it. di G. Calogero e C. Fatta, La Nuova Italia, Firenze 1981, pp. 197-198.

⁴⁸ Per *libertà negativa* è da intendersi «la libertà come sola ed assoluta autodeterminazione del volere». D. Castellano, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015, p. 136.

⁴⁹ La matrice protestante di questa concezione è ben chiarificata da H. Scholler, «Ambivalenza nel rapporto fra diritto e coscienza», *Behemoth*, VIII, V/ III-IV, 1990, p. 26.

potestative altrui⁵⁰, secondo un modulo che potremmo definire geometrico-spaziale, ben descritto dal Wolff attraverso la metafora dello «spazio vuoto di diritto»⁵¹, viene a essere innervata da venature etico-teleologiche promananti dalla natura umana, che diventano criterio “oggettivo” e misura ponderale per la fondazione dei diritti dell’uomo, congiungendosi quindi d una nozione di *bene* nella quale la fontale istanza metafisica e la caratterizzazione giuridica risultano intimamente integrate.

⁵⁰ L’adagio è tipico di un *modus interpretandi* liberale e trova la sua configurazione più compiuta e meglio delineata nella concezione kantiana del diritto. I. Kant, *La metafisica dei costumi* (1797), tr. it. di G. Vidari, a cura di N. Merker, Laterza, Bari 1991³, pp. 23-24, 33-38.

⁵¹ C. Wolff, “Jus naturae methodo scientifica pertractatum in quo jus gentium naturale ab eo, quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est, accurate distinguitur”, in C. Wolff, *Gesammelte Werke*, hrsg. v. J. Ecole und H.W. Arndt, Georg Olms Verlag, Hildesheim 1972.