



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova
Dipartimento di *Diritto pubblico, internazionale e comunitario*

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXV

**Il problema della funzione promozionale
nella prospettiva della teoria del diritto naturale vigente:
il passaggio dallo stato “garantista” allo stato “dirigista”**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Franco Todescan

Dottorando: Francesco Pozziani

*“La punta del pollice tocca
la punta dell’indice...”*

A mia madre



“Icaro”, Henri Matisse, 1947

*“Il sabato è stato fatto per l’uomo, non l’uomo per il sabato”
Vangelo di Marco (2, 27)*

Un sentito ringraziamento va al Professor Franco Todescan per l’insostituibile e preziosa presenza nella supervisione e correzione del presente lavoro ed al Professor Alberto Berardi per il costante supporto lungo tutto il periodo di dottorato.

SOMMARIO

Compendio.....	V
Abstract.....	VII
Introduzione.....	1
Parte Prima.....	5
1. Thomas Hobbes	7
1.1. Premessa	7
1.2. Il perché della scelta di Hobbes	11
1.3. I presupposti del sistema filosofico hobbesiano	15
1.4. La teoria delle ricompense in Hobbes.....	24
1.5. Una valutazione del contributo di Hobbes agli studi sulla premialità giuridica	37
2. Richard Cumberland.....	41
2.1. Biografia	41
2.2. I presupposti del sistema filosofico di Cumberland.....	45
2.3. La struttura della norma giuridica: precetto e sanzione.....	57
2.4. Gli spunti di riflessione emersi dal sistema di Cumberland	67
Parte Seconda.....	69
3. Norberto Bobbio e la funzione promozionale del diritto.....	71
3.1. Il passaggio dallo Stato garantista allo Stato dirigista	71
3.2. Il nuovo ruolo del diritto nella società contemporanea.....	76
3.3. Un nuovo metodo di studio del diritto	86

3.4.	La funzione promozionale del diritto e il concetto di sanzione positiva.....	98
3.5.	L'affermazione della funzione promozionale del diritto e una sua possibile deriva	114
4.	Sergio Cotta e la teoria del diritto naturale vigente	125
4.1.	Cotta e la promozionalità giuridica.....	125
4.2.	Il rapporto tra uomo e diritto: due modelli a confronto	127
4.3.	Ha il diritto una funzione propria?.....	133
4.4.	Il diritto naturale nel pensiero di Cotta	138
4.5.	La fondazione ontologica del dover essere.....	162
4.6.	Una nuova interpretazione della funzione del diritto alla luce delle riflessioni di Cotta.....	169
	Considerazioni Finali.....	177
	Bibliografia	193

COMPENDIO

La presente ricerca è finalizzata a vagliare la natura ed il fondamento giuridico del concetto di sanzione positiva, in uno con la più generale teoria della *funzione promozionale del diritto*.

L'elaborato si articola in due parti.

La prima parte è dedicata all'evoluzione del concetto di diritto premiale a partire dalla teorizzazione dello Stato moderno. In particolare viene analizzato il pensiero di due autori tra loro contemporanei che hanno affrontato il tema della premialità giungendo a conclusioni diametralmente opposte: Thomas Hobbes e Richard Cumberland. Il primo considera la sanzione giuridica in accezione esclusivamente negativa pur ammettendo l'elargizione di premi a mera discrezione del Sovrano; il secondo afferma, al contrario, la necessaria prevalenza del premio sulla pena, fondando tale assunto sulla asserita natura benevola dell'uomo.

La seconda parte del lavoro è dedicata all'analisi del concetto di funzione promozionale del diritto, diretta derivazione della premialità giuridica, prendendo le mosse dalle considerazioni formulate sul punto da Norberto Bobbio e Hans Kelsen.

Nel contemporaneo contesto di crisi radicale del diritto, considerato ormai un mero epifenomeno dello sviluppo sociale, si assiste da parte del legislatore alla riscoperta del diritto promozionale, espressione del funzionalismo giuridico: il diritto, da mezzo di controllo sociale, si trasforma in mezzo di direzione sociale di cui lo Stato si serve per raggiungere i propri obiettivi, non preoccupandosi dei consociati ma esclusivamente delle loro azioni e del risultato che le stesse producono nell'ambito dell'ordinamento.

Emerge, quindi, una criticità di non poco momento: con l'avvento dello Stato dirigista, il diritto inteso nella sua funzione promozionale rischia, infatti, di trasformarsi in uno strumento di manipolazione e coercizione dei cittadini.

Nel tentativo di superare tale criticità, si è cercato di dimostrare come la promozionalità giuridica, se correttamente intesa, disveli anche un volto umanizzante. A tal fine si è fatto ricorso alla teoria del *diritto naturale vigente* proposta da Sergio Cotta. Lo studio del pensiero di questo autore consente di avere un approccio al concetto di *diritto* e alla reale natura di quest'ultimo, inteso come la traduzione in termini giuridici della natura relazionale dell'uomo, ristabilendo l'imprescindibile legame tra l'essere dell'uomo e il diritto.

In conclusione, sulla base del confronto fra le due dottrine, la teoria funzionalistica e quella del diritto naturale vigente, si è cercato di comprendere se la norma vada considerata quale strumento funzionale ad un risultato ed in vista di ciò risulti liberamente manipolabile, ovvero se il diritto abbia come traguardo dei valori che vanno oltre il risultato funzionale, e che devono essere rapportati alla natura dell'uomo, destinatario ultimo e referente primo della norma giuridica.

ABSTRACT

**The problem of the rewarding function from the perspective
of the *natural law in force* theory:
the transition from the garantist state to the dirigist state**

The present study aims at examining the nature and legal basis of the concept of positive sanction, in conjunction with the *law rewarding function*.

The dissertation is divided into two parts.

In the first, the evolution of the rewarding function concept from the theory of the modern State is examined. In particular, diametrically opposite thoughts from two XVII century authors, Thomas Hobbes and Richard Cumberland, are explored. The former considers the legal sanction in exclusively negative sense, admitting however rewards according to the Sovereign's arbitrary discretion; conversely, the latter states the superiority of reward on penalty, basing this assumption on the alleged benevolent nature of man.

The second part analyses the concept of law rewarding function on the basis of Norberto Bobbio's and Hans Kelsen's remarks.

In the contemporary context of law crisis, now considered a mere epiphenomenon of social development, we are witnessing the rediscovery of law rewarding function, an expression of functionalism: from instrument of social control, law is transformed into an instrument of social direction, which the State uses to achieve its goals, not worrying about the associates but only about their actions and the consequent results.

Nevertheless, a critical issue arises: with the advent of the dirigist State, the law, in its rewarding function, may become a tool for citizen manipulation and coercion.

In an attempt to overcome this problem, a demonstration of how the law rewarding function, if properly understood, also shows a humanizing face is here provided, with reference to the theory of *natural law in force* proposed by Sergio Cotta. Studying this author's thought enables to have an approach to the concept of *law* and its real nature, as a translation into juridical terms of man's relational nature, restoring the vital link between being and law.

In conclusion, on the basis of the comparison between these two doctrines, the functionalism and the theory of natural law in force, the present work gains insights on whether law should be considered as a functional tool to a result and, in this view, if it may also be freely manipulated, or if law aims at values beyond a functional outcome, that must necessarily be related to man's nature, as the final recipient and the first referent of the legal norm.

INTRODUZIONE

Il presente elaborato nasce dalla riflessione sul concetto giuridico e filosofico di *premio*, con particolare riferimento al significato che esso assume nell'ambito della teoria generale del diritto.

Il motivo che induce a detta riflessione è il seguente: dopo un periodo in cui il ricorso a sanzioni positive ed incentivi veniva associato esclusivamente alla legislazione speciale di carattere emergenziale¹, al fine di contrastare determinati fenomeni di particolare allarme sociale, negli ultimi decenni il legislatore ha utilizzato frequentemente il diritto nella sua funzione promozionale in relazione ad ogni ambito giuridico, dal diritto civile al diritto penale fino al diritto amministrativo, al diritto tributario e del lavoro².

Il fenomeno del sempre maggior ricorso a sanzioni positive ed incentivi, (strumenti che prima degli anni settanta erano conosciuti e contemplati esclusivamente dal codice penale ma utilizzati solo in maniera sporadica), può essere ricondotto a pieno titolo all'interno di quel fondamentale passaggio che porta dalla concezione di *Stato garantista*, in cui il diritto è visto come strumento di controllo sociale, alla concezione di *Stato dirigista*, in cui il diritto è visto come strumento di direzione sociale in accordo con la teoria funzionalistica del diritto³, per la quale il diritto stesso altro non sarebbe che un mezzo che il legislatore può adoperare al fine del raggiungimento di un obiettivo prefissato⁴.

¹ Sul punto si veda A. BERARDI, *Le sanzioni "premiali" nel diritto penale: "dissociazione" "collaborazione" e loro effetti*, in *Commentario sistematico al Codice Penale. Persone e sanzioni*, III, diretto da M. RONCO, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 452-520.

² Per un approccio al tema si veda N. BOBBIO, s.v. *Sanzione*, in *Novissimo Digesto*, Utet, Torino, XVI, 1969, pp. 530-540. F. D'AGOSTINO, s.v. *Sanzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 303-328.

³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

⁴ Il diritto, secondo i propugnatori della teoria funzionalista, non è un fine ma un mezzo utile alla realizzazione di altri obiettivi, tale da "permettere il raggiungimento di quei fini che non possono essere raggiunti attraverso altre forme di controllo sociale", N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 67. Per una interessante

Alla luce di tali premesse, la presente ricerca è finalizzata a vagliare la natura ed il fondamento giuridico del concetto di sanzione positiva, in uno con la più generale teoria della *funzione promozionale del diritto*, secondo la quale lo Stato non assume unicamente una funzione preventiva e repressiva dei comportamenti socialmente indesiderati, ma stimola gli individui ad operare per il compimento di atti e comportamenti socialmente desiderabili, avvalendosi all'uopo di incentivi e premi.

L'elaborato si articola in due parti, tra loro complementari.

La prima parte è dedicata all'evoluzione del concetto di diritto premiale a partire dalla teorizzazione dello Stato moderno. È proprio con la comparsa dello Stato moderno, soggetto che garantisce l'ordine sociale, che si può porre il quesito se il diritto oltre ad avere una funzione repressiva possa svolgere anche una funzione promozionale. Verrà analizzato, quindi, il pensiero di due autori tra loro contemporanei che hanno affrontato il tema del premio giungendo a conclusioni diametralmente opposte: Thomas Hobbes e Richard Cumberland.

Il raffronto tra i sistemi teorici proposti dai due menzionati autori darà modo di fornire un preciso substrato storico-filosofico su cui poggiare l'analisi della contemporanea teoria promozionale del diritto, che occuperà la seconda parte dell'elaborato.

La funzione promozionale del diritto, infatti, è diretta derivazione della moderna premialità giuridica, pur rimanendo distinta da essa, come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione; non è possibile, pertanto, comprendere il significato della prima, senza essersi precedentemente confrontati con lo studio della seconda.

Si prenderanno, quindi, le mosse dalle considerazioni formulate dal filosofo Norberto Bobbio, precursore, in Italia, degli studi sulla promozionalità giuridica⁵. Le riflessioni dell'autore torinese, in parte ispirate dal magistero kelseniano, sono state accolte con favore da dottrina e giurisprudenza, e sono divenute il simbolo di

disamina del tema della funzione del diritto si veda: G. BERNARDINI, *Realtà e conoscenza giuridica*, Guaraldi, Rimini, 1999.

⁵ In particolare gli scritti contenuti nel citato volume *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* stimoleranno il dibattito, nell'ambito della dottrina giuridica italiana, sul concetto di funzione promozionale del diritto e sul significato di sanzione positiva.

una nuova modalità di intendere l'ordinamento statale e più in generale il diritto, che da mezzo di controllo sociale si trasforma in mezzo di direzione sociale.

In tale contesto, la sanzione positiva assume il ruolo fondamentale di stimolo all'esecuzione o super esecuzione di comandi e di conseguenza viene utilizzata con sempre maggior frequenza negli ordinamenti contemporanei.

Tuttavia, il rapido diffondersi del diritto promozionale, come si avrà modo di verificare, può celare delle criticità in relazione alla modificazione del rapporto esistente tra lo Stato legislatore e i destinatari della norma giuridica e, più in generale, con riguardo al ruolo assunto da questi ultimi nell'ambito dell'ordinamento sociale.

I limiti della teoria della funzione promozionale del diritto verranno affrontati tramite il riferimento alla teoria del *diritto naturale vigente* proposta da Sergio Cotta, uno dei principali filosofi e giuristi del secolo scorso. Questo autore ha rivalutato l'idea di diritto naturale e ne ha proposto una rielaborazione in chiave attuale, che si dimostrerà fondamentale ai fini di superare le criticità emerse durante il percorso di ricerca. In particolare, risulterà estremamente interessante la comparazione delle diverse concezioni dello Stato e del diritto che sono alla base delle due teorie, la teoria funzionalistica e quella del diritto naturale vigente. Tale comparazione permetterà di comprendere se, e a quali condizioni, il diritto inteso nella sua funzione promozionale possa essere davvero uno strumento utile nella definizione del sempre più complesso rapporto tra lo Stato e gli individui che ne sono parte.

Inoltre, le riflessioni sul tema della promozionalità giuridica porteranno ad interrogarsi, al termine della ricerca, in merito alla natura della relazione intercorrente tra uomo e diritto, questione costantemente al centro del dibattito giusfilosofico che, ovviamente, non si ha la presunzione di voler risolvere in queste poche pagine. Tuttavia, si tenterà di affrontare tale problematica con quello spirito di ricerca filosofico e problematizzante che Francesco Gentile auspicava caratterizzasse proprio il percorso di dottorato.

Una piccola annotazione: come viene chiamato in lingua inglese, il titolo universitario di più alto valore? *PhD*, che è l'acronimo di *Philosophy Doctor*, qualsiasi sia la materia di specializzazione, dall'ingegneria alla chimica alla veterinaria e via dicendo. Perché chi si laurea in veterinaria, magari facendo una tesi sulla nutrizione

animale, acquisisce anch'egli il titolo di *PhD*? Che cosa significa ciò? Significa che tutti i laureati sono *doctores philosophie*, sono persone che hanno stretto un patto d'amore con il sapere e qualsiasi sia il profilo operativo della propria specializzazione, dalla nutrizione animale al calcolo strutturale in ingegneria, sono protesi ad interrogarsi, problematicamente, attorno al perché delle cose, e parimenti aperti alla conoscenza che loro si rivela⁶.

⁶ F. GENTILE, *Filosofia del diritto (le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi)*, Cedam, Padova, 2006, p. 5.

PARTE PRIMA

1. THOMAS HOBBS

SOMMARIO: 1.1. Premessa - 1.2. Il perché della scelta di Hobbes - 1.3. I presupposti del sistema filosofico hobbesiano - 1.4. La teoria delle ricompense in Hobbes - 1.5. Una valutazione del contributo di Hobbes agli studi sulla premialità giuridica

1.1. PREMESSA

Prima di intraprendere il nostro breve itinerario all'interno dell'opera di Thomas Hobbes è necessario sottolineare una premessa fondamentale; Hobbes è un autore sul quale, ad oggi, gli studiosi hanno avuto modo di affermare tutto ed il contrario di tutto, tanto che ormai risulta difficile formulare qualsiasi tipo di considerazione critica in merito al suo pensiero.

Emblematiche, a tal proposito, sono le parole di Vincenzo Omaggio nell'introduzione del saggio *Justus Metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*:

un altro libro su Hobbes? C'è da restare schiacciati sotto il peso di un'obiezione tanto secca e puntuale che indurrebbe a mettere da parte ricerche come questa prima di smarrirsi nell'*ingens sylva* di un secolare dibattito. [L'autore sottolinea, infatti, come] l'articolazione crescente degli studi specialistici intorno a Hobbes come filosofo del linguaggio, della scienza, filosofo morale, della politica o del diritto, e perché no come teologo, hanno sdrammatizzato le grandi interpretazioni del passato e nel contempo, hanno steso una lunga tela di Penelope su ogni ricostruzione impegnata del suo pensiero⁷.

Chiunque abbia modo di avvicinare, anche solo marginalmente, il pensiero e gli scritti di Hobbes sarà in grado di apprezzare come l'opera del filosofo di Malmesbury, nel corso dei secoli, abbia ammesso e ricevuto un'enorme varietà di interpretazioni differenti, alle volte persino contrastanti tra loro.

⁷ V. OMAGGIO, *Justus metus, etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, p. 13.

A mero titolo esemplificativo, in materia politica lo si è considerato liberale, borghese, assolutista e totalitario; in materia religiosa lo si è considerato ateo, agnostico o credente; rispetto al problema della fondazione del diritto lo si è considerato teonomista, giusnaturalista e giuspositivista. Ciò che impressiona maggiormente, peraltro, è che ognuna delle posizioni testé menzionate risulta parimenti plausibile e supportata da dati testuali nell'opera del filosofo inglese⁸.

A tal proposito fa riflettere il tagliente giudizio con cui Howard Warrender, uno dei massimi interpreti del pensiero hobbesiano, apriva la prefazione del suo *Il pensiero politico di Hobbes*:

la dottrina politica di Hobbes presenta la caratteristica singolare di aver dato luogo ad un'interpretazione ufficiale - su cui ad esempio, gli studenti sono tenuti a dimostrare la loro preparazione - e, al tempo stesso, al dubbio diffuso che tale interpretazione trovi scarso appoggio nei testi⁹.

A tale questione interpretativa Giuseppe Sorgi ha dedicato un testo, *Quale Hobbes? Dalla paura alla rappresentanza*, ove giungeva alla singolare conclusione: “a ciascuno il suo Hobbes”¹⁰; non si può che concordare con tale icastica affermazione che, nella sua schiettezza, dà conto di come il pensiero del filosofo inglese sia stato recepito e reinterpretato nel corso della storia in una innumerevole varietà di formulazioni¹¹.

⁸ Si riportano solo alcuni dei numerosi saggi di storia della critica da cui trarre spunti interessanti sull'argomento: A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Laterza, Roma, 1971 (attualizzata nell'edizione del 1995) e *Cinquant'anni di studi hobbesiani* in «Rivista di Filosofia», LVII, (1966), pp. 306-335, V. MATHIEU, *Questioni di storiografia filosofica. Dalle origini all'Ottocento*, La Scuola, Brescia, 1974, pp. 324 - 328. Molto più recente e aggiornato è D.D. RAPHAEL, *Hobbes. Morals and Politics*, Routledge, London, 2004. Utile anche il saggio di F. VIOLA, *Hobbes tra moderno e postmoderno. Cinquant'anni di studi hobbesiani*, in «Ragioni Critiche», V - VI (1998), pp. 6-21.

⁹ H. WARRENDER, *The political philosophy of Hobbes. His theory of obligation*, Clarendon, Oxford, 1957, trad. it di A. Minerbi Belgrado, *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*, Laterza, Bari, 1974, p. 2.

¹⁰ G. SORGI, *Quale Hobbes? Dalla paura alla rappresentanza*, Franco Angeli, Milano, 1989, pp. 29 e ss.

¹¹ Sorgi è convinto che “per comprendere Hobbes bisogna vederlo nella sua complessità, rinunciando ad ogni impostazione troppo netta e unilaterale e accettando in lui la presenza simultanea di elementi non sempre chiaramente classificabili, né sempre componibili pacificamente in unità teorica”, G. SORGI, *Quale Hobbes? Dalla paura alla rappresentanza*, cit., p. 28.

Tuttavia è lo stesso Sorgi ad ammettere che le contrapposte letture dell'opera hobbesiana, succedutesi nel corso dei secoli, non siano state determinate unicamente dalle scelte metodologiche e culturali degli interpreti, ma che, in qualche modo, vi abbia concorso proprio Hobbes attraverso le ambiguità che lo contraddistinguono. Si constata, infatti, nell'opera del filosofo inglese una certa logica dei doppi sensi che ha influenzato in maniera determinante le successive riletture del suo pensiero.

A tal proposito, il filosofo di Malmesbury, nei propri scritti, spesso tradisce i principi di chiarezza coerenza e deduzione imparziale sui quali dichiara fondata la propria speculazione, risultando più incline al raggiungimento degli scopi pratici che si era prefissato che non alla rigida coerenza delle argomentazioni proposte. Norberto Bobbio, peraltro, nell'introduzione al *De Cive*, ci presenta Hobbes come un fine polemista il cui modo di difendere le proprie posizioni con gli argomenti dell'opponente risulta estremamente efficace ma, parimenti, controproducente rispetto all'immediata comprensibilità delle tesi di fondo:

Hobbes sa bene che il modo più sicuro per abbattere gli avversari, e convincere gli esitanti, è di ritorcere gli argomenti. Ora la sua dottrina contrattualistica è un geniale e malizioso gioco di ritorsione, a cui guardiamo con stupefazione come ad un capolavoro di arte dimostrativa e dialettica¹².

Alla luce di quanto appena riportato non appare affatto agevole, pertanto, muoversi nell'intricato pensiero dell'autore del *Leviatano*.

Fortunatamente, l'obbiettivo che ci si propone in queste pagine non è fornire una panoramica completa del pensiero del filosofo di Malmesbury, opera sicuramente al di sopra delle nostre possibilità e che richiederebbe certamente ben altro spazio, ma quella di focalizzare l'attenzione sull'embrionale nozione di premialità del diritto offerta nell'opera di Hobbes. Tuttavia prima di addentrarci in *sedes materiae* si è ritenuto doveroso dare conto della complessità del pensiero

¹² N. BOBBIO, *Introduzione a T. Hobbes, De Cive*, Einaudi, Torino, 1989, pp. 92-93.

hobbesiano, che J.R. Pennock non ha esitato a definire “*Hobbes's confusing clarity*”¹³; ciò al fine di delimitare gli scopi teorici della presente ricerca.

La nostra fonte di riferimento saranno i tre fondamentali testi hobbesiani, il *De cive*, gli *Elementi di Legge naturale e politica* e, in modo particolare, il *Leviatano*, nelle parti in cui si occupano del tema di pene e ricompense. Nell'approccio a tali scritti ci faremo guidare dal pensiero di alcuni autori italiani contemporanei che hanno affrontato l'opera hobbesiana con particolare riguardo al tema oggetto della ricerca¹⁴; consapevoli, avendone anticipatamente dato atto, che quella proposta è solo una delle molteplici interpretazioni plausibili del pensiero di Hobbes.

¹³ J. R. PENNOK, *Hobbes's confusing 'clarity' - The case of 'liberty'*, in *Thomas Hobbes: Politics and law*, in «The American Political Science Review», Vol. LIV (1960), pp. 428-436.

¹⁴ Tra i testi che si occupano dell'argomento appare doveroso citare, in particolare: S. ARMELLINI, *Le due mani della Giustizia. La premialità del diritto come problema filosofico*, Giappichelli Editore, Torino, 1996; S. ARMELLINI, *Studi: Il premio tra diritto e politica. Hobbes e Montesquieu nella storia della premialità*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», vol. LXXVII (2000), fascicolo 4, pp. 429 - 469; S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Bulzoni Editore, Roma, 1976; A. FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli Editore, Torino, 1994; A. CATANIA, *Manuale di filosofia del diritto*, E.S.I., Napoli, 1995, il cui ultimo capitolo intitolato *Le funzioni del diritto* affronta il tema della premialità da un punto di vista teorico.

1.2. IL PERCHÉ DELLA SCELTA DI HOBBS

Intraprendere questo breve itinerario ricognitivo in merito alla nozione di premialità del diritto prendendo le mosse dalle riflessioni svolte sul tema da Thomas Hobbes può apparire una scelta quantomeno opinabile.

Al tema della premialità del diritto e della ricompensa, intesa come sanzione positiva, infatti, Hobbes non dedica molto spazio all'interno della propria ricerca.

Al contrario, è innegabile che la pena assuma un ruolo fondamentale nella teoria della sovranità hobbesiana. A tal proposito, l'*incipit* del capitolo XXVIII del *Leviatano* recita:

la punizione è un male inflitto dalla autorità pubblica a colui che ha fatto, o omesso di fare, qualcosa che la stessa autorità giudica essere una trasgressione della legge, affinché la volontà degli uomini possa per mezzo di ciò esser meglio disposta all'obbedienza¹⁵.

La sanzione negativa è intesa, quindi, quale strumento imprescindibile per il mantenimento dell'ordine sovrano dal momento che funge da ausilio per meglio disporre i consociati all'obbedienza¹⁶. Ciò, inevitabilmente, ha portato gli studiosi a focalizzare la propria attenzione sul concetto di sanzione intesa esclusivamente come sanzione negativa o punizione.

Tuttavia, non si può nascondere che il capitolo XXVIII del *Leviatano*, il cui *incipit* è stato testé citato, è intitolato *Punizioni e Ricompense*. È evidente, quindi, che anche il tema del premio viene affrontato da Hobbes; anzi, egli non esita a definire le ricompense, al pari delle punizioni,

¹⁵ T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, cit., p. 254.

¹⁶ Interessante sul punto la riflessione formulata da V. Omaggio nel citato saggio *Justus Metus*: “si noti come Hobbes dica meglio disporre all'obbedienza, non già disporre semplicemente, giacché la disposizione è stata promessa con il patto. Sul patto si fonda l'obbedienza alle leggi, non sulla sanzione che funge da ausilio nella lotta interminabile contro le passioni. Non basta aver pattuito poiché la forza vincolante della legge di natura si attenua nella tempesta dei conati sempre risorgenti; così il timore che più di ogni altra cosa può contrastare le altre passioni, essendo a esse consustanziale, realizza la sua funzione deterrente”, V. OMAGGIO, *Justus metus, etica e diritto in Thomas Hobbes*, cit., p. 203. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo dell'esposizione, la paura è il vero motore che muove l'intero sistema hobbesiano.

i nervi e i tendini che muovono le membra e le articolazioni dello Stato¹⁷.

Ciò premesso, si è ritenuto doveroso dar conto delle riflessioni dell'autore inglese sul tema delle ricompense per un motivo ben specifico.

Come suggerito nella relazione proposta da Alfonso Catania al convegno tenutosi presso l'Università di Teramo nel 1997, dal titolo *Ripensare la Premialità, le prospettive giuridiche filosofiche e politiche della problematica*, è possibile ipotizzare una funzione premiale del diritto solo a partire dalla formazione dei cosiddetti Stati moderni. Sottesa al concetto di premialità del diritto, infatti, vi è necessariamente e implicitamente l'idea di un soggetto giuridico unico, lo Stato, il quale, detentore della produzione giuridica, si struttura come ordinamento ed ha come fine ultimo la realizzazione dell'ordine e della pace sociale.

Tale concezione di Stato, a ben vedere, nasce e si sviluppa in Europa nei secoli XVI e XVII e porta alla formazione dei cosiddetti Stati moderni. Le caratteristiche sopracitate, infatti, si rinvencono già nella definizione di Stato fornita da Hobbes nel capitolo XVII del *Leviatano*:

una persona unica, dei cui atti [i membri di] una grande moltitudine si sono fatti autori, mediante patti reciproci di ciascuno con ogni altro, affinché essa possa usare la forza e i mezzi di tutti loro nel modo che riterrà utile per la loro pace e per la difesa comune¹⁸.

A ben vedere, il filosofo inglese sottolinea l'unicità del soggetto Stato e la sua possibilità di usare la forza, ed ogni altro mezzo, per giungere alla pace e alla difesa comune, ovverosia all'ordine sociale.

Ebbene, per usare le parole di Catania

in senso moderno il diritto c'è se c'è l'ordinamento, e l'ordinamento c'è se c'è l'obbedienza che da Hobbes in poi può essere *sic et simpliciter* anche, anzi e soprattutto, esterna e formale¹⁹.

¹⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 261.

¹⁸ Ivi, p. 143.

¹⁹ A. CATANIA, *Promozionalità e dimensione dell'effettività*, in *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, a cura di S. Armellini e A. Di Giandomenico, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 5.

Tali considerazioni risultano fondamentali per comprendere l'importanza dello studio del pensiero hobbesiano nell'economia della presente ricerca. In altri termini, si può avanzare il quesito se il diritto, oltre ad avere una funzione repressiva, possa svolgere anche una funzione promozionale, avvalendosi all'uopo dello strumento della ricompensa, solo nel momento in cui appare il soggetto, lo Stato moderno, che garantisce l'ordine.

È unicamente con la comparsa sulla scena dello Stato moderno, così come precedentemente definito, che ci si trova di fronte ad un ente giuridico in grado di porsi degli obiettivi e di perseguire gli stessi con tutti i mezzi di cui dispone, ovverosia anche tramite l'utilizzo delle sanzioni positive, le ricompense.

Peraltro, secondo parte della dottrina, già la funzione del controllo sociale esercitata dallo Stato inteso come esclusivamente penal-repressivo, potrebbe essere valutata come una forma di promozionalità del diritto; tale funzione, infatti, prevede una volontà politica che sia in grado di andare oltre al mantenimento del semplice *status quo* e che garantisca la stabilità attraverso un certa dose di eterodirezione dei consociati²⁰.

Concludendo sul punto,

la modernità si autodefinisce come *ratio* strumentale e volontà autoritativa²¹,

volta al raggiungimento del puro ordine in contrasto alla realtà politico sociale pre-moderna, autoregolantesi nella rete dei diritti consuetudinari e dei poteri condivisi e limitati. La premialità, quindi, è in un certo senso già implicita nella modernità.

Per quanto detto, appare opportuno intraprendere i ragionamenti intorno al concetto di premialità prendendo le mosse dal pensiero di Hobbes, iniziatore archetipo della modernità²²; si procederà, pertanto, ad una breve analisi dei presupposti su cui si fonda il sistema politico - giuridico tracciato dal filosofo

²⁰ È lo stesso Catania ad affermare: “da un punto di vista strettamente logico promuovere significa tentare di realizzare un programma e la realizzazione di un programma, come è ovvio, può essere ottenuta sia con forme di dissuasione e di scoraggiamento (sanzioni negative), sia attraverso forme di incoraggiamento o, come suol dirsi, di incentivazione (sanzioni positive)”, *ivi*, p. 6.

²¹ *Ivi*, p. 5.

²² C. GALLI, *Saggio introduttivo* a T. Hobbes, *Leviatano*, Bur - Rizzoli, Milano, 2011, p. 3.

inglese per poi fornire una più dettagliata esposizione della sua teoria delle ricompense.

1.3. I PRESUPPOSTI DEL SISTEMA FILOSOFICO HOBBIANO

Nell'introduzione al *De Cive*, Norberto Bobbio afferma che se “*ridotte al nocciolo*”, le opere politiche hobbesiane non sono altro che “*una predica sull'obbedienza*”. Hobbes, scrive Bobbio, è un

umanista e matematico, amante del quieto studio o tutt'al più di dotti vagabondaggi, [costretto a subire le conseguenze di una] crisi dell'autorità che getta l'Europa nel disordine della guerra e dell'anarchia. [...] I suoi libri politici, ridotti al nocciolo, sono una predica sull'obbedienza che invece di tentare le vie del cuore, tenta quella della ragione: una predica insomma meno veemente ma più astuta. [...] La politica di Hobbes, partita dalla tesi dell'unità del potere, giunge attraverso il filo conduttore di un ragionamento eccezionalmente vigoroso, a intessere la trama di una delle più radicali teorie dell'obbedienza che la storia delle dottrine politiche abbia mai conosciuto, e di fronte alla quale la stessa dottrina del diritto divino dei re, che era adoperata ai suoi tempi per sostenere l'assolutismo, e cioè proprio lo Stato fondato sull'obbedienza, poteva essere giudicata addirittura una dottrina moderata²³.

Nel sistema delineato dal filosofo inglese, peraltro, il cittadino sembra non avere alcun modo di opporsi al volere del Sovrano, il quale è l'unico soggetto in grado di determinare il giusto e l'ingiusto.

Hobbes non ammette l'obbedienza passiva, anzi la condanna severamente come un errore. Il logico consequenziario non lascia aperta ai sudditi che una sola via, quella dell'obbedienza attiva, dell'obbedienza in ogni caso, salvo quando la vita del suddito sia minacciata; e la fonda sopra due argomenti formidabili: primo, che l'individuo attraverso il patto di unione è obbligato ad ubbidire a tutto ciò che il Sovrano comanderà, ad ubbidire cioè indipendentemente dal contenuto del comando, e quindi ha perduto ogni diritto di giudicare se il comando sia giusto o ingiusto; secondo, che il Sovrano non può, anche se lo voglia, imporre azioni contrarie alla religione per il

²³ T. HOBBS, *Opere Politiche, Vol. 1: Elementi filosofici sul cittadino. Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, a cura di N. Bobbio, Utet, Torino, 1971, p. 11.

semplice fatto che la materia religiosa da nessun altro è determinata che dallo stesso Sovrano²⁴.

Ciò premesso, attraverso il principio dell'obbedienza assoluta, Hobbes garantisce l'intangibilità e la prosperità dello Stato. Mentre, infatti, all'esterno di esso è il dominio delle passioni, della guerra, della paura, della povertà, dell'incuria, dell'isolamento, della barbarie, dell'ignoranza, della bestialità, al contrario al suo interno vigono la ragione, la pace, la ricchezza, la decenza, la socievolezza, la raffinatezza la scienza e la benevolenza.

Ci si può legittimamente domandare, pertanto, su cosa si fondi la radicale distinzione intercorrente tra la condizione umana all'interno ed all'esterno dello Stato civile; in altri termini, quale elemento sia in grado di trasformare la barbarie in ragione, l'isolamento in socievolezza e la bestialità in benevolenza.

Ebbene, secondo Hobbes, un tale cambiamento non deriva da un mutamento della natura degli uomini, una volta entrati a far parte dello Stato civile.

A tal proposito il filosofo inglese pone in evidenza come la sottoscrizione del contratto sociale da parte dei singoli non corrisponda assolutamente ad un mutamento radicale della natura umana, ad una metamorfosi psicologica dell'individuo.

In particolare Hobbes esplicitamente afferma che la miserabile condizione di guerra è un effetto necessario delle passioni naturali degli uomini.

Come sostenuto da Francesco Viola, nel suo *Behemoth e Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*,

la pace, come premio è meta da conquistare e riconquistare poiché lo stato di natura e di guerra appare latente proprio all'interno dello stesso Stato civile²⁵.

Tale dato è ben sottolineato anche nel già citato testo di Omaggio, *Justus metus*, in cui l'autore ricorda come il conflitto nato nella condizione naturale non termini *ipso facto* con l'istituzione del potere civile, proprio perché esso non è dovuto esclusivamente all'esercizio del diritto naturale all'autoconservazione che il

²⁴ Ivi, pp. 23 - 27.

²⁵ F. VIOLA, *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 10.

Sovrano in larga parte abolisce, ma anche ad atteggiamenti antisociali di aperta violazione dei comandi da parte dei cittadini²⁶.

Sul punto, è lo stesso Hobbes a ribadire che la sicurezza deve essere garantita dal Sovrano in modo continuo ed incessante:

né per la sicurezza è sufficiente che gli uomini siano governati e guidati da un unico giudizio per un tempo limitato. Infatti, anche se con il loro sforzo unanime ottengono una vittoria contro un nemico straniero, tuttavia, dopo, quando non hanno più alcun nemico comune, oppure quando una parte ritiene nemico colui che l'altra ritiene amico, accade necessariamente che si disgreghino a causa della differenza dei loro interessi e cadano di nuovo in guerra tra loro stessi²⁷.

Alla luce di tali considerazioni, se anche successivamente alla stipulazione del contratto sociale e all'individuazione di un unico Sovrano astrattamente in grado di mantenere l'ordine, la natura dei consociati rimane quella della negatività estrema, in cosa si può individuare l'elemento in grado di far emergere le virtù della pace, della socievolezza, della ragione dalle tenebre dello stato di natura?

Ebbene, l'ordine sociale che racchiude in sé tali virtù è garantito dall'incessante opera del Sovrano, il *Leviatano*, il quale deve usare tutti gli strumenti a sua disposizione affinché lo Stato prosperi, e vengano al contempo ad affiorare le suddette qualità.

Come ben evidenzia Sorgi,

individuo e Stato nel loro rapporto già di per sé difficile sono posti all'estremo di una arco fatto di ambivalenza: essi si richiamano e contemporaneamente si escludono in una impostazione logica che ne fa due realtà iperboliche, due assolutizzazioni non flessibili. Il loro già difficile raccordo è reso ancor più complesso dall'essere immersi in o affiancati da numerose altre entità antitetiche. Quali individualismo esasperato e riduzione ad un'unica volontà, fini del contratti sociale fondante lo Stato (sicurezza individuale) e fini dello Stato (sicurezza dello Stato stesso), naturale asocialità dell'uomo e necessità vitale di

²⁶ V. OMAGGIO, *Justus metus*, cit., pp. 23 e ss.

²⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 141.

costituirsi in società, coesistenza tra pace e diritto di resistenza, istanze della borghesia e statalismo economico²⁸.

Nel sistema delineato da Hobbes, quindi, la grande macchina artificiale dello Stato, il *Leviatano*, deve sempre misurarsi con le piccole macchine naturali, ovvero con gli uomini.

Il trionfalismo dell'obbedienza assoluta non può che apparire smorzato di fronte a considerazioni di tale tenore.

Hobbes stesso, infatti, indica il costante lavoro di mediazione a cui il *Leviatano* deve far fronte al fine di mantenere la condizione di pace all'interno dello Stato. Il Sovrano è continuamente costretto a servirsi di un sistema di pesi e contrappesi, nel proprio rapporto con i sudditi, al fine di assoggettarli all'obbedienza; egli utilizza all'uopo pene e ricompense che, come precedentemente anticipato, nel capitolo XXVIII del *Leviatano*, l'autore inglese individua come

i nervi e i tendini che muovono le membra e le giunture dello Stato²⁹.

Il Sovrano, infatti, è consapevole di un dato imprescindibile: l'uomo, stante la sua natura passionale, agisce esclusivamente in forza delle proprie pulsioni interiori; per questo il *Leviatano* deve essere in grado di comprenderle ed assecondarle, al fine di vedere garantita l'obbedienza.

Il sistema hobbesiano si dimostra in questo senso assolutamente coerente con i propri presupposti fondamentali; il Sovrano, nell'esercizio del governo, non può non tenere in debito conto l'antropologia umana. Ciò che determina le decisioni del *Leviatano*, pertanto, è la consapevolezza della natura passionale e tendenzialmente negativa dell'uomo.

A tal proposito risulta illuminante un passo contenuto negli *Elementi di legge di naturale e politica*:

l'opinione della ricompensa e della punizione costituisce e governa la volontà. In quanto la volontà di fare è appetito, e la volontà di tralasciare, timore, le cause dell'appetito e del timore sono pure le cause della nostra volontà. Ma il prospettare vantaggi e danni, vale a dire ricompense e punizioni, è la causa del nostro appetito e dei nostri

²⁸ G. SORGI, *Quale Hobbes?*, cit., p. 115.

²⁹ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 261.

timori, e quindi anche delle nostre volontà, nella misura in cui noi si creda che quelle ricompense e vantaggi che sono prospettati, ci capiteranno³⁰.

Vi è, quindi, diretta consequenzialità tra l'antropologia meccanicista degli individui e le modalità con cui il Sovrano deve esercitare il suo potere al fine di vedere garantita l'obbedienza dei sudditi. Pena e ricompensa diventano uno strumento fondamentale per assecondare la natura passionale di questi ultimi; il *Leviatano*, pertanto, tramite punizioni e premi riesce a sollecitare gli appetiti dei consociati i quali, tuttavia, rimangono liberi di autodeterminarsi ed esercitare la propria volontà sulle azioni e i comportamenti da adottare.

Presupposto fondamentale, sotteso all'intero sistema hobbesiano, è che la natura dell'uomo non può essere modificata; questa è una realtà di cui il Sovrano è ben conscio. Compito del *Leviatano* sarà pertanto quello di assecondare tale natura senza tuttavia rischiare la destabilizzazione; è bene precisare, infatti, che anche i singoli sono consapevoli dell'immodificabilità della natura umana. La criticità è evidente: se un soggetto approfittasse di tale circostanza, utilizzandola a proprio favore, il potere del Sovrano potrebbe essere delegittimato.

A tal proposito, Hobbes, in numerosi passaggi della propria opera, sottolinea come la sovranità sia sempre messa in pericolo non solo da cause esterne allo Stato, ma anche, e soprattutto, da minacce derivanti dai consociati stessi.

A mero titolo esemplificativo, nel capitolo XXI del *Leviatano* intitolato “*La libertà dei sudditi*”, l'autore ricorda come la sovranità possa sempre estinguersi a causa dell'ignoranza e dei moti delle passioni generati dalla discordia intestina:

e sebbene la sovranità, nelle intenzioni di coloro che la istituiscono, sia immortale, tuttavia per sua natura non è solo soggetta a morte violenta a causa di guerra contro nemici esterni, ma anche reca in se, fin dalla sua stessa istituzione, a causa dell'ignoranza e delle passioni, i molti semi della mortalità naturale generati dalla discordia intestina³¹.

³⁰ T. HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, a cura di A. Pacchi, La Nuova Italia, Firenze, 1968, p. 99.

³¹ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 185.

Come detto, quindi, i potenziali nemici del Sovrano non derivano esclusivamente dall'esterno dello Stato, ma anche dal suo interno. Compito del Leviatano sarà, pertanto, mantenere il controllo sui consociati attraverso il sistema di pesi e contrappesi, di punizioni e ricompense.

La maggiore causa della discordia intestina, a detta dell'autore, è la vanagloria

che consiste in una insana sopravvalutazione del proprio valore come se la differenza di valore fosse un effetto dell'ingegno, delle ricchezze, del sangue o di qualche altra qualità naturale e non dipendesse dalla volontà di coloro che detengono l'autorità sovrana. Donde deriva la presunzione di coloro che soggiacciono a quella passione che le pene previste dalle leggi, e generalmente estese a tutti i sudditi, non dovrebbero essere loro inflitte con lo stesso rigore con cui vengono somministrate alla gente povera, oscura e semplice, compresa sotto il nome di volgo³².

L'autore vede nella vanagloria, intesa come sopravvalutazione del proprio valore da parte dei sudditi, uno dei maggiori pericoli per la stabilità del potere sovrano: il singolo si considera slegato dalle leggi, tanto che lo strumento coercitivo della punizione rischia di non avere più effetto su di lui. Il *Leviatano*, quindi, deve evitare necessariamente questa deriva, in quanto il suo potere risulterebbe irrimediabilmente destabilizzato.

È in questo contesto di aperto e incessante conflitto intestino, quindi, che il Sovrano si trova ad esercitare la propria opera di governo; egli, pertanto, dovrà adoperare tutti gli strumenti a sua disposizione, ed in particolare punizioni e ricompense, al fine di salvaguardare il potere, mantenere l'ordine e la pace sociale. Ciò premesso, dall'analisi dei passi citati emerge una realtà evidente: la precarietà della posizione del Sovrano. Quest'ultimo, lungi dall'essere destinatario di obbedienza incondizionata da parte di ogni consociato, deve costantemente far fronte a dissidi interni, discordie intestine, nonché a continui tentativi di usurpazione del potere da parte dei sudditi più popolari e ambiziosi.

Tale condizione, tuttavia, è inevitabile e assolutamente coerente con i presupposti del sistema hobbesiano. Quest'ultimo, come detto, si fonda sulla natura passionale

³² Ivi, p. 243.

degli uomini e sulla loro intrinseca negatività; l'autore, pertanto, non poteva prescindere da tale dato, ipotizzando una catarsi rigenerativa dei singoli al momento della sottoscrizione del contratto sociale, che li trasformasse in sudditi docili, sempre pronti ad obbedire al volere del *Leviatano*.

D'altra parte non si può dimenticare, come scrive Bobbio nell'introduzione al *De cive*,

che è presente continuamente allo spirito di Hobbes, anche se mai ricordata, la storia contemporanea della sua patria, dramma ancora vivo e da lui intensamente vissuto³³.

L'autore, infatti, nasce a Londra nel 1588, l'anno dell'assedio della capitale inglese per opera dell'*Invincibile Armada* navale della Spagna. La paura e l'insicurezza, quindi, accompagnano Hobbes in tutto il corso della sua esistenza e diventano il termine cardinale del suo sistema geometrico legale che ha come fine operativo ultimo quello di superare tale condizione per raggiungere la sicurezza e la pace³⁴.

Peraltro, è lo stesso Hobbes a ricordare come sia necessario rammentare agli uomini suoi contemporanei i propri doveri, che sembrano aver dimenticato. Nella prefazione alla seconda edizione del *De Cive* (Amsterdam 1647) l'autore scrive:

in questo piccolo libro sono trattati i doveri degli uomini: prima, in quanto uomini, poi in quanto cittadini, infine in quanto cristiani. In questi doveri sono raccolti tanto gli elementi del diritto naturale e del diritto delle genti, e l'origine e la forza della giustizia, quanto l'essenza della religione cristiana, per quanto lo sopporta il limite del mio assunto. I più antichi sapienti hanno creduto che non bisognasse tramandare ai posteri questo genere d'insegnamenti (salvo per quanto riguarda la religione cristiana) se non adornato di versi, o adombrato in allegorie, come se fosse un segreto di Stato, siffattamente bello e sacro da esser profanato da discussioni individuali e private³⁵.

Avvolti in miti, i doveri erano, in quei tempi antichi e felici, al riparo dalle pericolose discussioni dei tempi moderni.

³³ T. HOBBS, *Opere Politiche, vol. 1: Elementi filosofici sul cittadino. Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, cit., p. 20.

³⁴ F. GENTILE, *Filosofia del diritto (le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi)*, cit., pp. 37 e ss..

³⁵ T. HOBBS, *Opere Politiche, vol. 1*, cit., p. 63.

Infatti, prima che si cominciasse a trattare questioni di questo tipo, i Sovrani non avevano da chiedere il riconoscimento del loro potere, non avevano che da esercitarlo. Non difendevano la loro autorità con teorie, ma l'usavano per punire i malvagi e difendere gli onesti. A loro volta, i cittadini non misuravano la giustizia secondo le opinioni di persone private, ma secondo le leggi dello Stato, ed erano mantenuti in pace non da discussioni, ma dalla forza di chi comandava. Anzi veneravano il potere supremo come una divinità visibile, sia che risiedesse in un uomo solo, o in un'assemblea. E non si aggregavano ai sobillatori e agli ambiziosi, come ora, per sovvertire lo Stato, poiché non potevano neppure concepire di distruggere un ordinamento che serviva a conservarli: la semplicità di quei tempi non riusciva a pensare una tanto dotta stupidità. Così allora regnava la pace e l'età dell'oro, che terminò proprio quando scacciato Saturno, s'incominciò a insegnare che si potevano prendere le armi contro i propri capi³⁶.

Le parole dell'autore risultano cristalline. Il Sovrano, nell'epoca moderna, a differenza di quanto accadeva nell'epoca classica, è costantemente messo in discussione dai singoli sudditi che bramano il potere. L'opera di Hobbes, pertanto, lungi dall'essere una esaltazione trionfale dell'obbedienza assoluta, appare piuttosto un'opulenta teorizzazione volta a fondare il potere del *Leviatano* su basi logico geometriche inconfutabili, al fine di superare ogni possibile contestazione avversaria. L'autore, inoltre, vuole fornire una prospettazione di quelli che devono essere i comportamenti e le condotte che il Sovrano dovrà tenere al fine di

³⁶ L'autore continua la sua riflessione affermando, “come dicevo, sembra che gli antichi non solo si fossero accorti di questo, ma lo avessero voluto rappresentare molto efficacemente in uno dei loro miti. Raccontano, appunto, che Issione, accolto a banchetto da Giove, si fosse innamorato di Giunone e le chiedesse amore. Ma gli s'offrì invece di Giunone una nube che aveva l'aspetto della dea, onde nacquerò i Centauri, metà uomini e metà cavalli, razza turbolenta e combattiva. Spogliata dall'allegoria, la storia viene a significare che gli uomini, chiamati a prendere parte alle decisioni dello Stato, desiderarono sottomettere al loro intelletto la Giustizia, sorella e sposa del potere supremo, ma, impossessatisi solo di una sua immagine falsa e vacua come una nuvola, fecero nascere i dogmi biforini dei filosofi morali, in parte giusti e belli, e in parte brutali e bestiali, causa di tutte le lotte e di tutte le stragi. Poiché opinioni di questo genere vengono alla luce tutti i giorni, se qualcuno sciogliesse quelle nubi e mostrasse, con ragionamenti saldi, che non vi sono teorie autentiche sul giusto e l'ingiusto, sul bene e il male, all'infuori delle leggi istituite in ciascuno Stato, e che nessuno può ricercare se un'azione sia giusta o ingiusta, buona o cattiva, ad eccezione di coloro cui è stata deferita l'interpretazione delle leggi, costui, certamente, non solo mostrerebbe la gran via della pace, ma indurrebbe a paragonarla con i sentieri equivoci e oscuri della ribellione; e non si potrebbe pensare nulla di più utile”, *ivi*, pp. 65 - 66.

salvaguardare lo Stato ed il proprio potere. Tra gli strumenti utili a detto scopo vi sono certamente anche le ricompense, di cui Hobbes si occupa specificatamente nel capitolo XXVIII del *Leviatano*.

1.4. LA TEORIA DELLE RICOMPENSE IN HOBBS

Nell'introduzione al *Leviatano* Hobbes scrive:

viene infatti creato dall'arte quel gran *Leviatano*, chiamato Repubblica o Stato (in latino *Civitas*), che non è altro che un uomo artificiale, anche se ha una statura e una forza maggiori rispetto all'uomo naturale, per proteggere e difendere il quale è stato voluto. In esso la sovranità è un'anima artificiale, poiché dà vita e movimento all'intero corpo; i magistrati e gli altri funzionari con compiti giudiziari ed esecutivi sono le articolazioni artificiali; la ricompensa e la punizione - per mezzo dei quali ogni giuntura e membro sono legati al seggio della sovranità e sono quindi mossi a compiere il proprio dovere - sono i nervi, i quali hanno la stessa funzione nel corpo naturale³⁷.

Appare evidente, quindi, l'importanza che rivestono gli strumenti del premio e della punizione nell'indirizzare la volontà dei consociati al perseguimento del fine ultimo della pace e della sicurezza nello Stato.

In particolare Hobbes espone le sue considerazioni sull'argomento all'interno del capitolo XXVIII del *Leviatano* intitolato "*Punizioni e ricompense*".

Sebbene l'autore affronti il tema delle punizioni e delle ricompense nell'ambito del medesimo capitolo, tali elementi, nell'ottica hobbesiana, non sono equiparabili, e non costituiscono certamente le due facce della sanzione, intesa in senso positivo e negativo.

Come ricordato, infatti, unicamente la pena assume un ruolo decisivo nella teoria della sovranità proposta dal filosofo inglese. A tal proposito, l'*incipit* del capitolo XXVIII del *Leviatano* recita:

la punizione è un male inflitto dalla autorità pubblica a colui che ha fatto, o omesso di fare, qualcosa che la stessa autorità giudica essere una trasgressione della legge, affinché la volontà degli uomini possa per mezzo di ciò esser meglio disposta all'obbedienza³⁸.

³⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 5.

³⁸ Ivi, p. 254.

La sanzione negativa è considerata, quindi, quale strumento imprescindibile per il mantenimento dell'ordine e funge da ausilio per meglio disporre i consociati all'obbedienza.

Anche la ricompensa, come detto, è uno strumento di cui il Sovrano si serve per la propria azione politica ma, per i motivi che si vanno ad esporre, non può dirsi connotata dal carattere della giuridicità.

A tal riguardo, Hobbes dedica l'ultima parte del capitolo XXVIII del *Leviatano* al tema delle ricompense, suddividendole in due categorie specifiche: la ricompensa data come dono e quella data per contratto, altresì definita “*ricompensa salario*”.

1.4.1. LA RICOMPENSA DONO

La ricompensa dono viene qualificata dall'autore inglese come

il compenso elargito dalla grazia di coloro che lo concedono, per invogliare o mettere in grado gli uomini di rendere loro servizi³⁹.

Unico elemento a determinare l'elargizione della ricompensa dono è pertanto la grazia. In particolare, nel tratteggiare le caratteristiche della terza legge di natura, la Giustizia, Hobbes afferma:

la ricompensa del merito (a parte quella che sussiste in forza di un patto, per cui l'adempimento da una parte merita l'adempimento dell'altra, e ricade sotto la giustizia commutativa e non distributiva) rappresenta non già qualcosa di dovuto per giustizia, ma elargito per grazia⁴⁰.

La grazia, pertanto, è considerata l'elemento distintivo tra la giustizia commutativa e la giustizia distributiva; le due forme di giustizia, infatti, presentano una differenza di fondo:

la giustizia commutativa è la giustizia dei contraenti; vale a dire, l'adempimento del patto nel comprare e vendere, nel prendere e dare in affitto, nel prendere e dare in prestito, nello scambiare, nel barattare e in tutti gli altri atti contrattuali. La giustizia distributiva è la giustizia

³⁹ Ivi, p. 260.

⁴⁰ Ivi, p. 122.

dell'arbitrio; vale a dire l'atto del definire ciò che è giusto. Se nel compimento di questo atto l'arbitro mantiene fede all'incarico, è detto distribuire a ciascuno il suo. Questa in effetti è una distribuzione giusta e può essere chiamata (ancorché impropriamente) giustizia distributiva, ma più propriamente, equità; anch'essa è legge di natura, come sarà mostrato a tempo debito⁴¹.

Da quanto detto, emerge chiaramente come la ricompensa dono sia elargita dal Sovrano secondo i criteri della giustizia distributiva, essendo frutto esclusivo della sua grazia arbitraria.

Nel tratteggiare i contorni della ricompensa dono, Hobbes rimane assolutamente coerente con la propria impostazione meccanicistica. Il *Leviatano* è conscio di non poter mutare la natura degli uomini; l'azione sovrana, pertanto, non deve tendere alla costruzione di uomini nuovi tramite la prospettazione di premi ai più meritevoli, ma deve avere come unico fine la sicurezza dell'ordine politico. Compito del Sovrano è quello di mantenere la pace e la sicurezza sociale assecondando le passioni degli individui e rimanendo estraneo da ogni valutazione di bene e virtù in relazione agli stessi.

La ricompensa dono, pertanto, dipende esclusivamente dalla grazia del Sovrano, il quale, nell'elargizione della stessa, deve prescindere da ogni apprezzamento valoriale; in altri termini risulta applicata solamente in casi eccezionali e secondo la mera discrezione del predetto.

Questa nozione di ricompensa, pertanto, non può essere fatta rientrare nell'ambito della definizione di premialità così come successivamente intesa. La ricompensa dono, infatti, non si configura come elemento giuridico certo, nell'ambito della struttura della norma; essa non assurge a ruolo di sanzione positiva necessariamente associata ad un precetto giuridico destinato ad applicarsi in via automatica, indistintamente, alla totalità dei consociati, in virtù del comportamento mantenuto dai medesimi in relazione ad un determinato precetto giuridico.

⁴¹ Ivi, p. 243.

1.4.2. LA RICOMPENSA SALARIO

Venendo al secondo significato di ricompensa individuato da Hobbes, la ricompensa salario, essa viene definita come

la remunerazione dovuta per un servizio compiuto o promesso⁴².

In particolare la ricompensa salario viene elargita dal Sovrano per contratto; essendo il frutto di un atto di natura giuridica alla stessa può, teoricamente, attribuirsi la caratteristica dell'obbligatorietà. In particolare, Hobbes parla di ricompensa salario nei casi in cui

il Sovrano di uno Stato destina uno stipendio per qualche mansione pubblica⁴³.

Il suddito che percepisce detto stipendio è tenuto per giustizia a compiere il proprio ufficio. In questo secondo caso, il riferimento è certamente alla nozione di giustizia commutativa, dal momento che tra Sovrano e “pubblico dipendente” si instaura un vero e proprio rapporto contrattuale, in virtù del quale, a fronte di una specifica mansione svolta dal suddito, il Sovrano è tenuto a corrispondere sinallagmaticamente una ricompensa.

Come sottolineato da Serenella Armellini in *Saggi sulla premialità del diritto nell'epoca moderna*, tramite la nozione di ricompensa salario, Hobbes dimostra di aver percepito la necessità di rimodellare gli schemi monarchico-feudali, per addivenire ad un sistema amministrativo-burocratico in cui il rapporto tra il Sovrano e i sudditi alle sue dipendenze sia stabilito sulla base di norme certe; il prevalere delle nuove forze sociali, infatti, richiedeva strumenti giuridici nuovi, il più possibile estranei all'antica tradizione monarchica.

Ricompensa salario, infatti, è usata quale sinonimo di diritto: essa è corrisposta ad una persona la quale si trovi in una precisa situazione giuridica⁴⁴.

Fondamentale importanza, pertanto, riveste la caratteristica della sinallagmaticità tra la prestazione fornita dal suddito “dipendente pubblico” e la ricompensa

⁴² Ivi, p. 260.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, cit., p. 18.

elargita da Sovrano. Quest'ultima, inoltre, deve essere certa e determinabile *a priori*, poiché, se così non fosse, si potrebbero verificare conseguenze dannose per il funzionamento dell'apparato amministrativo dello Stato. A tal proposito, l'autore inglese porta l'esempio dell'amministrazione della giustizia:

ove, infatti, la remunerazione dei Giudici e dei magistrati delle Corti di Giustizia dipenda dal numero delle cause di loro competenza [e non sia, pertanto, rigidamente predeterminata] seguono necessariamente due inconvenienti: il primo è che si alimentano le liti giudiziarie, poiché più sono le liti maggiore è il beneficio [per i giudici]; il secondo consistente nella contesa di giurisdizione, ogni Corte cercando di attirare a sé quante più cause può. Per contro, negli uffici esecutivi non si presentano questi inconvenienti poiché l'impiego [e il conseguente compenso] non può essere aumentato con nessuno sforzo⁴⁵.

Da quanto sinora delineato si percepisce come questo secondo tipo di ricompensa abbia un carattere intrinsecamente privatistico. La stessa, infatti, dipende da un rapporto diretto, ed avente natura contrattuale, tra il Sovrano e solamente alcuni dei suoi sudditi, che svolgono precise mansioni al suo servizio, e deve essere elargita in forza di tale vincolo giuridico.

Hobbes, tuttavia, sempre coerente con le proprie premesse sistematiche, non rinuncia a sottolineare la preminenza dell'interesse statale nei confronti di quello privato. L'autore ritiene, infatti, che possano verificarsi circostanze in cui il Sovrano si serva della prestazione dei sudditi senza elargire loro alcuna ricompensa; anzi provocando agli stessi un nocumento. In tali situazioni i sudditi, non hanno

alcuna possibilità di opporsi legalmente al comando di abbandonare la cura dei loro affari privati per servire lo Stato⁴⁶.

Sembra, quindi, porsi in dubbio quanto precedentemente affermato circa la modificazione apportata da Hobbes agli schemi monarchico-feudali, e la prospettazione di un rapporto giuridico sinallagmatico tra Sovrano e sudditi.

⁴⁵ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 261.

⁴⁶ Ivi, p. 260.

Tuttavia, a onor del vero, l'autore precisa che i singoli, di fronte a una simile richiesta da parte del Sovrano, non sono tenuti a prestare il proprio servizio né in forza della legge di natura né della Costituzione dello Stato; lo Stato può avvalersi del servizio dei cittadini senza la corresponsione di un adeguato salario solo nel caso in cui

non esista altro modo per garantire quel servizio⁴⁷.

In altri termini l'interesse del suddito si piega a quello generale solo nei casi di forza maggiore; tale considerazione fornisce un ulteriore riscontro di come la paura (in questo caso rappresentata da una situazione eccezionale) nel sistema hobbesiano abbia sempre il sopravvento su tutto, e sia in grado di modificare anche le comuni regole del vivere sociale. D'altra parte Hobbes è molto chiaro nell'affermare come il Sovrano, al fine di fronteggiare tali eventi di forza maggiore, possa

far uso di tutti i mezzi dei suoi sudditi⁴⁸,

i quali, come detto, non hanno alcun modo per opporvisi legalmente.

A ben vedere, tuttavia, Hobbes non precisa alcun tipo di definizione delle situazioni di forza maggiore; ciò pone una pesante ipoteca circa la sinallagmaticità contrattuale che, secondo l'autore, dovrebbe caratterizzare il rapporto tra i sudditi "dipendenti pubblici" ed il Sovrano. Se, in linea teorica, la ricompensa salario dovrebbe essere certa e predeterminata, ciò di fatto non avviene; il Sovrano, infatti, gode di assoluta autonomia avendo la possibilità di stabilire *motu proprio*, in mancanza di parametri definiti, quando ci si trovi di fronte ad una situazione di forza maggiore tale da poter pretendere un sacrificio non retribuito dai sudditi.

In definitiva, tale sistema non riconosce ai singoli un diritto soggettivo in grado di contrapporsi all'interesse generale, nel caso in cui venga violata l'autonomia del singolo stesso per cause di forza maggiore. I caratteri di certezza e giuridicità che Hobbes attribuisce alla ricompensa salario, sembrano venire meno nel momento in cui si passa dal livello di analisi teorica al livello di gestione concreta del potere politico. Tuttavia, non si può negare l'importanza che la speculazione sul tema ha avuto nel superamento delle antiche strutture monarchico-feudali.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

In ultima analisi, anche la ricompensa salario, per le sue caratteristiche, non può essere fatta rientrare nella successiva definizione di premialità. Essa è riferibile esclusivamente ad una categoria di cittadini, coloro i quali svolgono un servizio nei confronti del Sovrano in modo continuativo; si caratterizza, inoltre, per la sua natura privatistica, avendo origine da un contratto, e non può, pertanto, essere considerata una sanzione positiva, necessariamente legata ad un precetto giuridico, applicabile indistintamente a tutti i consociati.

1.4.3. I BENEFICI CONCESSI PER TIMORE

Al termine del capitolo XXVIII del *Leviatano*, Hobbes analizza un terzo tipo di beneficio che il Sovrano può concedere ai sudditi.

Come precedentemente affermato, il Sovrano si trova a governare in un contesto di aperto e incessante conflitto intestino, determinato dai sudditi più potenti e vanagloriosi che ambiscono a destituirlo e ad impadronirsi del potere.

Ciò premesso Hobbes indica un possibile rimedio al fine di evitare il malcontento percepito dai predetti soggetti, convinti di valere più degli altri consociati. L'autore sottolinea infatti come:

vi sono alcuni che credendo di saperne più degli altri, e di essere più adatti a governare di chi è in quel momento a capo dello Stato mostrano quanto la loro abilità potrebbe fare un pro dello Stato, agendo contro gli interessi dello Stato stesso, non potendolo mostrare in altro modo. Poiché non si può estirpare dall'animo umano l'ambizione e la brama di onori, non rientra neppure nei compiti dei governanti il tentarlo. Possono, però, con una oculata distribuzione di pene e ricompense, far in modo da convincere gli uomini che la via per raggiungere alte cariche non sta nel criticare il regime esistente, né nelle scissione in partiti, né nel favore popolare; ma, se mai, proprio nelle azioni contrarie. I buoni cittadini sono quelli che rispettano le deliberazioni degli uomini autorevoli, le leggi e i giuramenti. Se vedessimo costoro costantemente insigniti delle maggiori cariche e gli altri, i faziosi, puniti o almeno disprezzati dai governanti, sarebbe

maggiore l'ambizione di obbedire che quella di passare all'opposizione⁴⁹.

La ricompensa, quindi, in determinati casi risulta essere uno strumento prezioso per indurre anche i cittadini meno docili ad adeguarsi ai dettami del Sovrano; quest'ultimo sapendo di non poter modificare la natura degli uomini (non si può estirpare dall'animo umano l'ambizione e la brama di onori) non vi tenta nemmeno. Al contrario, il *Leviatano* blandisce l'appetito dei propri sudditi tramite la concessione di onorificenze e premi a coloro i quali decideranno di adeguarsi alla sua volontà. Tale *modus operandi*, tuttavia, presenta una controindicazione, in quanto il tentare di assicurarsi il consenso dei sudditi col denaro o le promozioni, spesso non ha valore di ricompensa, ma semmai costituisce indice di timore verso i medesimi:

comprare da un suddito popolare e ambizioso, con il denaro o con la concessioni di promozioni la sua docilità e la rinuncia a influenzare negativamente le menti del popolo, non ha nulla della natura della ricompensa (che è prevista non già per i danni ma per i servizi prestati); è un segno non di gratitudine ma di paura e favorisce non il bene ma il male pubblico⁵⁰.

Hobbes, quindi, utilizza una affascinante metafora per sottolineare la “pericolosità” dell'elargizione delle ricompense nei confronti di cittadini ambiziosi, se malamente dosata:

si tratta di una contesa contro l'ambizione simile a quella di Ercole contro il mostro Idra dotato di molte teste, al quale per ognuna che era vinta, ne spuntavano tre. Similmente il ricorso alle ricompense per avere ragione della tracotante caparbia di un uomo popolare, ne fa sorgere, a causa dell'esempio, molti di più che arrecano il medesimo danno nella speranza di un analogo beneficio⁵¹.

In alcuni casi l'utilizzo del premio così come indicato, si dimostra apparentemente conveniente al fine di evitare conseguenze peggiori per lo Stato; pur tuttavia, un

⁴⁹ T. HOBBS, *Opere Politiche, vol. 1: Elementi filosofici sul cittadino*, cit., pp. 256 - 257.

⁵⁰ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 284.

⁵¹ Ibidem.

utilizzo non calibrato della ricompensa, intesa in questa accezione, condurrà certamente alla dissoluzione dello potere del Sovrano:

vero è che qualche volta una guerra civile può essere differita ricorrendo a mezzi di questo genere, tuttavia il pericolo diviene sempre maggiore, e la pubblica rovina più certa. Pertanto, è contrario ai doveri del Sovrano, al quale è affidata la sicurezza pubblica, dare ricompense a coloro che aspirano alla grandezza disturbando la pace del loro Paese, e non contrastare gli inizi dell'ascesa di siffatti uomini, correndo un piccolo pericolo, piuttosto che opporglisi dopo, correndone uno maggiore⁵².

Un'elargizione di premi così come descritta da ultimo non può che risultare dannosa per lo Stato. Tale ricostruzione, peraltro, incrina ulteriormente l'immagine del Sovrano quale soggetto dotato di potere assoluto.

Hobbes, procedendo nella propria disamina, sottolinea come i suddetti benefici elargiti per timore, non possano certo essere definiti ricompense, e non possano nemmeno rientrare nelle nozioni di ricompensa dono e ricompensa salario precedentemente delineate. In realtà,

sono sacrifici che il Sovrano (considerato come persona naturale e non come persona dello Stato) fa per placare lo scontento di uno che egli reputa più potente di sé; e lungi dal favorire l'obbedienza, invogliano per contro a protrarre e ad aumentare ulteriormente le estorsioni⁵³.

Alla luce di tali affermazioni, sembra che l'autore rinunci apertamente alla coerenza del proprio sistema, che prevede il Sovrano come detentore del potere supremo e *ab solutus*.

Tuttavia, ad un'analisi più attenta, si nota come Hobbes rimanga fedele alla sua concezione meccanicistica dei rapporti sociali; a tal proposito, interessante la precisazione che l'autore fa circa la necessità di considerare il Sovrano, nel momento in cui si trova in difficoltà di fronte ad un suddito particolarmente potente e ambizioso, non come persona dello Stato ma come persona naturale.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ivi, pp. 260 - 261.

Nel passo riportato, infatti, Hobbes pone in evidenza, come sia sempre e comunque la paura il motore che muove l'intero sistema; questo è l'unico sentimento in grado di far riacquistare l'umanità naturale a

quel gran *Leviatano*, chiamato uno Stato, il quale non è che un uomo artificiale, benché di maggiore statura e forza del naturale⁵⁴.

La paura, quindi, che caratterizza in modo determinante il sistema dei rapporti sociali ipotizzato da Hobbes, è l'unico elemento in grado di condizionare anche il Sovrano. Ciò, peraltro, è assolutamente coerente con i presupposti che l'autore pone alla base delle proprie riflessioni.

In realtà, il ragionamento da ultimo proposto dal filosofo di Malmesbury ricade in argomentazioni tipiche dei teorici della ragion di Stato. Il beneficio, corrisposto dal Sovrano ai sudditi più potenti per mero timore, infatti, viene identificato da Hobbes come un atto puramente politico al quale non può essere riconosciuta natura giuridica, pur promanando dal volere sovrano; altrimenti, esso andrebbe introdotto nell'esercizio abituale del potere, circostanza che, tuttavia, condurrebbe alla definitiva dissoluzione dello Stato.

Tale modalità di elargizione di benefici al contrario deve mantenere carattere di eccezionalità. A tal proposito l'autore ribadisce fermamente l'assoluta estraneità di detto strumento alla nozione di ricompensa.

I benefici che il Sovrano concede ad un suddito per timore del potere o della capacità che questi ha di nuocere in qualche modo allo Stato non sono propriamente ricompense. Non sono infatti stipendi poiché, essendo ognuno già obbligato a non arrecare danno allo Stato, non è pensabile in questo caso alcun contratto. Non sono grazie, poiché sono estorte con la paura, che non dovrebbe mai sfiorare il potere sovrano⁵⁵.

In altri termini tali benefici non possono essere considerati alla pari della ricompensa salario poiché non vi può essere un contratto che preveda una ricompensa per il suddito che non arrechi danno allo Stato, dal momento che ogni cittadino è obbligato al contrario; inoltre, non possono essere considerati

⁵⁴ Ivi, p. 5.

⁵⁵ Ivi, p. 260.

nemmeno ricompensa dono poiché derivanti dal timore del Sovrano e non dalla sua gratitudine.

Infine, tali benefici non possono essere equiparati ai privilegi che Hobbes definisce come

donazioni del Sovrano e non delle leggi, bensì esenzioni dalla legge. Il modo per esprimere una legge è *jubeo, injungo*, comando, ingiungo; quello che esprime un privilegio è *dedi, concessi*, ho dato ho concesso; e ciò, che viene dato, o concesso non è imposto per legge. Una legge può essere fatta per vincolare tutti i sudditi di uno Stato; per contro una libertà o un privilegio è solo per un uomo o per una certa parte del popolo. Infatti, per dire che tutto il popolo di uno Stato ha libertà in un certo qual caso è come dire che, per quel caso, non è prescritta alcuna legge, oppure altrimenti che, essendo stata prescritta, è stata ora abrogata⁵⁶.

Come si comprende dal passo riportato, caratteristica fondamentale del privilegio è quella di essere frutto della spontanea volontà del Sovrano; quest'ultimo al contrario, nel caso del beneficio elargito per timore, è mosso esclusivamente dalla volontà di garantire la sicurezza e la stabilità dello Stato. I benefici concessi per timore, pertanto, non rientrando nella nozione di ricompensa dono, ricompensa salario, o privilegio, non possono che essere qualificati come sacrifici che il Sovrano pone in essere, abilmente, al fine di fuggire un nocumento più grave.

Essi, quindi, risultano essere esclusivamente uno strumento politico che il Sovrano deve utilizzare al fine di evitare la sedizione, a cui possono tendere i sudditi più ambiziosi.

All'apice della sedizione, spiega Hobbes, si giunge in seguito ad un percorso costituito da tre fasi definite: lo scontento, la pretesa di un diritto e la speranza di un successo. Se tali elementi si verificano contemporaneamente, la stabilità dello Stato è posta in grave pericolo.

Lo scontento, in particolare, viene definito come un malessere sottile e cronico

che turba la mente di coloro che per altri rispetti vivono tranquilli, senza paura di povertà, o pericolo di violenza; sorge unicamente dal

⁵⁶ Ivi, p. 258.

sensu della loro mancanza di quel potere, e di quell'onore e testimonianza di esso, che essi stimano sia loro dovuto. [A tal proposito] poiché ogni gioia o dolore della mente consiste in una contesa per superare coloro coi quali ci paragoniamo, quegli uomini che si trovano posposti nell'onore a coloro che essi pensano di sopravanzare nella virtù e abilità di governo, devono necessariamente aversene a male, e sentirsi scontenti nello Stato⁵⁷.

Lo strumento principale di cui il Sovrano dispone per far fronte ad una tale evenienza è la distribuzione di benefici. Tale attività, peraltro, non può non tener conto della meccanica delle passioni dei sudditi. Il fondamento del sistema hobbesiano, del resto, è sempre il medesimo: la concezione meccanicistica dell'uomo, mossa dalla passione che è moto vitale

è anche una sollecitazione o provocazione ad avvicinarsi alla cosa che piace o allontanarsi dalla cosa che dispiace. E questa sollecitazione è il conato o inizio interno del mondo animale, che quando l'oggetto piace si chiama appetito; quando dispiace si chiama avversione, se riferito ad una ripugnanza attesa, si dice timore. Cosicché piacere amore e appetito, che si chiama anche desiderio, sono diversi nomi per diverse considerazioni della medesima cosa⁵⁸.

Pertanto,

la volontà di fare è appetito, e la volontà di tralasciare, timore, le cause dell'appetito e del timore sono pure le cause della nostra volontà. Ma il prospettarsi vantaggi e danni, vale a dire ricompense e punizioni, è la causa del nostro appetito e dei nostri timori, e quindi anche delle nostre volontà, nella misura in cui noi si creda che quelle ricompense e quei vantaggi che sono prospettati ci capiteranno. Di conseguenza, le nostre volontà seguono le nostre opinioni come le nostre azioni seguono i nostri voleri. In questo senso si dice giustamente e propriamente che il mondo è governato dall'opinione⁵⁹.

⁵⁷ T. HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, cit., p. 239.

⁵⁸ Ivi, p. 50.

⁵⁹ Ivi, p. 99.

Quanto appena riportato, viene sostenuto dalle considerazioni che l'autore ripropone nel *De Cive*, ove si legge:

è anche ben chiaro che tutte le azioni volontarie hanno origine e di necessità dipendono dalla volontà; e che la volontà di fare o di non fare dipende dall'opinione, che si ha del bene e del male, del premio e delle pena, che ciascuno potrebbe pensare che gli toccherebbe in futuro in conseguenza della sua azione o omissione. Di conseguenza, ciascuno si determina ad agire in base alla proprie opinioni⁶⁰.

In conclusione, da quanto riportato, emerge in modo chiaro come la meccanica delle passioni orienti gli uomini nelle proprie scelte. Il concedere dei benefici nei riguardi dei soggetti più potenti e ambiziosi può, pertanto, risultare per il Sovrano un utile strumento politico al fine di salvaguardare il proprio potere. Tuttavia, tale elargizione di benefici deve essere attentamente calibrata, poiché se eccessiva, potrebbe risultare indice di timore reverenziale, e portare alla dissoluzione del potere. Certo è che i benefici concessi per timore non possono sicuramente rientrare nella nozione di ricompensa, nell'ambito del diritto premiale; essi sono, al più, uno strumento politico che il Sovrano utilizza in situazioni eccezionali, per far fronte a minacce intestine.

⁶⁰ Ivi, p. 161.

1.5. UNA VALUTAZIONE DEL CONTRIBUTO DI HOBBS AGLI STUDI SULLA PREMIALITÀ GIURIDICA

In conclusione, alla luce di quanto affermato, nessuno dei tre tipi di beneficio elargiti dal Sovrano, che Hobbes analizza nel capitolo XXVIII del *Leviatano*, è riconducibile alla nozione di premialità giuridica così come oggi intesa.

Per quanto concerne ricompensa salario e ricompensa dono, infatti, la prima è riferibile esclusivamente ad una categoria specifica di cittadini che sono quelli che forniscono un servizio continuativo allo Stato, la seconda è configurabile solamente in caso di situazioni eccezionali e dipende dal mero arbitrio del Sovrano. Il terzo tipo di beneficio, al contrario, non può nemmeno qualificarsi come ricompensa, essendo, tutt'al più, un sacrificio che il Sovrano patisce al solo fine di evitare un danno peggiore, che potrebbe derivargli da uno dei suoi sudditi.

Tali benefici assumono carattere latamente giuridico poiché promanano direttamente dal Sovrano: come previsto dai precetti dell'età moderna, ciò che promana dal Sovrano è legge, tuttavia, non legge in quanto qualificazione ma legge in quanto comando.

Peraltro, come sottolineato da Serenella Armellini,

è impossibile per Hobbes arrivare alla configurazione giuridica della ricompensa nell'ambito della struttura della norma, perché riconoscerla, per lui autore del secolo XVII, implicherebbe ricadere nella concezione della politica come scienza filosofica del bene, del dover essere etico politico, eco della *techné basiliké* dell'arte regia che fa gli uomini saggi e buoni e capaci di virtù, mentre è possibile anzi inevitabile prevedere una legislazione premiale, non potendo sfuggire ogni atto di volontà del Sovrano (da parte sua *legibus solutus*) al processo di formalizzazione proprio del giuridico, del giuridico come viene a modificarsi e strutturarsi secondo i precetti dell'età moderna⁶¹.

Hobbes ancora una volta si dimostra coerente con i propri asserti di partenza: la natura umana è passionale ed imm modificabile. Il governo del Sovrano, tenuto conto di tali premesse deterministico-meccanicistiche, dovrà comminare pene e

⁶¹ S. ARMELLINI, *Studi: Il premio tra diritto e politica*, cit., pp. 445 - 446.

elargire premi non nello sterile tentativo di modificare tale natura, ma al contrario di assecondarla. Tale attività diventa una delle funzioni stesse del Sovrano, uno dei suoi doveri; appartiene quasi alla sfera amministrativa del suo governo.

A tal proposito è illuminante quanto contenuto nel capitolo XVIII del *Leviatano*, intitolato *I diritti dei Sovrani per istituzione*, in cui vengono messi in luce tutti i poteri di cui gode il Sovrano, fra cui quello di ricompensare con ricchezze e onori e di punire con punizioni sia corporali sia pecuniarie o con l'ignominia, ogni suddito in conformità ad una legge precedentemente promulgata, o in mancanza secondo ciò che egli giudicherà massimamente efficace a incoraggiare gli uomini a servire lo Stato o a dissuaderli da recargli danno⁶². Ritorna, quindi, il tema del diritto subordinato alla politica. Il primato della legge cede il passo al primato del volere sovrano, che è legge di per sé, ma che non è altro che espressione della forma assoluta del potere che si sviluppa in tutta la sua potenzialità.

Esiste tuttavia un limite anche per il *Leviatano*: egli, come visto, deve impedire con ogni mezzo la sedizione e per questo non potrà tralasciare di punire e di ricompensare; tuttavia, l'esercizio della pena e, in particolare, della ricompensa, deve a sua volta essere misurato al fine di non diventare esso stesso la miccia della competizione e della rivalità tra i consociati, e tra i predetti e il Sovrano.

In definitiva, Hobbes fornisce al concetto di ricompensa una pluralità di significati e accezioni; tuttavia, la ricompensa non viene mai elevata al livello di sanzione positiva, direttamente riconducibile ed automaticamente prevista dal precetto normativo, come invece accade alla punizione, vera e propria sanzione negativa.

Punizione e ricompensa, sebbene coesistano all'interno del sistema hobbesiano, non vengono mai poste sullo stesso piano. Solo la punizione, intesa come sanzione negativa, assurge a ruolo di elemento costitutivo della norma giuridica:

da questo si comprende come ad ogni legge sia unita una pena, implicitamente o esplicitamente. Quando la pena non è definita, né per iscritto, né per il precedente di qualcuno che abbia già scontato la punizione per aver trasgredito la legge, si sottende che la pena sia arbitraria, cioè dipenda dall'arbitrio del legislatore, ossia del Sovrano.

⁶² T. HOBBS, *Leviatano*, cit., pp. 145 e ss..

Sarebbe difatti inefficace una legge che si potesse violare impunemente⁶³.

Ciò premesso, pur non potendo ricondurre la teoria delle ricompense formulata dall'autore inglese al concetto di premialità giuridica, appare evidente il contributo fondamentale apportato dalle riflessioni del predetto al tema oggetto della ricerca; Hobbes ha il merito di aver affrontato per primo l'argomento secondo gli schemi del pensiero moderno, rimanendo sempre coerente alle premesse generali del proprio sistema.

In altri termini, in tutta l'analisi hobbesiana rimane sullo sfondo la visione dell'uomo come essere meccanicistico, dalla natura prevalentemente negativa e mosso esclusivamente dalle proprie passioni e appetiti. Tale ricostruzione, peraltro, è servita da stimolo per gli autori successivi, i quali, entusiasti o scandalizzati dall'idea di "*uomo hobbesiano*", hanno cercato di strutturare i propri modelli teorici negando o recuperando la sua componente passionale e i suoi legami con la negatività estrema.

Sarebbe difficile ipotizzare, pertanto, il successivo sviluppo degli studi sul tema senza l'impulso fornito da Hobbes; egli può, quindi, essere a pieno titolo considerato il primo autore ad essersi occupato del tema della premialità in ottica moderna e attraverso gli strumenti e il linguaggio nuovo della modernità.

Ma le riflessioni di Hobbes non risultano importanti solo per questo.

L'autore, infatti, fornisce una grande lezione di politica e di legislazione anche ai contemporanei sostenitori del diritto premiale.

In particolare, le riflessioni di Hobbes confermano la tesi, che si cercherà di dimostrare nel prosieguo del presente lavoro, secondo cui l'uso indiscriminato delle ricompense ed in generale l'abuso della premialità giuridica, se svincolata da ogni valutazione di merito del soggetto destinatario, rischia di trasformarsi in puro arbitrio; ciò, inevitabilmente, ancora oggi fa riaffiorare dal passato la minaccia dell'esercizio di un potere assoluto, sebbene velato dalla forma della giuridicità.

In particolare, tale deriva è determinata dall'eliminazione del dato umano dal procedimento premiale. Come visto, nel sistema ipotizzato da Hobbes, ai fini dell'elargizione della ricompensa nessun peso viene dato al merito degli individui,

⁶³ Ivi, p. 239.

la cui natura è definita immodificabile; compito del Sovrano, infatti, è semplicemente quello di assecondare le passioni di questi ultimi al fine di evitarne lo scontento e, di conseguenza, mantenere l'ordine sociale.

Tuttavia, persino nel contesto relativistico e prassistico ipotizzato dall'autore, vengono individuati alcuni limiti che devono essere rispettati al fine di evitare che l'assegnazione di benefici possa costituire, essa stessa, fonte di sedizione e di malcontento da parte dei sudditi.

È necessario, infatti, mantenere quel delicato equilibrio tra la componente passionale dell'uomo e la struttura assolutistica dello Stato, tramite il corretto utilizzo del sistema di pesi e contrappesi costituito da punizioni e ricompense. In ultima analisi, quindi, nemmeno il *Leviatano*, sebbene teoricamente connotato da potere assoluto, può ignorare il dato umano, sia per l'attività del governo che per l'esercizio dell'azione giuridica.

Le riflessioni di Hobbes, pertanto, offrono uno spunto fondamentale per i contemporanei sostenitori della premialità giuridica: voler eliminare completamente il dato umano dal procedimento premiale non può che condurre ad un uso distorto della sanzione positiva che porta a riemergere dal passato l'esercizio del potere come puro arbitrio.

Il fatto, poi,

che questa lezione venga dal teorico dell'obbedienza assoluta la dice lunga sullo smarrimento di senso oggi esistente nei confronti della scienza del governo, del buon governo, o del governo giusto, la cui ricerca di definizione e d'attuazione è stata l'elemento unificante del pensiero giuridico - politico europeo, pur con tutte le evoluzioni e le involuzioni che hanno contrassegnato tale ricerca⁶⁴.

Tuttavia, nel prosieguo del lavoro si cercherà di porre in luce come la premialità giuridica, se correttamente intesa e innervata dal dato umano, possa essere un importante strumento nelle mani dello Stato per il raggiungimento del buon governo o del governo giusto.

⁶⁴ S. ARMELLINI, *Studi: Il premio tra diritto e politica*, cit., p. 465.

2. RICHARD CUMBERLAND

SOMMARIO: 2.1. Biografia - 2.2. I presupposti del sistema filosofico di Cumberland - 2.3. La struttura della norma giuridica: precetto e sanzione - 2.4. Gli spunti di riflessione emersi dal sistema di Cumberland

2.1. BIOGRAFIA

Prima di procedere all'esposizione delle riflessioni formulate dal filosofo inglese Richard Cumberland in merito al tema oggetto della presente ricerca, appare opportuno fornire qualche breve indicazione biografica, ai fini di una migliore contestualizzazione e comprensione dell'opera del predetto, dal momento che, peraltro, l'autore risulta poco conosciuto e studiato in Italia, ad esclusione di alcune importanti eccezioni, di cui si renderà conto nel prosieguo dell'esposizione.

Richard Cumberland nasce il 15 luglio 1631 a Londra, nella parrocchia di *St. Ann*, nei pressi di Aldersgate⁶⁵. Proveniente da una famiglia di modeste origini, inizialmente studia presso la *St. Paul's School* di Londra e successivamente, nel giugno del 1649, si iscrive al *Magdalene College* di Cambridge.

Presso tale ateneo l'autore ha modo di approfondire i propri studi in ambito filosofico, con particolare predilezione per la filosofia naturale, discostandosi temporaneamente dalle materie scientifiche a cui si era precedentemente dedicato. A tal proposito, tuttavia, si sottolinea come l'interesse di Cumberland per le nuove scienze risulterà cruciale per la sua successiva teorizzazione del concetto di diritto naturale; il collegamento fra lo studio della filosofia naturale, della teologia e della scienza, infatti, creerà le basi per quella che l'autore stesso definirà la

⁶⁵ Per un'accurata e dettagliata biografia dell'autore si veda: L. KIRK, *Richard Cumberland and natural law: secularisation of thought in seventeenth-century England*, James Clarke, Cambridge, 1987, da cui sono liberamente tratte le informazioni biografiche su riportate. Nel testo citato, inoltre, è possibile reperire la bibliografia completa di Cumberland e l'indicazione dei principali saggi dedicati al pensiero dell'autore. Per un'attenta disamina del periodo storico e culturale in cui l'autore è vissuto si veda J.A.W. GUNN, *Politics and the public interest in the Seventeenth Century*, Routledge & Kegan, London, 1969.

“scienza della morale”: un primo tentativo di applicazione del ragionamento logico-geometrico ai fini della dimostrazione dell’obbligo morale⁶⁶.

Dopo aver ottenuto il grado di dottore in lettere nel 1653 e successivamente la laurea magistrale (*Master of Arts*) nel 1656, Cumberland lascia l’Università di Cambridge e si trasferisce presso l’Università di Oxford ove, l’anno successivo, viene insignito del medesimo titolo di *Master of Arts*. Qui l’autore ha l’occasione di approfondire lo studio della teologia e riprendere gli studi scientifici, occupandosi in modo particolare dell’arte medica. A tal proposito, nonostante Cumberland non abbia mai esercitato la medicina, dai suoi scritti emerge una profonda conoscenza dell’anatomia umana; egli, peraltro, ricorrerà frequentemente all’utilizzo di metafore tratte da tale settore disciplinare per esemplificare i concetti illustrati nei propri scritti.

Terminati gli studi ordinari in teologia, l’autore intraprende, altresì, la carriera ecclesiastica e nel 1658 gli viene affidata la piccola parrocchia di *Brampton Ash* nel Northamptonshire.

Cumberland, nonostante l’esercizio del suddetto ufficio, non abbandona la vita accademica e nel 1663 consegue, presso l’Università di Oxford, il *Bachelor of Divinity* (grado d’istruzione *post* laurea in teologia accademica).

Nel corso dei propri studi, inoltre, l’autore ha modo di stringere rapporti con alcune delle personalità inglesi più influenti del tempo. Tra i suoi contemporanei e conoscenti, infatti, figurano Samuel Pepys, rinomato politico e scrittore, lo scienziato Samuel Morland e Sir Orlando Bridgeman; quest’ultimo, dal 1667 al 1672, ricopre il ruolo di *Lord Keeper of the Great Seal*, importante incarico onorifico che prevedeva la custodia del Sigillo Reale della Corona Inglese, nonché un ruolo di primo piano sulla scena politica nazionale.

Cumberland è certamente debitore nei confronti di tali amicizie per la propria ascesa politica e sociale; in particolare, la conoscenza di Sir Bridgeman gli permette di occupare il centro della scena politica inglese durante la fine degli anni sessanta del XVII secolo. Quando, infatti, Sir Bridgeman diviene *Lord Keeper* decide di nominare l’autore quale suo cappellano privato. È proprio in quegli anni, peraltro, che Cumberland pubblica la sua opera principale intitolata

⁶⁶ Si avrà modo di approfondire tale particolare aspetto del pensiero dell’autore nel corso della trattazione.

*De legibus naturae disquisitio philosophica: in qua earum forma, summa capita, ordo, promulgatio, et obligatio e rerum natura investigantur; quin etiam elementa philosophiae Hobbianaee, cum moralis tum civilis, considerantur et refutantur*⁶⁷, che dedica al proprio mentore, Sir Bridgeman.

Il saggio, preceduto da una "*Lectorem annuncio Alloquium*" composta dall'amico Ezekiah Burton, viene pubblicato lo stesso anno del *De jure naturae et gentium*, di Pufendorf e riceve parole di apprezzamento da quest'ultimo. Tale espressione di approvazione ha certamente avuto l'effetto di rendere nota l'opera anche nel continente, aumentando considerevolmente la popolarità dell'autore fra i suoi contemporanei.

Qualche anno dopo la pubblicazione della summenzionata opera, nel 1680, Cumberland consegue, presso l'Università di Cambridge, il titolo di *Doctor of Divinity* (il più alto grado accademico in teologia che, storicamente, individuava colui che otteneva la licenza da un'Università inglese per insegnare teologia Cristiana); nella tesi conclusiva del percorso di studi, l'autore si pone in netto contrasto con le posizioni di supremazia assunte dalla Chiesa Cattolica Romana nei confronti della neonata Chiesa Anglicana: secondo la prospettiva sostenuta dal predetto, infatti, San Pietro non avrebbe mai goduto di alcun tipo di giurisdizione sugli Apostoli e, pertanto, la separazione della Chiesa Anglicana sarebbe da considerarsi scismatica.

Negli anni successivi l'autore scrive due ulteriori opere, la prima intitolata *An essay towards the recovery of jewish measures and weights*⁶⁸, dedicata al

⁶⁷ La prima edizione è in latino: R. CUMBERLAND, *De legibus naturae disquisitio philosophica: in qua earum forma, summa capita, ordo, promulgatio, et obligatio e rerum natura investigantur; quin etiam elementa philosophiae Hobbianaee, cum moralis tum civilis, considerantur et refutantur*, Londinii, 1672; successivamente l'opera fu tradotta prima in inglese, J. MAXWELL, *A treatise of the Laws of Nature, Richard Cumberland*, London, 1727, corredata da un'introduzione e un'appendice dello stesso Maxwell, e successivamente in francese, J. BARBEYRAC, *Traité philosophique des Lois naturelles, où l'on cherche et l'on établit, pur la Nature des Choses, la forme de ces Lois, leurs principaux chefs, leur ordre, leur publication et leur obligation: on y refute aussi les Elements de la Morale et de la Politique de Thomas Hobbes*, Chez Marc Michel Bosquet & Comp., a Lauesanne & a Geneve, 1744. Questa seconda traduzione contiene, oltre alle note di Barbeyrac, aggiunte a quelle dell'edizione inglese di Maxwell, la traduzione di una breve biografia di Cumberland redatta dal suo cappellano S. Payne.

⁶⁸ R. CUMBERLAND, *An essay towards the recovery of the Jewish measures & weights, comprehending their monies, by help of ancient standards, compared with ours of England useful also to state many of those of the Greeks and Romans, and the eastern nations*, Richard Chiswell, London, 1686.

compagno di studi Samuel Pepys, che al tempo riveste la carica di Presidente della *Royal Society*. Nello stesso periodo Cumberland scrive, inoltre, il saggio *Sanchoniatho's Phoenician History*⁶⁹, pubblicato postumo nel 1720. Con questo lavoro, egli ritiene di aver individuato le fonti dell'idolatria cattolica romana nella corruzione delle sacre scritture operata dai fenici.

Nel 1691 si verifica una svolta di fondamentale importanza per la carriera ecclesiastica di Cumberland. Con grande sorpresa di quest'ultimo, infatti, il neoeletto Re Guglielmo III d'Orange gli propone di diventare vescovo di *Peterborough*; a tal proposito è bene precisare che nonostante i propri trascorsi politici Cumberland, al tempo, non è più partecipe della vita di Corte, ed i soggetti che avrebbero potuto influire sulla sua elezione a vescovo erano ormai lontani dalla scena politica da anni. Sul punto, tuttavia, si ricorda come nel 1688, in seguito alla morte di Carlo II, sale al trono d'Inghilterra il fratello, Giacomo II; quest'ultimo si era pubblicamente dichiarato cattolico già diversi anni prima. Sotto la concreta minaccia di un ritorno al cattolicesimo, il Parlamento inglese decide di indicare Guglielmo III d'Orange, *Statolder* d'Olanda dal 1672, quale nuovo incoronato insieme alla moglie Maria II d'Inghilterra, primogenita delle due figlie di Giacomo II. Guglielmo III, quindi, proprio per scongiurare il rischio di un ritorno al cattolicesimo fin da subito si attornia di personalità che da sempre si erano apertamente schierate a favore della separazione della Chiesa anglicana da quella cattolica, tra le quali, appunto lo stesso Cumberland.

Tuttavia, nel 1691, l'autore ha già raggiunto l'età di 59 anni e, pertanto, da principio si dimostra restio ad accettare la nomina. Nonostante ciò, su pressione dei propri famigliari e collaboratori, vince la propria riluttanza e viene consacrato vescovo nel luglio dello stesso anno; da quel momento, fino alla sua morte, Cumberland si occupa esclusivamente dell'amministrazione della diocesi di *Peterborough*.

L'autore muore il 9 ottobre 1718 all'età di 87 anni a causa di un *ictus*.

⁶⁹ R. CUMBERLAND, *Sanchoniatho's Phoenician History*, W.B. for R. Wilink at the King's Head in St. Paul Church-yard, London, 1720.

2.2. I PRESUPPOSTI DEL SISTEMA FILOSOFICO DI CUMBERLAND

Una volta fornite le basilari indicazioni biografiche relative all'autore, è necessario tratteggiare brevemente i presupposti teorici su cui si fonda il sistema filosofico proposto dallo stesso, al fine di poter successivamente affrontare nello specifico il tema della premialità del diritto così come declinato dal vescovo anglicano.

Al termine del precedente capitolo si è avuto modo di sottolineare come le considerazioni formulate da Hobbes nelle proprie opere, con specifico riferimento al tema della politica, della forma di governo e della struttura dell'ordinamento sociale, abbiano influenzato in modo determinante le riflessioni degli autori suoi contemporanei. Tra questi, in modo particolare, Cumberland ha strutturato la propria opera principale, il *De Legibus Naturae*, come una critica aperta alle tesi del filosofo di Malmesbury.

Lo scritto di Cumberland, tuttavia, non vuole essere una mera critica polemica alle posizioni del suo avversario, ma si prefigge degli intenti propositivi: il vescovo anglicano, infatti, nella *pars construens* del proprio ragionamento, prova a fornire una risposta alle domande poste da Hobbes circa la possibilità di addivenire ad un assetto sociale nuovo che sia in grado di autosostenersi indipendentemente dalla forza coercitiva del Sovrano.

Assolutamente interessante è notare come, per giungere a dare una risposta a tale quesito emblematicamente moderno, Cumberland si avvalga di temi e schemi tradizionali, esposti, tuttavia, attraverso lo strumento del ragionamento scientifico di cui l'autore è grande estimatore; ne nasce un saggio alle volte confuso e ripetitivo in sede argomentativa che giunge, ciò nondimeno, a conclusioni pregnanti che influenzeranno tutta la successiva discussione etica del settecento britannico⁷⁰.

⁷⁰ L. TURCO, *Dal sistema al senso comune. Studi sul newtonismo e gli illuministi britannici*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 17-18, ove l'autore afferma "il trattato di Cumberland ha conosciuto una sorte singolare: dovette attendere il 1727 per una nuova edizione, in una mediocre versione inglese ad opera di J. Maxwell, e il 1744 per un'edizione in francese di Barbeyrac, il traduttore e commentatore dei testi di Grozio e Pufendorf. Neppure la storiografia filosofica gli è stata nel complesso favorevole; si deve probabilmente al rifacimento di James Tyrrel del 1792 se il trattato viene spesso associato con i ponderosi volumi dei neoplatonici di Cambridge. Eppure tutta la discussione etica del settecento

Volgendo lo sguardo al contenuto dell'opera, Cumberland prova a ripensare il concetto di spazio sociale complessivo, annichilito dalle riflessioni di Hobbes, avvalendosi della metafora scientifica dell'organismo sociale. Secondo l'autore, infatti, è necessario fornire un nuovo significato a tale elemento dopo che il filosofo di Malmesbury l'ha descritto come vuoto e caratterizzato dalla ineliminabile conflittualità tra gli uomini. La rassicurante metafora dell'organismo sociale appare la più indicata a tale scopo, in quanto chiara, tradizionale e già ampiamente utilizzata da altri autori in precedenza: l'esistenza di una società intesa come unità complessiva di tutti i rapporti sociali viene equiparata ad un corpo umano in cui ogni parte collabora per il bene del tutto. Secondo la prospettiva di Cumberland, quindi, come sottolineato da Serenella Armellini nel testo *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*,

l'uomo quindi non è mai ente isolato autonomo e autosufficiente, ma si può realizzare solo in relazione con gli altri⁷¹.

Non pare nemmeno il caso di ricordare quanti e quanto rilevanti siano gli esempi di autori che si sono avvalsi della metafora organicistica per descrivere il modello sociale. Tuttavia, con riferimento all'opera di Cumberland, non è tanto nella metafora in sé che si esprime la novità della teorizzazione; la vera nota di discontinuità con gli autori precedenti si rinviene nell'utilizzare tale metafora per tentare di dare una risposta al quesito moderno proposto da Hobbes⁷². Cumberland, in altri termini, servendosi di un tema tipicamente classico, tenta di rispondere al quesito moderno posto da Hobbes in merito alla possibilità di una

britannico è direttamente o indirettamente debitrice nei confronti di Cumberland. Basterà qui solo qualche accenno a queste influenze: nella sua *Inquiry concerning Virtue or Merit*, Shaftesbury utilizzerà ampiamente le tesi del vescovo sia con riguardo al principio della benevolenza, sia con riferimento alla coincidenza del bene comune con il bene dei singoli (quella che significativamente chiama *moral arithmetic*). Hutchenson, più tardi, congiungerà i suggerimenti di Cumberland e Locke a proposito della morale matematica per tentare addirittura una sorta di "algebra morale" [...]. Come dire, dunque che tanto il razionalismo che il sentimentalismo etico del Settecento britannico fanno capo a questa fonte comune e ne riprendono qualche paradigma argomentativo".

⁷¹ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, cit., p. 41.

⁷² P. COSTA, *Il progetto giuridico, ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 109, ove l'autore evidenzia come "l'uso della metafora organicistica non è soltanto "tradizionale", perché afferma, nel suo specifico modo, la possibilità di una connessione sistematica di relazioni sociali già impressionate dalla transizione al modo di produzione capitalistico, perché rende insomma formulabile l'affermazione (non tradizionale) della possibilità di esistenza di una società diversa".

società autosussistente, naturalmente portata all'unità e non necessariamente etero-diretta⁷³.

A tal proposito risultano emblematiche le parole di Costa nel saggio *Il Progetto Giuridico*, secondo cui:

il trattato di Cumberland non è un mero salto indietro rispetto a Hobbes, ma rappresenta un tentativo di superamento, complesso e non lineare, di questo autore, perché se per un verso si appropria di molti temi della tradizione che Hobbes aveva interrotto, per un altro verso usa buona parte del lessico intellettuale tradizionale allo scopo di fondare la possibilità di un ordine sociale nuovo della cui capacità di autosussistenza Hobbes stesso dubitava⁷⁴.

Stante tale premessa, interessante è notare come il lavoro di Cumberland pur nascendo come critica aperta al sistema hobbesiano, in realtà tragga fondamento proprio dall'opera del filosofo di Malmesbury, ripercorrendone i medesimi passaggi logici per giungere, tuttavia, a conclusioni diametralmente opposte. Esattamente come Hobbes, infatti, il vescovo anglicano non intende prendere in considerazione le singole relazioni umane che ciascun soggetto si trova a vivere nella propria quotidianità; al contrario, nello sviluppare la propria tematica dell'organismo sociale, Cumberland parte dal presupposto indimostrato che esistano delle relazioni intersoggettive che uniscono naturalmente la società. Obiettivo comune di entrambi gli autori non è, pertanto, l'analisi delle singole relazioni, ma lo spazio sociale unitario e coeso che viene a coincidere parimenti con la vita privata e pubblica di ciascuno.

Ciò detto, ai fini della descrizione del sistema sociale complessivamente inteso e dell'analisi delle modalità con cui si svolgono i rapporti tra individui, il vescovo anglicano prende le mosse dalla definizione delle leggi di natura, indicate come:

proposizioni di immutabile verità che servono a dirigere gli atti volontari nella ricerca dei beni e nella fuga dei mali, e che ci

⁷³ "la tradizionale metafora organicistica conduce direttamente all'affermazione di uno spazio sociale unitario, coeso, dove felicità privata e comune si identificano" P. COSTA, *Il progetto giuridico*, cit., p. 107.

⁷⁴ Ivi, p. 109.

impongono l'obbligo di regolare le nostre azioni indipendentemente da ogni legge civile e dalle convenzioni stabilite dal governo⁷⁵.

Già da questa prima definizione si percepisce chiaramente il parallelo con Hobbes: anche Cumberland, infatti, ritiene che l'uomo sia naturalmente portato a ricercare il bene e a fuggire il male. Tale dato, fulcro del ragionamento hobbesiano, viene, tuttavia, radicalizzato dal filosofo di Malmesbury che lo trasforma in vero e proprio meccanismo di autoconservazione, esplicitandolo, nell'ambito dello stato di natura, nella condizione di guerra di tutti contro tutti, accompagnata dal relativo stato di insicurezza perenne di cui ogni singolo individuo è succube⁷⁶. Il celebre adagio *homo homini lupus* altro non è che la rappresentazione della spinta all'autoconservazione che caratterizza l'uomo hobbesiano nello stato di natura.

Pur prendendo le mosse dal presupposto comune al filosofo di Malmesbury dell'idea di uomo naturalmente portato alla ricerca del proprio bene, Cumberland, dopo aver fornito la definizione di leggi di natura, compie un passo decisivo ai fini della critica e della successiva riformulazione del sistema hobbesiano. Il vescovo anglicano, infatti, individua quello che non stenta a definire il cardine del proprio sistema, la regola della benevolenza universale:

la massima benevolenza di ogni essere razionale verso tutti gli altri determina la condizione di maggiore prosperità di ciascuna e di tutte le persone benevole, nella misura in cui essa dipende dalla loro attività; tale benevolenza è assolutamente indispensabile per conseguire la condizione di maggiore felicità cui si possa aspirare; il bene comune è pertanto la legge sovrana⁷⁷.

Attraverso questa formula Cumberland nega gli elementi che in Hobbes rendevano impossibile un ordine sociale autosussistente, ovverosia la conflittualità naturale fra gli individui, il tema dell'autoconservazione come eterodistruzione ed il carattere conflittuale della soddisfazione del bisogno. L'autore

⁷⁵ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. I, p. 1 (la traduzione è di L. Turco, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 21).

⁷⁶ "Questo è lo stato di natura: stato nel quale ciascuno ha diritto a tutto, ma nessuno è sicuro di nulla", F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., p. 41.

⁷⁷ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. I, § 4, p. 4 (la traduzione è di L. Turco, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 21 ove l'autore sottolinea come un enunciato affine della regola fondamentale compare anche nel § 9 dei *Prolegomena*, dell'opera di Cumberland).

ritiene che, esclusi tali elementi, si possa rispondere affermativamente alla moderna domanda hobbesiana circa la possibilità di un ordine sociale non necessariamente etero-diretto tramite l'uso della forza. Per far ciò egli non contraddice in alcun modo il presupposto di entrambi i sistemi, individuato nell'impulso autoconservativo che naturalmente caratterizza gli uomini; Cumberland si limita a ripensare detto impulso eliminando dallo stesso le potenzialità distruttive. La volontà di autoconservazione, secondo l'autore, spinge l'uomo a seguire la legge della benevolenza universale, e lo porta ad agire secondo il bene comune, che risulta essere legge sovrana⁷⁸. Ciò, peraltro, è possibile unicamente attraverso la riformulazione dell'elemento psicologico che sta alla base delle azioni dei singoli: non più la paura, vero e proprio cardine del sistema hobbesiano⁷⁹, ma la benevolenza. Alla luce di tale considerazione, nel sistema proposto dal vescovo anglicano, quindi, i rapporti intersoggettivi non risultano più necessariamente conflittuali ma, al contrario, divengono amicali tanto che la formazione di un corpo sociale unitario, in cui ogni membro agisce in armonia con gli altri e secondo la legge di benevolenza, diviene il fine ultimo dell'esistenza di ciascuno. Se, infatti, ogni uomo è naturalmente portato alla benevolenza, ed il conformarsi alle leggi naturali garantisce il raggiungimento di tale obiettivo, l'uomo non potrà che adeguare la propria condotta alle summenzionate leggi; questo non perché coartato dall'esterno, ma perché mosso dalla propria natura,

⁷⁸ "Cumberland non spinge il suo antihobbesianesimo al punto di rifugiarsi in un astratto e vuoto giusnaturalismo. È anzi proteso (forse perché stimolato da Hobbes stesso) a stabilire le basi reali del vivere e del convivere sociali" S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 45. In merito alla volontà dell'autore di strutturare anche la norma della benevolenza universale, secondo le caratteristiche proprie del comando giuridico, si tornerà nel prossimo capitolo.

⁷⁹ "Hobbes ricorda di aver convissuto, nel ventre materno, con una sorella gemella, la paura; Hobbes nasce, infatti, nel 1588, l'anno dell'assedio di Londra per opera della *Invincibile Armada* navale della Spagna, la superpotenza di quel tempo che in precedenza, non aveva trovato resistenza efficace in alcun luogo, ed era riuscita ad arrivare ovunque. Gli inglesi per contro, riescono a resistere e la battaglia navale finisce molto male per la Spagna che vede la sua flotta incendiata. Hobbes, che nasce in concomitanza con questi eventi bellici racconta che, per l'appunto, sua madre diede alla luce lui, unitamente a una sorella gemella, la paura dell'assedio in corso. Questa sorella gemella, poi lo accompagna per tutta la vita perché dopo l'assedio dell'esercito spagnolo fu il tempo di una terribile guerra civile. Pertanto, la paura e l'insicurezza, che accompagnano Hobbes in tutto il corso della sua esistenza, diventano il termine cardinale, sul versante dell'operatività, della sua geometria politico-legale, che Hobbes costruisce proprio sotto la pressione dell'intento operativo di superare la paura e l'insicurezza, per raggiungere la sicurezza: il problema operativo della sicurezza diviene il problema cardine dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive" F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., p. 38.

giungendo così alla sua piena realizzazione. La metafora dell'organismo sociale in cui ogni singola parte collabora naturalmente al bene del tutto trovando così la sua realizzazione, appare compiuta;

l'uomo, quindi, non è mai ente isolato autonomo e autosufficiente, ma si può realizzare solo in relazione con gli altri⁸⁰.

Ciò premesso, è bene sottolineare che, pur richiamando la metafora dell'organismo sociale, il sistema proposto dal vescovo anglicano non sfocia mai nell'organicismo di stampo neoplatonico. L'autore, infatti, per evitare detta deriva ritiene di fornire un fondamento solido alla propria teoria provando ad applicare alla stessa il metodo geometrico, avvalendosi, in particolare, del ragionamento cartesiano⁸¹.

A tal riguardo, infatti, il concetto di benevolenza è ipotizzato da Cumberland in modo del tutto arbitrario, così come arbitraria risulta la scelta dei termini che ne compongono la definizione. Come sottolineato da Luigi Turco, nel saggio *Dal sistema al senso comune*, una volta posta la regola,

si tratterà in primo luogo di procedere all'esatta definizione dei termini impiegati e di dimostrare successivamente come ognuno di essi trovi corrispondenza in concetti che rinviano in modo necessario all'esperienza⁸².

Seguendo il procedimento analitico-sintetico tipico della scienza matematica, Cumberland dedica i primi tre capitoli del *De Legibus Naturae* alla definizione dei concetti di natura, uomo e bene naturale.

Una volta definiti i termini risulta necessario dimostrare la loro relazione necessaria esplicitata nella proposizione, giungendo così a provare in modo inequivocabile il fondamento della proposizione suddetta.

Per dimostrare tale relazione necessaria, nel capitolo settimo dell'opera, l'autore si avvale di un paragone tanto semplice quanto efficace; così come poste le proprietà

⁸⁰ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 41.

⁸¹ Cumberland "si vale della compattezza dell'universo cartesiano (ma anche hobbesiano) per asserire la sostanziale solidarietà degli esseri ragionevoli e quindi la perfetta coincidenza dell'interesse dei singoli con quello dell'intero genere umano, senza alcun bisogno di ricorrere a qualche forma di organicismo neoplatonico", L. TURCO, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 25.

⁸² Ivi, p. 21.

delle singole parti di una figura è impossibile non rappresentarsi le relazioni d'insieme, così, poste con necessità meccanica le singole impressioni che danno origine ai diversi concetti, legati con relazione biunivoca ai singoli termini della proposizione, diviene impossibile non rappresentarsi come evidente la relazione d'insieme⁸³. Cumberland, quindi, attraverso l'utilizzo del metodo scientifico ritiene di aver dimostrato la validità, quantomeno logica, della legge di benevolenza universale; come sottolineato da Turco, infatti, per il vescovo anglicano

c'è una sorta di doppia necessità della proposizione fondamentale: da un lato la congruenza dei termini e dei concetti che la sottendono, dall'altro non solo la congruenza delle idee semplici costituenti all'interno di ciascun concetto componente ma anche il legame necessario tra idee semplici e il loro meccanico prodursi nelle nostre menti⁸⁴.

Il passo successivo, una volta affermata la validità della proposizione fondamentale, è trovare un suo riscontro fattuale nella realtà. In tal senso Cumberland ritiene che la suddetta proposizione possa considerarsi vera solo in quanto avente valore pratico poiché generatrice di sanzioni⁸⁵. Dalla stessa, pertanto, si devono poter derivare, tramite metodo logico deduttivo, tutte le leggi naturali e civili che regolano il vivere sociale⁸⁶.

Lentamente viene a delinearsi il sistema geometrico del vescovo anglicano; ogni proposizione particolare viene affrontata alla stregua di un problema: come, in geometria, dal rapporto tra i dati di un quesito deriva necessariamente una soluzione, altrettanto in sede morale dal compimento di certe azioni deriveranno certi effetti, come conseguenza necessaria secondo i precetti dettati dalle leggi di natura. Interessante, peraltro, è notare come anche in questo contesto si rinvenga il parallelo stretto con il rivale Hobbes, secondo il quale il rapporto tra mezzi e fini si estrinseca in un rapporto tra cause ed effetti⁸⁷.

⁸³ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. I, § 6.

⁸⁴ L. TURCO, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 22.

⁸⁵ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. IV - V.

⁸⁶ Cfr. Ivi, cap. VI -IX.

⁸⁷ In merito alla relazione tra matematica e morale si veda in particolare: ivi, *Prolegomena*, §§ 12, 28, 29 e cap. I, §§ 7 - 9 e 15.

Tuttavia, quello che preme realmente al vescovo anglicano è scindere il rapporto biunivoco tra il concetto di benevolenza universale, su cui tutto il sistema si regge, e la realtà umana, esattamente come in geometria è necessario fare astrazione dai fini come dall'esistenza dell'oggetto studiato. In altri termini, la morale al pari della geometria deve assumere i contorni di una scienza descrittiva mantenendo la propria autonomia rispetto all'oggetto descritto. A tal proposito, sottolinea Turco,

la verità delle proposizioni dimostrate dal geometra è indipendente dal fatto che qualche uomo si sia effettivamente provato a costruire figure geometriche; allo stesso modo il rapporto tra benevolenza universale e la felicità degli esseri razionali resta indipendente dall'effettiva esistenza di azioni benevole, non meno che dalla soluzione del complesso problema della libertà umana⁸⁸.

Peraltro, il richiamo al sistema logico-geometrico permette al vescovo anglicano di servirsi di uno degli strumenti più affascinanti per il tempo, quello che egli stesso definisce l'"*arithmetica speciosa*" di Cartesio, ovverosia il conoscere delle ipotesi supponendole come vere nelle equazioni primitive e risolvendo le stesse secondo i dati noti. Seguendo tale ragionamento, anche il bene comune diventa un'incognita:

similmente in morale si concepisce in qualche modo il fine o l'effetto richiesto per mezzo delle relazioni che esso ha con quelle nostre azioni che, almeno in generale, ci sono in qualche misura note. Lo si distingue dagli altri oggetti del pensiero col chiamarlo sommo bene o felicità, benché non si sappia ancora se esista e non si conosca distintamente quale risultato verrà dalle nostre azioni e dal corso delle cose esterne, per cui si può giustamente definirlo un'incognita⁸⁹.

Cumberland, nondimeno, è ben conscio della discrasia intercorrente tra la realtà del mondo esterno e dell'agire morale e l'astrattezza del metodo geometrico. In particolare, tale circostanza rende più difficile un'applicazione del metodo geometrico alla morale; ciò nonostante l'autore ritiene indubbiamente possibile una matematizzazione della morale. Certo, non è possibile assicurare

⁸⁸ L. TURCO, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 23.

⁸⁹ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. VI, § 4, p. 181, (la traduzione è di L. Turco, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 24).

matematicamente il successo a coloro i quali perseguono il bene comune, tuttavia, l'eventuale insuccesso si verifica non perché non si configuri un preciso rapporto di causa effetto tra azioni e conseguenze, ma in quanto gli effetti delle azioni trovano un limite nell'intervento altrui, che viene ad assumere il ruolo di concausa degli effetti. Del resto, sottolinea l'autore, anche in geometria esistono alcune tipologie di problemi ai quali può essere fornita più di una soluzione. In tali situazioni, a parere del predetto, interviene in soccorso l'esperienza che permette di distinguere fra le diverse soluzioni, quali siano preferibili⁹⁰.

Da quanto finora emerso, appare evidente che le riflessioni del vescovo anglicano sono ampiamente influenzate dalla nuova concezione della scienza e in particolare del metodo geometrico, sviluppatasi negli anni precedenti, specie grazie alla riflessioni di Cartesio. In particolare, il ragionamento geometrico, da scienza periferica e meramente astratta, assumeva, in quegli anni, connotati pratici che lo rendevano applicabile ad ogni aspetto della vita umana⁹¹.

È lo stesso Cumberland ad esprimere profonda ammirazione per lo sviluppo delle nuove scienze:

dobbiamo felicitarci noi e la nostra discendenza di ciò che si è cominciato a dimostrare circa la parte corporea dell'universo, mediante una fisica migliore, fondata sui principi della matematica. È certamente una grande impresa ridurre questo mondo visibile a principi assai semplici come la materia variamente figurata e il movimento composto in diversi modi, e, dopo aver investigato mediante il calcolo geometrico le proprietà di queste figure e di questi moti, in base ai fenomeni accuratamente osservati, mostrare che la storia di tutta la natura corporea è perfettamente in accordo con le leggi del moto e delle figure. Ma quest'impresa è superiore alle forze non soltanto dell'uomo ma di un'intera generazione. E tuttavia è degna

⁹⁰ L'esempio che Cumberland riporta a sostegno di tale affermazione è la necessità del dovere di sottomissione al Sovrano anche nel caso in cui quest'ultimo violi le leggi di natura. Non potendo prevedere *ex ante* quali sarebbero gli effetti di una rivoluzione, tra le soluzioni prospettate è preferibile rimanere sottomessi al volere sovrano, cfr. *ivi*, cap. I, § 9.

⁹¹ Secondo Turco "Cumberland scrive nel periodo di forse maggiore entusiasmo da parte degli uomini della Royal Society, nel periodo in cui le attese baconiane sembravano trovare conferma nell'esatta determinazione delle leggi dell'urto ormai al centro del dibattito della Società, in cui Hooke si credeva prossimo alla misurazione del carattere variabile della forza di gravità, Boyle alla trasformazione dei metalli vili in oro o Petty alla misurazione del valore reale delle merci", L. TURCO, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 27.

degli sforzi congiunti e dell'applicazione infaticabile con cui lavorano gli ingegni illustrissimi della Società Reale, come è degna del Serenissimo Re Carlo, fondatore, protettore e modello di questa Società⁹².

Interessante è notare come, anche in riferimento a tale presa di posizione nei confronti delle scienze moderne, si intraveda la stretta relazione con il rivale Hobbes. Anche il filosofo di Malmesbury auspicava l'introduzione del metodo geometrico in relazione alle scienze umane e in particolare alla morale. Egli affermava, infatti, nella lettera dedicatoria del *De Cive* al conte Guglielmo di Devonshire:

la filosofia si divide in tanti rami quanti sono i generi delle cose a cui la ragione umana può applicarsi, e cambia nome secondo la diversità della materia che tratta. Se tratta delle figure, si chiama Geometria; se dei moti, Fisica; se del diritto naturale, Morale; e tutte sono Filosofia; così come è tutto Oceano il mare che qui è detto Britannico, lì Atlantico, altrove Indiano, dai lidi che bagna. Gli studiosi della Geometria hanno molto ben coltivato il loro campo. Difatti, tutto quell'aiuto alla vita umana che si può trarre dall'osservazione delle stelle, dalla descrizione della terra, dalla misura del tempo, dalle lunghe navigazioni; tutto quel che appare di bello negli edifici, di solido nelle fortezze, di meraviglioso nelle macchine; tutto quel che distingue i tempi moderni dall'antica barbarie, è quasi completamente un benefico effetto della Geometria; poiché quello che dobbiamo alla Fisica, la Fisica stessa lo deve alla Geometria. Se i filosofi morali avessero compiuto i loro studi con esito altrettanto felice, non vedo come l'ingegno umano avrebbe potuto contribuire meglio alla propria felicità in questa vita. Se si conoscessero con ugual certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in Geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità, il cui potere s'appoggia sulle false opinioni del volgo intorno al giusto e

⁹² R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. I, § 3, p. 3, (la traduzione è di L. Turco, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 25).

all'ingiusto; e la razza umana godrebbe una pace così costante, che non sembrerebbe di dover mai più combattere⁹³.

Cumberland, tuttavia, intende spingersi oltre rispetto alle posizioni di Hobbes; egli apprezza la coerenza e la solidità del sistema logico-matematico proposto da quest'ultimo ma, a differenza del predetto, ritiene che per dimostrare la verità delle preposizioni poste ipoteticamente sia necessario, altresì, ancorarle all'esperienza e non giustificarle esclusivamente con il ragionamento logico. A differenza di quanto avviene nel sistema hobbesiano, pertanto, conoscenza scientifica e conoscenza empirica non sono valutati quali saperi diversi, ma come livelli differenti del medesimo sapere.

In altri termini, il rigore del metodo matematico nella dimostrazione delle ipotesi di partenza, deve trovare conferma nell'esperienza quotidiana, tanto da poter essere verificato dal senso comune. Come afferma Turco, Cumberland

riesce a riportare la retta ragione a livello dell'uomo della strada e recuperarla ai valori della tradizione⁹⁴.

A onor del vero, in alcuni casi tale modalità di approccio si dimostra quasi un tentativo di giustificare, tramite il ragionamento matematico, assunti che per Cumberland risultano imprescindibili per il fondamento della propria teoria; in alcuni casi ciò avviene fornendo una veste apparentemente geometrica alle statuizioni morali con il semplice intento di persuadere il destinatario. A tal fine, l'autore ricorre a veri e propri accorgimenti retorici del tipo:

il bene comune è maggiore del bene del singolo come tutto è maggiore della parte [o] è così vero che la benevolenza produce un effetto benefico, come è vero che l'addizione produce una somma⁹⁵.

Pur nella ripetitività e artificiosità delle argomentazioni, tuttavia, si può ben ribadire, utilizzando le parole di Costa, come

il Trattato di Cumberland non sia un mero salto all'indietro rispetto ad Hobbes, ma rappresenti un tentativo di superamento, complesso e non

⁹³ T. HOBBS, *Opere Politiche, Vol. 1: Elementi filosofici sul cittadino. Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, cit., p. 63.

⁹⁴ TURCO, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 29.

⁹⁵ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., rispettivamente, cap. II, § 3, p. 108 e cap. I, § 8, p. 10, (la traduzione è di L. Turco, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 29).

lineare di questo autore, perché, se per un verso si riappropria di molti teoremi della tradizione che Hobbes aveva interrotto, per un altro verso usa buona parte del lessico intellettuale tradizionale allo scopo di fondare la possibilità di un ordine sociale nuovo, della cui capacità di autosussistenza Hobbes stesso dubitava⁹⁶.

Il Vescovo anglicano, in definitiva si serve del metodo geometrico per raggiungere il suo intento ultimo: ristabilire l'ordine morale e sociale fortemente modificato dall'intervento di Hobbes. Questo, in primo luogo tramite l'eliminazione di quegli elementi che impedivano la naturale relazionalità tra gli uomini: la conflittualità innata, il tema dell'autoconservazione come etero-distruzione ed il carattere conflittuale della soddisfazione del bisogno, ed in secondo luogo attraverso la riformulazione dell'elemento psicologico fondante le azioni dei singoli: non più la paura, ma la benevolenza risulta il cardine delle relazioni umane. I rapporti intersoggettivi non appaiono più necessariamente conflittuali, ma al contrario divengono amicali tanto che la formazione di un corpo sociale unitario, in cui ogni membro agisce in armonia con gli altri e secondo la legge, diviene il fine ultimo dell'esistenza di ciascuno. Tale rivalutazione della natura dell'uomo e dei rapporti intersoggettivi ha, evidentemente, una notevole influenza sulla teorizzazione della nozione di legge e di sanzione formulata dal vescovo anglicano (tema che si approfondirà nel prossimo capitolo) e come detto, influenzerà, altresì, in modo determinante, i pensatori contemporanei e successivi.

⁹⁶ P. COSTA, *Il progetto giuridico*, cit., p. 109.

2.3. LA STRUTTURA DELLA NORMA GIURIDICA: PRECETTO E SANZIONE

Come precedentemente rilevato, il sistema teorico proposto da Cumberland prevede che le leggi civili traggano il proprio fondamento dalle leggi naturali le quali, a loro volta, sono il precipitato diretto della legge di benevolenza universale⁹⁷. Formulata tale premessa, prima di esporre analiticamente le caratteristiche che definiscono il concetto di norma giuridica secondo l'autore, è necessario soffermarsi nuovamente sull'importanza attribuita dal medesimo al rapporto tra formulazione teorica e applicazione empirica dei concetti, ai fini della dimostrazione della verità degli stessi. A tal proposito, infatti, a parere di Cumberland, persino la norma fondamentale della benevolenza universale va strutturata secondo i criteri di formulazione della norma civile; ciò permette il progressivo avvicinamento del dato morale al dato civile. Sebbene, quindi, la regola della benevolenza universale sia il cardine dell'ordinamento sociale, essa per poter trovare verifica nell'esperienza pratica, deve acquisire i tratti tipici della norma civile⁹⁸.

Si può procedere, dunque, all'analisi delle caratteristiche che secondo il vescovo anglicano devono rinvenirsi in ogni comando, finanche in riferimento alla norma di benevolenza universale, per poterlo qualificare come giuridico. Ebbene, secondo l'autore, le leggi

nihil aliud sunt quam ejusmodi Propositiones practicae cum annexis
poenis praemisque ab Autore idoneo promulgatae⁹⁹.

⁹⁷ "Cumberland intende offrire una risposta complessiva al sistema hobbesiano dell'"egoismo" facendo ricorso alla regola della benevolenza universale, che pone a fondamento di tutta la legge naturale, e da cui tenta di dedurre *more geometrico* i fondamenti naturali della società civile: dall'obbligo di fedeltà ai patti ai doveri di riconoscenza, dalla legittimità della proprietà privata all'obbedienza verso l'autorità politica" L. TURCO, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 17.

⁹⁸ "Quando Cumberland sente l'esigenza nel trattare della norma morale primaria di ripetere che "*Lex est dictamen practicum de prosecutione Boni publici, sanctione a praemiis poenisve munitum*", lo fa per ribadire la natura necessaria della norma medesima, grazie alla quale essa pone il suo precetto e la sua sanzione nella consequenzialità di causa ed effetto", S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 45.

⁹⁹ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., *Prolegomena*, § 6.

Ad una prima analisi emerge immediatamente la genericità della suesposta definizione di legge; l'autore, infatti, delineando in modo sfumato i confini del concetto di norma giuridica può farvi rientrare, altresì, la nozione di legge di benevolenza universale sopra esposta, rispettando il proposito di fornire struttura giuridica anche a tale disposizione.

Alla luce di quanto affermato, la norma, secondo il vescovo anglicano, si compone sostanzialmente di due elementi fondamentali: il precetto e la sanzione¹⁰⁰. Il primo descrive le azioni dell'uomo, mentre la seconda delinea gli effetti ad esse conseguenti, seguendo il principio logico-geometrico di causa-effetto che permea l'intera opera di Cumberland¹⁰¹. Compito del precetto, in altri termini, è delineare la condotta a cui il singolo è chiamato a conformarsi; la sanzione, al contrario, assolutamente imprescindibile, rafforza la funzione del precetto tramite gli strumenti di pena e premio, fornendo alle regole di condotta forza di legge¹⁰².

Descritta a grandi linee la struttura della norma giuridica, tuttavia, non bisogna dimenticare il presupposto cardine dell'intero sistema descritto dal vescovo anglicano: l'uomo è naturalmente portato alla benevolenza e trova la sua piena realizzazione nell'agire in armonia con i propri simili.

Alla luce di tale dato imprescindibile la norma perde il valore di comando coercitivo proveniente dall'autorità sovrana, tipico del sistema hobbesiano e si trasforma in un ausilio fornito all'uomo dalla Volontà legislatrice per identificare l'ordine interiore ed esteriore che già gli appartengono in virtù della universale benevolenza e della naturale socievolezza che lo contraddistinguono.

Detto altrimenti, nel sistema di Cumberland, obiettivo e fine ultimo dell'esistenza di ciascuno sono il bene comune e l'armonia universale; ciò premesso, è proprio il

¹⁰⁰ Se, alla luce del ragionamento precedentemente esposto, si ricercano tali elementi nella legge di benevolenza universale si nota come “la sua norma morale primaria ha quali oggetto del suo precetto, il bene comune e della sanzione, la felicità (derivata dal collaborare con gli altri) e l'infelicità (per non aver realizzato ciò ed essere rimasti legati alla propria sfera individuale). È norma che prescrive il partecipare con gli altri e sancisce il superamento dell'autonomia individuale”, S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 45.

¹⁰¹ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 22.

¹⁰² Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., *Prolegomena*, § 16, ove l'autore, in merito all'ampia definizione di sanzione ed al rapporto che lega inscindibilmente precetto e sanzione, afferma: “in Legibus Civilibus sanctiones Legum ab earum fine & effectu adaequato, Bono scilicet publico, manifesto distinguuntur; pars tamen effectus Legis Civilis est inflictio poenae, aut collatio mercedis qua Lex firmatur”.

rispetto della legge che consente all'uomo di raggiungere tale obiettivo indicandogli dei modelli di comportamento da seguire.

Pertanto, il comportamento conforme alla legge non si esaurisce più nel semplice adeguarsi ad un comando derivante da una forza più potente, ma è l'acconsentire al fine generale o particolare a cui tendono le singole norme. È una scelta libera che il singolo fa e che rispecchia la sua natura protesa alla socialità e all'armonia universale. Il legame intercorrente tra uomo e norma diviene inscindibile; per utilizzare le parole di Armellini, Cumberland ha come primo obiettivo il

rispetto della natura umana, tale che la legge non solo si modella su di essa, ma diviene essa stessa espressione e manifestazione di questa stessa natura¹⁰³.

Nell'ottica di Cumberland, quindi, la legge diventa elemento di unione tra il mondo umano e quello della natura, in quanto indirizza l'uomo alla sua piena realizzazione tramite il perseguimento del bene comune.

Da tale postulato l'autore ricava una vera e propria teoria generale della legge, parimenti valida sia per l'ambito morale che per quello strettamente giuridico. L'uomo viene a confrontarsi costantemente con la legge, considerata vero e proprio strumento di perfezione per lo stesso, in quanto è capace di guidarlo verso la realizzazione della propria natura benevola¹⁰⁴.

La norma, quindi, viene a configurarsi come strumento volto a influenzare la volontà del singolo, che per sua stessa natura necessita di continue sollecitazioni. Tuttavia, Cumberland sottolinea come tale influenza non arrivi mai a condizionare o manipolare il volere dell'uomo, il quale rimane sempre in grado di autodeterminarsi e libero di scegliere autonomamente. Peraltro, come sottolineato da Armellini, in Cumberland

libertà non è mai anarchia, ma predisporre all'ordine prestabilito che domina l'intero universo e l'uomo stesso¹⁰⁵.

È una scelta libera che il singolo fa e che rispecchia la sua natura protesa alla socialità e all'armonia universale¹⁰⁶.

¹⁰³ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 45.

¹⁰⁴ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 35.

¹⁰⁵ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 47.

Sia nella struttura della norma giuridica ipotizzata da Cumberland che in quella delineata da Hobbes e dagli autori precedenti, quindi, si rinviene la presenza di due elementi fondamentali: il precetto e la sanzione. Tuttavia, nel sistema proposto dal vescovo anglicano, la sanzione modifica radicalmente e necessariamente il suo significato, vedendo considerevolmente ampliata la sua portata applicativa. La stessa, infatti, secondo Cumberland, viene utilizzata non più solamente nel momento del conflitto, dell'inadempimento da parte del singolo, ma diviene il momento in cui si esplica la legge in tutta la sua razionalità:

la sanzione diviene il punto cruciale della norma, quello in cui il diritto e la morale nelle loro rispettive leggi rispecchiano la natura dell'uomo¹⁰⁷.

Il concetto di sanzione proposto da Hobbes, viene sostanzialmente capovolto. La sanzione, infatti, sia essa costituita da una pena o da un premio, non è più considerata un'*astuzia* da parte del potente al fine di raggiungere un suo scopo, coartando o reprimendo il comportamento degli uomini.

La sanzione diventa estensione logica della totale inerenza del summenzionato rapporto tra l'azione e la legge, tra l'uomo e gli ordinamenti nei quali e grazie ai quali egli vive¹⁰⁸.

In altri termini, la sanzione non definisce più un'azione opposta alla condotta tenuta da chi non si adegua al precetto e volta a contrastarla, ma diventa una sua logica consequenzialità¹⁰⁹. Sul punto, peraltro, è interessante notare come ritorni costantemente nell'esposizione il richiamo al principio di causa ed effetto che permea l'intera opera di Cumberland¹¹⁰. Nella sanzione, quindi, vengono

¹⁰⁶ Cumberland, a tal proposito, parla "jus seu libertatis", cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 17.

¹⁰⁷ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 45.

¹⁰⁸ Ivi, p. 47.

¹⁰⁹ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., *Prolegomena*, § 23, ove l'autore sottolinea "quae bona vel mala actibus hominum connectuntur, eadem etiam in dictaminibus practicis actuum illorum consequentia vere enunciantibus contineri necesse est".

¹¹⁰ "Tutto è sempre connesso e riallacciato in Cumberland con una consequenzialità rigida. Infatti, senza la relazione di causa ed effetto e quella di mezzo e fine egli non potrebbe sviluppare alcunché, ogni dimostrazione essendo finalizzata a questo nesso logico e viceversa", S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 42.

prospettate le varie alternative che possono derivare dall'adeguarsi o meno dell'uomo alla condotta contenuta nel precetto¹¹¹.

Come detto, alla luce di tali considerazioni il significato della sanzione muta inevitabilmente; in particolare, si possono individuare nel sistema di Cumberland due principi cardine che lo differenziano sensibilmente da ogni teoria generale del diritto precedente e in modo particolare dalle posizioni di Hobbes. In primo luogo il vescovo anglicano amplia sensibilmente la portata applicativa di tale concetto introducendo l'idea di una sanzione non più esclusivamente negativa, volta solo alla repressione dei comportamenti illeciti, ma anche premiale. Tale nuova formulazione del concetto, viene direttamente associata dall'autore al diritto naturale che, una volta dotato di un proprio apparato sanzionatorio, acquisisce valore di legge, modernamente intesa. Si rinviene anche in questa circostanza la volontà dell'autore di comprovare i propri postulati teorici ancorandoli all'esperienza e all'applicazione pratica.

Inoltre, la sanzione premiale perde la qualifica di strumento utilizzato dal Sovrano in funzione del proprio arbitrio ed assume, pertanto, importanza equivalente se non preminente, rispetto alla sanzione punitiva. Questa è la seconda grande novità introdotta nel sistema di Cumberland: le azioni umane possono essere valutate dalla società in modo positivo e negativo, ed anche il merito dovrà essere premiato in modo sistematico. Il premio conseguente ad una azione meritevole, quindi, perde il valore di occasionalità ed arbitrarietà per divenire un compenso stabilito dalla legge morale e giuridica. Secondo l'autore infatti, accostando le nozioni di bene e male alle sensazioni di piacere e di dolore,

se l'azione umana produce un valore di bene gli è dovuto un compenso, se invece concretizza un valore di male, l'ordine deve essere ristabilito nei suoi confronti mediante la punizione¹¹².

Anche in quest'ambito si nota la volontà di Cumberland di affidarsi pienamente al sistema logico geometrico, rifacendosi costantemente al principio di consequenzialità rigida che lega cause ed effetti e mezzi a fini.

¹¹¹ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 3.

¹¹² R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., *Prolegomena*, § 8, (la traduzione è di S. Armellini, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 42).

Nonostante ciò, la norma non perde la propria capacità coercitiva; al contrario è proprio grazie alla prospettiva di una sanzione che l'uomo, poiché sollecitato, si determina alla decisione di conformarsi al precetto e, quindi, porre in essere un comportamento conforme alla legge.

Nel contesto delineato da Cumberland, inoltre, la sanzione premiale assume un'importanza fondamentale, persino preminente rispetto alla sanzione negativa. Equiparare nell'ambito applicativo pena e premio, infatti, corrisponderebbe a conferire alle passioni umane, da cui scaturiscono i comportamenti non conformi alla legge e determinatrici della sanzione negativa, un ruolo altrettanto importante della ragione che contraddistingue l'uomo, naturalmente portata a conformarsi al precetto normativo e che viene, pertanto, premiata con la sanzione positiva¹¹³.

Ciò significherebbe porre nel dubbio lo stretto legame ipotizzato tra uomo e legge, negando la naturale bontà dell'uomo rispetto al quale la sanzione deve fungere esclusivamente da stimolo e non da forza repressiva. In altri termini, la supremazia della sanzione positiva rispetto alla sanzione negativa è fondamentale per la sussistenza stessa del sistema teorizzato dal vescovo anglicano; conscio di questo, Cumberland, prendendo le mosse dall'assunto fondamentale della bontà naturale dell'uomo, ne deduce l'assoluta superiorità del premio sulla pena.

Tuttavia, per stessa ammissione dell'autore, la sanzione non può contenere l'esclusiva previsione del premio poiché la volontà dell'uomo deve essere sollecitata sia dalle privazioni che dalla prospettiva del premio. Cumberland, a tal proposito sottolinea come l'uomo possa conoscere i dati positivi, i premi, solo attraverso i dati negativi, le pene, e viceversa¹¹⁴. Pertanto, è essenziale che la sanzione possa configurarsi sia in un premio che in una pena, pur dovendo necessariamente essere privilegiata la prima modalità, per le ragioni suesposte. Del resto, evidenzia l'autore, qualsiasi idea facente parte dell'ordine morale ovvero dell'ordine giuridico necessita del suo opposto per potersi definire esistente¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., *Prolegomena*, § 14.

¹¹⁴ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 40.

¹¹⁵ Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 40, p. 275, ove, continuando il parallelo tra matematica e morale l'autore afferma che come l'idea di linea retta ingloba in se quella di curva "rectum enim est index sui & obliqui. Quod autem a dato termino, seu rerum statu finem hunc optimum via brevissima proficiscitur id translatione a Mathematica rectae

Ricapitolando, Cumberland afferma che il comando per potersi definire giuridico si deve comporre di due elementi fondamentali, precetto e sanzione; quest'ultima si può configurare a sua volta in due modalità, premio o pena, di cui la prima è necessariamente prevalente a livello applicativo, pur non escludendo totalmente la seconda. Compito principale della sanzione è infine stimolare l'uomo ad agire e comportarsi secondo il sentimento del dovere che gli è connaturato o che, meglio, scaturisce dagli stessi giudizi della ragione.

Tuttavia, una volta definite le caratteristiche che contraddistinguono il concetto di norma giuridica, Cumberland si trova ad affrontare un dubbio di non poco momento: quale aspetto dell'essere dell'uomo deve essere sollecitato dalla sanzione tramite gli strumenti di premio e pena?

L'ultimo e più difficile problema da affrontare per l'autore rimane, infatti, come superare la posizione utilitaristica hobbesiana; Cumberland, in particolare, deve riuscire ad annullare quella ricostruzione negativa che vede nella sanzione lo strumento massimo per la coercizione dei consociati da parte della Volontà legislatrice. Tale conclusione risulta incontrovertibile se, come ritenuto da Hobbes, il dettato normativo viene rivolto direttamente alla componente passionale ed egoistica dell'uomo. Secondo tale prospettiva il Sovrano, tramite le sanzioni di pena e premio, andando a stimolare gli istinti primari dell'uomo, costringerebbe quest'ultimo a conformare il proprio comportamento al volere del predetto; ciò accadrebbe non in virtù di una libera scelta consapevole del singolo, ma in quanto indotto da un mero calcolo di convenienza, fondato sulle passioni umane, relativo all'opportunità o meno di adeguarsi alla legge.

Cumberland, ovviamente, non può che fuggire da tale aporia utilitaristica; per far ciò l'autore ipotizza essere sussistente nell'uomo una facoltà di valutazione, una vera e propria ragione pratica che indica la strada per giungere alla piena realizzazione di se stessi e di conseguenza alla felicità. Attraverso tale ragione pratica l'uomo è in grado di analizzare le situazioni per determinare quale sia la volizione più appropriata alla luce del principio di causalità necessaria delle azioni¹¹⁶. Tale capacità valutativa, pertanto, permette di disporre il tutto in

proprietate facta, Rectum dicitur" così "actio effectum optatissimum citissime attingens, via proficiscitur brevissima ad finem. Ergo est recta".

¹¹⁶ Cfr. *ivi*, cap. V, § 19.

funzione del nesso causale, che come più volte ribadito dall'autore, è il fondamento della realtà¹¹⁷. La ragione pratica, pertanto, una volta appresa la legge e, in modo specifico, gli elementi di precetto e sanzione che compongono il dettato normativo è in grado di determinare il rapporto esistente tra le plurime condotte che l'uomo potrebbe porre in essere; di conseguenza, sceglie e attua l'azione volontaria. In virtù di tale meccanismo, il comportamento conforme viene ad essere il frutto di una valutazione interiore che si genera dalla più profonda coscienza dell'uomo.

Ebbene, secondo Cumberland, la norma deve rivolgersi proprio a tale ragione pratica utilizzando gli strumenti di pena e premio. Questo non solo al fine di assicurare l'adeguamento del destinatario al comportamento conforme alla legge, ma principalmente per porre l'uomo nella condizione di dover prendere cognizione della propria natura. Se l'uomo vuole raggiungere la benevolenza universale a cui naturalmente tende, deve collaborare con i suoi simili secondo i dettami della ragione pratica stimolata e indirizzata dalle norme giuridiche. Sono queste ultime, infatti, che indicano all'uomo quel sistema di rapporti regolari e ordinati nell'ambito dei quali il predetto trova libertà, felicità nonché la piena realizzazione di se stesso. In quanto ente razionale, infatti, l'uomo è necessariamente portato a collaborare con i propri simili, a loro volta razionali, con i quali vive in contatto.

Attraverso il riferimento alla ragione pratica, il sistema ipotizzato da Cumberland sembra aver conseguito il proprio obiettivo: l'uomo, aiutato dalla ragione pratica, recepisce la legge non come un'imposizione coercitiva ma come un elemento che lo aiuta a sviluppare a pieno la propria natura relazionale. Si attua quel fondamentale rapporto simbiotico tra uomo e legge in cui tutto appare ordinato secondo la regola della benevolenza universale: la norma, sia civile che morale, rigidamente strutturata in precetto e sanzione, scaturisce direttamente dalla legge di benevolenza universale¹¹⁸ che, si ribadisce, rispecchia nel suo postulato il fine ultimo della natura umana:

¹¹⁷ Cfr. *ivi*, cap. V, § 30.

¹¹⁸ "Ogni singola norma ripete in sé il sistema piramidale che lega inferiore a superiore, secondo un necessarismo ancora molto occamista: dal precetto si passa alla sanzione caratterizzata dai suoi strumenti di pena e premio", S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 52.

conseguire la condizione di maggiore felicità cui si possa aspirare attraverso la massima benevolenza di ogni essere razionale verso tutti gli altri¹¹⁹.

Giunti a questo punto, dopo aver delineato i concetti di norma giuridica, sanzione, e ragione pratica, si percepisce, tuttavia, come il sistema di Cumberland, nella sua complessità, dimostri un limite importante.

Come è ovvio, l'irrogazione della pena, ovvero la distribuzione del premio, da parte della Volontà legislatrice avviene solo successivamente al conformarsi o meno da parte del destinatario alla regola di condotta contenuta nel precetto normativo. Tuttavia, quest'ultimo è consapevole *a priori* dei vantaggi o degli svantaggi derivanti dalla violazione o meno del comando, indicati nella sanzione. La valutazione a cui è chiamata la ragione pratica, quindi, è certamente precedente all'azione conforme o violatrice del precetto. Il rischio evidente è, pertanto, che si cada nuovamente in quella deriva utilitaristica che Cumberland si era prefissato di evitare attraverso il sistema descritto ed in particolare tramite il riferimento alla ragione pratica. In particolare, infatti, nulla vieta che si riscontri un deleterio capovolgimento di ruoli tra gli elementi che costituiscono la norma: precetto e sanzione. L'uomo, in altri termini, potrebbe focalizzare la propria attenzione esclusivamente sui vantaggi o sugli svantaggi derivanti dall'applicazione nei suoi confronti della sanzione, decidendo di agire solo in funzione degli stessi e tralasciando di valutare il vero elemento cardine della norma, il precetto, ove, si ricorda, viene indicata la regola di condotta che lo stesso deve seguire per addivenire alla piena realizzazione di sé. In questo modo, come ben sintetizza Armellini,

la sanzione non è più strumento per progredire con e verso la ragione, ma mezzo (il più rilevante) per il sopravvivere nello stato passionale¹²⁰.

La sanzione, quindi, perderebbe quel valore di stimolo attribuitagli da Cumberland, per trasformarsi nel fulcro della volontà utilitaristica degli individui. Questi ultimi, infatti, si conformerebbero al dettato normativo spinti dalle proprie

¹¹⁹ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. I, § 4, p. 4, (la traduzione è di L. Turco, *Dal sistema al senso comune*, cit., p. 21.

¹²⁰ S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 52.

passioni e dalla tendenza a perseguire il proprio utile immediato, perdendo di vista il reale fine della legge che è quello di portare alla piena realizzazione dell'uomo seguendo le indicazioni del precetto contenuto nel dettato normativo.

Cumberland, conscio di tale limite, riafferma in più occasioni che la sanzione è subordinata al precetto e non è altro che la sua necessaria consequenzialità¹²¹. Inoltre, per fugare ogni dubbio circa il rapporto di dipendenza esistente tra i due elementi l'autore afferma che

le pene e i premi devono essere sufficienti per spingere ad agire gli uomini in vista del fine della legge e non di più¹²².

Nonostante le plurime precisazioni formulate dall'autore, per Cumberland appare davvero difficile superare il limite descritto. In particolare, inoltre, è proprio la sanzione premiale a generare le maggiori perplessità: la pena, infatti, da sempre è considerata una conseguenza del mancato rispetto del dettato normativo. Il premio, al contrario, nel sistema teorizzato da Cumberland diviene il completamento fondamentale del precetto e non può essere ad esso subordinato, poiché volto a stimolare la ragione pratica dell'uomo.

Il vescovo anglicano, tuttavia, di fronte a tale obiezione decide di non argomentare e di lasciare in sospeso la problematica, non giungendo ad una conclusione soddisfacente. Tale mancanza di argomentazione sembra condurre all'impossibilità di addivenire ad un fondamento unicamente razionale dello strumento premiale, determinando quindi un inevitabile riferimento all'utilitarismo per la definizione e la comprensione del fenomeno premiale¹²³.

¹²¹ "nemo vere legi obsequitur, nisi hunc finem animitus cum Rectore respiciat" R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 47, p. 294.

¹²² Cfr. R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, cit., cap. V, § 10, p. 204 (la traduzione è di S. Armellini, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 52).

¹²³ "Non per niente le difficoltà incontrate dal pensatore inglese, le critiche rivoltegli da Pufendorf, indurranno gli illuministi italiani ad attribuire all'utilità nuovamente pieno rilievo, sulle indicazioni di Hobbes e Spinoza", S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto*, cit., p. 52 .

2.4. GLI SPUNTI DI RIFLESSIONE EMERSI DAL SISTEMA DI CUMBERLAND

Alla luce di quanto emerso nel presente capitolo, pur con gli evidenti limiti espressi il sistema delineato da Cumberland offre interessanti spunti di riflessione in relazione al tema della premialità del diritto. In primo luogo viene messa in luce, per la prima volta, la possibilità di considerare il premio, al pari della pena, quale sanzione sistematicamente prevista dalla norma giuridica e non, quindi, scaturente dal mero arbitrio del Sovrano, come al contrario risultava nella teorizzazione hobbesiana. Inoltre, il considerare la sanzione premiale non come un'*astuzia* posta in essere dall'autorità per raggiungere uno scopo prefissato ma come un ausilio per il destinatario ad interrogarsi ed agire secondo la propria natura risulta essere un contributo fecondo, da non sottovalutare, ai fini di una contemporanea rielaborazione del concetto di premialità. Tale ultima riflessione, in modo particolare, verrà ripresa nel corso dell'analisi del concetto di sanzione premiale formulata dagli autori contemporanei, che spesso vedono in essa esclusivamente uno strumento utile allo Stato, modernamente inteso, per raggiungere i propri obiettivi. Secondo alcuni autori, infatti, attraverso la prospettazione di premi ed incentivi, lo Stato indurrebbe i cittadini, destinatari della norma giuridica, ad agire secondo uno scopo prefissato per il perseguimento di obiettivi predeterminati dallo Stato stesso.

Concludendo, l'intuizione di Cumberland di considerare la norma giuridica uno strumento di perfezione del destinatario, vero e proprio sostegno all'uomo per raggiungere la propria piena realizzazione e felicità, è certamente una ricostruzione interessante e stimolante almeno per due ordini di motivi.

In primo luogo poiché sposta il fuoco dell'attenzione sul dato umano; in tale prospettiva, infatti, obiettivo primario della Volontà legislatrice, nel formulare le norme, deve essere il rispetto della natura umana e non il perseguimento di interessi statali particolari¹²⁴. In secondo luogo perché una tale concezione sottintende una definizione elevata di diritto, non più considerato mero strumento

¹²⁴ "Rispetto della natura umana, tale che la legge non solo si modella su di essa, ma diviene essa stessa espressione e manifestazione di questa stessa natura", *ivi*, p. 45.

di coercizione a disposizione del Sovrano per raggiungere i propri obiettivi, come accadeva nel sistema hobbesiano, ma che assurge a ruolo di elemento afferente la stessa natura umana, con il quale gli uomini non possono non confrontarsi, se vogliono progredire verso la propria piena realizzazione¹²⁵.

¹²⁵ "La sanzione diventa estensione logica della totale inerenza del summenzionato rapporto tra l'azione e la legge, tra l'uomo e gli ordinamenti nei quali e grazie ai quali egli vive", *ivi*, p. 47.

PARTE SECONDA

3. NORBERTO BOBBIO E LA FUNZIONE PROMOZIONALE DEL DIRITTO

SOMMARIO: 3.1. Il passaggio dallo Stato garantista allo Stato dirigista - 3.2. Il nuovo ruolo del diritto nella società contemporanea - 3.3. Un nuovo metodo di studio del diritto - 3.4. La funzione promozionale del diritto e il concetto di sanzione positiva - 3.5. L'affermazione della funzione promozionale del diritto e una sua possibile deriva

3.1. IL PASSAGGIO DALLO STATO GARANTISTA ALLO STATO DIRIGISTA

Il tema della premialità giuridica, e di conseguenza dell'utilizzo delle sanzioni positive da parte del legislatore, dopo aver ricevuto notevole attenzione in concomitanza con l'evoluzione del concetto di Stato moderno, come dimostrato dalle riflessioni svolte, tra gli altri, da Thomas Hobbes e Richard Cumberland, ha progressivamente perso d'interesse nei secoli successivi¹²⁶.

In particolare, il diritto premiale mal si concilia con il dominante approccio formalistico che negli ultimi decenni ha caratterizzato lo studio e la riflessione sul diritto e, pertanto, è stato relegato a fenomeno residuale.

Tuttavia, non si può non sottolineare come l'evoluzione e la trasformazione della società contemporanea abbiano reso attuale il tema della sanzione positiva, tanto

¹²⁶ A mero titolo esemplificativo si cita un brano che il filosofo torinese Norberto Bobbio definisce “*da antologia*” per la ricchezza della riflessione proposta sul tema della sanzione positiva “elegantemente Senofonte, negli *Economici*, affermò che anche gli animali sono condotti all'obbedienza da due cose: dal cibo, se si tratti di animali da poco, o dalle blandizie, se si tratti di un animale di indole più nobile come il cavallo; dalle percosse se si tratti di un animale d'indole testarda, come l'asino. L'uomo che è l'animale di indole più nobile, non tanto dovrà essere costretto da minacce e supplizi quanto allettato con premi all'obbedienza alle leggi. Queste, perciò, non si limitano a promettere pene a chi delinque: inducono anche con premi a ben meritare dallo Stato. Vediamo che fra gli antichi ve ne furono molte di questo tipo [...]. Benché sia proprio dell'ottimo cittadino seguir l'ottimo senza nessun premio in vista, conviene tuttavia anche incitare, con simili allettamenti, al desiderio del bene, gli animi di quei cittadini che ancora non siano molto avanzati in questa via” ERASMO, *Institutio principis christiani* (1515), trad. it. di M. Isnardi Parente, *L'educazione del principe cristiano*, Morano, Napoli, 1977, pp. 133 - 134.

da condurre gli studiosi ad affrontarlo con rinnovato interesse, prendendo le mosse dalle riflessioni storiche sulla nozione di premialità del diritto, per giungere alla definizione del concetto di funzione promozionale del diritto¹²⁷.

A tal riguardo è doveroso precisare, infatti, come la progressiva trasformazione della società contemporanea ed il nuovo ruolo dello Stato, sempre più ingerente nella vita dei cittadini, appaiono in aperta antitesi con il tentativo delle dottrine formalistiche e positivistiche di delineare in modo preciso ed univoco le caratteristiche del diritto.

Proprio per questo, ai fini della presente trattazione, risulterà interessante procedere dalle riflessioni di quello che è, ancora oggi, il punto di riferimento di gran parte degli autori positivisti e formalisti contemporanei, il filosofo praghese Hans Kelsen.

I ragionamenti del predetto, tuttavia, si innestano in un contesto storico ancora apertamente influenzato dai modelli delle strutture statali ottocentesche. Tale concezione dello Stato, correttamente definita dall'espressione Stato garantista, affonda le proprie radici nella nozione di Stato moderno di derivazione seicentesca, fondata sul contrattualismo di stampo hobbesiano, per il quale

produrre sicurezza è lo scopo di associarsi. Assicurarsi attraverso l'associazione, significa evitare un evento foriero di inconvenienti, e quindi superare la condizione infelice e dannosa o neutralizzare le conseguenze di un evento che si potrebbe rivelare produttivo di fattori negativi¹²⁸.

Nel corso della trattazione, di contro, emergerà chiaramente come, nell'ultimo periodo, si sia assistito ad una radicale trasformazione del concetto di Stato, ed allo sviluppo, in modo particolare nelle democrazie occidentali, del cosiddetto

¹²⁷ Come precedentemente anticipato, “premialità e promozionalità del diritto non sono termini che si equivalgono. Infatti, mentre la premialità viene a configurare la vicenda storica della sanzione positiva intesa a vario titolo, la promozionalità sarebbe propria del diritto contemporaneo, la quale si coniuga con la sanzione positiva ma può essere scissa da essa, essendo riconosciuta natura promozionale all'intero ordinamento giuridico. La confusione nell'uso dei due termini ha indubbiamente creato equivoci”, S. ARMELLINI, *Le due mani della giustizia*, cit., p. 77. Nel corso della trattazione del presente capitolo si farà riferimento costantemente al concetto di promozionalità del diritto, come sviluppato dagli autori contemporanei.

¹²⁸ F. GENTILE, *Filosofia del diritto (le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi)*, cit., p. 97.

welfare state. Con tale locuzione si intende quel complesso di politiche pubbliche messe in atto dallo Stato che interviene, nell'ambito dell'economia di mercato, per garantire l'assistenza ed il benessere dei cittadini. Lo Stato, quindi, da meccanismo di assicurazione dei consociati, da Stato *garantista*, si trasforma in elemento di prefigurazione e progettazione della società; volendo utilizzare la felice espressione coniata da Norberto Bobbio, diviene Stato *dirigista*. Come evidenziato da Genaro R. Carriò:

oggi lo Stato regola l'economia nei suoi aspetti più minuti: le sue armi sono la direzione della politica fiscale e monetaria, il controllo dei cambi e del credito, la regolamentazione del commercio estero. Molti servizi pubblici principali, se non addirittura la maggior parte, sono nelle sue mani o sotto il suo immediato controllo [...]. Vi sono attività sussidiate o facilitate; altre, invece, sono gravate in forma discriminatoria per scoraggiare. Tutto un complesso sistema di contingentamenti, licenze, rateazioni, permessi preventivi ecc. condiziona l'attività produttiva nelle sue fasi più importanti¹²⁹.

Tuttavia, un tale cambiamento non può non influire sullo studio del diritto e sulla nozione che il fenomeno giuridico viene ad assumere; a tal riguardo, com'è ben evidenziato da Carriò:

non è possibile che l'apparato concettuale, elaborato dalla teoria generale del diritto, persista inalterato attraverso mutamenti tanto radicali¹³⁰;

del resto appare ormai del tutto superata

l'immagine semplicistica dello Stato come organismo che stabilisce le regole del gioco e istituisce un arbitro [...] lo Stato gendarme che con tecniche limitate perseguiva fini altrettanto limitati¹³¹.

Esempio emblematico del mutato atteggiamento dello Stato nei confronti dei consociati è rappresentato dalle costituzioni post-liberali, tra le quali è possibile ricomprendere anche quella italiana; se, infatti, le costituzioni liberali classiche si

¹²⁹ G.R. CARRIÒ, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in «Rivista di filosofia», LVII, 1996, p. 150.

¹³⁰ Ivi, p. 151.

¹³¹ Ivi, p. 149.

prefiggevano l'obiettivo di tutelare o garantire i diritti dei consociati, nelle costituzioni post-liberali a fianco della predetta funzione si inserisce con sempre maggior vigore quella della promozione di determinati comportamenti o condizioni, considerati socialmente desiderabili dall'ordinamento.

La contrapposizione tra il vecchio e il nuovo modello costituzionale emerge dal raffronto tra l'art. 2, in cui si dice che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" e l'art. 3 dove si dice che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli ecc.", cioè tra l'affermazione di un compito meramente protettivo che si attua mediante la tecnica delle misure negative e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più attraverso misure positive¹³².

Si precisa sin d'ora che obiettivo del presente lavoro non è quello di analizzare compiutamente il fenomeno del passaggio dal moderno Stato *garantista* al contemporaneo Stato *dirigista*, argomento che meriterebbe certamente ben altro approfondimento, data la sua vastità, e che implica altresì riflessioni che travalicano la materia filosofico-giuridica. Nelle pagine che seguono si tenterà, per quanto possibile, di dar conto di come detto mutamento abbia necessariamente inciso sul fenomeno giuridico e sulla teorizzazione dello stesso, con particolare riferimento al tema della sanzione positiva.

Fatta tale doverosa premessa, si ribadisce come, nell'ultimo periodo, il tema della funzione promozionale del diritto sia tornato prepotentemente di interesse per la dottrina italiana; ciò in modo particolare in virtù delle riflessioni svolte sul punto da uno dei maggiori filosofi e teorici del diritto italiani del secolo scorso, Norberto Bobbio. Con il testo *Dalla struttura alla funzione*, edito nel 1977, l'autore torinese, prendendo le mosse dalle riflessioni del già citato Han Kelsen, dà atto, in

¹³² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 25, ove l'autore sottolinea come "secondo la nostra costituzione la Repubblica "promuove le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro" (art. 4, comma 1); "promuove le autonomie locali" (art. 5); "promuove lo sviluppo della cultura" (art. 9, comma 1); "promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro" (art. 35, comma 3) "promuove e favorisce l'incremento" della cooperazione (art. 45, comma 3). Inoltre "agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia" (art. 31, comma 1) "dispone provvedimenti a favore delle zone montane" (art. 44, comma 2) "incoraggia e tutela il risparmio" (art. 47, comma 1) "favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà" (art. 47, comma 2)".

modo esemplare, del descritto mutamento in corso, tramite una serie di importanti ragionamenti che si tenterà di esporre nei prossimi paragrafi, sottolineandone i pregi ed evidenziandone, per quanto possibile, le criticità¹³³.

¹³³ Per ricostruire precisamente le modalità con cui l'autore torinese si avvicinò al tema della funzione promozionale del diritto, discostandosi parzialmente dalle tesi kelseniane, di cui era in origine fermo sostenitore, si veda la prefazione scritta da M.G. Losano al testo A. SERPE, *Il filosofo del dubbio: Norberto Bobbio. Lineamenti della sua filosofia del diritto nella cultura giuridica italiana*, Aracne Editrice, Roma, 2012. Losano scrive: "il dibattito sulla sanzione indusse Bobbio a prendere in considerazione la nozione di "funzione" del diritto ed a proporre di approfondire questo aspetto della teoria del diritto, introducendo il concetto di sanzione positiva o premiale. Bobbio, nel trattare della funzione del diritto, cita letteralmente l'invito a innovare la teoria del diritto [...] e si pone il problema tanto della funzione promozionale del diritto, quanto della natura non solo penale, ma anche premiale, della sanzione. Come conseguenza di questo dibattito, nel 1969, Bobbio scrisse un importante saggio sulla funzione promozionale del diritto e lo pubblicò in una rivista che si rivolgeva ai giuristi pratici (N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXIII, 1969, pp. 1312 - 1329). Da quel saggio prese poi origine il libro che segnò una svolta metodologica nella ricerca giuridica di Bobbio (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977). L'apertura di Bobbio verso una teoria funzionale del diritto coincide con gli anni del suo crescente interesse per la politica, tanto come studio teorico quanto come attività accademica. Questa apertura avvenne intorno a quel 1972, indicato all'inizio come il momento del passaggio dalla prevalenza della filosofia del diritto alla prevalenza della filosofia politica negli interessi di Bobbio. Questo dato più esistenziale che filosofico spiega perché, nell'insieme delle opere dell'autore torinese, il saggio sulla funzione del diritto risulti solitario, rispetto alla schiera dei suoi scritti sulla teoria strutturale del diritto. Infatti lo studio della funzione del diritto si presenta oggi come una via aperta da Bobbio, ma da lui non ulteriormente coltivata". Per un approccio più generale al pensiero di Bobbio si veda T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000 e la raccolta di saggi *Bobbio, Etica e Politica. Scritti di impegno civile*, a cura di M. Ravelli, Mondadori, Milano, 2009. Il volume raccoglie una settantina di testi di Bobbio raggruppati in tre grandi sezioni: "Compagni e maestri", "Valori politici e dilemmi etici", "Le forme della politica". All'interno di esse gli scritti si dispongono secondo uno schema binario, per coppie antifrastiche o contigue, secondo un caratteristico modo di procedere del pensiero di Bobbio: cultura e politica, libertà ed eguaglianza, democrazia e dittatura, pace e guerra, socialismo e comunismo, destra e sinistra.

3.2. IL NUOVO RUOLO DEL DIRITTO NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA

Nel saggio *Diritto e scienze sociali*, oggi incluso nel volume *Dalla struttura alla funzione*, Bobbio propone una fondamentale riflessione relativa al nuovo ruolo assunto dal diritto, e dagli scienziati giuridici, nella società contemporanea.

In particolare, secondo l'autore torinese, il diritto, specie nell'ultimo periodo, ha iniziato ad intessere rapporti sempre più intensi con le scienze sociali, circostanza che, a suo dire, dimostra come l'attuale momento storico sia un tempo di transizione e trasformazione sociale. Si osserva, al riguardo, una fuoriuscita degli studiosi del diritto da quello “*splendido isolamento*” che da sempre li caratterizza, determinata, in parte, dalla presa di coscienza che il diritto non riveste più il ruolo di preminenza che da sempre gli è attribuito all'interno della società¹³⁴.

Bobbio ben sintetizza il mutato atteggiamento degli autori dell'Ottocento nei confronti del diritto e del fenomeno giuridico in generale:

mentre gli scrittori illuministici mettevano il diritto al centro dello studio delle diverse civiltà e andavano a cercare la natura e le linee di sviluppo di un popolo nello spirito delle leggi e credevano che per mutare la società bastasse mutare il diritto, a poco a poco nell'Ottocento via via che si veniva prendendo coscienza del grande mutamento storico prodotto dall'avvento della società industriale nella società civile prima ancora che nella società politica il diritto fu sempre più considerato come un epifenomeno, come un momento secondario dello sviluppo storico e guardato con sempre maggiore diffidenza come strumento di mutamento sociale¹³⁵.

Inoltre, gli studiosi contemporanei non solo escludono che il diritto di per se stesso sia elemento in grado di mutare la società ma, altresì, avanzano dubbi circa

¹³⁴ A tal proposito, Bobbio richiama l'accesa polemica sollevata dal filosofo Auguste Comte nei confronti dei legisti, ed avente ad oggetto la censura del cosiddetto “feticismo della legge”, “nello Stato positivo scompare irrevocabilmente l'idea di diritto”, G. SOLARI, *Positivismo giuridico e politico di A. Comte*, in *Studi storici di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 385.

¹³⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 44.

la sua capacità di essere efficace strumento di controllo sociale, funzione specifica che tradizionalmente gli è stata riconosciuta.

Alla luce di tali interrogativi, l'autore formula un ulteriore quesito: in una società in trasformazione come quella odierna qual è il posto che deve assumere il diritto nel contesto sociale?

Al fine di rispondere a tale quesito l'autore sottolinea come il giurista non possa rimanere arroccato nel proprio isolamento ma debba confrontarsi con la realtà sociale che lo circonda e in modo particolare con gli scienziati sociali, che proprio detta realtà studiano ed analizzano¹³⁶. Tale valutazione non può non avere delle ricadute sulla definizione di scienza giuridica e sulle modalità di approccio degli studiosi alla stessa. Secondo l'autore, infatti, non vi sarebbe una sola nozione di scienza giuridica ma la considerazione che il giurista ha di se stesso determinerebbe la sussistenza di una pluralità di scienze giuridiche. A tal proposito vengono individuate due tipologie ideali della funzione del giurista che necessariamente involgono la valutazione della scienza giuridica:

il giurista come conservatore e trasmettitore di un corpo di regole già date di cui è il depositario e il custode; il giurista come creatore esso stesso di regole che trasformano, integrandolo e innovandolo, il sistema dato, di cui non è più soltanto ricevitore ma anche collaboratore attivo e quando occorra critico¹³⁷.

La due funzioni del giurista si esplicitano la prima nell'attività di interpretazione del diritto, la seconda nell'attività di ricerca; la prevalenza di una tipologia di scienza giuridica sull'altra, secondo Bobbio, è strettamente legata a tre fattori

¹³⁶ “Nel corso degli anni, l'evoluzione sociale gli fece sentire come troppo stretti i vincoli sistematici imposti dal Positivismo normativo. All'apertura ai problemi sociali contribuì anche l'affermarsi in Italia della sociologia del diritto, dovuta a Renato Treves. Quest'ultimo, durante il suo esilio a Tucumán, aveva scoperto la sociologia del diritto; tornato in Italia, si era battuto con successo perché questa materia venisse introdotta anche nelle università italiane, dalle quali durante il fascismo la sociologia moderna era stata bandita come decadente prodotto anglofono. Il costante contatto con Treves, l'interesse per il pensiero politico e anche per il dibattito politico contemporaneo, nonché una certa insoddisfazione per l'insufficienza della pura analisi strutturale del diritto, provocarono in Bobbio un mutamento di rotta: Bobbio passò ad occuparsi non solo della struttura, ma anche della funzione del diritto” M.G. LOSANO, *prefazione* a A. SERPE *“Il filosofo del dubbio: Norberto Bobbio. Lineamenti della sua filosofia del diritto nella cultura giuridica italiana”*, cit., p. 7; sui rapporti tra Bobbio e Treves e l'avvento della sociologia del diritto in Italia si veda M.G. LOSANO, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*, Unicopli, Milano, 1998.

¹³⁷ BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 47.

principali, che riguardano, rispettivamente, il sistema giuridico all'interno del quale l'operatore è inserito (definito dall'autore variabile istituzionale), la differente condizione sociale nell'ambito della quale il giurista vive (definito variabile sociale) e la diversa nozione di diritto e di rapporto tra diritto e società che il giurista ha appreso nel corso della sua formazione e che è entrata a far parte della sua ideologia (definito variabile culturale).

Ognuna di queste tre variabili gioca un ruolo fondamentale nella formazione di ogni giurista e, per l'effetto, nella sua concezione del diritto e della scienza giuridica.

Volendo approfondire brevemente l'argomento, con riferimento alla prima variabile, si evidenzia la contrapposizione tra sistema chiuso, ove vige un ordinamento sistematico di norme che quantomeno potenzialmente si presume completo ed in cui vi è precisa individuazione delle fonti giuridiche, (tra le quali non è ricompresa la giurisprudenza) e sistema aperto (dove l'ordinamento è in costante evoluzione, allo stato fluido, e non vi è distinzione precisa tra fonti formali e fonti materiali tanto che l'opera del giurista integra quella del legislatore e del giudice nella produzione di nuovo diritto).

Rispetto alla seconda variabile, la distinzione di fondo prospettata dall'autore è quella tra società stabile, che tende a tramandare i propri modelli culturali e società in trasformazione in cui i fattori di modificazione che si succedono rapidamente rendono necessario un rapido ricambio dei modelli culturali tradizionali, tra cui vanno annoverate anche le norme giuridiche tralattate.

In riferimento alla terza variabile si sottolinea la differenza esistente tra una nozione di diritto come sistema autosufficiente e del tutto separato dal sistema sociale, esclusivamente all'interno del quale si svolge l'opera del giurista, e una definizione di diritto come sottoinsieme di un sistema globale o, per richiamare la concezione marxista della relazione diritto-società, come sovrastruttura. In questa seconda accezione il giurista non potrà certamente arroccarsi nello splendido isolamento della scienza giuridica ma dovrà necessariamente confrontarsi con la realtà sociale in cui si trova a vivere ed operare¹³⁸.

¹³⁸ “Il diritto è parte integrante della vita sociale quotidiana, in questa si sviluppa intrecciandosi a fenomeni di natura diversa (per lo più economica e morale). In questo coacervo di esperienza si colloca il diritto ed il suo campo di azione va individuato e distinto dall'economia e

L'intreccio e l'interdipendenza tra queste tre variabili, a parere dell'autore, porta a due concezioni di scienza giuridica diametralmente opposte.

Nella prima accezione, che si potrebbe definire conservatrice, la scienza giuridica studia le regole, poste e tramandate, vigenti in un determinato periodo, delle quali è necessario determinare il significato quanto più accuratamente possibile. In un simile contesto, l'opera del giurista sarà di esclusiva interpretazione delle norme poste, senza possibilità di innovare le regole esistenti. Massima importanza, in tale prospettiva, assumono le fonti del diritto, che fungono da discriminare tra le norme facenti parte del sistema e quelle che tali non sono, risultando non applicabili dal giudice.

Le fonti del diritto, secondo l'autore, inoltre, in tale contesto, sono utili per tracciare i confini all'interno dei quali il giurista svolge la propria ricerca che consiste essenzialmente in interpretazione:

con questo termine anche nel suo senso più ampio si intende sempre denotare un'attività meramente riconoscitiva delle regole date e non anche creativa o critica¹³⁹.

Con riferimento alla seconda accezione del significato di scienza giuridica, secondo Bobbio si assiste ad un mutamento di prospettiva. In un contesto in continua trasformazione, le regole non sono immutabili e tramandante ma vengono incessantemente poste e riproposte; ciò comporta, tuttavia, che oggetto della scienza giuridica non siano più le regole in quanto tali, intese come valutazioni dei fatti sociali; al contrario, proprio questi ultimi, da cui il giurista deve trarre le regole di volta in volta, diventano oggetto di studio. In questa prospettiva,

per fatti sociali s'intende, nel senso più generale, sia i fatti di relazione interindividuale o rapporti sociali (in specie economici), che costituiscono la materia delle regole giuridiche, sia gli interessi di

dal'etica", M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 6.

¹³⁹ "Rientrano nell'attività riconoscitiva del sistema dato le quattro attività seguenti: a) determinazione del significato delle regole (interpretazione in senso stretto); b) conciliazione delle regole apparentemente incompatibili; c) integrazione delle lacune (s'intende lacune tecniche e non di quelle ideologiche); d) elaborazioni sistematiche del contenuto delle regole, così interpretate, conciliate, integrate", N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 47.

individui o gruppi contrapposti di cui la regola giuridica ha il compito di dare una valutazione al fine di risolvere i possibili conflitti, sia i fatti culturali, come i valori sociali dominanti o dei gruppi dominanti, le opinioni morali diffuse (morale positiva o sociale) i principi di giustizia, più in generale le ideologie politiche di cui le regole giuridiche in quanto contengono una determinata valutazione degli interessi in gioco sono un'espressione¹⁴⁰.

Ovviamente, sulla base di tali presupposti, l'opera del giurista non sarà più costituita dall'interpretazione del diritto posto, ma dallo studio e dalla ricerca di un diritto da porre; lo studioso del diritto non avrà esclusivamente il compito di garantire la legittimità di leggi formali già poste attraverso l'interpretazione e il riferimento costante alle fonti del diritto, ma dovrà fornire legittimazione al diritto che egli stesso avrà contribuito a proporre, tramite il riferimento a principi materiali di giustizia¹⁴¹.

Secondo il filosofo torinese, tra le due tipologie di giurista sopra delineate attualmente è la seconda a risultare maggiormente diffusa nelle società contemporanee caratterizzate da sistema economico capitalistico e regime liberal-democratico.

Volendo trovare una conferma di quanto testé affermato si nota come, in riferimento alla prima variabile corrispondente alla distinzione tra sistema chiuso o aperto, è innegabile che, negli ultimi anni, la dottrina e la stessa giurisprudenza tendano sempre di più a mettere in discussione il sistema formalistico delle fonti del diritto anche nei paesi continentali legati ad un ordinamento giuridico cosiddetto di *civil law*. In tali contesti, sempre maggiore risulta la spinta verso il riconoscimento di fonti extralegislative ovvero extrastatali, in grado di sopperire alle lacune del sistema formalistico tradizionalmente inteso¹⁴². Tale dato, secondo

¹⁴⁰ Ivi, p. 50.

¹⁴¹ “Di questa ricerca le operazioni successive sono: a) l'analisi della situazione, di cui si vuole trovare la regola o le regole confacenti, mediante la tecnica di ricerca elaborate e praticate dalle scienze sociali; b) l'analisi e il confronto dei diversi criteri di valutazione in base ai quali la situazione può essere regolata (beninteso, tra questi criteri vi sono anche regole poste o tramandate); c) la scelta della valutazione e la formulazione della regola”, ivi, p. 51.

¹⁴² “Una indagine sulle fonti non si sottrae né si pone in posizione neutrale rispetto ad una discussione sulla natura del diritto, ne è il necessario ed inseparabile completamento. [...] i due cono della questione, che investe sia l'analisi delle fonti, che l'analisi del diritto, sono riconducibili a due estremi: autonomia ed eteronomia. Il riconoscimento della capacità di

l'autore torinese, disvela la crisi che attualmente caratterizza il positivismo giuridico; in particolare si nota l'insorgenza di nuovi poli di produzione giuridica extralegislativa in quegli ambiti in cui le rapide e incessanti trasformazioni della società non permettono al legislatore di intervenire tempestivamente, come ad esempio il diritto commerciale, il diritto dell'impresa ed il diritto del lavoro. Non solo, sempre maggiore è l'interesse degli studiosi per il fenomeno dell'interpretazione giudiziale, che spesso coincide con un tentativo della giurisprudenza di modellare le norme poste alla realtà sociale contingente. Senza dimenticare, infine, che i giuristi

secondo l'immagine tramandata dalla scuola del positivismo giuridico non avrebbero mai dovuto alzare gli occhi al di sopra dell'orizzonte dello *jus conditum*; ora in certe materie, dove si è verificata una prolungata vacanza del legislatore, come nel diritto sindacale, i giuristi non solo hanno osato guardare in faccia lo *jus condendum*, ma sono essi stessi i *conditores* del nuovo *jus*¹⁴³.

Per quanto concerne la seconda variabile, il filosofo torinese non nutre alcuna perplessità nell'affermare che attualmente ci si trova di fronte a società assolutamente instabili, rispetto alle quali il vero quesito da porsi è in merito all'influenza che questa instabilità sociale produce sull'elemento giuridico. In particolare una prima influenza si nota nel sempre maggiore ricorso da parte del legislatore a norme di organizzazione rispetto a norme di condotta¹⁴⁴. Tale

porre la norma di diritto oggettivo, la quale regola il proprio rapporto si oppone alla presunzione di una naturale anonimi città dell'umana persona, sanabile soltanto con un intervento coercitivo esterno", M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, cit., p. 8.

¹⁴³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 52. Con particolare riferimento all'esperienza sindacale, Bobbio, in altro contesto, approfondendo la propria riflessione sottolinea: "vi è oggi fra gli operatori sindacali, e anche fra gli studiosi di diritto sindacale, una prevalente tendenza ad affermare il principio dell'autoriconoscimento e dell'autolegittimazione del grande sindacato e il suo diritto all'autotutela: principio e diritto che sono le caratteristiche di un ordinamento originario, la cui presenza nello Stato contrasta con l'immagine tradizionale, e universalmente recepita dagli scrittori di diritto pubblico, dello Stato come unico ordinamento originario e sovrano nell'ambito di un determinato territorio", N. BOBBIO, *Contratto sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli, 1980, p. 32.

¹⁴⁴ "Una caratteristica della società liberale è che il cittadino può essere costretto ad obbedire solo alle norme di diritto privato e penale; la progressiva contaminazione del diritto privato con il diritto pubblico durante gli ultimi ottanta anni, cioè la progressiva sostituzione di norme di comportamento con norme di organizzazione, è uno dei modi principali con cui si è compiuta la distruzione dello Stato liberale", F. VON HAYEK, *The Principles of a Liberal Social Order*, in «Il Politico», XXXI, 1966, trad. it., *Il liberalismo di F. Hayek*, in «Biblioteca della libertà», IV, 1967, pp. 28 - 55. Pur prendendo spunto dalle posizioni di Hayek, Bobbio

distinzione implica una differente concezione della funzione del diritto: con le norme di condotta si tende a garantire la convivenza di singoli consociati ciascuno interessato ad un proprio fine personale, con le norme di organizzazione al contrario si regola la cooperazione dei singoli al fine di raggiungere un obiettivo comune. Una seconda influenza sul fenomeno giuridico determinata dal mutamento sociale in atto consiste nel sempre minor utilizzo di norme volte al controllo sociale tramite l'applicazione di una sanzione in relazione ad un comportamento socialmente indesiderato, in favore di un utilizzo sempre maggiore di norme fondate sul rapporto mezzo-fine, in forza delle quali il porre in essere o meno determinati comportamenti permette all'agente di conseguire il fine voluto.

Di queste norme tecniche si possono dare due specie, secondo che la norma preveda un determinato mezzo necessario per raggiungere un fine (o norme strumentali) oppure indichi il fine da raggiungere col mezzo più opportuno (o norme finali o direttive)¹⁴⁵.

Evidente come la diffusione di questa tipologia di norme a discapito delle norme esclusivamente coattivo - sanzionatorie, porti ad una nuova concezione del diritto, sempre meno inteso come strumento di controllo sociale e sempre più volto alla direzione sociale. In tal senso, il mutamento sociale contemporaneo comporta, altresì, l'ampliarsi dell'utilizzo delle sanzioni positive e di una sempre maggiore diffusione della promozionalità giuridica a sfavore della funzione repressiva che contraddistingue gli stati moderni fin dalla loro creazione (tema sul quale si avrà modo di argomentare diffusamente *infra*).

In riferimento alla terza variabile - diritto come sistema autonomo o sottosistema del sistema società - Bobbio evidenzia, infine, come attualmente i giuristi riscontrino profonde difficoltà nel tentare di definire il sistema giuridico come chiuso, ordinato, coerente ed in grado, nella sua monoliticità, di dare soluzione ad

muoverà dure critiche all'impostazione del predetto, non condividendo il giudizio totalmente negativo sullo Stato-benessere formulato dal filosofo austriaco, storico esponente del liberalismo classico.

¹⁴⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 54. L'autore porta l'esempio dei paesi socialisti ove si è andata affermando una vera e propria scienza della direzione sociale. Si veda sul punto U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori riuniti, Roma, pp. 120 e ss..

ogni problema giuridico che la quotidianità propone. A tal proposito sempre più numerose sono le teorie, diffuse anche nei paesi di diritto comune, che guardano, al contrario, all'effettività delle norme giuridiche, e alle relazioni tra il sistema giuridico ed il sistema politico e sociale¹⁴⁶.

Alla luce della riflessioni suesposte, secondo Bobbio è evidente che le condizioni della maggior parte delle società occidentali attuali, facilitano l'insorgenza di una scienza giuridica sempre meno legata al dato positivo e volta piuttosto all'analisi

dei valori sociali da cui si estraggono le regole del sistema; e che, lungi dal ritenersi, come per molto tempo si è ritenuta, una scienza autonoma e pura, cerca sempre più l'alleanza con le scienze sociali sino a considerarsi una branca della scienza generale della società¹⁴⁷.

Quanto detto, spiega il motivo per cui i giuristi nell'ultimo periodo stanno uscendo dal loro splendido isolamento per avvicinarsi al mondo delle scienze sociali. Utilizzando una semplice metafora Bobbio sottolinea come la scienza giuridica non sia più un'isola ma una regione tra le altre di un più vasto continente. I giuristi, necessariamente, dovranno iniziare ad intessere rapporti sempre più stretti con psicologi, sociologi, antropologi e politologi; a tal proposito l'autore sottolinea come ciò stia già avvenendo specie in materie in costante evoluzione come il diritto del lavoro o il diritto commerciale. Egli, inoltre, è convinto che ogni branca tradizionale del diritto possa trovare un proprio corrispettivo nell'ambito delle scienze deputate a studiare il comportamento umano¹⁴⁸.

Tuttavia, pur sottolineando l'importanza di un continuo confronto tra le discipline summenzionate, Bobbio evidenzia come non debba verificarsi una confusione di ruoli tra il giurista e lo scienziato sociale. Tra le due tipologie di studio, infatti, si

¹⁴⁶ Come sostenuto dalla corrente di pensiero del realismo scandinavo, ben riassunta nelle riflessioni di Karl Olivecrona. Per un approfondimento si veda, K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, trad. it. di S. Castignone, Giuffrè, Milano, 1967.

¹⁴⁷ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 56.

¹⁴⁸ "Ci troviamo nella situazione in cui ognuna delle branche del diritto è venuta scoprendo al proprio fianco una qualche disciplina del comportamento umano che la segue come la propria ombra: il diritto costituzionale, la scienza politica (o la sociologia politica); il diritto amministrativo, la scienza dell'amministrazione e ancor più in generale la sociologia dell'organizzazione; il diritto penale, la sociologia del comportamento deviante, l'antropologia criminale ecc.: il diritto dell'impresa e il diritto del lavoro, oltre che le varie discipline economiche, la sociologia industriale e del lavoro; il diritto internazionale, quell'insieme di studi ormai etichettati col nome di relazioni internazionali", *ivi*, p. 57.

deve sempre tenere ben presente la diversità nell'approccio all'oggetto di ricerca; in altri termini

non bisogna confondere i materiali di cui l'uno e l'altro possono disporre con il modo con cui questi stessi materiali vengono utilizzati¹⁴⁹.

Volendo delineare in modo netto la distinzione tra le due scienze, l'autore evidenzia come, pur partendo da un problema comune, ovverosia il rapporto tra agire umano e regola, mentre lo scienziato sociale, analizzando le regole di comportamento cerca di spiegare le motivazioni che spingono certi individui a comportarsi in un determinato modo, il giurista adopera le medesime per definire la liceità dei comportamenti stessi. In altre parole, il sociologo vede nelle regole delle variabili del processo esplicativo del comportamento umano mentre il giurista utilizza le regole per determinare il comportamento umano. Le due ricerche quindi si muovono in direzioni opposte nell'analisi del binomio regola-comportamento,

il sociologo parte dal comportamento per arrivare alla regola che eventualmente lo possa spiegare; il giurista parte dalla regola per arrivare al comportamento che sia di quella regola l'attuazione¹⁵⁰.

Il sociologo valuta il comportamento previsto dalla regola per verificare l'effetto della regola sul comportamento, al contrario il giurista utilizza il parametro del comportamento astratto previsto dalla regola per giudicare il comportamento in concreto posto in essere dall'individuo. Pur prendendo le mosse dal medesimo oggetto di studio (regola e comportamento), il fine dei due scienziati è decisamente differente. Al sociologo interessa infatti descrivere i comportamenti per potere eventualmente prevederne l'evoluzione, al giurista al contrario interessa stabilire come gli stessi devono essere. È la differenza di prospettiva rispetto allo studio della medesima materia a spiegare il motivo della summenzionata duplicazione delle discipline giuridiche in corrispettive discipline sociologiche e viceversa. Riprendendo la metafora geografica precedentemente richiamata, Bobbio afferma che, in questo senso, non si dovrebbe parlare tanto di

¹⁴⁹ Ivi, p. 58.

¹⁵⁰ Ivi, p. 59.

una pluralità di regioni di uno stesso continente, bensì di mappe diverse che s'integrano tra loro, della stessa regione.

Volendo ricapitolare sinteticamente quanto sin qui affermato, a parere dell'autore, a causa dei complessi mutamenti introdotti dalla società industriale che via via hanno interessato prima la società civile e poi quella politica, il diritto sta vivendo una profonda crisi, passando da punto di riferimento imprescindibile per lo studio delle diverse civiltà (tanto da ritenere sufficiente il mutamento delle leggi ai fini del mutamento della struttura sociale) a semplice epifenomeno inquadrabile tra i tanti elementi dello sviluppo storico della società. Tale cambiamento di prospettiva determina, necessariamente, una diversa modalità di approccio allo studio del diritto che, come visto, ha portato i giuristi ad aprirsi all'universo delle scienze sociali. Non solo, questa fuoriuscita dallo splendido isolamento che da sempre ha caratterizzato lo studio del diritto, secondo Bobbio, comporta un'ulteriore effetto: i giuristi, infatti, vengono a confrontarsi con una domanda disattesa dalla riflessione giuridica degli ultimi decenni, ovverosia quale sia la reale funzione del diritto.

3.3. UN NUOVO METODO DI STUDIO DEL DIRITTO

Al fine di fornire una risposta al quesito emerso al termine del precedente paragrafo è interessante dar conto delle riflessioni proposte da Bobbio nel saggio *Verso una teoria funzionalistica del diritto* oggi contenuto in *Dalla struttura alla funzione*, ove l'autore analizza compiutamente lo sviluppo storico dell'analisi funzionale del diritto. Al riguardo, il filosofo torinese, prendendo le mosse dal mutamento evidenziato all'inizio del presente capitolo, corrispondente al passaggio dallo Stato garantista allo Stato dirigista, ribadisce la necessità di utilizzare un nuovo approccio allo studio del diritto, in controtendenza con le modalità di analisi utilizzate dalla dottrina positivista prevalente, di cui certamente l'esponente più illustre è da considerarsi il più volte citato filosofo praghese Hans Kelsen.

Secondo Bobbio, infatti, volendo applicare allo studio del diritto la ripartizione ripresa dall'ambito sociologico tra approccio strutturalistico e approccio funzionalistico, è legittimo affermare che nella teorizzazione del diritto, nel corso dei secoli, si sia imposta la prima modalità di analisi sulla seconda

senza indulgere alle etichette sempre pericolose per quanto utili, credo si possa dire con una certa tranquillità che nel suo sviluppo, dopo la svolta kelseniana, la teoria del diritto abbia ubbidito assai più a suggestioni strutturalistiche che non a suggestioni funzionalistiche¹⁵¹.

L'autore torinese ritiene, infatti, determinante l'apporto fornito da Kelsen allo spostamento del fuoco dell'attenzione sull'aspetto strutturale del diritto, che ha portato alla progressiva estromissione dell'analisi della funzione che il fenomeno giuridico assume nel contesto sociale. Secondo Bobbio, in seguito alla teorizzazione kelseniana,

coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più di sapere come il diritto sia fatto che a che cosa serva¹⁵².

¹⁵¹ Ivi, p. 63.

¹⁵² Ibidem.

In forza di ciò, l'approccio strutturale allo studio del diritto è stato di gran lunga più approfondito ed ha fornito risultati maggiori se comparato all'analisi funzionale.

Conscio di questo, Bobbio, nel saggio citato, intende offrire una panoramica del rapporto tra analisi strutturale ed analisi funzionale del diritto prendendo le mosse proprio dalle riflessioni formulate da Kelesen. Tale percorso argomentativo, peraltro, si dimostrerà utile anche ai fini di comprendere il concetto di funzione promozionale del diritto.

Al riguardo, l'autore torinese rileva come Kelsen non solo scinda in modo pressoché assoluto analisi funzionale ed analisi strutturale, ma escluda sostanzialmente dall'ambito della scienza giuridica la prima in favore della seconda. In aperta antitesi con quanto esposto nel precedente paragrafo, l'analisi funzionale, infatti, sarebbe riservata unicamente ai sociologi e forse ai filosofi; al contrario il giurista dovrebbe occuparsi esclusivamente del disvelamento degli elementi strutturali del diritto.

Kelsen, in alcuni passaggi della sua opera principale, afferma esplicitamente tale presa di posizione:

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 scopo¹⁵³.

Obiettivo della teorizzazione del filosofo praghese è proprio quello di eliminare dall'ambito dello studio del diritto ogni deviazione di carattere teleologico, al fine di fornire ai giuristi definizioni formali dei concetti giuridici che prescindano da ogni riferimento alla funzione degli stessi.

Seppur il rigore antiteleologico di Kelsen sia guardato con una certa insofferenza dagli studiosi contemporanei, Bobbio stesso evidenzia come tale approccio al diritto fosse comprensibile in un'ottica di preservazione del fenomeno giuridico

¹⁵³ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1934, trad. it. di R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

dall'influenza delle più contrasti ideologie dell'epoca. In altri termini Kelsen cerca di dar vita ad un sistema formalistico incentrato sullo studio della struttura del diritto, per preservare la ricerca teorica dall'intrusione di giudizi di valore, ovviando così alla commistione tra diritto positivo e diritto ideale.

In questo senso, il filosofo praghese parla di una dottrina pura del diritto, perché priva di contaminazioni ideologiche e indirizzata unicamente allo studio degli elementi strutturali del fenomeno giuridico;

come scienza, la dottrina pura del diritto si ritiene obbligata soltanto a comprendere il diritto positivo nella sua essenza e d'intenderlo mediante un'analisi della sua struttura¹⁵⁴.

Bobbio, tuttavia, pone in luce come, sebbene Kelsen si sia curato solo marginalmente dell'aspetto funzionale del diritto, ciò non toglie che egli non abbia implicitamente individuato una funzione da attribuire al diritto stesso. Secondo Kelsen, infatti, il diritto è una tecnica specifica dell'organizzazione sociale che si manifesta nell'utilizzo di mezzi coercitivi per coartare i consociati a fare o non fare alcunché. Bobbio sintetizza il pensiero kelseniano sottolineando come

con la terminologia propria dei sociologi, che peraltro Kelsen non usa, il diritto è una delle forme possibili di controllo sociale, specificatamente è quella forma di controllo che si fonda sull'uso della forza¹⁵⁵.

Quindi, a ben vedere, anche Kelsen individua una funzione che il diritto è deputato ad assolvere; tuttavia, la caratteristica che distingue in modo netto l'analisi kelseniana dalle teorie funzionalistiche è la visione esclusivamente strumentale che l'autore praghese ha del diritto. La funzione del diritto, infatti, non si esaurisce nel raggiungimento di un fine prestabilito (quale può essere l'obiettivo operativo della pace in Hobbes) ma si esplicita nell'essere strumento e mezzo volto al raggiungimento dei fini più vari. Il diritto, pertanto, non è un fine ma un mezzo utile alla realizzazione di altri fini. Bobbio intravede in questa conclusione parziale la funzione che Kelsen individua nel diritto:

¹⁵⁴ Ivi, p. 17.

¹⁵⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 66.

permettere il raggiungimento di quei fini che non possono essere raggiunti attraverso altre forme di controllo sociale¹⁵⁶.

È bene sottolineare sin d'ora che a Kelsen nulla importa di quali siano questi altri fini perseguiti dalla società per il tramite del diritto; tale valutazione è infatti una questione meramente storico-politica, che nell'ottica della dottrina pura del diritto non suscita alcun interesse e non merita quindi approfondimento¹⁵⁷.

Tuttavia, Kelsen, nelle proprie opere, non è stato del tutto fedele al formalismo intransigente testé esposto. Il diritto non sempre è stato inteso dal predetto come mero strumento; del resto non è facile eliminare ogni riferimento teleologico dal fenomeno giuridico, dal momento che lo stesso Kelsen indica almeno un obbiettivo comune minimo ai consociati, per il raggiungimento del quale il diritto è la tecnica sociale specifica ed imprescindibile: la pace sociale.

In altri termini, è ben vero che attraverso lo strumento diritto si possano raggiungere i fini più disparati, ma è altrettanto vero che il fine dell'ordine sociale può essere raggiunto esclusivamente attraverso il diritto. Sulla base di questa considerazione è lecito affermare che il diritto non può essere considerato unicamente al pari di uno strumento, ma acquisisce un fine, *rectius* può essere considerato un mezzo specifico per uno specifico fine. A tale valutazione approda Kelsen, il quale, a dispetto delle summenzionate dichiarazioni ed espliciti proclami antiteleologici, nel *saggio General Theory of Law and State* afferma

il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace sociale¹⁵⁸.

Bobbio, in particolare sottolinea come il filosofo praghese arrivi a tale conclusione seguendo un ragionamento fondato sul problema del monopolio della forza. In particolare il diritto necessita di ordinare tale monopolio al fine di strutturarsi come ordinamento coattivo. Tale monopolio, serve a regolamentare l'uso della forza per evitare abusi da soggetti non autorizzati, distinguendoli da

¹⁵⁶ Ivi, p. 67.

¹⁵⁷ “una volta stabilito lo scopo o gli scopi ultimi che un gruppo sociale si propone, il diritto esplica ed esaurisce la sua funzione nell'organizzare un mezzo specifico (la coazione per ottenere l'adempimento)”, Ibidem.

¹⁵⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, trad. it. di S. Cotta - G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 21.

chi, al contrario, è lecitamente abilitato a fare uso della forza. Ora, se si definisce condizione di pace sociale quella situazione in cui l'uso della forza è limitato all'essenziale, se ne deduce che il diritto assicura la pace alla comunità¹⁵⁹. Di conseguenza, pur non essendo una pace assoluta, in quanto solo i singoli cittadini sono privati dell'uso della forza e non chi li rappresenta, ciò nonostante Kelsen conclude che lo stato di diritto è essenzialmente uno stato di pace¹⁶⁰.

Tali ultime valutazioni, rileva Bobbio, sono state rivisitate da Kelsen nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*. L'autore, infatti, nel medesimo punto della trattazione ove aveva affrontato il tema del diritto come teleologicamente orientato alla pace, afferma, in nota, di avere introdotto una modificazione non lieve della sua interpretazione della relazione tra pace e diritto¹⁶¹. La nozione di pace, infatti, viene sostituita con quella di sicurezza collettiva. Ai fini di tale ultima modificazione, per Kelsen è risultato fondamentale lo studio del diritto internazionale che, pur fondandosi su un substrato giuridico, è certamente meno organizzato dei sistemi statali. Il concetto di pace, infatti, secondo Kelsen per ordinamenti così primitivi come quello internazionale è troppo complesso ancorché inteso nella sua forma relativa. È necessario quindi riferirsi non direttamente alla pace ma alla condizione che mira alla pace, senza raggiungerla, che è appunto lo stato di sicurezza collettiva. Al contrario, si può considerare il diritto, e quindi l'ordinamento giuridico, come finalizzato alla pace esclusivamente in quegli Stati fortemente accentrati ed accentratori come possono essere gli Stati moderni. Per usare le parole di 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 tendenza¹⁶².

Kelsen, quindi, rivede esplicitamente le precedenti conclusioni della propria opera, tentando di tornare a quell'antiteleologismo formalista che aveva

¹⁵⁹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁶⁰ Cfr., *ivi*, p. 23.

¹⁶¹ Cfr., H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960², trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966.

¹⁶² *Ivi*, p. 40.

caratterizzato i suoi studi originari. Tuttavia, tale ripensamento sposta di poco la questione in oggetto. Osserva al proposito Bobbio:

la sostituzione del concetto di sicurezza collettiva a quello di pace fa retrocedere di un passo il fine minimo del diritto ma non lo elimina; lo rende più vago, meno specifico, ma non lo sopprime¹⁶³.

È ben vero che in relazione alla pace, la sicurezza collettiva è un semplice mezzo, ma è altresì indiscutibile che, per i ragionamenti fin qui esposti, la sicurezza collettiva assurge a ruolo di fine per il diritto. Tanto quanto la sicurezza collettiva tende alla pace, allo stesso modo il diritto è volto alla sicurezza collettiva. La nozione di sicurezza collettiva, introdotta da Kelsen, per Bobbio, non fa altro che rafforzare la definizione funzionale del diritto e conferma come quest'ultimo non possa considerarsi un semplice strumento da utilizzare per il raggiungimento di qualsivoglia fine, ma necessita di un suo fine specifico che gli è proprio.

In sintesi, per Kelsen il diritto è una tecnica specifica di organizzazione sociale che si esplicita nella predisposizione di un sistema in grado di coartare i consociati. Bobbio sottolinea come tale tesi, peraltro, sia stata già ampiamente proposta dalla scuola positivista e, in tal senso, il lavoro del filosofo praghese non sia altro che la formulazione più articolata e concettualmente chiara della stessa. Del resto è lo stesso Kelsen, in riferimento al tema della coazione, ad affermare che

in questo punto la dottrina pura del diritto continua la tradizione della teoria positivista del diritto del secolo XIX¹⁶⁴.

Prendendo spunto da tali considerazioni, Bobbio ha modo di approfondire il proprio ragionamento sulla differenza di sviluppo tra analisi strutturale ed analisi funzionale del diritto, ed in particolare su come l'analisi strutturale sia stata studiata in modo molto più specifico e proficuo.

La causa principe del mancato sviluppo dell'analisi funzionale del fenomeno giuridico viene individuata dall'autore torinese proprio nella circostanza per cui il contesto di riferimento è sempre rimasto l'ordinamento coattivo, di cui, come visto, lo stesso Kelsen è convinto sostenitore. Scrive Bobbio sul punto

¹⁶³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 69.

¹⁶⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*², cit., p. 25.

l'analisi funzionale è rimasta ferma al concetto di ordinamento coattivo, cioè a un concetto di diritto che non sembra del tutto adatto a rappresentare la complessità e la multidirezionalità del diritto in una società moderna, e non sembra tener conto delle grandi trasformazioni che una società industriale importa anche nelle varie forme di controllo sociale¹⁶⁵.

Tali considerazioni, tuttavia, per essere comprese appieno vanno ricollegate direttamente al problema della sanzione. L'ordinamento giuridico kelseniano preso ad esempio, infatti, è imprescindibilmente legato all'elemento sanzione. La caratteristica principale delle norme, nel sistema proposto dal filosofo praghese, non è certo quella di prescrivere comportamenti ovvero di autorizzarli; le norme, infatti hanno lo scopo precipuo di determinare il rapporto tra illecito e sanzione.

Il sistema giuridico teorizzato da Kelsen, infatti, si fonda non tanto sul concetto di obbligo, bensì su quello di sanzione, di cui l'obbligo è un mero precipitato. A tal proposito, a sostegno della propria teoria riguardante l'imprescindibilità di un approccio funzionalistico, Bobbio sottolinea come, mentre del concetto di obbligo Kelsen riesca a dare una definizione esclusivamente strutturale, al contrario della sanzione, che è il concetto cardine dell'intero sistema, Kelsen non riesca a fornire una definizione che non sia in parte funzionalistica. La definizione di obbligatorio, infatti, viene riservata a quei comportamenti per cui

una norma giuridica ricollega un atto coercitivo come sanzione al comportamento opposto¹⁶⁶,

al contrario

le sanzioni sono disposte dall'ordinamento giuridico per ottenere un dato comportamento umano che il legislatore considera desiderabile¹⁶⁷.

In altri termini, l'autore della *Dottrina pura del diritto* mette al corrente il lettore di quale sia il fine della sanzione e non di quale sia la sua struttura.

¹⁶⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 70.

¹⁶⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*², cit., p. 120.

¹⁶⁷ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 50.

Bobbio, inoltre, evidenzia come la sanzione a cui Kelsen si riferisce, nel formulare le considerazioni suesposte, è certamente la sanzione negativa, dal momento che è di tali sanzioni che si avvale prevalentemente un ordinamento coercitivo per costringere i consociati a fare o non fare alcunché. Il legame tra ordinamento giuridico coattivo e sanzioni negative nell'opera kelseniana è imprescindibile. L'autore torinese rileva al proposito come la definizione che Kelsen utilizza principalmente per indicare le sanzioni è “atto coercitivo”. Evidente, quindi, che una sanzione che si esplicita in un atto coercitivo non può che essere una sanzione negativa, individuata, in particolare, nei due atti coercitivi tipici della pena e della esecuzione forzata.

È proprio dalle sanzioni negative, quindi, che l'ordinamento giuridico trae il carattere coattivo:

un ordinamento sociale che cerca di ottenere da parte degli individui il comportamento desiderato mediante l'emanazione di tali misure di coercizione [il riferimento è alle sanzioni negative], viene definito un ordinamento coercitivo¹⁶⁸.

L'utilizzo di sanzioni coercitive, pertanto, è la nota distintiva tra l'ordinamento coattivo e altri tipi di sistemi che non si fondano direttamente sulla sanzione ma si basano sull'obbedienza volontaria dei consociati, ovvero da ordinamenti che fanno principalmente affidamento alle sanzioni positive. Da ciò se ne deduce che Kelsen ammette l'esistenza delle sanzioni positive; tuttavia, l'autore, è tassativo nell'affermare che il diritto si vale esclusivamente delle sanzioni negative per il mantenimento dell'ordine, e che anzi, queste ultime costituiscono tratti distintivi e imprescindibili del fenomeno giuridico.

Non si vuole approfondire, in questo momento, la nozione di sanzione positiva, di cui lo stesso Kelsen riconosce l'esistenza, e che sarà oggetto di ampia trattazione *infra*; ciò che si vuole rilevare, tramite le considerazioni suesposte, è come lo stretto legame tra sanzione negativa ed ordinamento giuridico abbia influenzato l'approccio della dottrina allo studio del diritto negli ultimi decenni. In particolare, la concezione strutturale kelseniana, basata sulla teoria del diritto come ordinamento coattivo, ove le sanzioni negative giocano un ruolo

¹⁶⁸ Ivi, p. 18.

fondamentale e le sanzioni positive sembrano escluse dal panorama giuridico, si è imposta come l'unica strada da percorrere. Tale approccio, tuttavia, non pare aver tenuto conto dei fondamentali cambiamenti che hanno interessato la società nell'ultimo periodo. In particolare, infatti, l'aumento sempre maggiore dell'utilizzo da parte degli Stati delle sanzioni positive mal si concilia con quanto suesposto. Del resto, a tale obiezione è agevole rispondere che, anche in un ordinamento giuridico che si avvale di sanzioni positive, le sanzioni che verranno applicate quale estrema *ratio* saranno comunque le sanzioni negative. Secondo Bobbio, infatti, pur potendosi ammettere l'esistenza di sistemi giuridici fondati esclusivamente sulle sanzioni negative, altrettanto non può avvenire in relazione alle sanzioni positive, specie con riferimento alla complessità degli ordinamenti moderni¹⁶⁹. Tuttavia, sottolinea correttamente l'autore torinese

è altrettanto chiaro, peraltro, che ammettere la funzione primaria delle sanzioni negative, pur nell'accrescersi delle sanzioni positive, non serve affatto a salvare la specificità del diritto come tecnica sociale¹⁷⁰.

Vi sono infatti plurimi ordinamenti sociali che si avvalgono di sanzioni negative per sostenersi, come riconosce lo stesso Kelsen, con riferimento ad esempio all'ordinamento religioso.

¹⁶⁹ Chiarissimo l'esempio formulato da Bobbio che si riporta per intero: "effettivamente, mentre è concepibile un ordinamento che si regga soltanto su sanzioni negative, sembra inconcepibile un ordinamento, specie un ordinamento complesso com'è l'ordinamento di uno Stato moderno, che si regga soltanto su sanzioni positive. Consideriamo il caso più semplice: una norma secondaria (cioè rivolta ai pubblici funzionari) che abbia la forma giuridica kelseniana: se è A, deve essere B, dove A non sia un illecito, cioè un comportamento non desiderato, ma un atto dovuto, cioè un comportamento desiderato, e B una sanzione positiva. Una norma di questo genere, in quanto norma giuridica, crea nel destinatario della norma primaria una pretesa (diritto soggettivo o interesse legittimo poco importa) verso la Pubblica Amministrazione, e nella Pubblica Amministrazione reciprocamente l'obbligo di consegnare il premio qualora la condizione prevista dalla norma secondaria si sia verificata. È concepibile che quest'obbligo sia rafforzato a sua volta non da una sanzione negativa, come potrebbe essere una pena disciplinare per il funzionario o un risarcimento danni da parte della Pubblica Amministrazione, ma da una sanzione positiva? Volendo lasciar sbrigliare la fantasia, si potrebbe anche immaginare una norma terziaria che attribuisca un premio al funzionario che ha adempiuto al suo obbligo di consegnare il premio: si tratterebbe di un ordinamento che conta così poco sullo zelo dei suoi funzionari da provocare con ricompense l'adempimento delle loro funzioni. Ma è sin troppo evidente che una sanzione di questo genere, qualora fosse introdotta, sarebbe pure sempre aggiuntiva e non certo sostitutiva di una sanzione negativa", N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 83.

¹⁷⁰ Ibidem.

Tuttavia, a ben vedere, la teoria kelseniana non si fonda tanto sul concetto di sanzione negativa in quanto tale, bensì sull'uso di detto strumento coercitivo nei confronti dei dissidenti; la sanzione negativa nell'ordinamento coattivo si traduce, in ultima istanza, nell'uso della forza ed è in ciò che Kelsen individua la vera nota distintiva tra ordinamento giuridico ed altri ordinamenti. Il carattere specifico dell'ordinamento giuridico, pertanto, starebbe proprio in questo: solo l'ordinamento giuridico può avvalersi della forza in quanto è esso stesso, in definitiva, l'insieme di regole volte a organizzare l'uso della forza.

Alla luce di tali considerazioni, a parere dell'autore torinese, più che il ruolo di preminenza delle sanzioni negative, è proprio tale definizione di ordinamento giuridico che è necessario obiettare se si vuole mettere in discussione la teoria kelseniana. Sul punto, Bobbio rileva come proprio l'aumento sempre più frequente delle sanzioni positive da parte degli Stati metta in crisi la definizione suddetta. La nozione di diritto come mera organizzazione della forza, infatti, si sviluppa a partire dalla teorizzazione sulla formazione degli Stati moderni, nell'ambito dei quali la forza a cui si fa riferimento non è altro che la forza monopolizzata di cui si vale il Sovrano per far rispettare la propria volontà. Aderendo a questa impostazione teorica, il diritto, nel corso dei secoli, è venuto a coincidere perfettamente con l'ordinamento statale¹⁷¹.

Tuttavia, è doveroso chiedersi se la concezione di Stato come mero organizzatore monopolista della forza sia ancora adeguata a descrivere in modo appropriato la realtà contemporanea. In particolare,

con l'estendersi degli interventi dello Stato nella sfera economica non è diventata questa una concezione insufficiente, non è una concezione minima o limitata dello Stato?¹⁷²

Bobbio sottolinea, al proposito, che la forza è certamente uno strumento fondamentale per l'esercizio e il mantenimento del potere e dell'ordine, ma non è certamente l'unico. Secondo il filosofo torinese, due sarebbero gli ulteriori mezzi utili a tale scopo, di cui ogni società si può servire, indipendentemente dal

¹⁷¹ “salvo poi a ritrovare tracce di questo tipo di ordinamento anche in altri ordinamenti sociali, come quello internazionale che viene assimilato a un ordinamento giuridico nella misura in cui assomiglia o tende ad assomigliare all'ordinamento statale”, *ivi*, p. 84.

¹⁷² *Ibidem*.

contesto spaziotemporale di riferimento: il possesso degli strumenti di produzione (che origina il potere economico) e il possesso degli strumenti di formazione delle idee (che origina il potere ideologico). Per quanto concerne il potere ideologico, Bobbio ritiene che quest'ultimo specie agli albori dello Stato moderno fosse affidato prevalentemente alla Chiesa, vero e proprio centro di diffusione e produzione culturale; tuttavia, nell'ultimo periodo si è assistito, altresì, ad una monopolizzazione statale degli strumenti di formazione delle idee (si pensi al fenomeno degli Stati totalitari e della relativa propaganda statale)¹⁷³. Tale potere, pur costituendo un forte elemento di coercizione del comportamento dei consociati, non influenza direttamente il diritto mutandone la funzione, ma è in grado di renderlo superfluo.

Spostando il fuoco dell'attenzione sul potere economico, è del tutto evidente come gli Stati contemporanei abbiano accresciuto in modo sempre più marcato le risorse da utilizzare per esercitare questo tipo di potere, sino al caso estremo degli Stati collettivisti nei quali si giunge al monopolio statale dei mezzi di produzione. Non si può non sottolineare, al proposito, che la leva economica, nel contesto odierno, assume il medesimo valore della forza nel coartare il comportamento dei consociati, al fine di ottenere effetti desiderabili per l'ordinamento ovvero impedire effetti indesiderabili. In forza di tali considerazioni, e dal momento che lo Stato contemporaneo attualmente è tra i protagonisti indiscussi del panorama economico e produttivo della società, a parere di Bobbio

una teoria che definisce il diritto come organizzazione del potere economico avrebbe altrettanto diritto ad essere presa in considerazione quanto la teoria corrente che lo definisce come organizzazione del potere coattivo, con l'unica riserva che, tranne negli Stati collettivisti, l'organizzazione del potere economico è sinora meno accentrata dell'organizzazione del potere coattivo¹⁷⁴.

¹⁷³ Al riguardo, per una interessante analisi del rapporto tra la dimensione politica e quella religiosa, concernente la manifestazione del potere e l'analisi di alcune controversie ideologiche che hanno condotto dalla nascita dello Stato moderno alle tragiche esperienze totalitarie del Novecento si veda C. LOTTIERI, *Credere nello Stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a Wikileaks*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011.

¹⁷⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 85.

Una concezione funzionalistica del diritto che si fondi, non solo sul riconoscimento del potere repressivo dello Stato ma, altresì, sull'utilizzo del potere economico, riesce a dar conto, inoltre, dello sviluppo del fenomeno del ricorso alle sanzioni positive da parte degli ordinamenti giuridici contemporanei. Il potere economico, a differenza del potere coattivo esplicitantesi nell'uso della forza, infatti, può essere utilizzato anche in funzione promozionale, al fine di corrispondere bene per bene, con l'obiettivo di premiare e non di punire.

In questo senso si percepisce perfettamente quanto indicato da Bobbio e precedentemente sottolineato, ovverosia l'insufficienza della teoria tradizionale nel descrivere l'evoluzione degli Stati contemporanei i quali, detentori di un potere economico sempre più accresciuto, si servono sempre più frequentemente del diritto promozionale e intervengono sempre più direttamente nella vita economico-produttiva della società. Concludendo sul punto, per usare le parole di Bobbio, la critica principale che si può muovere alla teoria strutturale tradizionale è essersi

lasciata attrarre dal fenomeno certamente più macroscopico dell'organizzazione della forza, non avendo posto sufficiente attenzione a quello, non ancora così macroscopico, dell'accresciuta organizzazione pubblica dell'economia, continuando a vedere il diritto nella sua funzione essenzialmente repressiva¹⁷⁵.

Definita quindi l'importanza dell'approccio funzionalistico al fenomeno giuridico per comprendere e studiare il mutamento del ruolo dello Stato nella società moderna, si può procedere all'analisi del fenomeno della funzione promozionale del diritto, ed in particolare di quella che ne è la peculiare espressione, la sanzione positiva, per valutare il cambiamento introdotto dalla nozione di Stato dirigista nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

¹⁷⁵ Ibidem.

3.4. LA FUNZIONE PROMOZIONALE DEL DIRITTO E IL CONCETTO DI SANZIONE POSITIVA

Per un'analisi del concetto di funzione promozionale del diritto, appare interessante prendere nuovamente le mosse dai ragionamenti svolti sul punto da già più volte citato Hans Kelsen.

Come detto, quest'ultimo non rifiuta *in toto* la nozione di sanzione positiva, pur tuttavia, ritiene l'ordinamento giuridico fondato esclusivamente sulle sanzioni negative. L'autore pone astrattamente sullo stesso piano sanzioni positive e sanzioni negative, affermando:

l'ordinamento può anettere alcuni vantaggi alla sua osservanza e alcuni svantaggi alla sua non osservanza e fare quindi del desiderio del vantaggio promesso e del timore dello svantaggio minacciato un motivo di comportamento¹⁷⁶.

Pena e premio, quindi, risultano espressioni complementari del principio di retribuzione. Tuttavia, Kelsen è assolutamente esplicito nell'affermare che il principio della pena è assolutamente più applicato negli ordinamenti contemporanei di quello della ricompensa:

è ben degno di nota che delle due sanzioni qui presentate come tipiche lo svantaggio minacciato in caso di disobbedienza (punizione nel senso più largo del termine) e il vantaggio promesso in caso di obbedienza (la ricompensa) la prima assolve nella realtà sociale una parte assai più importante della seconda¹⁷⁷.

Da ciò ne deriva, di conseguenza, che

premio e pena possono essere compresi nel concetto di sanzione, però comunemente si designa come sanzione non il premio, bensì la pena, cioè una male [...] inflitto come conseguenza di un certo comportamento¹⁷⁸.

¹⁷⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 15.

¹⁷⁷ Ivi, p. 17.

¹⁷⁸ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*², cit., p. 31.

Il filosofo praghese fa esclusivamente due cenni, nella propria opera, alle sanzioni positive che tuttavia denotano come egli non le consideri elemento imprescindibile del diritto, anzi, di fatto, ne sancisca la scarsa importanza. In primo luogo, l'autore afferma che la tecnica della ricompensa svolge una parte significativa soltanto nelle relazioni private degli individui¹⁷⁹. Tale affermazione deriva certamente dalla concezione garantistica dello Stato, il cui compito è esclusivamente quello di organizzare la funzione repressiva dei comportamenti antisociali. È da questa concezione che nasce la nozione di stato di diritto, che i filosofi liberali classici non indicano esclusivamente come Stato limitato dal diritto, ma intendono anche come Stato limitato al diritto, ovvero sia alla protezione dei diritti fondamentali dei consociati, senza poter ingerire in alcun modo nelle dinamiche sociali. In realtà Kelsen non sposterà mai questa definizione di Stato, dal momento che per l'autore ogni Stato deve essere considerato stato di diritto nel momento stesso in cui si configura in un ordinamento coattivo.

Il secondo riferimento fatto da Kelsen alle sanzioni positive risulta ancora più interessante ai fini della presente elaborazione; egli afferma

gli ordinamenti giuridici moderni contengono talvolta norme che, per certi meriti, prevedono premi¹⁸⁰.

L'importanza dell'affermazione, tuttavia, scema nel momento in cui il riferimento pratico è al classico esempio di scuola dei titoli e delle medaglie, in altri termini delle onorificenze. Ebbene, se le sanzioni positive sussistenti nell'ordinamento corrispondono esclusivamente a riconoscimenti di carattere onorifico per il compimento di atti di particolare valore o di eroismo, appare condivisibile la posizione di Kelsen secondo cui essi assumono una rilevanza marginale nell'ambito di quei sistemi che si sostanziano esclusivamente come ordinamenti coattivi.

¹⁷⁹ Probabilmente Kelsen formula il proprio ragionamento sulla scorta di quanto precedentemente affermato da Jhering: com'è noto, Jhering aveva distinto due leve fondamentali del comportamento sociale egoistico, la ricompensa e la coazione e aveva assegnato la prima alla sfera dei rapporti economici, la seconda a quella del diritto e dello Stato. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 73. Al riguardo si veda, R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1972.

¹⁸⁰ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 35.

Bobbio, tuttavia, criticando la posizione kelseniana, nel testo più volte citato, pone il seguente quesito

è proprio vero che nell'ordinamento sociale, specie nell'ordinamento dello Stato contemporaneo, sanzioni positive sono soltanto i titoli e le medaglie?¹⁸¹

Appare opportuno specificare, infatti, che le onorificenze incidono esclusivamente sul bene della reputazione che, pur ascrivendosi tra i beni dell'uomo sociale, non viene ritenuto importante al pari della proprietà ovvero della libertà o della vita. Volendo fare un parallelo con le sanzioni negative, la sanzione positiva dell'onorificenza corrisponde alla sanzione del marchio di infamia, o della degradazione o dell'iscrizione sul certificato penale di una sentenza di condanna, non potendo essere paragonabile a sanzioni negative più gravi. L'ordinamento giuridico, tuttavia, nel momento in cui intende coartare il comportamento dei cittadini, non va certamente ad incidere sul bene reputazione, ma focalizza la propria attenzione proprio sui beni ritenuti essenziali dall'uomo quali la proprietà, la libertà e la vita, risultando le sanzioni connesse con il bene della reputazione applicabili solo ai casi meno importanti di lesione dell'ordinamento. In altri termini, le sanzioni positive indicate da Kelsen possiedono un grado di intensità difficile da misurare, risultando più affini ad una forma istituzionalizzata di approvazione sociale.

Come affermato da Bobbio, tuttavia, è necessario domandarsi se sussistano negli ordinamenti giuridici contemporanei sanzioni positive che, andando ad incidere su interessi più radicati della reputazione e dell'approvazione sociale, quali ad esempio i beni economici, posseggano un grado di intensità maggiore rispetto all'attribuzione di onorificenze.

Per rispondere a tale domanda è necessario fare nuovamente riferimento alla concezione di Stato sottesa alla teoria kelseniana: come ampiamente suesposto, compito preminente dello Stato è esclusivamente quello di garantire la coesistenza e la relazione pacifica tra i consociati. Al contrario, l'attività economica di produzione di beni e servizi è demandata esclusivamente ai privati.

¹⁸¹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 76.

Tuttavia se, come evidenziato, la predetta concezione di Stato proposta da Kelsen non corrisponde alla realtà attuale, è doveroso chiedersi se effettivamente anche l'assoluta prevalenza delle sanzioni negative e l'esclusione di fatto del diritto promozionale dall'ambito giuridico non siano da rivalutare. Secondo Bobbio, infatti,

se è vero infatti che la ricompensa è il mezzo che viene usato per determinare il comportamento altrui da coloro che dispongono delle riserve economiche, ne segue che lo Stato, via via che dispone di risorse economiche sempre più vaste, si viene a trovare in condizione di determinare il comportamento degli individui, oltre che con l'esercizio della coazione, anche con vantaggi d'ordine economico, cioè di svolgere una funzione non solo deterrente ma anche, come ho già detto, promozionale¹⁸².

In altri termini lo Stato invece di limitarsi a minacciare uno svantaggio a fronte di un comportamento indesiderabile, può proporre un vantaggio, solitamente di natura economica, per il compimento di un'azione desiderabile, mutando radicalmente la concezione del proprio rapporto con i cittadini.

A tal proposito Kelsen, nel suo argomentare in merito all'amministrazione dello Stato, ed al rapporto tra ente statale e cittadini, formula una netta separazione tra amministrazione diretta ed amministrazione indiretta, in riferimento alla quale rimane comunque esclusa la funzione promozionale del diritto.

L'amministrazione indiretta viene ad identificarsi con l'attività giurisdizionale,

dal punto di vista tecnico lo scopo dello Stato viene perseguito dall'apparato amministrativo nello stesso modo di quello dei tribunali; in quanto si cerca di raggiungere lo stato socialmente desiderato, cioè ritenuto tale dal legislatore, con il reagire contro il suo opposto per mezzo di un atto coattivo imposto da organi statuali¹⁸³.

L'attività diretta, al contrario, è equiparabile all'attività economica svolta dai privati anche se le norme che la regolamentano non sono indirizzate ai consociati

¹⁸² Ivi, p. 77.

¹⁸³ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 268.

bensì ai funzionari dello Stato¹⁸⁴. Un esempio utilizzato da Kelsen per chiarire la differenza tra le due tipologie di attività è quella della manutenzione di una strada pubblica che può essere alternativamente affidata o ai privati cittadini o ai funzionari statali. Pur nella differenza dei destinatari, è sempre possibile fare riferimento, nel caso di specie, all'istituto dell'obbligo giuridico inteso come quella attività che, se non esercitata comporta, l'applicazione di una sanzione.

L'esempio riportato appare utile per definire la posizione di Kelsen rispetto all'attività e al ruolo dello Stato nella società. Qualora, infatti, lo Stato non si limiti alla semplice repressione dei comportamenti antisociali ma produca, al di là di norme giuridiche, anche attività e servizi di carattere sociale, tale produzione, secondo Kelsen, avviene esclusivamente in modo autonomo da parte dello Stato. L'autore, infatti, non amplia la prospettiva alla possibilità che lo Stato provochi o promuova la produzione di beni o servizi da parte di altri soggetti, tramite strumenti differenti dalle sanzioni negative.

In forza della prospettiva formulata dall'autore, lo Stato, per operare, sembra non avere altra possibilità oltre al coartare il comportamento dei singoli tramite le sanzioni negative, ovvero all'agire autonomamente tramite i propri funzionari, i quali sarebbero comunque sottoposti a sanzioni negative qualora non adempissero all'ordine ricevuto.

Tuttavia, secondo Bobbio,

ciò che sfugge a queste due alternative è la situazione sempre più frequente in cui lo Stato fa fare non minacciando ma promettendo, non scoraggiando ma incoraggiando¹⁸⁵,

tramite l'applicazione di sanzioni positive e, quindi, in altri termini, attraverso il diritto promozionale.

¹⁸⁴ In merito al tema delle norme dirette, si veda il tentativo di F.A. Hayek di interpretare il contrasto tra Stato liberale e Stato assistenziale non facendo riferimento alla contrapposizione tra un sistema fondato esclusivamente su norme negative e uno fondato anche su norme positive, ma richiamando la distinzione tra norme di condotta e norme di organizzazione; "in base a questo criterio lo Stato liberale sarebbe quello che si serve unicamente di norme di condotta, come sono le norme penali (norme repressive per eccellenza), lo Stato assistenziale si serve invece largamente delle norme di organizzazione", N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in «Sociologia del diritto», III, 1984, p. 11.

¹⁸⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 79.

Non solo, vi è un'ulteriore distinzione che i giuristi positivisti, tra cui Kelsen, formulano con riferimento alla relazione intercorrente tra Stato e attività economica di produzione di beni e servizi, ovverosia quella intercorrente tra Stato socialista e Stato liberale.

Ciò che differisce tra le due tipologie di Stato è certamente il diverso livello di specificazione della produzione giuridica. Lo Stato liberale è fondato quasi esclusivamente sulle relazioni tra i privati ed in particolare sull'istituto del negozio giuridico, il contratto. Secondo Bobbio nel momento in cui lo Stato liberale lascia il posto allo sviluppo dello Stato sociale prima e socialista poi, la forma del negozio giuridico tra privati viene progressivamente sostituita dagli atti amministrativi di provenienza statale. Sul punto Kelsen evidenzia che ciò che viene abitualmente definito diritto privato è, dal punto di vista funzionale, solo la forma giuridica particolare della distribuzione dei prodotti e della produzione economica che corrisponde all'ordinamento economico capitalistico. In virtù della summenzionata modificazione dello Stato, Kelsen ritiene, quindi, che

a un ordinamento economico socialista sarebbe adeguata un'altra forma giuridica, una forma giuridica eteronoma-autocratica, più vicina al nostro diritto amministrativo¹⁸⁶.

Anche in questo caso, come nella precedente distinzione tra amministrazione diretta e indiretta, il diritto promozionale è escluso dall'ambito del giuridicamente rilevante, trovandosi di fronte alla dicotomia tra fare dello Stato e lasciar fare.

Al contrario, rileva Bobbio, tramite l'applicazione del diritto promozionale lo Stato non si spoglia completamente dell'esercizio dell'attività economica in favore dei singoli, ma neppure si attribuisce in modo esclusivo l'esercizio della stessa¹⁸⁷.

¹⁸⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 287.

¹⁸⁷ Curioso il riferimento formulato da Gianni Bernardini, nel citato *Realtà e conoscenza giuridica*, per definire il diverso significato che il diritto assume nei sistemi proposti da Kelsen e da Bobbio; l'autore fa infatti riferimento al romanzo *Le avventure di Gulliver* di Jonathan Swift: nel paese di Lilliput, infatti, "ricompense e castighi costituiscono l'asse attorno al quale gira la ruota dello Stato, eppure non è capitato mai di vedere questa massima messa in pratica come a Lilliput. Chiunque è in grado di esibire prove sufficienti di settantatré lune filate di rispetto alle leggi statali, ha diritto a privilegi, (...) insieme a una certa somma di denaro da prevalere da un fondo destinato a questo fine". I lillipuziani in particolare non riescono a comprendere il motivo per cui il sistema giuridico inglese non si doti dello strumento delle sanzioni positive. "L'immagine della giustizia raffigurata nei loro tribunali",

In conclusione, da questo ragionamento emerge un dato interessante; con riferimento al rapporto Stato-cittadino, più che le distinzioni summenzionate tra fare e far fare e tra fare e lasciar fare, ai fini di una corretta determinazione dell'ambito di applicazione del diritto promozionale è necessario concentrarsi sulla bipartizione tra lasciar fare e far fare. A parere dell'autore torinese,

vi sono due vie attraverso cui lo Stato può limitare la sfera del lasciar fare: quella dell'obbligare a fare (o non fare) azioni che altrimenti sarebbero permesse, ed è la via della restrizione coattiva della libertà d'agire, oppure quella dello stimolare a fare (o al non fare) azioni che ciò nonostante continuano a essere permesse, che è il modo con cui si esplica la funzione promozionale¹⁸⁸.

Ebbene, formulato sinteticamente il quadro di riferimento ai fini della comprensione del concetto di analisi funzionale del diritto e della nozione di diritto promozionale, si può procedere ad una più attenta descrizione delle tipologie di sanzioni positive che lo Stato ha a disposizione al fine di stimolare i consociati *a fare* determinate azioni.

All'uopo è necessario prendere le mosse da una prima distinzione di fondo tra comandi e divieti ed in parallelo tra premi e pene.

Seppure strettamente correlate, le due dicotomie devono rimanere assolutamente separate. È ben vero che le pene (sanzioni negative) vengono prevalentemente abbinate ai divieti (norme negative) e viceversa i premi (sanzioni positive) ai comandi (norme positive), tuttavia, è del tutto plausibile che norme positive vengano abbinate a sanzioni negative e norme negative a sanzioni positive, non sussistendo alcuna incompatibilità in tal senso; quindi, volendo tradurre in termini di incoraggiamento e scoraggiamento tale ragionamento, si può sostenere che lo Stato è legittimato ad incoraggiare a non fare e a scoraggiare a fare. Bobbio così schematizza le possibili alternative scaturite dalla combinazione di norme e sanzioni:

tiene, infatti, “una borsa di monete d'oro, aperta, nella mano destra e una spada nel fodero nella sinistra, per dimostrare che essa è più incline alla ricompensa che alla punizione”, J. SWIFT, *I viaggi di Gulliver*, trad. it. di C. Formichi, Mondadori, Milano, 1976, pp. 46 - 47.

¹⁸⁸ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 80.

quindi di fatto si possono dare quattro diverse situazioni: a) comandi rafforzati da premi, b) comandi rafforzati da castighi, c) divieti rafforzati da premi, d) divieti rafforzati da castighi¹⁸⁹.

In generale, inoltre, risulta decisamente più facile applicare una sanzione (sia essa positiva o negativa) più alle azioni che alle omissioni, ove l'azione non è altro che l'esplicitarsi di un comportamento previsto da una norma positiva.

Al contrario, l'omissione risulta più difficilmente sanzionabile sia in senso positivo che negativo. Bobbio al proposito osserva che l'omissione

può essere tanto un comportamento conforme a un divieto quanto un comportamento contrario a un comando. Nel primo aspetto, è un comportamento che si prolunga nel tempo ed è destinato a non suscitare una reazione positiva determinata; nel secondo aspetto induce più a una riparazione che a un castigo¹⁹⁰.

Prima di procedere nell'argomentazione, è necessario formulare un'ulteriore valutazione. Lo Stato attraverso il diritto promozionale non si limita a tutelare i consociati che pongono in essere atti e comportamenti conformi e socialmente desiderabili, ma al contempo provoca il compimento di tali atti. Lo Stato, infatti, attraverso l'applicazione di sanzioni positive, in caso di atti permessi, rende desiderabili i comportamenti voluti, e ripugnanti quelli avversati.

Il diritto promozionale, in altri termini, genera un mutamento radicale di prospettiva: obiettivo principale del legislatore sarà infatti avvantaggiare il compimento di azioni desiderabili tramite un intervento attivo da parte dello Stato, più che svantaggiare azioni dannose per l'ordinamento, tramite il mero controllo passivo. Secondo Bobbio,

col minimo di parole si può utilmente distinguere un ordinamento protettivo repressivo da un ordinamento promozionale, dicendo che al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non

¹⁸⁹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 18.

¹⁹⁰ Ibidem. In merito alla difficoltà di applicazione della sanzione positiva, Carnelutti afferma che nonostante "non vi sia alcun motivo di riservare al castigo il carattere della sanzione", concretamente la ricompensa nell'ambito giuridico "è così limitata da spiegare se non proprio da giustificare l'abitudine teorica, la quale, trascurandola affatto, risolve senz'altro la sanzione in un male inflitto a chi ha fatto del male", F. CARNELUTTI, *Teoria Generale del diritto*, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1946, pp. 24 - 25.

desiderati, onde il suo fine precipuo è di impedirne quanto più possibile il compimento; al secondo interessano soprattutto i comportamenti socialmente desiderati, onde il suo fine è di provocarne il compimento anche nei confronti dei recalcitranti¹⁹¹.

Volendo verificare quali siano gli strumenti a disposizione del legislatore al fine di applicare il diritto promozionale, è necessario procedere dall'analisi degli strumenti utilizzati nell'ambito dell'ordinamento coattivo al fine di formulare successivamente un proficuo parallelo.

In particolare, secondo l'autore torinese, lo Stato, al fine di ostacolare il compimento di azioni non socialmente desiderabili, ha a disposizione tre tipologie di strumenti che si diversificano a seconda del grado di intensità dell'intervento repressivo: l'azione può essere resa impossibile, difficile, o svantaggiosa. Parimenti, trasfondendo tale ragionamento in funzione promozionale, il legislatore potrà provocare il compimento di un'azione desiderata rendendola necessaria, agevole o vantaggiosa.

La prima tipologia di intervento viene usualmente definita diretta, in quanto il soggetto a cui la norma è rivolta non può materialmente violare la norma o non può esimersi dalla sua esecuzione; l'ordinamento in questo caso agisce in modo preventivo o impedendo la violazione della norma *a priori*, o coartando il singolo all'esecuzione del comportamento conforme. Bobbio cita quali esempi di questa tipologia di intervento normativo la vigilanza, sia in senso passivo che attivo, e il ricorso all'uso della forza, in funzione impeditiva o costrittiva¹⁹².

La seconda e la terza tipologia di intervento, al contrario, vengono definite indirette in quanto non incidono in modo specifico sul comportamento tenuto dal soggetto, sia esso desiderabile o meno, ma sono volte ad agire sull'agente a livello psicologico, al fine di indurlo a compiere il comportamento desiderato. Tali disposizioni vengono pertanto definite indirette proprio perché permangono per il destinatario della norma la possibilità di porre in essere il comportamento non voluto, il quale tuttavia viene ostacolato o avvantaggiato ovvero produce determinate conseguenze, piacevoli o spiacevoli.

¹⁹¹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 26.

¹⁹² Cfr., *ivi*, p. 27.

Volendo quindi fornire una nozione del concetto di scoraggiamento, si potrebbe dire che quest'ultimo è quell'intervento con cui il legislatore cerca di influenzare il destinatario della norma inducendolo a non tenere un determinato comportamento non voluto (indipendentemente dal fatto che tale comportamento sia commissivo o omissivo) ostacolando o facendone derivare degli effetti sgraditi. Parimenti per incoraggiamento deve intendersi quell'attività con cui il legislatore cerca di influenzare il compimento del comportamento voluto da parte del destinatario della norma o facilitandolo o attribuendo degli effetti gradevoli allo stesso¹⁹³.

Formulata questa prima definizione di incoraggiamento e scoraggiamento, l'autore torinese sottolinea come la stessa risulti essere più ampia rispetto a quella che viene usualmente adoperata dai giuristi. In particolare, questa ricomprende entrambe le figure di strumenti indiretti, quando al contrario i giuristi sono soliti far riferimento esclusivamente alla terza forma di scoraggiamento o incoraggiamento, ovverosia alle sanzioni di pena e premio.

A parere dell'autore, ciò dipende dal fatto che gli studiosi, essendosi sinora confrontati prevalentemente con il fenomeno dello scoraggiamento, poiché influenzati dalla concezione di Stato repressivo summenzionata, hanno concentrato le loro riflessioni sullo strumento maggiormente utilizzato dal legislatore ai fini dello scoraggiamento, ovverosia la sanzione negativa comunemente intesa, la pena, risultando scarsamente applicata, al contrario, la seconda tipologia di intervento indiretto, ovverosia il rendere maggiormente gravoso e penoso il comportamento indesiderato.

Tuttavia, nel momento in cui si analizza il fenomeno dell'incoraggiamento non si può non notare come al fianco della forma indiretta di incoraggiamento costituita dal premio per il compimento di un'azione desiderata, vi sia anche la forma intermedia della facilitazione del comportamento desiderato che, a differenza

¹⁹³ “Vi sono sanzioni positive come i premi che hanno funzione esclusivamente retributiva: sono una reazione favorevole a un comportamento vantaggioso alla società. Ma vi possono essere anche sanzioni positive che mirano a compensare l'agente degli sforzi e delle fatiche fatte o delle spese subite per procurare alla società un vantaggio; queste sanzioni hanno valore non di mero riconoscimento ma (anche) di compenso. Si possono chiamare, meglio che premi, indennità”, *ivi*, pp. 35 - 36.

della sanzione positiva, interviene nel momento in cui l'azione deve ancora essere posta in essere.

Evidente, quindi, come le due differenti tecniche di incoraggiamento si inseriscano in momenti diversi in relazione al comportamento desiderato. Nel caso della sanzione positiva (il premio), questa interviene solo in seguito al compimento del comportamento desiderato; al contrario la facilitazione deve anticipare o al più accompagnare il predetto comportamento. Al proposito, il filosofo torinese formula un esempio semplice ma efficace:

se voglio che mio figlio faccia una difficile traduzione dal latino, posso promettergli, se la farà di andare al cinematografo; oppure posso permettergli di usare una traduzione interlineare¹⁹⁴.

In altri termini si può incoraggiare un determinato comportamento sia agendo sui presupposti e le condizioni del comportamento in via preventiva, che sugli effetti che la tenuta del comportamento stesso produrrà¹⁹⁵.

In questo contesto si inserisce in modo particolare quel fenomeno che i giuristi hanno individuato come caratteristico dello Stato assistenziale, le leggi di incentivazione, altresì denominate leggi incentivo.

A differenza delle leggi sanzionatorie, volte a tutelare l'ordinamento sociale attraverso la repressione dei comportamenti indesiderati, le leggi incentivo mirano a incoraggiare i comportamenti desiderati tramite i due summenzionati strumenti:

¹⁹⁴ Ivi., p. 29.

¹⁹⁵ Critico nei confronti dell'impostazione formulata da Bobbio si dimostra Giacomo Gavazzi. Bobbio ha modo di riassumere la critica mossagli dal predetto in questi termini: "tenendo sempre presente la distinzione tra struttura e funzione, io avrei distinto i premi dagli incentivi rispetto alla struttura nel senso che il premio sarebbe l'elemento di una norma condizionata del tipo "se fai a, puoi pretendere x", e l'incentivo invece l'elemento di una norma tecnica del tipo "se vuoi y, devi a", ma li avrei uniti nella funzione (la funzione promozionale). Gavazzi sostiene che si dovrebbe dire l'inverso, ossia che è difficile distinguere premi e incentivi rispetto alla struttura, giacché anche il premio può agire, prima che sia attribuito, da incentivo, e l'incentivo nel momento in cui viene dato, in qualsiasi momento dell'*iter* della condotta da premio, mentre è più facile distinguerli rispetto alla funzione, giacché soltanto la funzione dell'incentivo può essere considerata promozionale e la funzione del premio sarebbe da considerarsi piuttosto come retributiva, ad analogia della pena", N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, cit., p. 26. Scrive Gavazzi, quindi, "se le mie critiche sono fondate, la concezione di Bobbio andrebbe letteralmente capovolta: premi e incentivi non potrebbero essere distinti in base alla struttura, mentre dovrebbero essere distinti in base alla funzione", G. GAVAZZI, *Diritto premiale e diritto promozionale in Diritto premiale e sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 51. Bobbio definisce la critica summenzionata, nell'insieme del dibattito, marginale, dal momento che Gavazzi non pone nel dubbio la distinzione in sé ma il criterio con cui è stata giustificata, ma di fondo ritiene tale obiezione insuperabile.

la facilitazione o la sanzione positiva. Tra la prima tipologia di leggi incentivo possono essere ricomprese le norme che stabiliscono una sovvenzione, ovvero un aiuto o un contributo finanziario o una agevolazione creditizia o fiscale in relazione ad un determinato comportamento del singolo. Nella seconda rientrano invece quelle disposizioni che stabiliscono l'assegnazione di un premio ad un comportamento superconforme.

Con il primo espediente si vuole rendere meno gravoso il costo dell'operazione desiderata, ora accrescendo i mezzi necessari al compimento dell'operazione ora diminuendone l'onere; con il secondo espediente si tende a rendere l'operazione allettante ora assicurando a chi la compie il verificarsi di un vantaggio oppure il venir meno di uno svantaggio, una volta che il comportamento sia compito¹⁹⁶.

Procedendo nell'analisi della distinzione tra strumenti di incoraggiamento e strumenti di scoraggiamento, è necessario formulare una precisazione.

Vi sono, secondo Bobbio, due principali teorie per delineare la nozione di sanzione giuridica: quella definita di istituzionalizzazione e quella definita di coazione. Seguendo la prima, assume rilievo la circostanza per cui la reazione alla violazione di norme dell'ordinamento è regolamentata da norme dell'ordinamento stesso, volte a rendere la reazione certa, costante, imparziale e proporzionata; alla luce della seconda teoria, al contrario, assume rilievo il carattere dell'uso della forza ad opera del potere costituito. Tali teorie sono andate via via integrandosi, raggiungendo l'apice della fusione nella nozione di coazione istituzionalizzata, per la quale un ordinamento giuridico si distingue da ogni altro ordinamento in virtù della regolamentazione dell'esercizio della forza, teoria condivisa tra gli altri dallo stesso Kelsen e dai realisti scandinavi tra cui Olivecrona e Ross¹⁹⁷.

La teoria dell'istituzionalizzazione, tuttavia, non risulta efficace per descrivere il fenomeno delle sanzioni positive. Bobbio cita all'uopo l'esempio di un premio letterario, il quale usualmente è caratterizzato da un regolamento ben specifico e non si può identificare con le reazioni sociali informali equiparabili a sanzioni non

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Si avrà modo di tornare approfonditamente sulle posizioni dei due autori citati, nel corso del prossimo capitolo.

istituzionalizzate; nessun giurista, nonostante ciò, identificherebbe quale sanzione giuridica un premio letterario.

L'analisi della seconda teoria, al contrario, si dimostra utile al fine di determinare in modo più preciso il concetto di sanzione positiva. Se si individua, infatti, nell'uso della forza la definizione di sanzione giuridica, quest'ultima non potrà ricomprendervi anche le sanzioni positive. Evidentemente la forza può essere associata all'applicazione di una sanzione negativa quale può essere la pena o la riparazione ad un evento dannoso. La teoria della coazione, tuttavia, se correttamente intesa, può definire la sanzione giuridica in termini tali da ricomprendervi altresì la sanzione positiva. La sanzione, infatti, secondo l'autore torinese non deve consistere nel semplice uso della forza, ma deve corrispondere ai mezzi utilizzati dall'ordinamento in risposta alla violazione, che possono assumere qualunque forma, economica, morale e sociale, e solo in ultima istanza vengono garantiti dall'uso della forza. Per esplicitare questo concetto appare opportuno sottolineare come il risarcimento di un danno, ovvero il pagamento di una multa o l'abbattimento di un fabbricato abusivo, nulla hanno a che spartire con l'uso diretto della forza da parte dell'ordinamento.

Il collegamento di questi obblighi secondari, in cui consiste la sanzione giuridica, con la forza sta nel fatto che il loro adempimento è garantito dalla minaccia di mettere in moto prima, e dalla messa in moto poi, di un apparato esecutivo dotato dei mezzi coattivi che sono o tendono a essere irresistibili allo scopo di ottenere con la forza l'adempimento dell'obbligo secondario oppure un adempimento alternativo o sostitutivo¹⁹⁸.

Intesa in questo senso, la teoria della coazione giuridica è certamente in grado di comprendere al suo interno anche le sanzioni positive. Se infatti la corrispondenza pura e semplice tra sanzione e uso della forza è del tutto insufficiente in tal senso, la concezione dell'uso della forza come garanzia di adempimento di un obbligo secondario in cui si struttura la sanzione, permette di annoverare la sanzione positiva tra quelle giuridiche, poiché, come si vedrà, crea nel destinatario della

¹⁹⁸ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 38.

stessa una pretesa, che potrà essere garantita e protetta tramite il ricorso alla forza organizzata riconosciuta dall'ordinamento.

Non diversamente da una sanzione negativa, una sanzione positiva si risolve nel venire ad esistenza di un obbligo secondario, là in caso di violazione, qua in caso di superadempimento di un obbligo primario¹⁹⁹.

Volendo approfondire quanto appena esposto, risulta interessante notare che mentre alla base della misure di scoraggiamento vi è sempre una minaccia, presupposto delle misure di incoraggiamento è, al contrario, una promessa. Entrambi gli strumenti, tuttavia, si fondono comunque sul concetto di obbligo. Per quanto riguarda le prime, infatti, la minaccia comporta l'obbligo per il destinatario di adeguare il proprio comportamento alla norma; in riferimento alle misure di incoraggiamento, viceversa, la promessa comporta l'obbligo per il legislatore di tener fede alla stessa, una volta che il destinatario ponga in essere il comportamento desiderato. Agli obblighi summenzionati, corrispondono i conseguenti diritti, ovvero il diritto per il minacciante di eseguire la minaccia in caso di comportamento indesiderato da parte del destinatario e parimenti, per il destinatario della norma di incoraggiamento, il diritto a che la promessa sia mantenuta da parte del legislatore.

In altri termini, le posizioni di titolare del diritto e di titolare dell'obbligo che si generano dall'applicazione della sanzione negativa sono specularmente invertite in caso di applicazione della sanzione positiva. Nel primo caso il diritto è in capo al sanzionante ed il dovere in capo al sanzionato, nel caso di sanzione positiva il diritto risulta in capo al sanzionato ed il dovere in capo al sanzionante. Per semplificare

volendo esprimere la situazione del destinatario in entrambi i casi mediante la formula della norma condizionata, nel primo caso la formula è: «se fai a, devi b», cioè hai l'obbligo di sottostare al male della pena; nel secondo caso: «se fai a, puoi b», cioè hai il diritto di ottenere il bene del premio²⁰⁰.

¹⁹⁹ Ivi, p. 39.

²⁰⁰ Ivi, p. 30.

Tale rapporto può essere anche descritto tramite la formulazione di una norma tecnica, cioè di una disposizione che indica lo strumento adeguato per raggiungere un determinato scopo che si sostanzia o nell'evitare la pena comminata o nell'ottenere il premio promesso. Volendo tradurre in norma tecnica lo scoraggiamento, l'enunciato corrisponderebbe a “*se non vuoi a, devi b*”; al contrario la norma tecnica corrispondente all'incoraggiamento è “*se vuoi a, devi b*”.

L'autore, inoltre, formula un'ulteriore considerazione in merito alla diversa funzione che le misure di scoraggiamento e incoraggiamento assumono nell'ambito dell'ordinamento. Le misure di scoraggiamento, infatti, sono funzionalmente orientate al mantenimento dello *status quo*, alla conservazione dell'esistente. Al contrario le misure di incoraggiamento, proprio in quanto stimolanti di comportamenti desiderabili sono volte al cambiamento in positivo della società. Volendo analizzare più approfonditamente questo concetto, è necessario supporre l'esistenza di due condizioni opposte per l'ordinamento, ovvero la prima nella quale si individua nel mantenimento dello *status quo* un fattore positivo per l'ordinamento e, pertanto, si conferisce valore positivo all'inerzia; la seconda, all'esatto opposto, la quale riconosce la necessità del cambiamento, attribuendo valore positivo al fatto che in seguito all'intervento legislativo si sia verificato un mutamento rispetto alla condizione preesistente.

Poste tali due condizioni, di inerzia e di cambiamento, è necessario verificare il diverso atteggiarsi dei due ordinamenti in riferimento a due differenti ipotesi di intervento normativo: la regolamentazione di un comportamento permesso e la regolamentazione di un comportamento obbligatorio.

Nel primo caso l'agente non ha alcun tipo di vincolo essendo libero di autodeterminarsi sia in senso conservativo che in senso innovatore. Se ci troviamo in un ordinamento di tipo conservativo, ove si conferisce valore positivo all'inerzia, il legislatore cercherà di scoraggiare l'agente da porre in essere ogni possibile cambiamento espressione di libertà individuale, pur tuttavia riconoscendo la liceità della condotta: evidente il carattere conservatore assunto dallo scoraggiamento.

Viceversa, se ci si trova in un ordinamento in cui viene riconosciuto valore positivo al cambiamento, il legislatore incoraggerà il singolo ad usufruire della

propria libertà al fine di modificare lo *status quo*: la legislazione di incoraggiamento assume pacifico valore di innovazione.

Venendo all'opposta situazione di obbligo, per l'ordinamento di stampo conservatore è sufficiente il mantenimento della condizione preesistente, e quindi il mero rispetto dell'obbligo imposto. Al contrario in un ordinamento che valuta positivamente il cambiamento, non è sufficiente il mero rispetto dell'obbligo, poiché ai fini del mutamento dell'esistente è necessario stimolare un comportamento superconforme rispetto all'obbligo previsto dalla norma²⁰¹.

In questo senso, in un ordinamento di stampo conservatore troveranno applicazione norme volte allo scoraggiamento tramite l'utilizzo di sanzioni negative; al contrario nel secondo sistema il legislatore utilizzerà sanzioni positive per incoraggiare i singoli ad ottenere un risultato di mutamento superconforme in relazione all'obbligo posto.

²⁰¹ “Anche qui il miglior esempio che si possa fare è quello tratto da ordinamenti giuridici di Stati ispirati al principio dell'interventismo economico: il premio attribuito al produttore o al lavoratore che supera la norma è un tipico atto di incoraggiamento di un comportamento superconforme, e ha la funzione di promuovere una innovazione, mentre ogni misura destinata semplicemente a scoraggiare la trasgressione di una norma data serve a mantenere lo *status quo*”, *ivi*, p. 32.

3.5. L'AFFERMAZIONE DELLA FUNZIONE PROMOZIONALE DEL DIRITTO E UNA SUA POSSIBILE DERIVA

Al fine di formulare alcune considerazioni critiche sul tema della funzione promozionale del diritto, alla luce delle valutazioni suesposte e delle profonde riflessioni proposte da Bobbio, è necessario riassumere brevemente alcuni principi cardine emersi nel corso della trattazione.

Innanzitutto si osserva come sia un dato di fatto pressoché inconfutabile che l'utilizzazione delle sanzioni positive e degli strumenti di incentivazione da parte del legislatore sia un fenomeno sempre più diffuso nelle società contemporanee, e caratterizzi ormai in modo determinante la produzione giuridica degli Stati. Lo studio del diritto promozionale, pertanto, si dimostra

fondamentale per adeguare la teoria generale del diritto alle trasformazioni della società contemporanea e alla crescita dello Stato sociale o amministrativo o di benessere o di giustizia o di capitalismo monopolistico, come lo si voglia più o meno benevolmente chiamare secondo i diversi punti di vista²⁰².

Tuttavia, si evidenzia come l'analisi del diritto promozionale, in forza di quanto esposto nei paragrafi precedenti, diviene fruttuosa esclusivamente se correlata ad un approccio funzionalistico allo studio del diritto, risultando sostanzialmente sterile se condotta tramite un approccio di carattere strutturalistico.

Mentre dal punto di vista strutturale il diritto può continuare a essere definito anche dopo la rilevazione del diritto promozionale, come norma ipotetica (sul piano della nomostatica) e come ordinamento a gradi (sul piano della nomodinamica) dal punto di vista funzionale, una volta individuata la categoria del diritto promozionale, non può più essere definito come una forma di controllo sociale²⁰³.

Infatti, la teorizzazione di uno Stato dedito esclusivamente al controllo sociale e alla repressione delle attività indesiderabili, a fronte della rapida evoluzione del diritto promozionale, risulta del tutto insufficiente a ricomprendere al suo interno

²⁰² Ivi, p. 7.

²⁰³ Ivi, p. 87.

l'intero panorama del fenomeno giuridico. L'ordinamento, infatti, con l'avvento del diritto promozionale, per quanto detto, non si limita più a controllare passivamente i consociati ma dirige le loro azioni verso determinati fini prestabiliti, utilizzando la tecnica dell'incentivo. In questo senso Bobbio ritiene che

oggi sia più corretto definire il diritto, dal punto di vista funzionale, come forma di controllo e di direzione sociale²⁰⁴.

Ebbene, le riflessioni formulate dal filosofo sul tema della promozionalità giuridica hanno dato vita ad un interessante dibattito dottrinale in merito alla valenza del diritto promozionale, e alla sua correlazione con lo Stato sociale dirigista²⁰⁵. Nonostante una serie di prese di posizione differenti, è possibile rilevare, come ribadito da Serenella Armellini, che la teoria funzionalistica bobbiana è stata quella che ha riscontrato maggior successo:

la linea prevalente è stata quella di riconoscere nel binomio Stato sociale funzione promozionale un progresso verso la democrazia sempre più compiuta, la democrazia attenta ai diritti degli individui, la democrazia sempre rinnovantesi sulla base del consenso liberamente espresso, la democrazia duttile, che viene incontro alle esigenze e alle richieste dei suoi cittadini, questa democrazia promuove e premia, più che punire e castigare per cui la promozionalità è servita a colmare il *deficit* di strumenti operativi a disposizione dello Stato, il suo farsi costruttore della realtà sociale, il suo essere interventista in ambiti e settori alle volte esclusivi dell'autonomia dei privati²⁰⁶.

Il diritto promozionale, secondo questo filone interpretativo, sembra aver portato ad un perfetto equilibrio il rapporto tra Stato e individuo. In questo senso

²⁰⁴ Ivi, p. 88. Bobbio, in riferimento al tema della direzione sociale, sottolinea essere significativo che nelle tendenze della teoria sovietica il diritto venga ricompreso nell'ambito della scienza della direzione sociale e che ciò vada di pari passo con la critica, o quantomeno il ridimensionamento, della sua funzione coattiva. Sul punto si veda U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, cit., pp. 241 e ss., M.G. LOSANO, *Giuscibernetica*, Einaudi, Torino, 1969, p. 119 e ss..

²⁰⁵ Per la bibliografia concernente il dibattito successivo al lavoro di Bobbio si veda S. ARMELLINI, *Le due mani della giustizia. La premialità del diritto come problema filosofico*, cit..

²⁰⁶ S. ARMELLINI, introduzione a *Ripensare la premialità, Le prospettive giuridiche politiche e filosofiche della problematica*, a cura di S. Armellini e A. Di Giandomenico, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. XXVII.

lo Stato non solo è chiamato a impedire ma anche a promuovere, impegnando positivamente a questo scopo le forze proprie e quelle dei soggetti privati²⁰⁷.

Uno Stato, quindi, più proteso ad incentivare l'iniziativa dei singoli verso comportamenti desiderabili che non a reprimere i loro comportamenti.

Ciò che balza immediatamente agli occhi, ad una prima lettura del fenomeno, è l'apparente sinergia perfetta che viene a crearsi, in tale contesto, tra individuo e Stato; quest'ultimo, infatti, tramite il diritto promozionale, non solo utilizza la propria capacità di produrre beni e servizi per promuovere autonomamente opere ritenute utili alla società, ma è in grado, tramite incentivi e premi, di incoraggiare i singoli a fare altrettanto; del resto, i cittadini stessi hanno tutto l'interesse ad adeguarsi alle direttive statali dal momento che ne traggono un vantaggio diretto.

In definitiva, con il passaggio dallo Stato semplicemente volto alla repressione dei comportamenti antisociali allo Stato volto alla direzione sociale, la maggior parte degli autori considera essere in via di formazione

una razionalità di comportamento statale, una previsione del futuro, una progettualità alla cui base è uno Stato sociale - interventista in grado di assumere compiti, di perseguire fini e scopi protesi al progresso. I quali sembrano essere raggiungibili con una sempre più radicale assunzione di compiti da parte dello Stato - istituzione, dalla struttura pubblica mediante cui si realizza la piena e totale socializzazione dell'uomo²⁰⁸.

Ed è così, che dopo un periodo in cui il ricorso a premi ed incentivi veniva associato esclusivamente alla legislazione speciale di carattere emergenziale al fine di contrastare alcuni determinati fenomeni di particolare allarme sociale, la funzione promozionale inizia a diffondersi in ogni ambito del diritto, dal diritto civile al diritto penale fino al diritto amministrativo ed al diritto tributario e del lavoro²⁰⁹. La promozionalità, quindi, nuova frontiera del diritto, nel suo saper

²⁰⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, p. 123.

²⁰⁸ S. ARMELLINI, *Le due mani della giustizia. La premialità del diritto come problema filosofico*, cit., p. 79

²⁰⁹ Come dimostrato dalle interessanti relazioni svolte al convegno Nazionale di Filosofia del Diritto tenutosi a Teramo nel 1997, i cui atti sono oggi raccolti nel citato testo *Ripensare la premialità, Le prospettive giuridiche politiche e filosofiche della problematica*.

coniugare i diritti in funzione della libertà con i diritti in funzione della giustizia, appare essere la testimonianza più evidente della realizzazione, a livello ottimale, del rapporto giuridico-politico tra Stato e individuo.

Giunti a questo punto è necessario, tuttavia, formulare alcune osservazioni; sebbene, per quanto sin qui detto, la funzione promozionale del diritto, ed il ricorso a sanzioni positive ed incentivi, oltre che un dato acquisito al nostro ordinamento, possa apparire quale un efficace strumento ai fini della costruzione di una società sempre più progredita e libera, è lo stesso Bobbio a fornire degli spunti di riflessione critici con riferimento al rapido espandersi delle teorie funzionalistiche. Egli stesso non solo si dichiara particolarmente sorpreso dalla velocità e intensità con cui si è sviluppata tale tendenza in seguito alla pubblicazione, nell'anno 1971, del citato articolo *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, ma pone in evidenza alcune problematiche legate all'approccio funzionale al diritto di cui una in particolare risulta fondamentale ai fini della presente trattazione.

L'analisi funzionale del diritto, infatti, non può prescindere da una domanda fondamentale, e cambia radicalmente di prospettiva a seconda della risposta che a tale domanda si intende fornire. In particolare lo studioso che voglia approcciarsi alla riflessione funzionale sul diritto non potrà esimersi dal rispondere al quesito "funzione rispetto a che cosa?"²¹⁰. Ai fini di rispondere a tale quesito, secondo Bobbio, due sono gli estremi che caratterizzano l'ordinamento sociale da prendere in considerazione: la società come totalità (non importa se considerata come un organismo più o meno riconducibile all'organismo biologico o più semplicemente come sistema in equilibrio) e la società come l'insieme di individui che ne sono parte e che interagiscono fra di loro e con il tutto. A parere del filosofo torinese, per un corretto approccio funzionale allo studio del diritto, è legittimo prendere le mosse indifferentemente da una delle due premesse, tuttavia, è assolutamente necessario che ci si riferisca specificatamente ad una delle due, senza confonderle, dal momento che i due ambiti di analisi devono rimanere necessariamente distinti. Al riguardo Bobbio afferma:

²¹⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 111.

se io dico, come il principe dei funzionalisti, che la funzione principale del diritto è l'integrazione sociale, mi metto dal punto di vista della società e mi pongo un determinato problema, che è quello della funzione del diritto nei riguardi della società nel suo insieme. Se io dico, come dicono generalmente gli antropologi, che la funzione del diritto è di rendere possibile la soddisfazioni di alcuni bisogni fondamentali dell'uomo, come sono quelli del nutrimento e del sesso, e via via di altri bisogni d'ordine culturale nelle società più evolute, mi metto dal punto di vista dell'individuo e mi pongo un altro determinato problema che è quello della funzione del diritto rispetto ai singoli individui²¹¹.

È doveroso specificare che queste due prospettive non sono arbitrarie e in qualche modo rivelano due differenti modalità di approccio ai sistemi sociali da parte dello studioso del diritto e, in definitiva, del legislatore: *ex parte principis* ovvero *ex parte populi*. Bobbio afferma nettamente che le due prospettive non sono incompatibili tra loro ed anzi ritiene che un'analisi funzionale per potersi definire completa dovrebbe comprendere entrambe le prospettive.

La riflessione di Bobbio, nella sua semplicità, disvela quello che rappresenta forse il più concreto rischio sotteso alla rapida diffusione dello strumento della funzione promozionale: il fatto che la stessa venga applicata, dagli studiosi del diritto e dai legislatori, unicamente nella prospettiva *ex parte principis*, accantonando in modo sempre più marcato la valutazione del dato umano e dei singoli interessi degli individui che compongono la società, venendo a considerare il diritto promozionale come uno strumento tecnico utilizzabile indipendentemente da una attenta riflessione di matrice filosofico-giuridica.

A tal riguardo risulta interessante riportare una considerazione formulata da Giacomo Gavazzi, tramite la quale si percepisce chiaramente come la funzione

²¹¹ Ivi, p.112. A tal proposito l'autore sottolinea "quando Kelsen [...] afferma che il diritto è una tecnica dell'organizzazione sociale la cui funzione è quella di rendere possibile la pace sociale, si pone dal punto di vista della società come un tutto. Quando Jhering [...] afferma, come si è già visto, che lo scopo del diritto è quello di garantire le condizioni di esistenza della società e per condizioni di esistenza intende i presupposti cui soggettivamente è ricollegata la vita sia fisica sia spirituale degli individui, ed esemplifica parlando dell'onore o della libertà o della vita si pone evidentemente dal punto di vista dei singoli individui e dei loro specifici interessi, non importa se il soddisfacimento di questi interessi ridondi in beneficio della società nel suo complesso". Si veda sul punto R. V. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1972, p. 313.

promozionale del diritto e lo strumento della sanzione positiva non siano fenomeni strettamente ed unicamente legati all'ambito giuridico, tali da poter essere studiati esclusivamente da un punto di vista scientifico ovvero analizzati con approccio filosofico di stampo neopositivistico. Scrive Gavazzi:

che premi e incentivi abbiano perso le loro specifiche fisionomie per il fatto che entrambi sono stati investiti da un processo di legalizzazione massiccio e, sembra, irreversibile, è un dato di fatto. Ritengo che questo sia solo un effetto. La causa cui posso solo accennare, sta a mio parere in un fatto culturale di grande portata: mi riferisco al declino e forse alla scomparsa delle dottrine della virtù. Le teorie della virtù (nelle loro varie formulazioni, da quelle classiche come ambito o disposizione a quelle più moderne di virtù come sforzo) stabilivano una connessione molto stretta tra la virtù e le sue opere. La premialità poteva essere considerata come un riconoscimento della virtù e, indirettamente, un incitamento a compiere azioni virtuose. Il premio si dirigeva non all'azione buona, ma all'uomo buono. La premialità scomparve dal diritto, forse non a caso, proprio quando il diritto si occupò sempre meno di disposizioni e sempre più di azioni²¹².

Le parole di Gavazzi sono fondamentali per identificare il problema filosofico cruciale che si pone alla base del tema della funzione promozionale del diritto, ovvero sia quale sia il ruolo assunto dall'uomo nell'ambito dell'ordinamento funzionalistico, e quale concezione di uomo sia sottesa a tale tipologia di ordinamento.

In parte, è lo stesso Bobbio che fornisce una risposta alla critica di Gavazzi, con un'affermazione tanto laconica quanto concreta,

ma al giorno d'oggi chi si interessa ancora dell'uomo virtuoso?²¹³

Quasi a sottolineare l'assoluta incompatibilità tra il diritto e la morale e a dimostrare la totale mancanza di interesse dell'ordinamento funzionalistico con riguardo all'essere dell'uomo. Evidentemente ciò che conta, nello Stato

²¹² G. GAVAZZI, *Diritto premiale e diritto promozionale*, in *Diritto Premiale e sistema penale*, cit., p. 37 - 52.

²¹³ N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, cit., p. 26.

contemporaneo, non è l'uomo in sé, ma le sue azioni e il risultato che le stesse producono nell'ambito dell'ordinamento sociale. Del resto, tale conclusione trova le proprie premesse in quella che è la concezione di uomo sottesa alla nozione di Stato dirigista fornita da Bobbio.

La concezione tradizionale del diritto come ordinamento coattivo si dice sia fondata sul presupposto dell'uomo malvagio, le cui tendenze antisociali debbono appunto essere controllate. Si può dire che la considerazione del diritto come ordinamento direttivo parta dal presupposto dell'uomo inerte, passivo, indifferente che deve essere stimolato, provocato, sollecitato²¹⁴.

Ma allora, se la concezione di uomo sottesa all'ordinamento dirigista è quella di un soggetto passivo ed inerte che per sua natura va costantemente stimolato, ed al contempo, l'interesse dello Stato è volto esclusivamente al raggiungimento dei propri obiettivi tramite la direzione dell'azione dei singoli, il dubbio che emerge forte è che l'avvento dello Stato dirigista e, unitamente al medesimo, lo sviluppo della funzione promozionale del diritto, non costituiscano affatto un progresso verso una forma di democrazia sempre più compiuta comportante il raggiungimento di un equilibrio perfetto nel rapporto Stato - cittadino; al contrario, tali mutamenti non solo non contribuiscano minimamente alla crescita dell'uomo, ma minino in radice il concetto stesso di libertà dei singoli rispetto all'ordinamento giuridico, tanto da rischiare di trasformarsi, nella loro deriva più estrema, in forme di manipolazione e coercizione indiretta dei cittadini.

Come evidenziato da Scarpelli

l'inclinazione del diritto alla funzione promozionale non è senza una connessione strettissima con lo sfuocarsi e svanire della immagine di un individuo determinante indeterminato, capace di autonomia. Il diritto protettivo e repressivo (nel suo modello astratto, ed in concreto come tendenza) riconosce la libertà dell'individuo assegnandoli uno spazio di autonomia, circoscritto da una cortina di doveri negativi e di responsabilità; il diritto promozionale (nel suo modello astratto e in concreto come tendenza) dà all'individuo, corroborandola con il

²¹⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., pp. 87 - 88.

merito, la norma positiva. È questa l'altra faccia dello Stato dei servizi che sollevando l'uomo dai rischi e dalle responsabilità dell'azione autonoma gli riduce o toglie nella sicurezza e nei meriti l'autonomia dell'azione²¹⁵.

In conclusione, lo Stato dirigista concentrando la propria attenzione esclusivamente sul controllo e la direzione delle azioni e dei comportamenti dei singoli e non rapportandosi con l'essere dell'uomo, con le sue esigenze e i suoi bisogni, si disinteressa completamente della formazione e della crescita dei consociati; fine ultimo dello Stato diventano esclusivamente gli obiettivi di ordine generale, attuati mediante l'utilizzo del diritto funzionale, ed in particolare della funzione promozionale, di cui, con riferimento all'espressione di Bobbio, viene considerata esclusivamente la prospettiva *ex parte principis*.

In siffatto contesto, quindi, muta radicalmente la nozione di uomo sottesa all'ordinamento:

che ne è dell'uomo in un universo di mezzi che non ha visto altro se non il perfezionamento e il potenziamento della propria strumentazione. Là dove il mondo della vita è per intero generato e reso possibile dall'apparato tecnico, l'uomo diventa un funzionario di detto apparato e la sua identità viene per intero risolta nella sua funzionalità, per cui è possibile dire che nell'età della tecnica l'uomo è presso di sé solo in quanto è funzionale a quell'altro da sé che è la tecnica²¹⁶.

Per evitare una tale deriva appare doveroso, anche in relazione ai dubbi suesposti, evidenziare un punto fermo; non è possibile considerare il tema della funzione promozionale del diritto al pari di una mera questione di carattere tecnico, determinata unicamente dal passaggio dallo Stato garantista, inteso come

²¹⁵ U. SCARPELLI, *Relazione*, in *La responsabilità politica. Diritto e Tempo*, Atti del XIII Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica (Pavia - Salice Terme, 28 - 31 maggio 1981), ora in *Atti*, a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 120 - 147. Si veda sempre di Scarpelli la voce *Retribuzione*, in *Enciclopedia Filosofica*, Sansoni, Milano, 1967, vol. V, pp. 714 - 726.

²¹⁶ U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2000, p. 41. Vedi anche E. BONCINELLI - U. GALIMBERTI, *E ora? La dimensione umana e le sfide della scienza*, Einaudi, Torino, 2000. Sul tema si avrà modo di tornare nel proseguo della trattazione rifacendosi al pensiero di S. Cotta. Si veda, in particolare, S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968; S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, Milano, 1975.

ordinamento coattivo, allo Stato dirigista, inteso come Stato interventista liberale, o del benessere. È doveroso, al contrario, anche in seguito a tale mutamento, continuare ad interrogarsi sul concetto di uomo, che deve essere riportato al centro dell'analisi giuridica, per approfondire le questioni inerenti la sua responsabilità, la sua libertà, ed il suo rapporto con la legge e l'ordinamento.

A tal proposito, si sottolinea come, in verità, nel corso della storia sia sempre stata attribuita al legislatore, ed alla legge più in generale, la responsabilità di contribuire alla crescita dell'uomo, per condurlo ad una piena realizzazione di sé, all'esercizio della propria responsabilità, autonomia e libertà nell'ambito delle relazioni intersoggettive che necessariamente caratterizzano la sua natura²¹⁷. Al contrario, lo Stato dirigista, nell'esercizio della funzione legislativa, sembra aver accantonato il dato umano, per concentrare la propria attenzione esclusivamente su interessi di carattere generale, di cui lo Stato stesso è portatore. Non solo, l'uomo in questo contesto si riduce a strumento funzionale, a ingranaggio del sistema, che viene attivato, tramite l'espedito del diritto promozionale, con la promessa di premi ed incentivi, unici elementi in grado di smuovere quell'ente che altrimenti sarebbe inerte, passivo e indifferente.

Per riprendere, in conclusione, le parole di Serenella Armellini,

con tutto questo insieme di premesse e di anticipazioni, i sostenitori della promozionalità contemporanea si devono rapportare, non solo per compiere opera retrospettiva, ma per verificare se la sanzione positiva con i suoi premi e con i suoi incentivi sia sulla linea di continuità teorica del progredire dell'uomo nella sua razionalità oppure scelta di convenienza e di opportunità sia da parte dello Stato che del cittadino stesso. La promozionalità attuata dagli stati è espressione della loro razionalità di comportamento statale oppure no?²¹⁸

Il rischio paventato dalla stessa Armellini è che a causa dell'utilizzo smodato e non razionale di tecniche di incentivazione, omologazione e conformismo si

²¹⁷ “Per cui autori quali Aristotele, Dante e lo stesso Spinoza in piena modernità - solo per citarne alcuni - potevano auspicare se non la scomparsa, l'inutilità della sanzione - se non addirittura della legge stessa - per l'uomo adulto, ormai in grado di seguire la via della propria ragione”, S. ARMELLINI, *Le due mani della giustizia*, cit., p. 89.

²¹⁸ Ivi, p. 95.

giunga presto ad una perdita dell'identità dell'uomo e ad una riduzione del diritto a mero strumento funzionale, privo di una propria struttura autonoma dalla funzione attribuitagli;

l'uomo, delegittimato e depotenziato, [...] non potrà mai essere libero nonostante i più perfetti ed avanzati risultati nell'ambito della realtà sociale giuridico-politica²¹⁹.

Si è avuto modo di evidenziare, fino ad ora, il lato *disumanizzante* (per usare un'espressione utilizzata da Armellini), della funzione promozionale del diritto, che raggiunge il suo apice nel considerare il diritto quale mero strumento volto alla realizzazione degli obiettivi dello Stato, e fra questi, in particolare, l'assicurazione dell'equilibrio,

risultato dell'azione della ragione probabilistica, che nel rifiuto della ricerca della verità e nella sostituzione di essa con il tener per vero, realizza il consenso sociale, non importa se in senso conservatore o riformatore²²⁰.

In questa prospettiva l'uomo è considerato del tutto manipolabile, ed alla pari di uno strumento utile allo Stato per raggiungere i propri fini.

Tuttavia, è il caso di sottolineare come la riflessione sul tema della promozionalità giuridica, con il suo reintrodurre il dato umano nell'analisi teorica, può viceversa mostrare un volto *umanizzante*. Il dato umano, infatti, nell'ambito del diritto promozionale correttamente inteso, può entrare a far parte della struttura della norma che viene ad incorporare in sé la *fame di essere* dei singoli, prima ancora che il loro *dovere di essere*, e così facendo ne riconosce la natura non incondizionatamente manipolabile. In questa accezione, il dato normativo, confrontato al dato umano, muta radicalmente proprio in funzione di quest'ultimo, tanto che l'essere dell'uomo viene a costituire

il fondamento aletico del discernimento assiologico del dover essere normativo di cui, in quanto fondamento da essi non condizionato,

²¹⁹ Ivi, p. 96

²²⁰ Ivi, p. 5.

costituisce il criterio oggettivo di qualsiasi giudizio, della loro validità²²¹.

Il diritto promozionale quindi oltre ad essere una realtà caratterizzante gli Stati contemporanei è altresì uno strumento che, se correttamente sviluppato e razionalmente applicato, può dimostrarsi prezioso non solo per il raggiungimento dei fini programmati dallo Stato cosiddetto dirigista ma altresì per una crescita e formazione consapevole dei consociati. Tuttavia, per riscoprire il volto umanizzante della promozionalità giuridica è necessario tornare ad interrogarsi sull'essere dell'uomo e sul rapporto tra quest'ultimo e il dover essere determinato dalla norma giuridica. Per far luce su questi aspetti si ritiene utile riferirsi alle riflessioni del filosofo Sergio Cotta, ed alla sua *teoria del diritto naturale vigente*, che costituiranno oggetto di trattazione del prossimo capitolo; pur non occupandosi specificamente del tema del diritto promozionale, l'autore nei suoi studi ha proposto una visione del diritto in cui il dato umano assume fondamentale centralità; le sue considerazioni, pertanto, associate al tema della promozionalità giuridica offrono nuovi spunti di assoluto rilievo ai fini di un differente approccio alla questione.

²²¹ S. COTTA, *Conoscenza e Normatività. Una prospettiva metafisica*, in *Conoscenza e Normatività*, fascicolo dedicato della «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», LXXI (1994), n. 4, p. 566.

4. SERGIO COTTA E LA TEORIA DEL DIRITTO NATURALE VIGENTE

SOMMARIO: 4.1. Cotta e la promozionalità giuridica - 4.2. Il rapporto tra uomo e diritto: due modelli a confronto - 4.3. Ha il diritto una funzione propria? - 4.4. Il diritto naturale nel pensiero di Cotta - 4.5. La fondazione ontologica del dover essere - 4.6. Una nuova interpretazione della funzione del diritto alla luce delle riflessioni di Cotta

4.1. COTTA E LA PROMOZIONALITÀ GIURIDICA

La decisione di affrontare l'analisi del pensiero di Sergio Cotta nell'ambito di un elaborato incentrato sul tema della funzione promozionale del diritto può apparire, a prima vista, discutibile; ciò poiché non solo l'autore non si è mai occupato specificatamente dell'argomento ma, oltretutto, sembra escludere la promozionalità dall'orizzonte del fenomeno giuridico.

Nel saggio *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Cotta, infatti, scrive:

prescrivere, proibire, giudicare costituiscono le tre grandi categorie formali nelle quali si esplicita il residuo della regola vincolante l'agire. A sua volta codesta trinità formale è all'origine dell'intera trama della formazione, di cui garantisce la giuridicità fenomenica²²².

Dalla summenzionata *trinità formale* sono evidentemente esclusi il premiare e l'incentivare; parrebbe, quindi, coerente non richiamare l'autore nell'ambito di una riflessione sulla sanzione positiva, oggetto del presente lavoro.

Tuttavia, come si ricorderà, il precedente capitolo è terminato con la presa d'atto di un implicito bisogno di fondo, scaturente dalla riflessione sulla funzione promozionale del diritto: la necessità di tornare a considerare il dato umano quale presupposto fondamentale del sistema giuridico. Ciò per evitare l'uso distorto del diritto nella sua funzione promozionale, seguendo una deriva disumanizzante del

²²² S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 69.

fenomeno giuridico che, se portata alle estreme conseguenze, condurrebbe a considerare il diritto stesso come un mero strumento utile allo Stato per perseguire i propri obiettivi, attraverso la direzione e la manipolazione dei consociati.

Alla luce di tale esigenza, si è ritenuto opportuno richiamare il magistero di Sergio Cotta poiché, come si avrà modo di constatare nel prosieguo del presente capitolo, pochi autori contemporanei, al pari del predetto, hanno rivalutato il ruolo e l'importanza che il diritto riveste nella vita dell'uomo e hanno sostenuto la necessità costante di ricondurre il fenomeno giuridico all'uomo stesso.

A tal riguardo, il *modus operandi* del “maestro invisibile” (come Cotta viene definito da Bruno Montanari in uno dei saggi scritti in sua memoria e raccolti nel numero speciale dedicato all'autore torinese dalla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*²²³),

esige l'interrogazione essenziale sul *quid* del diritto, costantemente sollecitata dall'esperienza giuridica, e indica che per ritrovare il senso del diritto, non abbandonato all'accadere del contingente ed arbitrario della fattualità, si deve tornare costantemente ad interrogarsi sull'essenziale cominciamento dell'essere-uomo²²⁴.

Date tali premesse, appare quanto mai opportuno, nell'economia del presente lavoro, ripercorrere le riflessioni formulate da Cotta in merito all'essere dell'uomo ed al rapporto tra quest'ultimo e l'ordinamento giuridico; successivamente si tenterà di rivalutare il fenomeno delle promozionalità del diritto alla luce del pensiero dell'autore torinese per delineare, in sede di sintesi, una nuova modalità di approccio alla questione.

²²³ Per una completa e approfondita disamina del pensiero di Sergio Cotta, e delle sue molteplici sfaccettature, si veda *Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, a cura di B. Romano, («Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto» vol. 7), Giuffrè, Milano, 2010. Scrive Montanari: “tutto sommato una reale invisibilità, e tuttavia invidiabile (mi si passi la corritività dell'espressione), perché frutto di arditezza, originalità e profondità di ragionamento e soprattutto perché libera da aspettative di riconoscimenti pratici. Quelli che Sergio Cotta ha ovviamente ottenuto, in particolare quello più importante per uno studioso italiano: divenire “linceo”, a mio parere, sono stati assai inferiori a quelli che avrebbe potuto ottenere dal sistema istituzionale italiano se solo la capacità di comune discernimento fosse stata abbastanza vigile per comprendere il contributo che il suo pensiero e la sua azione avrebbero potuto dare alla vita civile italiana della seconda metà del secolo appena trascorso”, B. MONTANARI, *Soggetto umano – soggetto giuridico*, in *Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, cit., p. 610.

²²⁴ B. ROMANO, *Introduzione a Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, cit., p. 19.

4.2. IL RAPPORTO TRA UOMO E DIRITTO: DUE MODELLI A CONFRONTO

Per iniziare il percorso all'interno del sistema cottiano si ritiene coerente prendere le mosse dalle riflessioni svolte dall'autore in merito al tema con il quale si è concluso il precedente capitolo, ovverosia la concezione di uomo posta alla base degli ordinamenti giuridici contemporanei ed il conseguente rapporto tra uomo e diritto.

A tal proposito, secondo Cotta, nella strutturazione del fenomeno giuridico, sia essa pratica od esclusivamente teorica, il riferimento ultimo risulta essere sempre l'uomo, anche quando oggetto di definizione giuridica sono cose diverse dall'uomo:

i corsi d'acqua sono qualificati beni immobili (art. 812 c.c.) rispetto all'appropriazione di essi da parte dell'uomo e non in sé sotto il profilo geologico (possono scomparire). Lo stesso vale per l'*insula in fluimine nata* del diritto romano, o per altri eventi naturalistici consimili, i quali non sono autori di nulla, così come gli animali non sono autori di pretese e tanto meno di rivendicazione dei diritti²²⁵.

In questa prospettiva l'uomo appare, quindi, signore di ciò che lo circonda, dal momento che tutto viene qualificato in funzione dello stesso.

Tuttavia, se ciò può essere vero con riferimento alle cose, altrettanto non accade se si prende in considerazione il fenomeno giuridico in sé; il diritto, infatti, è in grado di esercitare una forza impositiva sull'uomo, rispetto alla quale quest'ultimo risulta essere soggetto passivo, sottoposto ed assoggettato.

L'uomo, in particolare, percepisce una particolare soggezione nei confronti del diritto scritto codificato, in forza del quale la sua soggettività, la sua identità, viene traslata in modelli generali e astratti (il testatore, l'imprenditore, il prestatore d'opera, il reo) e la sua opera materiale sussunta in fattispecie generali (il negozio giuridico, le servitù prediali, il fallimento)

²²⁵ S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., p. 7.

che sembrano far sfumare nel cielo delle astrattezze la concreta realtà dei fatti²²⁶.

Al contrario, secondo il filosofo torinese, più vicina alla sensibilità umana appare la formazione del diritto giurisprudenziale nell'ambito del quale permane una precisa identificazione dell'autore di una determinata condotta e della condotta stessa. È inevitabile, tuttavia, che neppure tale tipologia di approccio al diritto protegga fino in fondo l'umanità del soggetto dal momento che, comunque, nell'applicazione giurisprudenziale del diritto viene fatto riferimento a massime della Corte di Cassazione o a decisioni precedenti che per loro natura sono temporanee e quindi precarie²²⁷.

Alla luce di tali valutazioni, nonostante la varietà dei sistemi giuridici teorici o reali, antichi e moderni,

l'uomo, pur nella sua qualità di ente non naturalistico ma cosciente, figura come un soggetto ora attivo ora passivo, ora indipendente ora assoggettato²²⁸.

Dal momento che la concezione del soggetto può essere intesa in modo duplice, per Cotta, due sono i principali sistemi giuridici all'interno dei quali le varie costruzioni teoriche contemporanee possono essere ricondotte e che rispecchiano sostanzialmente tale ambivalenza.

Il primo modello di riferimento viene delineato compiutamente da Kelsen in due delle sue opere principali, la già più volte citata *Dottrina pura del Diritto* e la postuma *Teoria generale delle norme*; opere che vanno ad inserirsi in un contesto storico di riferimento che si rifà a importanti autori dell'ottocento tedesco, a partire da Savigny per arrivare a Laband e Jellinek.

Come visto nel precedente capitolo, secondo il filosofo praghese è esclusivamente l'insieme di diritti e doveri attribuiti dall'ordinamento giuridico positivo a fornire giuridicità all'individuo, trasformandolo in soggetto giuridico. Kelsen, con la chiarezza che gli è consueta, afferma che il soggetto,

²²⁶ Ivi, p. 8.

²²⁷ "In stile *common law* l'ipotetico caso Smith vs. Brown dell'altrettanto ipotetico anno 1764 non dice molto di umano dell'altrettanto ipotetico caso Gray vs. Ford del 1996. Il tempo ha cancellato la fisionomia umana dei primi: sono figure di ignoti e quindi impersonali i loro fatti", ivi, p. 9.

²²⁸ Ibidem.

non è una realtà naturale. Bensì una costruzione giuridica creata dalla scienza giuridica²²⁹.

Da tale affermazione se ne deduce che il soggetto in quanto tale è un concetto puramente astratto che deriva il proprio significato direttamente dall'ordinamento giuridico di riferimento, non rilevando alcun tipo di consistenza antropologica comune caratterizzante tutti gli individui.

Questo sistema ordinamentale considera, infatti, un unico dato antropologico naturalmente ed innegabilmente comune a tutti i soggetti, ovverosia che gli stessi sono all'origine di comportamenti²³⁰ esteriormente percepibili.

Tra tali comportamenti, tuttavia, vanno annoverate, secondo Cotta, anche quelle usanze o costumi propri delle culture definite primitive, strutturati entro un'autentica forma normativa giuridica.

Lo ha messo finalmente in evidenza l'innovativa antropologia culturale contemporanea inaugurata agli inizi del secolo da Marcel Mauss e dal suo allievo Robert Hertz e portata al suo più ampio e penetrante sviluppo da Claude Levi-Strauss²³¹.

Tale ultimo dato è già sufficiente ad incrinare la stabilità del sistema proposto da Kelsen per due ordini di motivi.

In primo luogo la concezione di soggetto quale elemento esclusivamente artificiale di creazione giuridica non tiene conto della facoltà del soggetto "naturale" di porre in essere comportamenti che in qualche modo possono essere ricondotti a forme di regolamentazione primaria, generate da culture positive, che tuttavia non sono riconducibili ai moderni ordinamenti di carattere formale e non cognitivo.

Inoltre, il filosofo praghese non percepisce la natura culturale dell'uomo stesso. Per Cotta, infatti,

ogni attività umana, per un verso, è artificiale, poiché prodotto dell'arte e, per l'altro verso, nessuna lo è poiché espressione della

²²⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 198.

²³⁰ Ivi, p. 139.

²³¹ S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., p. 15.

specifica natura dell'uomo e non l'automatico prodotto d'uno stimolo vegetativo o d'un robot originario²³².

Da quanto detto emerge, comunque, come Kelsen consideri l'individuo quale ente assoggettato al diritto o per meglio dire, soggetto al diritto, tanto che persino i diritti soggettivi primari, tra cui quelli incidenti sulla vita e la morte dell'individuo, sono indicati come concessi ovvero autorizzati dall'ordinamento.

Secondo Cotta, buona parte della dottrina giuridica contemporanea condivide questo primo orientamento, sebbene riproponendo in forma attenuata la distinzione kelseniana tra realtà naturale e costruzione artificiale,

partecipando perciò del modello qui delineato per il quale la cosiddetta persona fisica, ossia quella individuale, è e resta determinata dalle disposizioni dell'ordinamento. Ovvero del potere legale o della potenza fattuale²³³.

Secondo questo primo orientamento, quindi, il diritto si spoglia della propria capacità di imporsi ma non certo a favore del soggetto individuale. Al contrario, quest'ultimo diviene mezzo utile (*rectius* funzionale) al raggiungimento degli scopi mutevoli della società, la quale è in continua e costante evoluzione²³⁴.

Il secondo sistema individuato da Cotta, a differenza di quello testé delineato, si fonda sul primato dell'individuo, e trova i suoi antecedenti nella cultura di fine settecento, pur sviluppandosi a pieno solo nel XIX secolo²³⁵.

Lo sviluppo del modello in questione, che vede quale fulcro la supremazia dell'individuo nella formazione del sistema giuridico, va di pari passo con l'evoluzione non solo di una teoria specificamente giuridica ma, altresì, politica ed economica, di cui i principali esponenti sono certamente Ludwig von Mises e

²³² Ibidem.

²³³ Ivi, p. 16.

²³⁴ Bruno Romano, sulla scorta delle valutazioni formulate da Niklas Luhmann, definisce l'individuo quale "portatore a - soggettivo di funzioni", B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Bulzoni, Roma, 1996, p. 9.

²³⁵ "Da un lato si richiama alle dichiarazioni dei diritti dell'uomo, in particolare a quella francese del 1789, dalla quale nasce la dottrina ottocentesca del costituzionalismo liberale alla Costant e alla Toqueville, ma di orientamento marcatamente politico più che giuridico. Dall'altro lato, il punto di riferimento è un kantismo generico, interpretato in chiave, anche'esso, di celebrazione della libertà individuale", S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., p. 16 - 17.

Friederich A. Hayek²³⁶, a livello internazionale, e Bruno Leoni, per quanto riguarda il panorama italiano.

Ponendosi in aperta critica con il modello proposto da Kelsen di corrispondenza tra diritto e legislazione, intesa come espressione del volere sovrano, Leoni considera l'attività giuridica legata al concetto di pretesa individuale, fondamentale e primaria, svincolandolo dalla concezione di obbligo trasfuso in una norma giuridica²³⁷.

Cotta osserva come

nella concisa ma forte affermazione di Leoni - pretesa e non obbligo, azioni e non norma - si ha la formulazione più strettamente giuridica e di diritto positivo del secondo modello di soggetto giuridico. In esso, infatti, al di là delle sue varianti, l'individuo - ente libero e attivo di per sé - costituisce il presupposto dell'ordinamento giuridico, e quindi è (o viene assunto come) soggetto di diritti di cui è portatore in sé e per sé²³⁸.

Da ciò deriva che l'ordinamento deve essere strutturato da parte del legislatore in funzione della tutela di tali diritti che contraddistinguono naturalmente l'uomo, e il cui esercizio deve essere garantito. Di conseguenza, il soggetto che vede menomato uno dei propri diritti, ha il dovere di agire per la tutela dello stesso, poiché così facendo, in definitiva, lotta per il diritto in quanto tale.

È evidente come i due modelli teorici analizzati da Cotta risultano essere agli antipodi per quanto concerne la concezione del rapporto tra soggetto e diritto.

Volendo definirli utilizzando la terminologia marxista di struttura e sovrastruttura, nel primo modello presentato è il diritto, l'ordinamento giuridico, a determinare il soggetto nella sua struttura; nel secondo modello, al contrario, il diritto risulta essere una sovrastruttura che si impenna sul soggetto stesso. Secondo l'autore,

²³⁶ Con riferimento alla tematica in oggetto, del primo si veda *Human Action*, Yale University Press, New Haven, 1949; del secondo *Law, Legislation and Liberty*, The University Press of Chicago, Chicago, 1973, trad. it. di P.G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia pubblica*, Il Saggiatore, Milano, 1986.

²³⁷ Cfr., *Diritto e politica*, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, a cura di M. Stoppino, Giuffrè, Milano, 1980; su Leoni si veda anche A. FAVARO, *Bruno Leoni: dell'irrazionalità della legge per la spontaneità dell'ordinamento*, Napoli, E.S.I., 2009.

²³⁸ S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., pp. 18 - 19.

questa divergenza dei due modelli - qui portata al limite della loro incompatibilità di principio - rende ardua, per non dire impossibile, l'impresa di stabilire quale dei due sia più plausibile in sede di teoria strettamente giuridica²³⁹.

Dalla constatazione di una siffatta discrasia tra i due modelli teorici analizzati derivano, tuttavia, due domande cruciali, che scaturiscono proprio dai punti di frizione fra gli stessi, individuati nel diverso ruolo assunto dal diritto nell'ambito dell'ordinamento sociale e nella differente concezione di uomo sottesa ai due sistemi. Giunti a questo punto della trattazione, infatti, è necessario chiedersi da un lato se il diritto possieda una sua funzione specifica e dall'altro lato se l'individuo sia caratterizzato da una propria realtà antropologica naturale di cui il diritto non possa non tenere conto nello svolgimento della propria funzione, e con la quale il legislatore debba necessariamente confrontarsi.

²³⁹ Ivi, p. 19.

4.3. HA IL DIRITTO UNA FUNZIONE PROPRIA?

Il tema della funzione del diritto, rispetto al quale si è già precedentemente argomentato, viene specificatamente affrontato da Cotta nel saggio “*Ha il diritto una funzione propria? Linee di un’analisi ontofenomenologica*”²⁴⁰.

L’autore, inizialmente, sottolinea come, a prima vista, la domanda potrebbe sembrare retorica e persino paradossale, non potendosi apparentemente mettere in dubbio che il diritto posseda una propria funzione. Se, infatti, il diritto non possedesse una propria funzione, che lo caratterizza in modo esclusivo o quantomeno principale, sarebbe indistinguibile dalle altre attività umane.

Tuttavia, il procedere filosofico impone di interrogarsi su ciò che comunemente si pensa, ed anche il tema in oggetto non può essere sottratto alla critica, intesa quale indagine speculativa.

Volendo procedere in tal senso, è innegabile affermare che storicamente sono state attribuite al diritto svariate funzioni, alle volte persino in contrasto tra loro. A mero titolo esemplificativo Cotta cita le seguenti:

stabilire l’ordine, instaurare la pace, conservare oppure innovare l’assetto sociale, punire o prevenire gli atti illeciti, oppure premiare gli atti meritori, monopolizzare la forza o impedirne l’uso, dare direttive all’azione, risolvere le controversie²⁴¹.

Stante la pluralità di funzioni individuate, appare fugato ogni dubbio circa la domanda da cui si sono prese le mosse. Tuttavia, a parere di Cotta, è proprio da tale pluralità di funzioni, che emergono delle criticità in ordine alla determinazione di una funzione specifica del diritto. L’autore sostiene, infatti, che

nessuna di queste funzioni appartiene in maniera *né esclusiva né principale* al diritto²⁴².

Egli evidenzia come alcune delle funzioni che si ritengono tipiche del diritto quali risolvere le controversie, ovvero punire o applicare una sanzione, siano condivise

²⁴⁰ S. COTTA, *Ha il diritto una funzione propria? Linee di un’analisi ontofenomenologica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, (1974).

²⁴¹ Ivi, p. 399.

²⁴² Ibidem.

anche da altre attività umane, come ad esempio la morale, la politica, l'economia, la religione e la carità.

Alla luce delle considerazioni suesposte, la domanda iniziale appare sempre meno retorica e paradossale, assumendo al contrario una netta rilevanza. Se infatti possono essere attribuite al diritto una molteplicità di funzioni, ciò comporta che il diritto non ha alcuna funzione specifica, precipitando così nell'indistinzione.

Dove non c'è funzione propria non c'è organo, o almeno è difficile scoprirlo direbbe un biologo. La constatazione della pluralità e della non specificità delle funzioni del diritto porta dunque al seguente dilemma: o riusciamo a stabilire almeno una funzione specifica del diritto, oppure questo vede dissolversi la sua specificità concettuale²⁴³.

Una possibile soluzione al problema appena evidenziato, secondo l'autore, potrebbe essere quella di definire il diritto come una tecnica di organizzazione sociale e non come un principio di organizzazione sociale. Così facendo, il diritto non avrebbe una funzione propria, essendo destinato ad una varietà di scopi, ma manterrebbe tuttavia una struttura ben definita.

Il diritto sarebbe, pertanto, una scatola vuota utilizzabile a seconda dei diversi contenuti ideologici che le vengono immessi dentro, mantenendo la propria forma indipendentemente dagli stessi²⁴⁴.

Una ricostruzione di questo tipo permetterebbe di assegnare al diritto una pluralità di funzioni, pur tuttavia senza poter affermare che il diritto non esiste ovvero è pura astrazione.

Il diritto, infatti, non sarebbe altro che una modalità specifica, e perciò stesso distinta dalla politica, dalla morale e delle altre attività umane, di compiere le diverse funzioni assegnateli. Tale soluzione, sottolinea Cotta, viene proposta dalla teoria del formalismo giuridico, secondo la quale l'essere del diritto viene individuato nella sua forma e non nella sua sostanza; in forza di ciò, il diritto può assolvere a qualsiasi funzione sostanziale che, peraltro, può essere propria anche di altre attività umane, ma ha una propria specifica forma che modella

²⁴³ Ivi, p. 401.

²⁴⁴ "Al riguardo un paragone può esserci utile: una bottiglia, se contiene del buon vino, avrà la funzione di allietare un pasto (o un ubriacone); se contiene invece una «miscela Molotov» servirà a far saltare in aria. Ma la bottiglia resta sempre quella...", ibidem.

inevitabilmente la funzione sostanziale a cui è destinato. Il dilemma iniziale risulta in questo modo risolto: ad una molteplicità di funzioni sostanziali corrisponde una singola funzione formale che caratterizza il diritto in modo specifico.

Tuttavia, l'autore è persuaso del fatto che tale approdo ermeneutico non possa essere considerato ne soddisfacente ne tantomeno risolutivo.

Cotta ritiene che tale formulazione teorica vada di pari passo con una certa concezione di diritto largamente diffusa, ovverosia quella che identifica il diritto con l'ordinamento giuridico. Secondo il magistero kelseniano più volte citato,

poiché è diritto solo il diritto vigente o valido, *enforced e enforceable*, il diritto è sempre e soltanto il sistema giuridico (organizzativo - normativo) di una comunità concreta. Con una formula più concisa e pregnante si può dire: il diritto è la comunità nella sua forma giuridica²⁴⁵.

Tale concezione ben si abbina con la teoria formalistica del diritto, dal momento che la funzione sostanziale che viene attribuita al diritto, inteso come fenomeno unicamente formale, è quella di volta in volta stabilita dalla comunità politica di riferimento. Seguendo questo ragionamento, tuttavia, secondo l'autore si giunge ad un progressivo riduzionismo del diritto alla politica, dal momento che i contenuti sostanziali del fenomeno giuridico avrebbero esclusivo carattere politico, essendo di volta in volta stabiliti dalla comunità, permanendo giuridica unicamente la forma degli stessi.

In questo senso, l'ordinamento giuridico non sarebbe nulla di diverso dalla formulazione in termini giuridici delle aspirazioni e delle decisioni di una data comunità, in altri termini del bene comune.

La concezione del diritto come ordinamento giuridico porta dunque alla conclusione che, rispetto alla politica, esso ha una funzione diversa bensì nella forma ma non nella sostanza. Parafrasando Clausewitz, si potrebbe dire: il diritto è la politica condotta sotto un'altra veste²⁴⁶.

²⁴⁵ Ivi, p. 402.

²⁴⁶ Ivi, p. 403.

Pur nella chiarezza di tali definizioni, secondo Cotta, per giungere ad una determinazione certa della funzione del diritto, è necessario approfondire l'analisi dei concetti suesposti. In particolare, egli ritiene che la teorizzazione più compiuta di quanto detto sinora sia stata raggiunta dalla teorica di Hegel, che non stenta a definire il filosofo dominante di quest'ultimo periodo.

Il filosofo tedesco, sebbene non molto apprezzato per ragioni di carattere prettamente ideologico, invero ha saputo individuare, con largo anticipo, la realtà storica fondamentale sottesa alle teorizzazioni suesposte, lo Stato quale massima espressione dell'uomo.

La teorizzazione hegeliana non solo è stata in grado di rivalutare il pensiero giuridico precedente ma ha altresì costituito una fonte di influenza per quello successivo, essendo stata in grado di presentare il momento storico di riferimento come il tempo dei popoli e dello Stato di popolo, riconducendo a tale assunto di fondo la concezione di diritto.

Il concetto di Stato che Hegel propone, tuttavia, non è certo quello di una sovrastruttura di carattere burocratico, alla quale viene attribuito il potere; egli ha in mente uno Stato che rappresenti l'unità definitiva di un popolo, ed esclusivamente all'interno del quale ogni attività umana, compreso il diritto, acquista senso. Ciò comporta, a ben vedere, una conseguenza dirompente: il diritto non è più una realtà superiore allo Stato, ma ne diventa dipendente; dal riferimento di ogni fenomeno giuridico allo Stato, quindi, deriva necessariamente l'assoluta negazione di qualsivoglia tipologia di legge naturale.

Ebbene, secondo Cotta, le attuali teorie del diritto come ordinamento giuridico risultano pacificamente riconducibili alla teoria hegeliana; sia il realismo giuridico di Ross e Olivecrona che il positivismo di Kelsen per motivi diversi possono essere ricondotti al pensiero del filosofo tedesco.

Riassumendo brevemente quanto sinora esposto si può affermare che a fronte della constatazione secondo cui il diritto sembra assumere una pluralità di funzioni indistinte, si è tentato di definire il fenomeno giuridico attribuendogli una funzione propria avente esclusivo carattere formale. Tale teorizzazione si impernia sulla identificazione del diritto con l'ordinamento giuridico dello Stato, trovando la sua massima espressione filosofica nel sistema proposto da Hegel. Tuttavia, se si segue tale ricostruzione,

o si accetta la riduzione hegeliana del diritto a Volontà dello Stato, oppure, se si rifiuta questa, non si può non respingere la concezione del diritto come ordinamento giuridico e quindi la tesi della sua funzione puramente formale²⁴⁷.

Per uscire dall'hegelismo esplicito o implicito delle teorie giuridiche contemporanee, che riducono il diritto a mera forma della volontà statale, secondo l'autore è necessario tornare ad interrogarsi sull'essere del diritto; tale *Sein* del diritto non dovrà tuttavia essere esclusivamente formale e dovrà comunque distinguersi dal *Sein* proprio della politica e di conseguenza della comunità, assumendo una essenza fenomenologica propria.

Per Cotta,

ciò significa ristabilire, contro Hegel e dopo Hegel, l'indipendenza del diritto dalla volontà dello Stato; questo è possibile soltanto a patto di riprendere, rinnovandola, la millenaria dottrina che, sola, non ha subordinato il diritto allo Stato. Si tratta cioè di riprendere la dottrina del diritto naturale²⁴⁸.

La rivalutazione della teoria del diritto naturale andrà effettuata avendo come obiettivo di ricerca il fondamento ontologico esistenziale del diritto e della sua specifica essenza fenomenologica.

²⁴⁷ Ivi, p. 406.

²⁴⁸ Ibidem.

4.4. IL DIRITTO NATURALE NEL PENSIERO DI COTTA

In uno dei saggi contenuti nella raccolta *Diritto persona e mondo umano*, intitolato *Per un riesame delle nozioni di giusnaturalismo e diritto naturale*, Cotta riporta una citazione tratta dal testo *Kant e il problema della metafisica* di Martin Heidegger:

nessuna epoca ha saputo meno della nostra cosa sia l'uomo²⁴⁹.

L'autore, tuttavia, ne propone una rielaborazione originale sostituendo al termine *uomo* il termine *diritto*. Egli infatti sostiene che oggi, nella estrema varietà di tesi e teorie succedutesi nel corso degli ultimi decenni, sembra essersi smarrito un riferimento in grado di definire cosa sia il diritto in sé²⁵⁰.

L'autore, tuttavia, riscopre un punto fermo in merito alla questione nelle due storiche espressioni di diritto naturale e giusnaturalismo, la prima costantemente usata nel corso della storia del pensiero occidentale da almeno due millenni, la seconda decisamente più recente²⁵¹. Entrambe le due espressioni portano con sé un messaggio all'apparenza chiaro e d'immediata percezione ma ricco di significato: il diritto va inteso a partire dal suo rapporto con la natura.

Questo assunto è tuttavia stato messo in discussione a partire dal XIX secolo in poi, da quando ha iniziato a diffondersi la convinzione che diritto naturale e giusnaturalismo siano elementi assolutamente estranei alla realtà e alla concretezza della quotidianità giuridica²⁵². In particolare il pensiero

²⁴⁹ M. HEIDEGGER, *Kant e il problema della metafisica*, trad. it. di M.E. Reina, Laterza, Bari, 1981, p. 181.

²⁵⁰ “È una prescrizione eteronoma (alla Kant), oppure l'espressione normativa del comunitario Spirito del Popolo (Savigny)? È il comando (Austin) o la prescrizione (Bobbio) dell'autorità oppure la decisione vuoi del Sovrano (Schmitt) vuoi dei giudici (Holmes, Ross)? È la regola degli interessi (Jhering), oppure una regola sull'uso della forza (Kelsen, Olivecrona)? È un ordinamento vuoi sociale (S. Romano) vuoi formale (Kelsen) esteso anche all'ambito internazionale, oppure una costellazione di ordinamenti chiusi, autarchici, e autonomi, dall'unità solo lessicale (Ross)?”, S. COTTA, *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli Editore, Torino, 1989, p. 157.

²⁵¹ Si veda S. COTTA, s. v. *Diritto naturale*, in «Enciclopedia del Diritto», XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 647 e ss.; S. COTTA, s. v. *Giusnaturalismo*, in «Enciclopedia del Diritto», XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 510 e ss..

²⁵² A tal proposito G. Orrù nel testo *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, dopo aver indicato Gustav Hugo e Carl Friedrich Von Savigny come i principali ispiratori della cosiddetta Scuola storica del diritto sottolinea come “mentre il giusnaturalismo aveva creduto di poter dedurre un complesso di norme giuridiche dalla ragione astratta, l'asserzione centrale degli storicisti è che il diritto costituisca un prodotto spontaneo nella storia dei

giusnaturalista sarebbe solo espressione di una dottrina storica ormai superata dallo storicismo e dalla filosofia dell'oggettività, e non risulterebbe in grado di affrontare gli odierni problemi offerti dalla scienza giuridica.

Alla luce di tali premesse viene spontaneo domandarsi quale sia il reale significato di diritto naturale. Cotta ritiene che per rispondere a tale quesito bisognerebbe disporre di una indagine antropologica e culturale compiuta e attenta sia da un punto di vista temporale che spaziale delle situazioni in cui tale espressione viene utilizzata.

Probabilmente il risultato di tale indagine porterebbe alla seguente risposta: il diritto naturale viene inteso

come il diritto (nel suo duplice aspetto di regola oggettiva e di rivendicazione soggettiva) riconosciuto spontaneamente come obbligante e non come di fatto imposto da un'autorità potestativa²⁵³.

Non essendo mai stata materialmente svolta un'indagine di questo tipo, Cotta ritiene che per capire il significato dell'espressione diritto naturale sia necessario rifarsi alla dottrina che l'ha tematizzato e concettualizzato: il giusnaturalismo.

Il primo grande problema che si presenta una volta imboccata questa strada è che le varie dottrine giusnaturalistiche nel corso della storia hanno offerto differenti definizioni di diritto naturale alle volte persino in contrasto tra loro.

Evidente che se neppure i giusnaturalisti sono in grado di proporre una definizione univoca di diritto naturale è lecito pensare che esso non sia altro che

un'illusione emotiva dell'uomo comune, una sorta di fantasma che poi i dotti si affannano a costruire come un ente reale²⁵⁴.

Cotta, tuttavia, non si lascia scoraggiare da questa seppur importante obiezione, e prova a ricercare quale sia il nucleo comune a tutti i giusnaturalismi per poter successivamente giungere ad una definizione di diritto naturale. L'autore ritrova questo dato nella struttura epistemologica dei vari giusnaturalismi caratterizzata dai due fondamentali elementi di problematicità e di ricerca di un fondamento

popoli. [...] Ogni forma di razionalismo e di volontarismo non può che apparire agli occhi degli storicisti come una costruzione dottrinarica avulsa dalla realtà o come una arbitraria prevaricazione del legislatore", G. ORRÙ, *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli Editore, Torino, 1988, p. 118.

²⁵³ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 162.

²⁵⁴ Ivi, p. 163.

originario e condizionante della esistenza del diritto inteso come struttura della vita pratica.

La prima caratteristica fondamentale del giusnaturalismo è infatti quella di non essere dogmatico ma, al contrario, problematizzante rispetto al dato di esistenza del diritto e del suo collegarsi alla natura. L'idea che il diritto si fondi sulla natura, infatti, è sempre stata posta in discussione dalle teorie giusnaturalistiche che non hanno mai considerato tale fondamento un semplice dato di fatto²⁵⁵.

La seconda caratteristica che Cotta individua in ogni forma di giusnaturalismo è che questo non si configura come descrittivo del diritto vigente, ma come esplicativo, dal momento che affronta il perché dell'esistenza del fenomeno diritto. Cotta è intimamente convinto, infatti, del carattere transculturale e transtemporale del diritto e della necessità di spiegare, per ciò stesso, la sua natura attraverso l'accertamento di un fondamento che non sia semplicemente contingente e particolare.

La struttura epistemologica problematico-fondativa del giusnaturalismo ne chiarisce la natura di riflessione filosofica e per un verso ne esclude che sia una dottrina puramente assertoria, ciò che comporta il rischio di cadere nell'ideologismo. Per l'altro verso, lo distingue dalla scienza giuridica descrittiva e sistematrice dei dati fenomenici, senza per questo opporsi ad essa o negarla, poiché si pone a un livello più profondo²⁵⁶.

È in ciò che sta l'elemento unificante dei “*vari giusnaturalismi*”, la metodologia di ricerca speculativa che si articola in tre tempi fondamentali: stabilire l'obbligatorietà delle regole, individuarne il motivo nella giustizia del diritto ed infine intendere l'obbligatorietà e quindi la giustizia del diritto come conformità alla natura. Il problema dell'obbligatorietà delle regole e della loro giustificazione è, infatti, necessariamente affrontato da tutte le dottrine filosofiche nell'esperienza giuridica. Il giusnaturalismo individua tale giustificazione nella conformità delle regole al diritto naturale: è giusto e, quindi, obbligatorio il diritto conforme alla natura.

²⁵⁵ Ivi, p. 164.

²⁵⁶ Ivi, p. 166.

Da questi primi spunti si percepisce come l'idea stessa di diritto naturale, indipendentemente dalla sua condivisione, ha costituito e costituisca tutt'oggi un forte elemento problematizzante che porta il giurista a dischiudere questioni che spesso vengono considerate come un dato di fatto o un luogo comune. Questa caratteristica probabilmente è la causa dell'*eterno ritorno* del giusnaturalismo, come teorizzato da H. Rommen²⁵⁷; sebbene sia una teoria criticata e data per sorpassata, un avvicinamento alla stessa risulta comunque stimolante e arricchente per i dubbi che costantemente ripropone.

A tal proposito diversi autori si sono cimentati nel tentativo di dare una spiegazione a questo continuo riemergere del diritto naturale²⁵⁸. Francesco Gentile nel suo *Politica aut/et statistica* non esita a definire lo stesso, in maniera critica, un U.F.O.:

un oggetto non identificabile non solo per la vaghezza e talvolta persino la contraddittorietà con cui si è cercato di individuarlo da parte dei cosiddetti o sedicenti giusnaturalisti, ma anche per il suo improvviso apparire nei luoghi più impensati e ad esso meno congeniali del positivismo giuridico²⁵⁹.

L'autore padovano al termine della sua disamina sottolinea però come sia necessario che filosofia e giurisprudenza comunichino costantemente attraverso la dialettica; quest'ultima nel corso della storia è stata spesso confusa con la bravura nel contendere, ma in realtà in origine possedeva un valore reale non basato sull'abilità di combinazione di concetti puri ma nella capacità di riconoscere le combinazioni reali di cui è costituito il mondo. Egli conclude il suo ragionamento affermando:

senza sottovalutare l'importanza e l'utilità di tanti studi analitici [...] riteniamo che il crogiuolo dialettico della *questio* sia il luogo

²⁵⁷ H. ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, trad. it. di G. Ambrosetti, Studium, Roma, 1965.

²⁵⁸ Bobbio afferma che “ciò che oggi rinasce prepotentemente col nome di giusnaturalismo è l'eterna esigenza, particolarmente intensa nei periodi di guerre esterne e interne, che la vita, alcuni beni e alcune libertà dell'individuo siano protette giuridicamente contro la forza organizzata di coloro che detengono il potere”, N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, (lit.) Giappichelli Editore, Torino, 1963, p. 75. In tema di costante ritorno del diritto naturale si veda anche H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. di G. De Stefano, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 383 e ss..

²⁵⁹ F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 201.

privilegiato dove affiora la cosa giusta, il diritto secondo natura, il diritto naturale. E in questa prospettiva anche le leggi potrebbero essere d'aiuto, come i nomi lo sono per individuare le cose²⁶⁰.

Appare opportuno, in forza di tali considerazioni, continuare a focalizzare l'attenzione sul concetto di diritto naturale al fine di verificarne il fondamento ultimo.

4.4.1. PRINCIPALI OBIEZIONI ALLA TEORIA DEL DIRITTO NATURALE

Seguendo il metodo speculativo adottato Cotta nei suoi saggi, risulta proficuo analizzare le principali posizioni antigiusnaturalistiche succedutesi nel corso degli anni per poi confutarle e giungere conseguentemente ad una più sicura definizione del significato di diritto naturale.

L'autore, in particolare, individua tre obiezioni, che si presentano fra loro connesse: la tesi storicistica secondo la quale il diritto non è un fenomeno naturale bensì storico, la tesi positivistica secondo la quale il cosiddetto diritto naturale o è naturale e quindi non è diritto o è diritto ma allora non può essere naturale ed infine la tesi logicistica secondo la quale non si può dedurre il dover essere normativo dall'essere dell'uomo.

a) *Obiezione storicistica*

La prima obiezione è sicuramente la più diffusa e la culturalmente più generale²⁶¹. L'antropologia relativistica della filosofia storicista porta ad affermare che *l'uomo non ha natura, ma storia*.

²⁶⁰ Ivi, p. 209.

²⁶¹ Per un interessante approfondimento critico in tema di storicismo si può far riferimento al testo *Miseria dello storicismo* di Karl Popper. L'autore individua lo storicismo come l'atteggiamento di chi vede nello sviluppo storico degli eventi una legge immanente e di chi pretende che tale legge possa anticipare in modo scientifico il futuro dell'umanità. Lo storicismo implica un asservimento dell'uomo alle tendenze sociali, nella convinzione che queste tendenze siano la manifestazione di una legge superiore all'individuo stesso. Popper a tal proposito si schiera apertamente contro l'holismo ovvero la posizione filosofica secondo cui le proprietà di un sistema non possano essere spiegate esclusivamente tramite le sue componenti. Applicata allo studio dei gruppi sociali tale teoria prevederebbe che questi ultimi non siano mai considerati come mere riunioni di persone ma come qualcosa in più che la semplice somma dei propri membri.

Lo storicismo, tuttavia, per giungere alla determinazione di una legge superiore all'individuo e derivante dalla storia, implica un'interpretazione storica dei fatti. È colui che analizza, lo

Questa corrente filosofica nega in modo assoluto che sia possibile l'esistenza di un diritto naturale, considerato sia come complesso di norme effettivamente giuridiche, sia come insieme di principi condizionanti il diritto positivo. I due concetti di natura e giustizia a cui esplicitamente si rifà il giusnaturalismo e che sono posti a fondamento del diritto non sarebbero altro che variabili storiche. Il diritto, pertanto, non avrebbe alcunché di assoluto, ma verrebbe considerato solo poiché posto di volta in volta. Così scrive Bobbio nel suo *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*:

contro la prima posizione del giusnaturalismo il positivismo giuridico si è avvalso della critica storicistica, che non ammette principi etici autoevidenti con valore assoluto universale²⁶².

storico, che decide quale forma dare alla memoria (la ricostruzione storica implica sempre una selezione tendenziosa degli eventi). Secondo Popper, si vede bene, in questo processo, come sia in realtà l'uomo a dare un significato agli eventi e non viceversa. Fondamentale è per l'autore la differenza tra leggi e tendenze. Queste ultime non si possono prendere a fondamento di previsioni scientifiche, essendo appunto delle tendenze delle direzioni che gli storicisti discernono dalla successione di fatti storici. La critica di Popper a riguardo si basa sulla stretta relazione che lega le tendenze, da cui gli storicisti farebbero derivare le proprie leggi, alle condizioni iniziali del sistema di riferimento. L'errore più grande dello storicismo sta appunto nel non accorgersi di questo e nel tentare di stabilire delle leggi "che non dipendono dalle condizioni iniziali, e che irresistibilmente ci trascinano in una certa direzione nel futuro. Su di esse si basano profezie non condizionali in antitesi alle previsioni scientifiche condizionali". Il problema principale del metodo storicistico, è che vi sono innumerevoli possibili condizioni da cui possono essere originate le tendenze che generano le leggi, "e per poter esaminare queste possibilità allorché cerchiamo le condizioni vere di una tendenza, dobbiamo tutto il tempo immaginare condizioni nelle quali la tendenza cesserebbe di essere. Ma è proprio questo che lo storicista non può fare. Egli ha fede nella sua tendenza prediletta, e condizioni nelle quali essa cesserebbe di esistere, gli sembrano del tutto irreali. Potremmo dire che la povertà dello storicismo è soprattutto una povertà di immaginazione. Lo storicista polemizza continuamente con coloro che non sanno immaginare un cambiamento nei loro piccoli mondi, eppure manca lui stesso di fantasia, poiché non è capace di immaginare un cambiamento nelle condizioni del cambiamento", K. POPPER, *Miseria dello storicismo*, trad. it. di C. Montaleone, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 106 - 107. Oltretutto le dottrine che fanno leva sullo storicismo (come, ad esempio, il marxismo) hanno il grave difetto di non essere falsificabili: esse trovano la propria dimostrazione al loro stesso interno, in senso immanente, e non danno alcuna possibilità alle critiche che si pongono al di fuori di tale visione. In sostanza, ogni teoria o visione del mondo che non dia modo di essere criticata e potenzialmente confutata è in realtà una grave limitazione della libertà dell'uomo.

Una concezione di questo tipo, inoltre, rischia di dissolvere il diritto da un punto di vista ontologico che assiologico. "Se infatti tutta la Storia è manifestazione della vita dello Spirito, quindi è ontologicamente buona, ecco che il valore del diritto, come sistema che valuta, attribuendo carattere positivo a certe situazioni e negativo a altre, rischia di vanificarsi. Se non esiste più la distinzione fra essere e dover essere, tra ciò che è reale e ciò che è ideale, il diritto come mediazione tra il reale e l'ideale, tra l'essere e il dover essere, scompare", F. TODESCAN, *Metodo diritto e politica*, Monduzzi Editore, Bologna, 2002, p. 192.

²⁶² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1984, p. 131.

Cotta sostiene che questa obiezione può risultare astrattamente persuasiva unicamente per quanto riguarda i contenuti ed i precetti del diritto naturale. Egli sottolinea tuttavia come non sia così certa e indubitabile la storicità del diritto inteso come *genus* della regolamentazione dei comportamenti umani. Questo è per l'autore il nodo fondamentale da sciogliere per chi voglia, attraverso la tesi storicistica, porre in dubbio l'idea di diritto naturale: se infatti si ammette che il contenuto del diritto naturale, quindi i suoi precetti, possano avere carattere unicamente storico, ciò non implica necessariamente la negazione della naturalità del fenomeno giuridico inteso come appunto *genus* delle regolamentazione vincolativa dei rapporti umani.

A riprova di questo Cotta evidenzia come il fenomeno giuridico, al di là delle diverse statuizioni che concretamente si sono succedute nel corso dei secoli, è presente in tutto il corso della vicenda umana. Tutti i documenti di cui disponiamo, siano essi reperti storici o archeologici, parlano della presenza di un'idea di regolamentazione, che proprio in quanto tale, è un fenomeno transculturale, transpolitico, transtorico²⁶³.

Il fenomeno giuridico, inteso quindi come *genus* della regolamentazione dei rapporti non è appartenuto ad un'unica cultura, o a più culture fra esse affini, bensì è un fenomeno che ha contraddistinto l'uomo in tutto il corso della sua storia.

Interessante è poi notare come non solo l'attività di regolamentazione sia un fenomeno trasversale, sia in senso spaziale che temporale, ma che anche la presenza di figure che determinano l'esistenza stessa della regolamentazione, può essere considerata un fenomeno altrettanto trasversale. Il legislatore, il giudice, l'esecutore, sono soggetti da sempre presenti nella vicenda umana indipendentemente da come essi siano concretamente intesi nell'ordinamento storicamente considerato. Le tre figure possono essere riunite in una sola persona, o la loro funzione può essere svolta da assemblee, a seconda del periodo storico e dell'ambito spaziale considerato, ma sicuramente i tre momenti funzionali che le contraddistinguono sono presenti in maniera trasversale.

Fatte queste considerazioni Cotta afferma che

²⁶³ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 187.

il fenomeno giuridico *simpliciter datum*, la giuridicità, nella sua globale struttura di senso-unione di regolamentazione e di essenziali figure funzionali a questa è trasversale, ovvero transtorica, per usare un termine sintetico più significante, dacché la storicità viene predicata tanto delle culture quanto degli enti politici²⁶⁴.

Sorge tuttavia un' ulteriore obiezione alla naturalità del diritto. Il diritto può essere considerato una categoria intellettuale formale utile a indicare i vari sistemi giuridici particolari, i vari ordinamenti, i quali però rimangono distinti gli uni dagli altri e caratterizzati da una propria identità sostanziale. Il carattere della transtoricità viene applicato al diritto sulla base del ragionamento svolto poco sopra. Tuttavia, e qui emerge l'obiezione, come si può derivare da tale carattere di transtoricità l'idea di naturalità del diritto? Cotta per esplicitare tale obiezione porta l'esempio dell'architettura: anche questa categoria intellettuale è senza dubbio dotata di transtoricità, ma non per questo la si può definire come naturale, tanto più che anzi è tipicamente artificiale.

Non si vede come dalla categoria formale diritto sarebbe corretto dedurre o ricavare la naturalità del fenomeno giuridico²⁶⁵.

Questa è forse l'obiezione più pregnante avanzata dalla filosofia storicista che vede l'uomo come unicamente fondato sulla propria esperienza e sulla propria storia. L'uomo per questa corrente di pensiero è in costante divenire, non vi è mai l'identico; in questa prospettiva le categorie formali perdono di significato venendo valutate unicamente quali concetti astratti.

Tuttavia, Cotta ritiene superabile tale obiezione proprio rimanendo sul terreno dello storicismo: se è vero che, secondo la dottrina storicista, il proprio dell'umano è il farsi per esperienza, e che per documentazione storica innegabile (fino a un'eventuale futura falsificazione) l'intera vicenda umana palesa la transtoricità del fenomeno giuridico, allora esso deve essere considerato come una dimensione universale e costante del farsi della natura umana. Anche se i vari precetti normativi concreti non saranno caratterizzati da naturalità, non si può negare la naturalità dell'esperienza giuridica transtorica.

²⁶⁴ Ivi, pp. 187 - 188.

²⁶⁵ Ivi, p. 188.

Cotta prosegue in questo ragionamento rifacendosi ad Edmund Husserl: l'uomo è un ente storico, a differenza di altri enti che costituiscono il mondo in cui egli vive, la cosiddetta *Umwelt*. Solo l'uomo infatti è in grado di farsi secondo la sua esperienza storica; ciò gli è possibile poiché tale caratteristica è nella sua natura che è differente da quella degli altri enti che costituiscono il mondo circostante. Questi infatti non sono in grado di farsi secondo la propria esperienza ma anzi ricevono la loro storia dal farsi dell'uomo. Sulla base di questi assunti Cotta riscrive il motto storicista precedentemente citato, secondo il quale

l'uomo non ha natura ma storia; [egli sostiene infatti che] l'uomo ha storia, poiché ha una propria natura specifica²⁶⁶.

Quindi, storia e natura umana non sarebbero in contrapposizione; la storia diviene il banco di prova in cui viene saggiata la conformità del libero agire dell'uomo alla propria natura. In funzione di queste considerazioni, non si può che concludere che il fenomeno giuridico transtorico è naturale per l'uomo, antropologicamente naturale, poiché fondato proprio sulla sua natura.

Giunti a questa conclusione, è possibile rifiutare quel pregiudizio antigiusnaturalistico basato su una concezione deterministico-necessitante del concetto di natura che prende le mosse dalla concezione hobbesiana del presunto stato di natura quale condizione di animalità istintuale e pulsionale di tipo meramente vitalistico. Questa posizione non trova peraltro conferma o quanto meno riscontro neppure nell'opera dei maggiori filosofi legati all'immanentismo moderno.

Lo stesso Kant, ricorda Cotta,

è tributario di codesta concezione dello stato di natura, ma in una prospettiva antropologica storica, nient'affatto confortata dalla sua filosofia teoretica²⁶⁷.

In quest'ultima infatti, l'autore ha rifiutato tale genere di concezione hobbesiana della natura dell'uomo che egli definiva infatti al contrario essere razionale. L'uomo non è mosso quindi dalla necessità ma dalla razionalità comprendente, giudicante e prescrivente. Tuttavia sia nella *Critica della ragion pratica* che nella

²⁶⁶ Ivi, p. 189.

²⁶⁷ Ivi, p. 190.

Fondazione della metafisica dei costumi egli elimina ogni riferimento alla sensibilità o alla utilità naturalistiche che possono influire sul libero agire dell'uomo.

Hegel, al contrario, ricorda Cotta, distingue due differenti tipi di natura:

l'espressione natura ha un significato ambiguo: natura nell'uomo è la sua spiritualità, la sua razionalità; il suo stato di natura è invece l'altra condizione, in cui l'uomo si comporta secondo la sua naturalità. Con ciò egli si comporta secondo le brame le inclinazioni ecc., mentre il razionale consiste nel signoreggiare l'immediata naturalità²⁶⁸.

È la natura razionale dell'uomo, riconosciuta da entrambi i filosofi a rendere effettiva la naturalità del diritto. Secondo Cotta, nella *Metafisica dei costumi* il diritto razionale elaborato dal filosofo di Königsberg non è altro che diritto naturale, poiché modellato sulla base della natura razionale e non animale attribuita all'uomo.

Altrettanto, l'idea di istituzioni e di norme, (immanente alle forme umane sociali dell'esistenza razionale e reale, dalla famiglia alla società civile, alla comunità politica), nel pensiero di Hegel si fonderebbero su quella che abbiamo visto essere la seconda natura dell'uomo, quella razional-spirituale. Anche il diritto quindi ha una propria naturalità, ed è proprio grazie a questa diversa concezione della natura del diritto che si può comprendere il sottotitolo dell'hegeliano: “*Lineamenti della filosofia del diritto*”, sottotitolato appunto “*diritto naturale*”²⁶⁹.

Cotta quindi sembra essere riuscito a dar conto della naturalità del diritto inteso come categoria del giuridico. Tuttavia non è ancora stata dimostrata la naturalità dei suoi contenuti intesi come i principi, gli istituti e le norme in cui esso si struttura.

b) Obiezione positivista

La seconda obiezione al diritto naturale che Cotta prende in esame è quella posta dal positivismo filosofico e giuridico. Essa può essere enunciata nel modo seguente: se è naturale non è diritto se è diritto non è naturale.

²⁶⁸ G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla storia della filosofia*, a cura di G. Calogero, La Nuova Italia, Firenze, 1947, I.

²⁶⁹ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di Filosofia del diritto: diritto naturale e scienza dello Stato*, a cura di V. Cicero, Bompiani, Milano, 2006, p. 106.

Una delle strade che l'autore individua per superare questa seconda obiezione è quella di intendere il diritto naturale come puramente ideale. Indipendentemente dai diversi significati che possono essere attribuiti all'aggettivo ideale, in questo caso si vuole sottolineare come il diritto naturale si conformi a determinati valori, primo fra tutti quello della giustizia, senza che ciò ne implichi necessariamente la vigenza effettiva. Ideale in questo caso si accompagnerebbe a non vigente. Il diritto naturale secondo questa teoria apparterebbe comunque al *genus* del diritto, ma sarebbe altro rispetto al diritto positivo²⁷⁰: il primo rappresenterebbe lo *ius condendum* il secondo lo *ius conditum*. A tal proposito, Cotta sottolinea come nessun giurista positivo abbracci un principio assoluto che gli vieta di immaginare un diritto propositivo nei contenuti, ma non per questo egli prende il posto del legislatore. Il giurista, infatti, non si limita alla rappresentazione dell'ordinamento vigente, ma in funzione della sua esperienza, elabora nuovi istituti e nuove norme da proporre. Questa normazione propositiva, per Cotta, è

richiesta proprio dalla storia nel suo essere esperienza concreta dell'efficacia del diritto vigente²⁷¹.

In altre parole il diritto naturale sarebbe da considerare quel diritto propositivo ancora non vigente, ma al quale non può essere negata la qualifica di diritto. Questa qualifica, tuttavia, può essere conferita unicamente a una condizione: lo *ius condendum*, il diritto naturale propositivo, deve avere la struttura della giuridicità. Ciò significa che se esso si limitasse a dare consigli o a invitare a seguire determinati comportamenti non avrebbe senso giuridico, perché non potrebbe mai essere codificato così com'è. Cotta sottolinea che

lo *ius condendum* non è elaborato per divertimento, bensì in vista d'una possibile e auspicata attuazione legislativa; perciò gli è indispensabile la forma logica della giuridicità²⁷².

Questa forma logica non preclude però la possibilità di definire naturale questo diritto propositivo. Il vero problema da risolvere rimane quindi l'attribuzione del concetto di diritto ideale al diritto naturale che, in quanto tale, sarebbe ridotto a

²⁷⁰ “Il diritto naturale non è diritto alla stessa stregua del diritto positivo, poiché manca dell'attributo di efficacia”, N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 147.

²⁷¹ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 192.

²⁷² Ivi, p. 193.

mero dover essere del diritto positivo, e non assurgerebbe mai al ruolo di diritto effettivamente vigente.

c) Obiezione logicistica

Quest'ultima considerazione introduce la terza critica al diritto naturale che Cotta analizza. Essa non è propria di alcuna filosofia o dottrina, ma si rifà alla cosiddetta “*legge di Hume*”. Secondo codesta legge non sarebbe possibile ricavare una proposizione deontica o di dover essere o di dover fare, da una proposizione aletica o di essere. Non sarebbe possibile, quindi, ricavare da un linguaggio prettamente descrittivo constativo un linguaggio valutativo prescrittivo; in questo consiste la *fallacia naturalistica*²⁷³, nel voler far derivare il dover essere dall'essere, il valore dal fatto.

Cotta vuole rispondere a questa critica, attraverso l'utilizzo di considerazioni non di logica formale ma esistenziale, andando a scandagliare la genesi dell'attività normativa. Per far ciò, l'autore fa riferimento ai termini kelseniani di *Sollen* e *Sein*, dover essere e essere. A differenza del filosofo di Praga, Cotta sostiene che all'origine del *Sollen*, quindi di una norma individuale o sociale, non vi sia un'altra norma avente carattere fondamentale, la cosiddetta *Grundnorm*. Essa, infatti, sarebbe definita fondamentale solo per poter troncare quel processo di regresso all'infinito che vede ogni norma basarsi su una norma precedente che le conferirebbe legittimità²⁷⁴. L'autore, al contrario, individua alla base del *Sollen* un

²⁷³ L'espressione fallacia naturalistica è la traduzione di *naturalistic fallacy* coniata dal filosofo inglese George Edward Moore, per confutare il naturalismo etico. Più precisamente si possono distinguere almeno due specie di fallacia naturalistica. La fallacia della giustificazione consisterebbe nel tentativo di derivare logicamente conclusioni etiche sulla base di sole premesse descrittive o di sole premesse non etiche, (tale divieto nel corso della storia ha preso il nome di legge di Hume). La fallacia della definizione invece consisterebbe nel tentativo di definire termini etici esclusivamente sulla base di termini fattuali o descrittivi: questa è la fallacia in senso stretto segnalata da Moore. Per un approfondimento si veda: AA.VV., *Enciclopedia filosofica*, vol. IV, Bompiani, Milano, 2006, p. 3945; G. CARCATERA, *Il problema della fallacia naturalistica: la derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969.

²⁷⁴ Bobbio riconosce che la norma fondamentale è una *strana norma* e osservando che la sua validità è fondata sul potere ultimo, conclude che essa corrisponde, nel discorso giuridico, alla *summa potestas* del discorso politico, N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 89. Anche Todescan si dimostra critico nei confronti della spiegazione data da Kelsen in merito alla definizione di norma fondamentale. Innanzitutto l'autore considera la diversità di risposte che Kelsen fornisce all'interrogativo su cosa sia la norma fondamentale nelle due edizioni della dottrina pura del diritto. Nella prima infatti Kelsen parla della norma fondamentale come di una norma non posta ma presupposta, la cui validità andrebbe quindi logicamente presupposta; ma se si passa dal piano logico a

giudizio assiologico da parte del soggetto che pone la norma. Nell'esperienza reale infatti ogni norma viene posta in seguito ad un ragionamento di valore rispetto al quale si valuta se è bene, o giusto, o utile (o quello che si preferisca sostenere) che si faccia (*rectius* debba essere) in un modo piuttosto che in altro.

Cotta è convinto che senza un tale giudizio, per quanto istintivo e rozzo possa essere, il *Sollen* non sia in grado di venire a esistenza,

nemmeno quando si assuma *pro ratione voluntate*, come in definitiva fa, non incoerentemente nel suo sistema, l'ultimo Kelsen della *Teoria generale delle norme*, per il quale è l'atto di volontà significato dal *sollen* normativo a stabilire il valore²⁷⁵.

Anche in questa situazione è comunque il volente che deve attribuire valore all'indipendenza del proprio volere.

Con ciò pare chiarito che il *Sollen* presuppone un giudizio di valore e di conseguenza l'esistenza del valore stesso sulla base del quale il giudizio viene formulato. Questa posizione è criticata da chi sostiene che solo il fatto che il

quello ontologico: “questa norma o ontologicamente esiste su un piano invisibile - e quindi è metafisica - oppure non esiste”. Nella seconda edizione del 1960 Kelsen, probabilmente spinto dalle critiche ricevute dal realismo giuridico, individua la validità della norma nell'effettività dell'intero ordinamento. La norma fondamentale sarebbe valida quando il complesso delle norme che costituiscono l'ordinamento trova applicazione. Così conclude Todescan “su questo si fonda la concezione a gradini di Kelsen. Però è una spiegazione contraddittoria, perché o si accetta la prima interpretazione, e si cade nella metafisica, o si accetta la seconda concezione, e allora il criterio empirico sociologico non è espulso, ma rientra totalmente e, quindi, non è salvaguardata la dottrina pura del diritto”, F. TODESCAN, *Metodo diritto e politica*, cit., p. 305. Dello stesso parere anche Gentile che, nel saggio *Legalità, giustizia, e giustificazione*, così analizza il problema della *Grundnorm*: “proponendo la *Grundnorm*, oltre che come fattore unificante in un tutto ordinato dei molteplici e disordinati comandi della volontà sovrana come fattore di trasformazione del potere in diritto, il geometra delle leggi riconosce implicitamente che il potere effettivo non è sufficiente a fondare l'obbligatorietà del diritto positivo. [...] Resta da intendere che cosa possa davvero trasformare il potere in diritto, stante l'evidente carattere sofistico della presupposizione della norma fondamentale. Non sfugge la fallacia di un fondamento per pura convenzione! Il fatto è che predicando “si deve obbedire al potere effettivo e costituito” la *Grundnorm* fa leva sul senso del dovere radicato nella personalità di chi, mediante il sillogismo giuridico, qualifica come giuridico il comando del potere effettivo e costituito. Sicché a fondare l'ordinamento giuridico sulle relazioni intersoggettive, oltre al potere del Sovrano sua *conditio sine qua non*, sta il senso del dovere del suddito, sua autentica *conditio per quam*. Tra la *soll-norm*, il comando del soggetto pubblico del tutto equivalente a quello di ogni detentore di potere effettivo anche a quello di un bandito per l'assenza di ragione (*Auctoritas non veritas facit legem*) e la *Soll-satz* ossia la regola di diritto autentica ragione dell'obbedienza, si colloca come operante la trasformazione il senso del dovere che contraddistingue nel profondo il soggetto umano”, F. GENTILE, *Legalità, giustizia e giustificazione*, E.S.I., Napoli, 2008, pp. 58 - 59.

²⁷⁵ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 195.

Sollen sia dotato di esistenza fattuale è sufficiente a determinarne la bontà, giustizia, utilità. In realtà così facendo si cadrebbe nuovamente nella *fallacia naturalistica* di voler derivare il dover essere dall'essere.

Amnesso quindi che le norme positive dipendano dai valori, spesso il giurista è pago di questa conclusione, limitandosi eventualmente a constatare la validità della norma positiva con i principi generali²⁷⁶ della Costituzione da cui dipende; principi che contengono quei valori che il giurista stesso ritiene indiscutibili.

Cotta però sottolinea che

avrebbe grave torto chi, giurista o no, ritenesse esaurita la ricerca dell'origine esistenziale delle norme con il riconoscimento del loro rapportarsi al così detto regno dei valori²⁷⁷.

Infatti, o si considerano tali valori come indiscutibili poiché presenti in un determinato contesto storico socio-culturale, ma così facendo si ricadrebbe nuovamente nella *fallacia naturalistica*, o si considerano tali valori come degli *a priori*. Questa seconda tesi può essere ritenuta valida solo in relazione alle norme concrete che traggono origine da tali valori, ma sicuramente questi valori non possono essere considerati degli *a priori* rispetto all'ente per il quale essi sono valori, ente che potrebbe essere teoricamente in grado di mutarli.

È necessario quindi procedere oltre se si vuole comprendere la logica esistenziale del diritto.

Riassumendo, per quanto detto, sia il giudizio di valore che il valore stesso hanno bisogno di un punto di riferimento fisso a livello del *Sein*, dell'essere.

Ebbene, dopo il percorso logico compiuto attraverso i concetti di giudizio di valore e valore, si rinviene alla base del *Sollen* quel *Sein* dell'ente uomo che era stato scisso in maniera assoluta dallo stesso *Sollen*. Quest'ultima operazione è stata compiuta da quegli interpreti humani che vedevano

²⁷⁶ Per un interessante approfondimento sulla tematica dei principi generali si veda F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza. I: Un Dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Cedam, Padova, 2005. L'autore cita Cotta fra quei filosofi che individuano il fondamento dei principi generali "nell'esserci stesso del diritto come forma specifica dell'esistenza, essendo i principi strutture essenziali del diritto, senza le quali non sarebbe nemmeno pensabile la categoria della giuridicità", p. 110.

²⁷⁷ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 195.

l'insormontabile incomunicabilità tra la modalità di conoscere il *Sein* e quella di decidere il *Sollen*²⁷⁸.

Questa posizione porta alla spaccatura completa fra la normazione positiva e etica e la verità dell'essere uomo. Tuttavia lo sposare in pieno questa tesi conduce, inevitabilmente, al paradosso per cui per un verso l'uomo dovrebbe decidere senza conoscere (e conoscersi) e per l'altro la conoscenza che l'uomo ha di se stesso non influirebbe minimamente sulle sue scelte. Il ragionamento fin qui svolto porta a considerare il presupposto primo del *Sollen*, per quanto remoto o vago, in una certezza antropologica. Già l'antico adagio romano *Hominum causa omne Ius constitutum est*, peraltro, indicava come in realtà il diritto in quanto emanato dall'uomo per l'uomo ha un presupposto antropologico tutt'altro che soggettivistico.

In forza delle riflessioni fin qui svolte, il fuoco dell'attenzione, dalla definizione di diritto naturale, appare spostarsi progressivamente verso un'altra questione che da sempre occupa gli studiosi del diritto e che è strettamente legata a quanto analizzato sinora: il rapporto tra uomo e diritto e, conseguentemente, il ruolo assunto dal diritto nei confronti dell'uomo.

I profili della suddetta problematica, ricorda Cotta, sono stati ben evidenziati da Santoro Passarelli nel 1948, durante il primo convegno dell'Unione dei Giuristi Cattolici Italiani di cui lo stesso Cotta è stato a lungo presidente. La critica mossa da Passarelli, in qualche modo riassume il percorso analitico svolto finora: il diritto è da intendere o no come norma meramente tecnica?²⁷⁹

²⁷⁸ Ivi, p. 196.

²⁷⁹ Per una definizione precisa di norma tecnica possiamo fare riferimento ad Adolfo Ravà che nel suo scritto, *Il diritto come norma tecnica*, così si esprime: "le prime (in riferimento alle norme tecniche) indicano in sostanza i mezzi adeguati per ottenere un certo effetto. Gli atti quindi, che tali regole ordinano di fare, sono obbligatori solo in quanto ci si proponga effettivamente quel fine a raggiungere il quale esse prescrivono la via: si tratta cioè di comandi condizionati, di imperativi ipotetici; esse non dicono senz'altro agisci così, ma dicono soltanto: se ti proponi il tale scopo, devi agire così per raggiungerlo", A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Tipografia Dessì, Cagliari, 1911, p. 8. In merito poi al diritto nel suo complesso l'autore scrive "considerare il diritto come norma tecnica, sebbene possa sembrare a prima vista un paradosso, non è poi così lontano dalla concezione che comunemente hanno di esso giuristi e profani. Parlare di scopi e di alti fini dell'ordinamento giuridico è cosa abituale; le norme giuridiche sono considerate e trattate dal popolo e dai legislatori come mezzi per ottenere determinati effetti e per raggiungere determinati scopi, cioè come norme tecniche nel pieno significato della parola", ivi, p. 31.

Al tempo tale questione veniva certamente sollevata per segnalare la crisi della teoria tecnicistica e un suo necessario superamento, anche se in realtà la provocazione è stata scarsamente accolta e ascoltata. Il dibattito giuridico, infatti, era incagliato sulla annosa divergenza fra giusnaturalismo e giuspositivismo: tra legge obbligatoria perché giusta e legge vincolante perché stabilita. Il superamento del problema si sarebbe avuto solo affrontando la questione sollevata da Passarelli, ovvero se la natura del diritto sia quella di essere unicamente uno strumento tecnico o meno²⁸⁰.

L'idea di un diritto meramente tecnico e strumentale è sorretta dalla conformità della produzione normativa moderna all'imperativo ipotetico tecnico di Kant: “*Se vuoi A devi compiere B*” tradotto in maniera riduttiva da Kelsen in “*Se è A, deve essere B*”. Cotta sottolinea come la riproposizione kelseniana dell'imperativo kantiano sia da considerarsi riduttiva per due motivi principali: è riferita particolarmente al campo penalistico e si limita ad accertare una situazione di fatto, senza considerare i motivi e la formazione della volontà dell'agente, come invece accade nella formula kantiana. L'esperienza quotidiana ci porta a verificare come l'intero *corpus* normativo sia costituito sulla base di questo imperativo tecnico: il *si deve* stabilito dalla norma si concretizza unicamente nel momento in cui il primo *se* ipotetico relativo alla volontà e all'azione umana si tramuta in una certezza²⁸¹.

Tuttavia, l'intera struttura poggia su un presupposto, spesso non considerato, che è appunto quello antropologico. Poiché si è uomini si è in grado di voler stipulare un contratto, o di essere imputati per un delitto. Questa caratteristica non appartiene ad esempio al mondo animale, almeno per quanto la scienza è in grado di rilevare oggi.

Tutta la raffinata analisi civilistica, penalistica e canonistica delle manifestazioni della volontà e dei suoi vizi è il risultato di uno scavo in codesto essere uomo²⁸².

Inoltre, non solo il *se* ipotetico che compone la prima fase dell'imperativo tecnico ha come presupposto l'essere dell'uomo; anche la parte dispositiva del sistema,

²⁸⁰ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 198.

²⁸¹ Ivi, p. 196.

²⁸² Ivi, p. 199.

infatti, lo prevede. In altri termini, solo se si è uomini ci si deve comportare in un determinato modo. Sicuramente i contenuti concreti di questo dovere di comportamento varieranno a seconda delle epoche storiche e dei luoghi ma va comunque presa in considerazione una qualche certezza sul significato dell'ente uomo, se non si vuole porre in essere una norma priva di senso.

Cotta sostiene che il ragionamento svolto, per il giurista puro potrà apparire scontato. In realtà la conclusione a cui si giunge per questa strada non lo è affatto. Se si ammette che il fenomeno giuridico si fonda sul presupposto dell'essere uomo allora, per una sua definizione, non si potrà più fare riferimento all'imperativo ipotetico tecnico kantiano e men che meno alla sua riformulazione kelseniana. Piuttosto sarà necessario considerare l'imperativo assertorio kantiano: "*poiché tutti vogliono A, tutti devono compiere A*". Kant definisce questo imperativo come pragmatico: esso si riferisce all'agire interumano e non al fare genericamente produttivo di effetti, regolato dall'imperativo tecnico dell'abilità.

Volendo riepilogare brevemente quanto emerso sinora, in primo luogo si è appurato come alla base del *Sollen*, dover essere, vi sia il *Sein*, l'essere. Successivamente si è dimostrato che il diritto positivo poggia sull'essere dell'uomo, dato che porta a concludere come l'imperativo assertorio pragmatico di Kant si applichi ai rapporti fra uomini sulla base dell'idea che "*tutti vogliono*".

Da questi assunti si ricava che un diritto che non ha come referente ultimo l'uomo è un diritto privo di senso. Cotta, quindi, ritiene opportuno riscrivere l'imperativo assertorio Kantiano, riadattandolo ed esplicitandolo sulla base di tali affermazioni; la nuova forma proposta dall'autore è:

poiché sei (siamo) antropologicamente X, devi (dobbiamo) compiere Y, poiché solamente Y permette di agire restando X, ossia ciò che sei (siamo) antropologicamente²⁸³.

Questa è un'esplicitazione della formula kantiana, visto e considerato che il "*tutti vogliono*" kantiano fa sicuramente riferimento all'essere dell'uomo, al suo *Sein*; sarebbe altrettanto dire, infatti, "*l'ente umano vuole*". Essa però rappresenta anche il superamento della formula kantiana ove la si consideri come fondamento di un diritto eteronomo esterno alla pura volontà razionale e motivato da esigenze

²⁸³ Ivi, p. 200.

contingenti. Il diritto, al contrario, secondo la prospettiva proposta da Cotta, si deve radicare proprio nella consapevolezza dell'essere uomo. Quindi, tornando al problema posto da Passarelli, una concezione meramente tecnica del diritto appare insoddisfacente poiché si limita a considerare i suoi aspetti estrinseci, senza tenere in conto il fondamento primo del diritto.

Si è fatto un ulteriore passo in avanti nella giustificazione dell'ammissibilità teorica del diritto naturale, (dopo aver constatato la naturalità della dimensione giuridica per la sua trasversalità storico-diacronica e la naturalità del diritto propositivo ideale):

ogni diritto empirico positivo è denominabile naturale, nel senso che ha il suo ineliminabile fondamento in una antropologia²⁸⁴.

Ma come si vedrà il percorso non è ancora concluso.

4.4.2. IL SUPERAMENTO DELLE OBIEZIONI; UN PRIMO APPROCCIO AL “DIRITTO NATURALE VIGENTE”

È necessario, all'inizio di questo paragrafo, soffermarsi a riflettere sul significato del termine “antropologia”, elemento che, sebbene finora utilizzato in maniera generica, costituirebbe, per quanto visto, il fondamento del diritto. Nel corso della storia si sono succedute diverse teorie antropologiche, alle volte in netto contrasto tra loro²⁸⁵. Non ci si può fermare a questa genericità relativa alla natura dell'uomo poiché altrimenti il diritto naturale rimarrebbe solamente una categoria, simile a un contenitore vuoto riempibile con qualsiasi tipo di contenuto. Cotta decide però di non affrontare l'ampio dibattito sul significato di natura e di antropologia ma di stabilire se il diritto positivo e l'esperienza giuridica, nel suo concreto e quotidiano farsi, indichino delle caratteristiche peculiari dell'essere uomo empiricamente

²⁸⁴ Ivi, p. 201.

²⁸⁵ “Si va dall'ambigua antropologia hobbesiana - divisa tra istintualità dell'originario (ma supposto!) stato di natura e la razionalità calcolatorio-utilitaristica che produce la successiva società civile - alla semplicistica antropologia razionalistica di un certo tranquillante illuminismo, in specie francese, e di poi dell'utilitarismo benthamiano e del pragmatismo attuale. Oppure si va dalla antropologia razionale di Kant a quella dialettica di Hegel; e ancora da quella materialistico-fabbrile di Marx a quella di Nietzsche, per il quale l'uomo è *naturaliter* volontà di potenza”, S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 201.

controllabili. Pertanto più ampia e articolata sarà l'analisi antropologica (scientifica e filosofica) più saranno significativi i risultati derivanti dall'analisi del diritto che con essa coincidano.

La prima caratteristica dell'essere uomo che Cotta individua mediante il diritto è la relazionalità; l'uomo per natura è un ente in relazione. Ripercorrendo l'analisi del rapporto fra natura e diritto fin qui svolta, l'autore afferma che

la trasversalità transtorica del giuridico, per un verso, è attestazione sicura della relazionalità; per l'altro trae da questa la propria spiegazione²⁸⁶.

Questa tesi parte dall'assunto elementare che in nessun luogo e in nessun tempo l'uomo è in condizione di vivere assolutamente solo ma è sempre e comunque costretto alla relazione.

Il fondamento antropologico del *Sollen*, come visto nel paragrafo precedente può essere un'ulteriore prova della naturale relazionalità dell'uomo. Se al mondo non fossero presenti almeno due io, entrambi non sottoposti al determinismo animale, non avrebbe nemmeno senso l'idea di un dover fare e il concetto stesso di regola perderebbe di significato.

Anche il dato empirico tende a dimostrare la naturale relazionalità dell'uomo: ogni sistema normativo infatti nasce come esplicitazione di questo assunto dal momento che si propone di ordinare i rapporti fra gli uomini; se tali rapporti non vi fossero non avrebbe senso nemmeno un articolato sistema normativo. Cotta cita ad esempio l'art.1, c.1, del Codice Civile italiano: “*La capacità giuridica si acquista al momento della nascita*”. L'attribuzione della capacità giuridica, che in alcune culture primitive non avviene con la nascita ma con un successivo rito di iniziazione in età avanzata, è necessaria per rendere chiari i rapporti tra gli individui una volta che viene riconosciuto e tutelato il loro essere uomini²⁸⁷.

Inoltre, sottolinea l'autore, la caratteristica della relazionalità non è prerogativa univoca del mondo giuridico e dei giuristi, ma si ritrova a diversi livelli della riflessione coscienziale.

²⁸⁶ Ivi, p. 202.

²⁸⁷ Ivi, p. 203.

Livello *naturalistico*: l'io è generato da e genera con; la struttura genetica individuale di ciascuno ha origine dalla relazione-combinazione dei cromosomi paterni e materni;

livello *psicologico e psicanalitico*: l'io non è autoreferenziale a meno che non cada nel narcisismo che però porta alla sua morte psichica e alle volte fisica. Inoltre, rifacendosi a Freud, l'autore sottolinea come l'io raggiunga la sua piena maturità psichica unicamente quando è in grado di ordinare l'originario e originante triangolo familiare (padre, madre, figlio) rielaborando le pulsioni edipiche e superando la rimozione;

livello *culturale*: l'io non pensa e non si pensa in un totale vuoto di pensiero. Necessariamente dovrà confrontarsi con un pensiero e una cultura già pensati e a lui precedenti. Potrà porsi rispetto ad essi in maniera innovativa, ma dovrà comunque ammetterne l'esistenza e quindi entrare in relazione con loro;

livello del *fare e dell'agire*: l'io non è onnipotente, non è in grado da solo di porre in essere tutto che ciò che la fantasia gli suggerisce. Solo entrando in relazione con l'altro può aspirare a ciò attraverso la cooperazione;

livello della *coscienza di se*: l'io può avere coscienza di se solo quando entra in relazione con l'altro, scoprendo quindi un io diverso da se stesso ma accomunato dalla medesima caratteristica di essere uomo.

Come si può notare la relazionalità non è un prodotto dell'uomo, è qualcosa di innato che lo contraddistingue in ogni espressione del proprio essere.

La tesi kantiana secondo cui il diritto regola unicamente le relazioni esterne va rivista alla luce di questa prospettiva; sono esterne quelle relazioni e quegli atti che non rimangono chiusi nel segreto dei sentimenti, aspirazioni e meditazioni del tutto interiori. Ma ciò non significa che esse siano artificiali, superflue, estrinseche, in altre parole separate da un abisso invalicabile rispetto all'interno dell'io. Non è però nemmeno condivisibile l'opposta tesi hegeliana per cui "*l'esterno è l'interno*"²⁸⁸: essa va corretta secondo Cotta nel senso che interno e

²⁸⁸ Hegel sottolinea come la caratteristica del mondo organico, essenzialmente teleologico, è quella dell'opposizione, della lotta e della conciliazione tra l'interno e l'esterno. Il mondo organico presenta infatti un'apparenza, un esterno, che sembra in gran parte accidentale. Ma esso in realtà trova origine e significato soltanto nella sua ragion d'essere, nel suo interno: e quest'ultimo è sempre costituito in guisa teleologica, cioè in vista del fine dell'organismo stesso. Le obiettivazioni progressive dell'interiorità teleologica sono poi il genere e la specie,

esterno sono fra loro reciprocamente transitivi nella dinamica umana del percepire e agire, e costituiscono l'unità del *Sein* uomo.

Queste riflessioni sono implicitamente radicate nel diritto positivo e nell'attività del giurista. Sia nel redigere una nuova normativa che nel valutare il senso e l'intenzione degli atti compiuti da un soggetto, legislatore e giurista vanno a scandagliare l'interno dell'animo umano per esplorarne motivi e intenzioni. La massima espressione della transitività di interno-esterno per Cotta la si ritrova a livello giuridico, sia nel diritto penale che nel diritto privato, ogni qual volta è necessario accertare la capacità o l'incapacità di agire dell'individuo in chiara coscienza o in nome proprio. Facendo questo si accerta la sua responsabilità nelle relazioni con gli altri. Si analizza la sua capacità *intrinseca* di porre in essere atti *estrinseci* che lo mettono in *relazione* con l'altro²⁸⁹.

Queste riflessioni ci portano a considerare la seconda peculiare caratteristica dell'ente uomo individuata da Cotta: la complessa unità dell'io. L'io non è un ente unidimensionale, è un sinolo di corpo e spirito. La conferma viene data anche dalle più avanzate scienze bio-neuro-psicologiche nel continuo progredire degli studi sull'unità psico-somatica dell'individuo.

Per Cotta

attraverso cui si attua il successivo progresso ascendente dell'individualità organica in vista di una compiuta universalità. Per un approfondimento si veda la voce *Hegel* in *Enciclopedia filosofica*, vol. V, Centro di studi filosofici, Epidem, Gallarate, 1979², pp. 1014 e ss.

²⁸⁹ Interessante al riguardo, l'analisi che Gaetano Marini fa del pensiero di Giuseppe Bettiol nel suo *Giuseppe Bettiol, diritto penale come filosofia*. Marini descrive molto accuratamente l'interesse del grande penalista padovano in merito alla concezione di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, in tedesco *Gesinnungsstrafrecht*, inteso come attenzione per la personalità come modo di essere del soggetto impegnato nella scelta tra valore e disvalore, G. MARINI, *Giuseppe Bettiol, diritto penale come filosofia*, E.S.I., Napoli, 1992, p. 90. Emblematiche sono anche le parole dello stesso Bettiol che nel descrivere la condizione umana sottolinea "l'uomo balza vivo davanti a noi non solo perché intenda o voglia qualche cosa, ma perché si impegna in qualche cosa per una ragione che intende come lecita o come illecita. Gli stati di coscienza sono eticamente rilevanti se l'uomo non è inteso solo come un'entità naturalisticamente zoologica; e il diritto penale - legato com'è all'etica - non può dagli stessi prescindere, non già per sostituirli al fatto o alla volontarietà, ma solo per misurare il grado della colpevolezza o della rimproverabilità ad ogni suo comportamento", G. BETTIOL, *Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1971, p. 103.

l'unità sintetica dell'io ha la propria più evidente manifestazione nella unione di corpo e anima spirituale, la cui scissione è incompatibile con la vita e la vitalità dell'individuo²⁹⁰.

Rispetto a questo argomento Cotta porta l'esempio della concordanza fra encefalogramma piatto e cessazione definitiva del ritmo cardiaco, per determinare la morte di un individuo. Con il primo si accerterebbe la cessazione della capacità di percepire e pensare, con il secondo la cessazione della capacità di far rigenerare le cellule del corpo: l'io è morto²⁹¹.

Un passo ulteriore nella precisazione del sinolo inteso come sintesi di corpo e anima, sta nella sua interpretazione quale unità sintetica di finito e infinito.

Il corpo è sicuramente finito nella sua individualità, ma le potenzialità che lo contraddistinguono tendono all'infinito sia da un punto di vista percettivo che comunicativo. Anche lo spirito umano è capace di intendere l'infinito quale superamento della propria datità ontica proprio perché non è mai sazio dei risultati finiti di questa sua ricerca. Il non riconoscimento della presenza nell'individuo di queste due dimensioni di finito e infinito corrisponderebbe al dissolvimento nichilistico dell'individuo. Se l'individuo fosse solo finito non sarebbe più un ente dinamico caratterizzato dalla tensione della ricerca dell'altro e dell'infinito ma un ente passivo e inerme, se fosse solo infinito si perderebbe nella volontà di potenza assoluta e nel narcisistico compiacimento di sé.

In merito a queste considerazioni, Cotta si rifà alla filosofia cristiana, filosofia che lo ha sempre ispirato e contraddistinto: egli ritiene, infatti, che la struttura sintetica dell'io sia un caposaldo di tale filosofia.

²⁹⁰ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 206.

²⁹¹ Cotta fa riferimento alla legislazione precedente al 1993. Con l'emanazione della legge n.578 del 29 dicembre 1993, si stabilisce che la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo (art. 1), la morte per arresto cardiaco si intende avvenuta quando la respirazione e la circolazione sono cessate per un intervallo di tempo tale da comportare la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo e può essere accertata con le modalità definite con decreto emanato dal Ministro della sanità (art. 2, c. 1), la morte nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie si intende avvenuta quando si verifica la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo ed è accertata con le modalità clinico-strumentali definite con decreto emanato dal Ministro della sanità (art. 2, c. 2). Come si può notare l'odierna regolamentazione del fine vita risulta assai più complessa di quella a cui fa riferimento Cotta e, specie nell'ultimo periodo visti i recenti casi di cronaca, ha dato adito a diverse critiche nel merito delle quali non appare in questa sede il caso di entrare, data la vastità della materia. Si segnala tuttavia, anche per qualche spunto comparatistico R. BARCARO, *Prospettive bioetiche di fine vita*, Franco Angeli, Milano, 2008.

S. Agostino, costretto dalle sollecitazioni derivanti dalla riflessione sulla problematica del sapere e dell'esistenza, ha indagato a fondo nell'interiorità del suo io.

Qui ha scoperto, per se e per l'uomo, la presenza del Dio trascendentale: il Dio, insieme *secretissimus et praesentissimus* (Conf. I, 4,4), *interior intimo meo et superior summo meo* (ib., III, 6, 11), *extra me et in me ipso* (ib., XIII, 9, 8) e infine, con la formula inglobante le altre, *internus aeternus* (ib., IX, 4, 10). Lo illuminava certo la fede, ma proprio questa lo spingeva a passare al vaglio del più severo esercizio della criticità quel processo di autocoscienza dell'io, il cui termine è il disvelamento della natura finito-infinita dell'uomo²⁹².

Anche Hegel, secondo l'autore, ha riconosciuto la sinteticità dell'io:

l'uomo non è per natura colui in cui vive e abita lo spirito di Dio;
l'uomo non è per natura ciò che deve essere; l'animale è per natura ciò che deve essere²⁹³.

In questo passo Cotta vede una affermazione, seppur formulata *per negationem* della struttura sintetica dell'uomo. L'uomo verrebbe contrapposto all'animale che ha natura deterministica e amorale. Questa natura, caratterizzata dalla mera fisicità al contrario non è riconosciuta all'uomo, poiché in esso vive e abita lo spirito di Dio. Non vi è dubbio che vi sia una netta differenza fra il Dio cristiano, trascendente e eterno in Sé e l'immanente spirito divino hegeliano che si risolve nella storicità temporale del *Weltgeist*²⁹⁴ che si incarna non nell'individuo come singolo ma nella comunità politica nazionale più capace di farsi valere di volta in volta. Sicuramente però il pensiero hegeliano può considerarsi influenzato dall'idea cristiana di un io complesso caratterizzato dalla propria natura sintetica. Alla luce delle ultime considerazioni si può affermare che il ragionamento iniziato con la domanda cos'è il diritto naturale volge ormai al termine: ammesso che la natura umana costituisce la premessa costante, anche se implicita, che rende

²⁹² S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 208

²⁹³ G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla storia della filosofia*, cit., p.135.

²⁹⁴ "Il dominio giuridico dell'eticità presso i popoli è la coscienza di sé dello spirito: essi sono il concetto che lo Spirito ha di sé medesimo. È dunque l'idea dello Spirito che si realizza nella storia. Da ciò che lo Spirito sa di sé dipende la coscienza del popolo", G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, cit., p. 43.

ragione della giuridicità transtorica e del diritto storico ed ammesso che tale natura umana ha come caratteristica fondamentale la relazionalità e la sinteticità nell'io di spirito e corpo, finito e infinito, si può dire, con Cotta, di aver raggiunto un approdo.

Il fondamento ontologico dell'esistenza del diritto storico e transtorico è l'io sintetico relazionale, il cui rispetto è la condizione imprescindibile dell'agire umano. Il rispetto di questo fondamento costituisce, altresì, il criterio di giudizio con il quale si può valutare la validità e l'obbligatorietà di ogni diritto positivo indipendentemente dalla sua effettiva costrittività.

Per l'autore, nel caso di diritto positivo passato al vaglio di questa critica e constatata la sua conformità alla natura umana sintetico relazionale, si può parlare di *diritto naturale vigente*, inteso come

diritto elaborato dagli uomini, per l'uomo, in conformità alla sua natura²⁹⁵.

²⁹⁵ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 210.

4.5. LA FONDAZIONE ONTOLOGICA DEL DOVER ESSERE

Procedendo nel percorso di avvicinamento al concetto di “*diritto naturale vigente*”, è necessario interrogarsi in merito alla fondazione ontologica del dover essere, dove per fondazione ontologica non si intende certamente una elencazione del contenuto dei doveri e della loro giustificazione, bensì l'analisi del perché l'uomo e solo l'uomo porti dentro di sé in modo ineludibile la dimensione del dover essere.

Cotta ritiene che ai fini di un'analisi di questo tipo sia necessario non considerare il semplice rapporto essere-dover essere, ma il rapporto triadico essere-esistenza-dover essere. Senza l'esistenza come intermediario (condizione che non coincide con l'essere dell'essente ma non gli è neppure estranea) sarebbe impossibile relazionare l'essere con il dover essere perché o si considerano come due postulati assolutamente estranei o il dover essere non sarebbe altro che lo svolgimento naturalisticamente necessitato dell'essere.

Compatibilmente con quanto espresso da Kierkegaard, l'esistenza può essere considerata come il vivere la possibilità²⁹⁶: la prima conoscenza che l'essente ha di se stesso è quella di colui che ha diverse possibilità. Come si vede caratteristica dell'esistenza è che essa in qualche modo appartiene e differisce dall'essere al contempo: infatti le potenzialità esistenziali dell'essente derivano dall'essere stesso (qui sta l'appartenenza) ma contemporaneamente l'essente come abbiamo visto è colui che ha possibilità, e una possibilità indica sempre una non compiutezza dell'essente che altrimenti sarebbe un essere dato e finito. L'esistenza quindi

non è mai senza l'essere (obliato dal puro fenomenismo) ed è sempre oltre l'essere dato (cui rimane fermo il puro naturalismo)²⁹⁷.

È da questa condizione che deriva la dialettica dinamica dell'esistenza che tende ad attualizzare le possibilità implicite dell'essere per portarlo a compiutezza.

Tornando al discorso già affrontato in precedenza dell'essente concepito come dualità di finito e infinito, tale dualità rende ragione della incompiutezza dell'essere ed è una caratteristica ontologica dell'ente uomo. Quella che in un

²⁹⁶ S. KIERKEGAARD, *Briciole di filosofia*, in *Opere*, a cura di C. Fabro, Sansoni, Firenze, 1972, p. 238.

²⁹⁷ S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 148.

primo momento appare come coscienza della possibilità, a un esame più approfondito si rivela come spinta dell'essere nella direzione dell'infinito. L'essente è portato dal proprio essere a attuare realmente le possibilità che gli si presentano nel tentativo di raggiungere la pienezza che gli è propria. La possibilità per sua natura designa tuttavia un qualcosa che può venire attuato o meno: a questo punto subentra il dover essere. Esso va inteso come

dovere di essere: la norma della realizzazione di sé dell'essente nella sintesi dialettica finito-infinito²⁹⁸.

Questa caratteristica dualità non appartiene ovviamente ad un unico individuo. Come visto, non è reale né pensabile l'esistenza di un individuo completamente isolato. Secondo l'analisi fenomenologica si mostra come la riflessione che l'io esercita su di sé comporta necessariamente il riconoscimento della presenza di un altro che è una sorta di *alter ego*: tale riconoscimento essendo reciproco impedisce di pensare l'altro come una semplice proiezione del proprio io. L'altro possiede le stesse capacità dell'io, entrambi hanno la medesima struttura ontologica. Il con-esserci è sinonimo di parità ontologica da cui si desume che in ogni uomo è presente il dover essere nel significato sopra descritto di dovere di essere.

Se la parità ontologica riconosciuta fra gli individui si limitasse ad un semplice con-esserci, un esserci accanto, i singoli potrebbero comunque vivere nell'indifferenza pur avendo preso atto di questo essere assieme nella esteriorità.

In realtà già solo attraverso una osservazione empirica si nota come sia presente negli individui una forte componente di relazionalità che li spinge a condividere ogni aspetto della propria vita.

Anche ragionando da un punto di vista ontologico, si comprende come essendo gli enti duali finiti essi non possono negarsi l'uno con l'altro e nemmeno possono fare a meno l'uno dell'altro. La comprensione e la comunicazione che contraddistingue le loro relazioni, che risulterebbero altrimenti inspiegabili vista la finitezza propria degli enti, deriva secondo Cotta dal loro desiderio di tendere all'infinito²⁹⁹. Ragionando per assurdo, d'altra parte se gli individui non interagissero fra loro attraverso un rapporto di comunicazione comprensione, ogni individuo sarebbe

²⁹⁸ Ivi, p. 149.

²⁹⁹ Ivi, p. 150.

portato all'assolutizzazione di sé, valutando come infinita la propria condizione di finitezza, ma ciò non è compatibile con la struttura ontologica dell'uomo che abbiamo visto avere carattere duale.

Sulla base di questi ragionamenti Cotta sostiene quindi che

il con esserci si rivela espressione ontofenomenica della relazione di accoglienza reciproca, implicata nella difettività del bisogno di essere dell'essente e nella struttura ontologica del duale³⁰⁰.

Tale relazione viene indicata dall'autore con il termine di *coesistenza*. Questa rappresenta la condizione fondamentale affinché il bisogno di ogni individuo corrisponda al proprio essere: solo attraverso la conoscenza reciproca, e quindi la coesistenza, l'essente può raggiungere piena e integrale conoscenza e realizzazione di sé.

Il carattere finito proprio di ogni uomo dà ragione di come tale esigenza ontologica fondamentale di realizzazione di sé attraverso la coesistenza non sia uniforme in tutti gli individui allo stesso modo. Sebbene in misura differente la capacità individuale di comprendere l'altro e di realizzare la sollecitazione interiore dell'infinito non manca mai in nessun individuo. Questa condizione di disparità fra le diverse capacità dei singoli, chi più chi meno in grado di comprendere e relazionarsi con l'altro, sarebbe alla base dei conflitti umani. La coesistenza, intesa in questo senso può essere fonte di incomprensione e estraneità fra gli essenti.

Paradossalmente anche nel conflitto torna alla luce il carattere fondamentale di relazionalità insito nell'uomo: il conflitto non è altro che una relazione di tra opposti. La relazione di opposizione per Cotta ha carattere unicamente contingente: essa infatti non è fine a se stessa, ma ha come obiettivo quello di stabilire una relazione di dominio fra i due enti in conflitto³⁰¹. Se tale relazione di dominio venisse utilizzata quale criterio ermeneutico dell'esistenza umana al posto della coesistenza, verrebbe meno la dualità strutturale dell'ente uomo. Egli sarebbe infatti ridotto a pura finitezza, non vi sarebbero più tra i singoli quei sentimenti di

³⁰⁰ Ivi, p. 150.

³⁰¹ Ivi, p. 151.

comprensione e accoglienza che derivano dalla spinta di ciascuno verso l'infinito. L'uomo costretto nella relazione di dominio sarebbe ridotto a cosa.

Perciò la coesistenza, in quanto implicata nel bisogno ontologico fondamentale dell'ente duale, è il *principium, reddendae rationis* dell'esserci ontico dei diversi tipi di relazione *intra* umana e intersoggettiva (amicale, economica, politica, giuridica, morale), di cui permette di intendere la struttura propria ad ognuno di tali tipi, quale risposta specifica al bisogno ontologico³⁰².

Sulla base di questo assunto possiamo definire la coesistenza come il criterio di valore fondamentale che caratterizza questi rapporti nel loro svolgersi. Il principio di coesistenza inteso in questo modo ci permette di giudicare in modo oggettivo quanto un rapporto sia in grado di rispettare e attuare l'accoglienza reciproca fra i suoi partecipanti; accoglienza che abbiamo visto essere caratteristica fondamentale della condizione duale dell'essere dell'essente ontologicamente spinto alla coesistenza.

Concludendo si può affermare che la coesistenza rappresenta il criterio di determinazione fondamentale del dover essere di ogni relazione fra uomini.

Ebbene, fra queste relazioni possiamo certamente includere anche il diritto. D'altra parte è pacifico che il diritto tende a stabilire situazioni di accordo e regolarità nei rapporti interumani.

Ciò detto, sulla base del ragionamento proposto da Cotta, si può considerare la coesistenza come il criterio di giustificazione ultimo delle norme, capace di renderle obbligatorie in modo oggettivo. La scelta normativa, imperniata su questo valore giustificativo è sottratta all'arbitrio, alla volontà del legislatore e alla vuotezza d'una obbligatorietà puramente formale derivante dall'appartenenza all'ordinamento, come propugnato, al contrario, dal positivismo giuridico.

Se, quindi, una norma, in seguito al controllo valutativo, risulta utile al fine ultimo della coesistenza, essa può considerarsi giustificata dalla coesistenza stessa e verrà sicuramente percepita come obbligatoria.

Secondo Cotta la coesistenza va, infatti, considerata

³⁰² Ibidem.

il fondamento ontologico del diritto e il criterio di giustificazione oggettiva dei vari ordinamenti e norme, ai quali conferisce o nega obbligatorietà³⁰³.

Una considerazione di questo tipo si distacca in modo determinante dalle teorie formalistiche, positivistiche e funzionalistiche sia moderne che contemporanee; ma a ben vedere è netto il distacco anche dalle filosofie contrattualiste che hanno influenzato in maniera decisiva il pensiero occidentale, a partire da Hobbes, agli inizi del XVII secolo.

A differenza delle teorie succitate (nell'ambito delle quali l'uomo era di volta in volta percepito come un ente negativo da controllare, ovvero un ente statico ed inerte da stimolare) la concezione che Cotta ha dell'uomo è quella di un individuo naturalmente portato alla coesistenza ed alla relazionalità. Questa coesistenza, tuttavia, non si regola attraverso la definizione di un contratto fra i singoli che ne garantisca la sicurezza, ma tramite qualcosa di diverso. Rispetto alla concezione contrattualistica la tesi proposta da Cotta ha il pregio di coinvolgere l'uomo come persona, non perché appartenente ad una comunità sociale. Nessun essere umano che si consideri persona potrà evitare di sottostare alle regole di coesistenza così come giustificate oggettivamente tramite il ragionamento di verità. Il basare la giustificazione dell'obbligatorietà della norma sul discorso di ragione e sulla verità è un'altra prospettiva illuminante del pensiero di Cotta. Se infatti una norma è oggettivamente giustificata secondo ragione e verità, alla luce del principio di coesistenza, qualsiasi uomo che si consideri dotato di ragione non potrà non sentire la norma così posta come obbligatoria.

Certo è sempre possibile la trasgressione alla norma, il processo di giustificazione non la può evitare, ma chi trasgredisce non lo farà serenamente, pensando di compiere un atto lecito; al contrario si renderà conto che il suo operare va contro la ragione e la verità giustificatrici della norma, e che per di più il suo comportamento mina la coesistenza quale principio insito nella natura umana.

Notevole è, pertanto, la presa di distanza dalle posizioni neo positiviste di Kelsen, dal realismo scandinavo di Olivecrona³⁰⁴ e Ross³⁰⁵ e dalla filosofia analitica di

³⁰³ Ivi, p. 152.

³⁰⁴ Si veda, sul punto, l'analisi e la successiva critica che Todescan muove alla posizione di Olivecrona: "egli sostiene l'opposto di quello che comunemente si afferma. Non è tanto il

Hart. In tutti questi sistemi infatti il sentimento che il singolo nutre nei confronti della norma è l'obbedienza. Egli rispetta la norma per motivi diversi, che vanno dalla sua appartenenza ad un ordinamento necessario, come nel caso di Kelsen, all'influenza dell'ideologia e della propaganda, come nel caso di Ross. Il problema è che questi sono tutti fattori esterni al singolo, rispetto ai quali egli può sempre mutare posizione, non percependoli come espressione della propria natura, ribellandosi di conseguenza alla norma. Il fondare l'obbligatorietà della norma sulla coesistenza, così come teorizzato da Cotta, rende impossibile una presa di posizione contraria del singolo nei confronti della norma, perché se quest'ultima

diritto che recepisce determinati ideali morali e li traduce in norme giuridiche ma l'inverso. L'affermazione di un determinato ordinamento giuridico, abituandoci a seguire determinati comportamenti, crea la convinzione che sia eticamente buono o cattivo ciò che la legge giuridica ha imposto. [...] Anche quel valore che comunemente è posto come valore centrale dell'esperienza giuridica, la giustizia, secondo Olivecrona va ridotto a una matrice utilitaristica: la giustizia non è altro che un paravento dell'utile dei governanti. Questa concezione può essere abbastanza agevolmente criticata. Il capovolgimento del rapporto tra diritto e morale, infatti, non spiega come è nata storicamente la norma. Perché la norma punisce l'omicidio e non lo premia? Mettendo il diritto prima della morale, non ci si pone il problema del come sia nato l'ordinamento giuridico, a meno di non relegarlo ad assoluta casualità ed irrazionalità, contro ogni constatazione della storia del diritto. La dottrina di Olivecrona toglie al diritto qualsiasi fondamento assiologico e finisce per ridurlo a pura forza. Il diritto è forza organizzata; organizza la forza e quindi la forza non è più strumento del diritto, ma oggetto del diritto nel quale il diritto finisce per essere riassorbito". Anche la posizione di Olivecrona, a ben vedere, quindi, individua nella prescrittività associata alla forza il contenuto dell'obbligatorietà del diritto. F. TODESCAN, *A proposito della validità giuridica in Olivecrona*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», Vol. XLV, (1968), pp. 631 – 640, ora in *Metodo diritto e politica*, cit., pp. 322 e ss.. Ricordiamo anche l'esemplificativo paragone che Olivecrona fa in *Law as fact*, successivamente ripreso da Gentile nel suo *Legalità giustizia e giustificazione* per criticare il sistema giuridico proposto dal filosofo scandinavo: "l'aporeticità della geometria legale potrebbe essere esplorata in tanti frangenti: nella trasformazione dell'attitudine soggettiva al rispetto delle regole, paragonata alla corrente di un fiume, nel meccanismo della legislazione paragonato ad una centrale elettrica, per la produzione di elettricità", F. GENTILE, *Legalità, giustizia e giustificazione*, cit., p. 59.

³⁰⁵ Il tentativo di Ross è di mettere in luce la coerenza e la prevedibilità nelle decisioni verbali formulate dal giudice osservate dall'esterno. Ciò tuttavia non è sufficiente a stabilire la validità (obbligatorietà) dell'ordinamento, la quale ha bisogno anche dell'elemento psicologico, poiché la suddetta coerenza delle decisioni giudiziarie può essere stabilita soltanto in base all'ipotesi che il giudice nella sua vita spirituale sia governato e animato da un'ideologia normativa dal contenuto noto. Secondo questa costruzione l'obbligatorietà della norma si baserebbe sul fatto di essere concretamente applicata o quanto meno sulla prevedibilità che essa venga applicata da parte di un giudice. Tutto è demandato al comportamento delle corti. In questo caso non ci troviamo di fronte alla giustificazione dell'obbligatorietà della norma: ci troviamo di fronte a quello che potremmo stabilire come un rilevamento statistico probabilistico dell'obbedienza dei giudici alla norma. Si fa ancora riferimento alle parole di Todescan che così descrive la posizione di Ross: "questo concetto di validità implica uno sguardo verso il futuro, perché è giudizio di probabilità su un evento futuro, ma ricavato tenendo presente come i giudici si sono comportati in passato per risolvere casi analoghi. Quindi, c'è tanto un aspetto behaviouristico, quanto un giudizio probabilistico, rivolto al futuro", F. TODESCAN, *Metodo diritto e politica*, cit., p. 325.

ha effettivamente superato il vaglio di giustificazione oggettiva, essa esprimerà un precetto che è funzionale alla coesistenza e quindi alla natura stessa dell'uomo. Ed è quindi impensabile che un soggetto agisca, in modo superficiale, contro la propria natura.

A questo punto del percorso è necessario formulare alcune considerazioni riassuntive. In primo luogo si è visto come per Cotta ciò che contraddistingue l'essere dell'uomo è la coesistenza, che può essere definita minimo comune denominatore della natura di ciascuno. Preso atto di ciò si è evidenziato come, secondo l'autore, il diritto, tutto il diritto, anche quello positivo, debba trovare il proprio fondamento nella natura coesistenziale dell'uomo; la norma giuridica, infatti, trae la propria obbligatorietà oggettiva proprio dal riferimento a tale natura coesistenziale.

Alla luce di tali precisazioni rimane, quindi, da affrontare un ultimo quesito, volutamente lasciato in sospenso all'inizio del presente capitolo, ovverosia quale sia la funzione del diritto, e in definitiva quale sia la sua natura; in altri termini se il diritto possa essere ridotto ad espressione dell'ordinamento giuridico, in ragione di una sua pretesa funzione meramente formale.

4.6. UNA NUOVA INTERPRETAZIONE DELLA FUNZIONE DEL DIRITTO ALLA LUCE DELLE RIFLESSIONI DI COTTA

Ebbene, in forza delle riflessioni sin qui esposte, Cotta ritiene che tutti i diversi modi di vivere, le diverse attività umane precedentemente elencate (dalla politica, alla morale, alla carità, al diritto), debbano essere primariamente indirizzati alla realizzazione della relazionalità coesistenziale, dal momento che è in tal modo che l'uomo esprime e realizza la propria natura.

L'autore indica tale funzione come primaria. Tuttavia, ciascun modo di vivere, ciascuna attività, realizza tale funzione primaria in modo specifico, in virtù della propria struttura particolare;

pertanto si può dire, a questo livello di discorso, che ognuno di essi ha una propria funzione specifica innestata sul tronco comune della funzione primaria. Così la politica, il cui principio costitutivo è il bene comune, ha la funzione specifica di realizzare la coesistenza assicurando la partecipazione al bene comune mediante la solidarietà. E la carità, il cui principio costitutivo è la partecipazione al Tutto, assolve alla funzione coesistenziale attraverso la testimonianza della piena accettazione fraterna³⁰⁶.

Ogni attività umana assolverebbe quindi alla funzione generale di realizzare la coesistenzialità naturale dell'uomo attraverso una funzione specifica determinata dalla sua struttura, e che la diversifica da ogni altro modo di vivere.

Anche il diritto, secondo Cotta, non fa eccezione, avendo la stessa funzione generale delle altre attività umane; e ciò non perché, come sostenuto dai formalisti, ne è la forma esterna, ma poiché al pari delle stesse, è contraddistinto dalla medesima funzione generale, la tensione verso la coesistenzialità.

Ciò detto, volendo definire quale sia la funzione specifica che contraddistingue il diritto dalle altre attività umane, a parere dell'autore, è facile rinvenire tale funzione nella regolarità conforme a giustizia, che risulta essere l'unica funzione propria esclusivamente della struttura giuridica.

³⁰⁶ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 176.

In riferimento alle altre funzioni solitamente attribuite al diritto, già elencate all'inizio del presente capitolo, Cotta afferma che queste:

o gli sono esterne, attribuitegli in base a scelte ideologiche, oppure sono, più correttamente, conseguenze della sua funzione di legalità giusta, poiché realizzandola, si hanno la libertà e l'ordine corrispondenti alla parità ontologica assicurata dalla giustizia³⁰⁷.

Alla luce di tale considerazione, il diritto, a differenza di quanto sostenuto dalle teorie formaliste, non può essere considerato mera forma; ciò poiché non solo risolve le controversie, o punisce, con forme diverse da quelle con cui lo fanno gli altri modi di vivere (quali la politica o l'amicizia), ma perché lo fa in modo strutturalmente differente.

Risulta di immediata comprensione come la risoluzione di una controversia nell'ambito di una relazione amicale prescindere dall'esatta definizione della trasgressione e dall'attribuzione di una sanzione.

Così come pure la colpa o il merito politici si concretano in atti sostanzialmente diversi dalla colpa o dal merito relativi al diritto. Basti ricordare un tipico motto della politica: *right or wrong, my country* (abbia ragione o torto, è la mia patria), che certamente non corrisponde all'universalità della regola³⁰⁸.

È un dato di fatto, tuttavia, che il rapporto tra giustizia e legge nel corso dei secoli sia andato sfilacciandosi, tanto che sempre più raramente nei dettati normativi si fa riferimento alla giustizia quale principio supremo. Tale legame è, comunque, ben presente nella coscienza comune che associa il chiedere giustizia all'istanza di individuazione di una legge comune e condivisa dalle parti in causa che determini il diritto di entrambe. Cotta ricorda al proposito che anche secondo Kant giustizia e legalità risultano inscindibili e, in particolare, la giustizia non costituirebbe altro che il trascendentale della regola o norma giuridica che dir si voglia.

Peraltro, è evidente che nel corso della storia si sono verificate situazioni in cui il diritto è stato utilizzato per funzioni diverse dalla sua funzione strutturale: tale dato non viene disconosciuto da Cotta il quale sottolinea come il diritto di volta in

³⁰⁷ Ivi, p. 177.

³⁰⁸ Ibidem.

volta sia tornato utile per rinsaldare il potere politico col timore della sanzione giuridica o per rafforzare l'unità socio-politica con il rispetto spontaneo della legge. Del resto, è altrettanto pacifico che nel corso dei secoli sono state emanate norme che nulla hanno a che spartire con la funzione propria del diritto individuata dall'autore e che, secondo il criterio strutturale proposto, sarebbero da ritenersi antiggiuridiche.

Nonostante ciò, Cotta sottolinea come:

a parte l'inevitabile difettività e imperfezione umana, che ostacola una piena realizzazione della giustizia come di ogni altro valore, non è difficile capire che in tali casi il diritto è stato appunto usato come un mero strumento, facendo violenza alla sua essenza strutturale³⁰⁹

Ciò accade, in particolare, quando prevale, nel legislatore, l'interesse per la volontà politica e per il potere, la *salus principis*.

Tuttavia, sottolinea l'autore, la sottoposizione della coscienza giuridica alla coscienza politica, e il contestuale utilizzo del diritto quale mero strumento in disaccordo con la sua struttura essenziale, avviene sempre all'esito di un contrasto, che disvela di per se stesso la differenza tra i due modi di vivere e tra le strutture coesistenziali a cui gli stessi fanno riferimento.

Cotta evidenzia un'altra circostanza a sostegno di quanto sin qui affermato: tramite la propria struttura immanente, il diritto conferisce stabilità, regolarità, e imparzialità alla direttiva politica che viene trasfusa in norma giuridica.

Si stabilisce così un limite, sia pur non invalicabile, alla variabilità e persino all'arbitrio della volontà politica. Lo conferma il fatto che, se si vuole superare tale limite, si è costretti a uscire dalla regolarità del diritto o a svuotare dall'interno la coscienza giuridica.³¹⁰

Grazie alle riflessioni proposte da Cotta siamo quindi giunti ad individuare con precisione la funzione che contraddistingue il diritto dalle altre attività umane, e che gli è pertanto specifica. Tale funzione, tutt'altro che formale, consiste nell'attuare la legalità secondo giustizia.

³⁰⁹ Ivi, p. 178.

³¹⁰ Ivi, p. 179.

Per quanto detto, si può legittimamente affermare che, svolgendo la propria funzione specifica, il diritto garantisce la relazionalità coesistenziale dell'uomo, e aiuta quest'ultimo a realizzare a pieno la propria natura di essere in relazione.

L'assunto di questa relazionalità intrinseca alla natura umana, unito alla domanda fondamentale in merito all'essere del diritto, riconduce, nuovamente, all'idea cardine del sistema cottiano, il *diritto naturale vigente*; un diritto naturale positivizzato che tiene conto, nel suo porsi, di questa fondamentale caratteristica della natura umana.

Per rifarci alle parole di Cotta, il diritto naturale, inteso in questo senso,

non è dunque una astratta costruzione intellettualistica né un puro ideale; è invece la vivente realtà del diritto elaborato dagli uomini per l'uomo in conformità alla sua natura³¹¹.

Con l'espressione *diritto naturale vigente* l'autore non vuole, quindi, indicare la vigenza di un ipotetico diritto naturale al fianco, o ancor peggio al di sopra, del diritto positivo, ma al contrario che il diritto positivo stesso se obbligatorio, perché oggettivamente giustificato secondo il procedimento descritto, è diritto naturale. Quella formulata dall'autore torinese è una affermazione di non poco momento, in grado, come visto, di capovolgere la concezione positivista del concetto di obbligatorietà della norma. È lo stesso Cotta a sottolineare come essa abbia destato un certo scalpore, al tempo in cui venne formulata fra gli studiosi di diritto in Italia³¹².

Secondo tale visuale, il diritto positivo, se non possiede il carattere di naturalità messo in luce dalla sua giustificazione oggettiva non sarebbe altro che, per utilizzare un famosa espressione di san Tommaso d'Aquino, *magis iniquitas quam lex*³¹³. Per risultare obbligatorio e non una iniqua imposizione, il diritto positivo deve essere naturale, dove per naturale si intende rispettoso della natura umana.

³¹¹ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit., p. 210.

³¹² “È una espressione che a suo tempo destò scandalo, ma che ora, nel senso precisato di diritto naturale, mi pare non presenti ambiguità né difficoltà insormontabili”, S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 131.

³¹³ Nel pensiero Tomista, il comando e la sua volizione, per non essere un'iniquità, e possedere natura di legge devono essere regolati dalla ragione, “*Sed voluntas de his quae imperantur, ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit ratione regulata. Et hoc modo intellegitur quod voluntas principis habeat vigorem legis, alioquin voluntas principis magis*

Cotta arriva, quindi, ad affermare sulla base di questi ragionamenti che

tutto il diritto è naturale, sotto il profilo e nel senso precisati, oppure non è diritto³¹⁴.

Ogni diritto positivo, quindi, dovrebbe tenere in considerazione la relazionalità dell'uomo, e così facendo si troverebbe a diretto contatto con la natura di quest'ultimo, assumendola in sé. Ogni norma, ogni sistema giuridico, ogni legge dovrebbe essere passata al vaglio di una critica di umanità e relazionalità, poiché altrimenti vi è il concreto rischio di concepire un diritto formalmente tale, in quanto posto rispettando le prescrizioni necessarie, ma in realtà fondato su violenza materiale e psicologica:

un diritto autocontraddittorio persino etimologicamente, poiché non è di-retto ma dis-torto³¹⁵.

Sono sufficienti i brevi rimandi succitati al pensiero di Cotta, per dar conto di come sia possibile, ed anzi doveroso, un differente approccio allo studio del diritto ed all'analisi del rapporto tra il diritto stesso e l'uomo, rispetto a quanto proposto dalla teoria funzionalistica ed analizzato nel precedente capitolo.

Dalla lettura degli scritti dell'autore, infatti, si percepisce non solo una forte passione per il diritto, ma contestualmente, una grandissima attenzione per l'uomo. Come non percepire nel continuo riferimento alla coesistenza umana la volontà di considerare l'essere dell'uomo in quanto tale, indipendentemente dalla sua collocazione in sovrastrutture statali, politiche ed ordinamentali.

Questa spinta all'integrazione, e alla necessità di una regolamentazione seria, positiva e vincolante del rispetto dell'uomo in quanto uomo è forse l'insegnamento più alto del magistero cottiano. Il diritto, così come considerato nelle sue riflessioni è ben lungi dall'essere una mera norma tecnica, ma costituisce lo strumento

grazie al quale, secondo l'auspicio di Sant'Agostino, i singoli popoli potranno convivere nel mondo, in concordia con i loro vicini, così come le famiglie convivono nello Stato³¹⁶,

esset iniquitas quam lex" *Summa Theologiae*, q. 90, a.1, ad 3, in O. DE BERTOLIS - F. TODESCAN, *Tommaso D'Aquino*, Cedam, Padova, 2003, p. 78.

³¹⁴ S.COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 131.

³¹⁵ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit, p. 211.

o, come descritto nelle parole di Francesco Gentile, un valido aiuto

nel recupero della relazione insidiata dal conflitto, ricollegando l'uomo alla pienezza dell'essere, e ricostruendolo come essere in relazione, che è il proprio della convivenza umana³¹⁷.

Gli scritti di Cotta, al di là di fornire la concretizzazione di un sistema giuridico non incentrato sull'arbitrio del legislatore o sulla forza cogente che la norma è in grado di sviluppare sui destinatari, ma imperniato sul naturale principio della coesistenza fra gli uomini, sono anche una dimostrazione di vero amore, rispetto e passione per il diritto e indicano agli studiosi un modo preciso di rapportarsi al fenomeno giuridico.

Citando Francesco D'Agostino, il pensiero e le riflessioni del filosofo torinese sono in grado di fornire al giurista, nella quotidianità,

quel necessario supplemento d'anima, che è indispensabile per non svuotare di significato il senso di giustizia che ogni essere umano coltiva e porta in se stesso³¹⁸.

In altri termini il legislatore, il giudice, l'avvocato e ogni figura professionale che si trova a confronto con il diritto, dovrebbe sempre considerare il valore e l'importanza di ciò che ha di fronte, e della sua capacità di influenzare la vita di ciascuno, per non rischiare di ridurre quell'elemento che secondo Cotta è in grado di umanizzare e liberare l'uomo, ad una semplice norma tecnica sottoposta all'arbitrio di chi detiene il potere.

L'autore sembra, infine, lanciare un monito ai sostenitori delle teorie formaliste, funzionaliste, e positiviste circa l'importanza di porre la natura dell'uomo a fondamento del diritto, prima di ogni altro interesse.

A tal proposito si citano, per concludere, le emblematiche parole scritte da Cotta in uno dei suoi tanti articoli apparsi su *Iustitia*, la rivista dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, che in parte anticipano le considerazioni finali del presente lavoro:

³¹⁶ S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano, 2004, p. 152.

³¹⁷ F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., p. 228.

³¹⁸ S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 7.

noi non siamo affatto misura - noi siamo misurati. E in questo tempo di tremendo pericolo per la natura e l'umanità, noi andiamo riscoprendo - o meglio dobbiamo riscoprire al di là di tutte le differenze storiche, culturali e ideologiche - che innanzi tutto siamo tutti ugualmente uomini, che ognuno di noi partecipa della universale natura umana. Da questo segnale della natura il diritto positivo deve trarre la misura alla quale sottomettersi³¹⁹.

Le illuminanti considerazioni formulate da Cotta, e qui succintamente riproposte, sono parimenti riferibili anche al tema della funzione promozionale; le stesse permettono di approcciare la questione da una diversa prospettiva, che tenga in debita e rispettosa considerazione l'essere dell'uomo, ponendo quest'ultimo a fondamento del diritto.

³¹⁹ S.COTTA, *Nuove prospettive sul diritto naturale*, in «Iustitia», (1977), p. 285, ora in *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 67.

CONSIDERAZIONI FINALI

L'ultimo capitolo del presente elaborato, lungi dal voler giungere a valutazioni definitive sui temi affrontati, si propone di ripercorrere le tappe dello studio retrospettivo svolto intorno al concetto di funzione promozionale del diritto, al fine di cogliere gli spunti di riflessione emersi nel corso della trattazione.

Innanzitutto, nella prima parte dell'elaborato si è preso contatto con il tema della premialità giuridica intesa come l'utilizzo da parte del legislatore della sanzione positiva al fine di garantire la stabilità dell'ordinamento e la sicurezza dei consociati.

Come visto, è possibile ipotizzare una funzione premiale del diritto solo a partire dalla formazione del cosiddetto Stato moderno, essendo sottesa al concetto di premialità del diritto l'idea di un soggetto giuridico unico, il quale, detentore della produzione giuridica, si struttura come ordinamento.

In forza di tale premessa, è risultato interessante approcciare le riflessioni di uno dei maggiori teorici dello Stato moderno, Thomas Hobbes.

Senza riproporre in questa sede le considerazioni precedentemente effettuate nel corso della trattazione, è sufficiente osservare come dallo studio delle opere del filosofo di Malmesbury siano emersi alcuni capisaldi del suo pensiero, molto importanti nell'economia del presente elaborato, che si vanno brevemente a ribadire.

Pur non affrontando in modo dettagliato il tema della premialità e in particolare del ruolo assunto dalla sanzione positiva nell'ambito dell'ordinamento giuridico, nell'introduzione al *Leviatano* Hobbes scrive:

la ricompensa e la punizione - per mezzo dei quali ogni giuntura e membro sono legati al seggio della sovranità e sono quindi mossi a

compiere il proprio dovere - sono i nervi, i quali hanno la stessa funzione nel corpo naturale³²⁰.

Appare evidente, quindi, anche nel sistema hobbesiano, l'importanza che rivestono gli strumenti del premio e della punizione nell'indirizzare la volontà dei consociati al perseguimento del fine ultimo della pace e della sicurezza sociale; tema affrontato dall'autore nell'ambito del capitolo XXVIII del *Leviatano* intitolato *Punizioni e ricompense*.

La sanzione positiva secondo Hobbes è uno strumento di cui il Sovrano si serve per la propria azione politica ma, per i motivi precedentemente esposti, non può dirsi connotata dal carattere della giuridicità.

A tal riguardo ciò che è emerso dallo studio degli scritti hobbesiani è come nessuno dei tre tipi di beneficio individuati dall'autore sia riconducibile alla nozione di premialità giuridica; ricompensa salario, ricompensa dono e benefici elargiti per timore assumono, a tutto concedere, carattere latamente giuridico poiché promanano direttamente dal Sovrano e, come noto, per il pensiero moderno tutto ciò che promana dal Sovrano è legge; non legge in quanto qualificazione ma legge in quanto comando.

In questo senso Hobbes si dimostra del tutto coerente con i propri assunti di partenza: il primato della legge cede il passo al primato del volere sovrano, che è legge di per sé, ma che altro non è che espressione della forma assoluta del potere che si sviluppa in tutta la sua potenzialità.

Il Sovrano, infatti, secondo il filosofo di Malmesbury, non dovrà comminare pene ed elargire premi nello sterile tentativo di modificare la natura dell'uomo, considerato quale essere meccanicistico, dalla natura prevalentemente negativa e mosso esclusivamente dalle proprie passioni; al contrario, il Sovrano dovrà far uso di tutti i poteri di cui gode (fra cui quello di ricompensare con ricchezze e onori e di punire con punizioni sia corporali che pecuniarie) secondo ciò che egli giudicherà massimamente efficace ad incoraggiare gli uomini a servire lo Stato o a dissuaderli da recargli danno³²¹.

³²⁰ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 5.

³²¹ Ivi, pp. 145 e ss..

In un simile contesto, l'elargizione di premi e la comminazione di pene, sebbene giuridicamente giustificate dall'essere espressione della volontà sovrana, di fatto non sono altro che manifestazione della deriva utilitaristica del fenomeno giuridico, ridotto a mero mezzo per la realizzazione degli obiettivi di chi detiene il potere, il quale può valersi di tali strumenti in modo del tutto arbitrario, sciolto da ogni legame, *ab solutus*.

Alla luce di quanto emerso nel corso della trattazione, le riflessioni di Hobbes confermano la tesi secondo cui l'applicazione indiscriminata di pene e ricompense, se svincolata da ogni valutazione di merito riferita al soggetto destinatario, si trasforma in puro arbitrio.

Si profila, inevitabilmente, la minaccia dell'esercizio di un potere assoluto sebbene velato dalla forma della giuridicità, intesa come giustificazione esclusivamente formale dell'operato del Legislatore-Sovrano, il quale, in definitiva si interessa esclusivamente del proprio utile.

Tale deriva è determinata dall'estromissione del dato umano dal procedimento sanzionatorio. Come visto, infatti, nel sistema ipotizzato da Hobbes, ai fini dell'elargizione della ricompensa nessun peso viene dato al merito del destinatario considerato essere meccanicisticamente determinato; nell'esercizio del potere il Sovrano deve limitarsi ad assecondare le passioni degli uomini, al fine di evitarne lo scontento e, di conseguenza, mantenere l'ordine sociale ed il proprio dominio, suo unico obiettivo.

Tuttavia, dallo studio delle riflessioni hobbesiane è emerso chiaramente come, persino nel contesto relativistico e prassistico ipotizzato dall'autore, vengono individuati alcuni limiti che devono essere rispettati al fine di evitare che l'assegnazione di benefici possa costituire, essa stessa, fonte di sedizione e di rischio per il Sovrano. Quest'ultimo, per impedire la sedizione e la contestuale dissoluzione del suo potere, deve applicare le ricompense in modo molto ponderato, al fine di non accendere la competizione e la rivalità tra i consociati, e tra i predetti e lo Stato. Anche chi detiene il potere, quindi, è mosso dalla paura di perdere il proprio predominio, stato emotivo che si conferma fondamento della società e motore del sistema, unico modo di relazionarsi fra i singoli consociati e tra questi ultimi e il Sovrano.

È necessario, quindi, che il Sovrano mantenga quel delicato equilibrio tra la componente passionale dell'uomo e la struttura assolutistica dello Stato, tramite il

corretto utilizzo del sistema di pesi e contrappesi costituito da punizioni e ricompense. Nemmeno il *Leviatano*, quindi, benché teoricamente connotato da potere assoluto, può ignorare del tutto il dato umano sia nell'attività di governo che nell'esercizio dell'azione giuridica.

Tali osservazioni, sebbene importanti nell'economia del presente lavoro, non pongono comunque in dubbio gli assunti fondamentali del sistema hobbesiano, che vedono nella legge un mero strumento utile al Sovrano per perseguire i propri fini di dominio e che individuano nella paura e nell'insicurezza le uniche modalità di relazione tra gli individui.

Proseguendo nel percorso di approccio al concetto di funzione promozionale del diritto, si è analizzato il pensiero del filosofo Richard Cumberland, contemporaneo di Hobbes, nel tentativo di scardinare le certezze hobbesiane in merito alla natura meccanicistica e negativa dell'uomo, e alla concezione della legge (e in particolare della sanzione positiva) quale mero mezzo per il raggiungimento di un utile da parte del Sovrano.

Come visto, Cumberland prende le mosse dai presupposti del sistema hobbesiano per confutarne successivamente gli approdi teorici.

Secondo il vescovo anglicano, infatti, è ben vero che l'uomo è naturalmente caratterizzato dalla volontà di autoconservazione; quest'ultima, tuttavia, spinge il predetto non a considerare gli altri come degli ostacoli da eliminare o al più degli strumenti da utilizzare per la propria realizzazione, ma a seguire la legge della benevolenza universale, che risulta essere legge sovrana. Ciò è possibile tramite la riformulazione dell'elemento psicologico che sta alla base delle azioni dei singoli: non più la paura, vero e proprio cardine del sistema hobbesiano, ma la benevolenza che, secondo Cumberland, è insita nella natura dell'uomo. Sulla scorta di tale ragionamento, la formazione di un corpo sociale unitario in cui ogni membro agisce in armonia con gli altri e secondo la legge di benevolenza diviene il fine ultimo dell'esistenza di ciascuno. Se, infatti, ogni uomo è naturalmente portato alla benevolenza, ed il conformarsi alle leggi naturali garantisce il raggiungimento di tale obiettivo, l'uomo non potrà che adeguare la propria condotta alle summenzionate leggi; questo non perché coartato dall'esterno ma perché mosso dalla propria natura, giungendo così alla sua piena realizzazione.

È sulla base di tali premesse che il vescovo anglicano descrive la struttura della norma giuridica, la quale, a differenza di quanto proposto nel sistema hobbesiano,

non viene considerata strumento massimo per la coercizione dei consociati da parte della Volontà legislatrice ma deve stimolare l'uomo ad agire e comportarsi secondo i sentimenti del dovere e di benevolenza che gli sono connaturati.

Come visto, la norma, secondo Cumberland, è costituita da due elementi fondamentali: il precetto e la sanzione. Il primo descrive le azioni dell'uomo, mentre la seconda delinea gli effetti ad esse conseguenti, seguendo il principio logico-geometrico di causa-effetto che permea l'intera opera del predetto. In altri termini, compito del precetto è delineare la condotta a cui il singolo è chiamato a conformarsi mentre la sanzione rafforza la funzione del precetto tramite gli strumenti di pena e premio, fornendo alle regole di condotta forza di legge.

Cumberland, inoltre, ritiene ogni uomo contraddistinto da una particolare ragione pratica che indica la strada per giungere alla piena realizzazione di sé; detta ragione pratica una volta appresa la legge e, in modo specifico, gli elementi di precetto e sanzione, è in grado di determinare il rapporto esistente tra le plurime condotte che l'uomo potrebbe porre in essere. In virtù di tale meccanismo, il comportamento conforme viene ad essere il frutto di una valutazione interiore che si genera dalla più profonda coscienza dell'uomo e non da una coercizione subita dall'esterno.

Attraverso il riferimento alla ragione pratica Cumberland sembra aver conseguito il proprio obiettivo, superando i limiti negativi imposti dal sistema hobbesiano: si genera, infatti, un reale rapporto simbiotico tra uomo e legge in cui tutto appare ordinato secondo la regola della benevolenza universale che, a sua volta, è indirizzata alla piena realizzazione della natura umana.

Nel corso della trattazione, tuttavia, è emerso come il sistema proposto dal vescovo anglicano dimostri un limite importante che, come riscontrato successivamente, risulta caratterizzare anche le contemporanee riflessioni intorno al tema della promozionalità giuridica.

Ovviamente il destinatario della norma è consapevole *a priori* dei vantaggi o degli svantaggi derivanti dalla violazione o meno del comando, indicati nella sanzione. Il rischio è, pertanto, che si cada nuovamente in quella deriva utilitaristica che Cumberland si era prefissato di evitare tramite il riferimento alla ragione pratica. Si assiste, in altri termini, ad una inversione di ruoli tra precetto e sanzione; l'uomo focalizza la propria attenzione esclusivamente sui vantaggi o sugli svantaggi che potrebbero derivare dall'applicazione nei suoi confronti della

sanzione, decidendo di agire solo in funzione degli stessi e tralasciando di valutare il vero elemento cardine della norma, il precetto.

La sanzione, anche quella positiva, perde quel valore di stimolo alla piena realizzazione dell'uomo, e si trasforma nel fulcro della volontà utilitaristica degli individui. I consociati, infatti, si conformerebbero al dettato normativo spinti dalle proprie passioni e dalla tendenza a perseguire un utile immediato, il premio.

Di conseguenza, nonostante il tentativo di Cumberland di rinsaldare il rapporto tra natura dell'uomo e norma giuridica, quest'ultima viene comunque ad essere un mezzo di coercizione; il Sovrano, infatti, al fine di raggiungere i propri obiettivi, potrà avvalersi non solo dello strumento delle sanzioni negative, sfruttando la paura e lo spirito di autoconservazione che caratterizza gli individui, ma potrà utilizzare, altresì, le sanzioni positive, veri e propri mezzi di coercizione implicita utili a stimolare le passioni degli uomini e ad intercettarne le brame.

Vano, pertanto, risulta essere il tentativo del vescovo anglicano di fornire un fondamento unicamente razionale allo strumento della sanzione positiva, venendo a determinarsi, al contrario, un inevitabile riferimento all'utilitarismo per la definizione e la comprensione del fenomeno premiale.

Nonostante ciò, lo studio del sistema delineato da Cumberland ha permesso di evidenziare due dati fondamentali per la riflessione sulla contemporanea promozione giuridica.

In primo luogo viene messa in luce, per la prima volta, la possibilità di considerare il premio, al pari della pena, quale sanzione sistematicamente prevista dalla norma giuridica e non quindi scaturente dal mero arbitrio del Sovrano, come al contrario risultava nella teorizzazione hobbesiana. In secondo luogo, la sanzione, ed in particolare la sanzione premiale, vengono considerate dall'autore non come una *astuzia* posta in essere dall'autorità per raggiungere uno scopo prefissato, ma come un ausilio per il destinatario ad interrogarsi ed agire secondo la propria natura.

A dispetto di tali proficue valutazioni, per i motivi anzidetti, non si è ancora in grado di scardinare l'assunto hobbesiano che vede nella legge un mero strumento utile al Sovrano per perseguire i propri fini di dominio. Ciò vale anche con riferimento alla sanzione positiva che, pur non fondandosi sul sentimento della paura che connota le sanzioni negative, va comunque a stimolare le passioni dell'uomo, approfittando della naturale spinta egoistica all'autoconservazione di

ciascuno. In un simile contesto il Legislatore - Sovrano prende in considerazione il dato umano esclusivamente per porre in essere norme che, sfruttando la paura e le passioni degli individui, inducano questi ultimi ad agire secondo il volere del Sovrano stesso.

Nel corso della successiva trattazione è emerso come i limiti riferibili al tema della premialità giuridica testé esposti siano parimenti rinvenibili anche nella contemporanea teoria della funzione promozionale del diritto.

Ricapitolando brevemente le riflessioni sul punto, è un dato di fatto pressoché inconfutabile che l'utilizzazione delle sanzioni positive e degli strumenti di incentivazione da parte del legislatore sia un fenomeno sempre più diffuso nelle società contemporanee, e caratterizzi ormai in modo determinante la produzione giuridica degli Stati; pertanto, l'analisi della funzione promozionale del diritto diviene imprescindibile nello studio della teoria generale del diritto.

Tale analisi, per quanto visto, diviene fruttuosa esclusivamente se correlata ad un approccio funzionalistico allo studio del diritto, risultando al contrario sterile se condotta tramite un approccio di carattere strutturalistico, fondato su una concezione esclusivamente garantista dell'ordinamento giuridico. L'ordinamento, infatti, con l'avvento del diritto promozionale, non si limita più a controllare passivamente i consociati ma dirige le loro azioni verso determinati fini prestabiliti, utilizzando la tecnica dell'incentivo e della ricompensa. In questo senso, Norberto Bobbio sottolinea come nell'ultimo periodo si sia verificato il passaggio da una concezione di Stato garantista, dedito esclusivamente al controllo sociale, ad una teorizzazione di Stato dirigista, che oltre al controllo sociale esercita anche una forma di direzione degli individui.

Nonostante l'acceso dibattito sul punto, sorto per lo più in seguito alle illuminanti riflessioni di Bobbio, la teoria funzionalistica proposta dall'autore torinese è quella che ha riscontrato il maggior successo in dottrina. Citiamo nuovamente, al proposito le esplicative parole di Serenella Armellini:

la linea prevalente è stata quella di riconoscere nel binomio Stato sociale funzione promozionale un progresso verso la democrazia sempre più compiuta, la democrazia attenta ai diritti degli individui, la democrazia sempre rinnovantesi sulla base del consenso liberamente espresso, la democrazia duttile, che viene incontro alle esigenze e alle richieste dei suoi cittadini, questa democrazia promuove e premia, più

che punire e castigare per cui la promozionalità è servita a colmare il *deficit* di strumenti operativi a disposizione dello Stato, il suo farsi costruttore della realtà sociale, il suo essere interventista in ambiti e settori alle volte esclusivi dell'autonomia dei privati³²².

Il rapporto tra Stato e cittadini, grazie alla funzione promozionale del diritto, sembra aver raggiunto l'equilibrio perfetto. Da un lato lo Stato proteso ad incentivare l'iniziativa dei singoli verso comportamenti desiderabili e che non si limita a reprimere i comportamenti antisociali, dall'altro i cittadini che, spinti dalle leggi di incentivazione e premiali, si adoperano per il bene dello Stato.

Ecco spiegato perché, dopo un periodo in cui il ricorso a premi ed incentivi veniva associato esclusivamente alla legislazione speciale di carattere emergenziale, la funzione promozionale ha iniziato a diffondersi in ogni ambito del diritto.

Come anticipato, tuttavia, la funzione promozionale del diritto, così come presentata da Bobbio, non è esente dalle critiche che hanno caratterizzato le prime teorizzazioni della premialità giuridica, poc' anzi esposte.

Già solo un tentativo di risposta al quesito avanzato dall'autore, e precedentemente esposto, in ordine al concetto di funzione del diritto mina la stabilità della teoria funzionalistica. Nel rispondere alla domanda "*funzione rispetto a che cosa?*", si palesa, infatti, il più concreto rischio sotteso alla rapida diffusione della funzione promozionale del diritto, ovvero il fatto che la stessa venga applicata unicamente nella prospettiva *ex parte principis*, avendo come obiettivo ultimo esclusivamente l'utile dello Stato, considerato quale ente scisso dagli individui che lo compongono, accantonando in modo sempre più marcato la valutazione del dato umano e dei singoli interessi degli individui.

In questo contesto la norma, ed in particolare la norma promozionale, è considerata niente più che un strumento utile nelle mani del Sovrano-Legislatore, che può farne uso in modo discrezionale al fine di indurre i cittadini ad agire secondo obiettivi prestabiliti.

Per stessa ammissione di Bobbio l'uomo nello Stato contemporaneo è inteso come un ente passivo, indifferente, inerte che va stimolato costantemente; proprio per

³²² S. ARMELLINI, *Introduzione a Ripensare la premialità, Le prospettive giuridiche politiche e filosofiche della problematica*, cit., p. XXVII.

questo ciò che più interessa al legislatore non è tanto l'uomo in sé, quanto le sue azioni e il risultato che le stesse producono nell'ambito dell'ordinamento sociale. Ebbene, tali considerazioni portano a scontrarsi nuovamente con i limiti emersi nel corso dello studio della premialità giuridica.

Da un lato si evidenzia la riduzione del diritto e della norma giuridica a mero strumento tecnico manipolabile a discrezione del Legislatore; dall'altro lato, quello che sembrava un sistema improntato al conseguimento del perfetto equilibrio nel rapporto tra Stato e cittadini altro non è che il trionfo dell'utilitarismo di stampo hobbesiano.

Il singolo, infatti, agisce rispettando la norma o ponendo in essere la condotta indicata nel comando non perché personalmente e coscientemente convinto della necessità di un comportamento conforme, ma esclusivamente perché allettato dal raggiungimento di un utile ovvero dal conseguimento di un incentivo immediato. D'altra parte lo Stato ha tutto l'interesse ad elargire premi ed incentivi ai cittadini per indurli ad agire secondo il proprio volere, che, tuttavia, non necessariamente corrisponde all'interesse dei cittadini stessi; così facendo riduce i predetti a meri ingranaggi di un sistema più complesso, a semplici strumenti.

L'avvento dello Stato dirigista e, unitamente al medesimo, lo sviluppo della funzione promozionale del diritto se intesi nel senso appena descritto non costituiscono affatto un progresso verso una forma di democrazia sempre più compiuta, comportante il raggiungimento di un equilibrio perfetto nel rapporto Stato - cittadino; al contrario, tali mutamenti minano in radice il concetto stesso di libertà dei singoli rispetto all'ordinamento giuridico, tanto da rischiare di trasformarsi, nella loro deriva più estrema, in forme di manipolazione e coercizione indiretta dei consociati.

Ciò che appare evidente dalle riflessioni svolte, quindi, è che la progressiva svalutazione del rapporto intercorrente tra diritto e uomo, l'estromissione del dato umano dal fenomeno giuridico e la riduzione del diritto a mero strumento nelle mani del Sovrano, con riferimento ad ogni epoca storica (dagli autori moderni ai contemporanei positivisti e formalisti), si traducono necessariamente nell'affermazione dell'utilitarismo e nell'eliminazione delle libertà dei singoli, sempre meno considerati in relazione alla loro natura e al loro essere e sempre più percepiti come funzionali ad un risultato; l'uomo, in altri termini, è considerato

del tutto manipolabile e, alla pari di uno strumento, utile allo Stato per raggiungere i propri fini.

Individuato tale grave limite, si è ritenuto importante fornire una chiave di lettura diversa del fenomeno giuridico, e in particolare della funzione promozionale del diritto, al fine di valutare la stessa da una prospettiva differente nel tentativo di superare la criticità emersa.

In questo senso, si sono dimostrate illuminanti le riflessioni formulate da Sergio Cotta; gli studi del predetto hanno permesso, in primo luogo, di individuare la caratteristica che connota naturalmente gli individui, il minimo comune denominatore riconoscibile in ogni uomo e, in secondo luogo, di fondare proprio su tale caratteristica il diritto ed in particolare il diritto positivo.

Riassumendo brevemente le considerazioni precedentemente esposte, Cotta individua nel *con-esserci* l'espressione ontofenomenica della relazione di accoglienza reciproca che contraddistingue ogni rapporto umano. Tale relazione viene indicata dall'autore con il termine di *coesistenza* e rappresenta la condizione fondamentale affinché il bisogno di ogni individuo corrisponda al proprio essere: solo attraverso la conoscenza reciproca e, quindi, la coesistenza l'essente può raggiungere piena ed integrale conoscenza e realizzazione di sé.

Il principio di coesistenza permette di giudicare in modo oggettivo quanto un rapporto sia in grado di rispettare e attuare l'accoglienza reciproca fra i suoi partecipanti. In altri termini si può affermare che la coesistenza rappresenta il criterio di determinazione fondamentale del dover essere di ogni relazione fra uomini, tra le quali si può certamente includere anche il diritto.

Ebbene, in forza di ciò, è proprio la coesistenza a dover assurgere a criterio di giustificazione ultimo delle norme, capace di renderle obbligatorie in modo oggettivo, sottraendo le stesse all'arbitrio e alla vuotezza d'una obbligatorietà puramente formale derivante dalla mera appartenenza all'ordinamento giuridico.

Una considerazione di questo tipo si distacca in modo determinante dalle teorie formalistiche, positivistiche e funzionalistiche sia moderne che contemporanee.

A differenza delle teorie succitate, infatti, la concezione che Cotta ha dell'uomo è quella di un individuo naturalmente portato alla coesistenza ed alla relazionalità; questa coesistenza, tuttavia, non si regola attraverso la definizione di un contratto fra i singoli che ne garantisca la sicurezza. Rispetto alla concezione contrattualistica la tesi proposta da Cotta ha il pregio di coinvolgere l'uomo come

persona, non perché appartenente ad una comunità sociale. Nessun essere umano che si consideri persona potrà disconoscere la validità delle norme giustificate oggettivamente alla luce del principio di coesistenza, poiché le sentirà obbligatorie in quanto poste in funzione della propria natura.

In virtù di quanto detto, la funzione specifica che contraddistingue il diritto dalle altre attività umane, secondo Cotta, è garantire la relazionalità coesistenziale dell'uomo e aiutare quest'ultimo a realizzare a pieno la propria natura di essere in relazione.

Il diritto, a differenza di quanto propugnato dalle teorie positivistiche, non può, quindi, essere considerato mera forma tramite la quale può essere trasmesso ogni contenuto; non è un semplice strumento che il legislatore utilizza in modo del tutto discrezionale, poiché possiede una struttura e una funzione sue proprie, e trova il suo fondamento direttamente nella natura dell'uomo.

Tuttavia, è un dato di fatto che il rapporto tra il diritto inteso in questo senso e la legge positiva, con il passare dei secoli, sia andato sfilacciandosi. Parimenti, è evidente come nel corso della storia si siano verificate situazioni in cui il diritto è stato utilizzato per funzioni diverse dalla propria funzione strutturale appena evidenziata.

Nonostante ciò, per citare nuovamente le parole usate da Cotta:

a parte l'inevitabile difettività e imperfezione umana, che ostacola una piena realizzazione della giustizia come di ogni altro valore, non è difficile capire che in tali casi il diritto è stato appunto usato come un mero strumento, facendo violenza alla sua essenza strutturale³²³.

Ciò accade, in particolare, quando prevale nel legislatore l'interesse per la volontà politica e per il potere, la *salus principis*.

A questo punto, a ben vedere, viene a riproporsi il medesimo dubbio sollevato da Bobbio in merito alla giusta prospettiva dalla quale prendere le mosse nel ragionare di funzione promozionale del diritto: *ex parte principis* o *ex parte populi*³²⁴.

³²³ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., p. 179.

³²⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 111.

Ebbene, in forza delle riflessioni proposte nel corso della trattazione, si è in grado di affermare che la prospettiva corretta dalla quale approcciare il fenomeno giuridico, e in particolare la funzione promozionale del diritto, è certamente quella *ex parte populi*. Per evitare la deriva utilitaristica sopra evidenziata, infatti, è necessario che il legislatore abbia sempre di mira gli interessi degli uomini intesi come persone e non obiettivi propri dello Stato considerato come entità sovrastrutturale.

Solo assumendo la coesistenza quale criterio di giustificazione ultimo delle norme, l'uomo sarà portato a conformarsi alle stesse ritenendole naturalmente obbligatorie; altrimenti la norma sarà comunque percepita dal destinatario come *magis iniquitas quam lex* e quest'ultimo sarà portato ad adeguarsi alla stessa esclusivamente quando gliene derivi una qualche utilità.

Non solo, nel momento in cui lo Stato non ponesse a fondamento della norma la coesistenza e di conseguenza l'essere degli uomini, il rischio concreto è quello di una lenta ma progressiva strumentalizzazione degli individui, visti come mezzi utili ai fini del perseguimento degli obiettivi statali.

Seguendo tale deriva si cadrebbe nell'aporia che affligge le dottrine positivistiche e più in generale le geometrie legali che attraverso differenti modalità di giustificazione concepiscono un diritto formalmente tale, in quanto posto rispettando le prescrizioni necessarie, ma in realtà fondato su violenza materiale e psicologica:

un diritto autocontraddittorio persino etimologicamente, poiché non è
di-retto ma dis-torto³²⁵,

tramite il quale si può indurre ciascun individuo a sottomettersi alla volontà dello Stato comprimendo, di fatto, la sua libertà.

Al contrario, anche con riferimento al tema della funzione promozionale del diritto, riemerge prepotentemente l'idea cardine del sistema cottiano, il *diritto naturale vigente*, un diritto naturale positivizzato che tenga conto, nel suo porsi, dell'essere coesistenziale della natura umana.

³²⁵ S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, cit, p. 211.

Ogni diritto positivo, anche il diritto promozionale, quindi, dovrebbe tenere in considerazione la relazionalità dell'uomo, e così facendo si troverebbe a diretto contatto con la natura di quest'ultimo, assumendola in sé.

In definitiva, il sistema teorico proposto da Cotta, per quanto visto, appare in grado di superare le posizioni utilitaristiche che da Hobbes in poi, fino agli autori contemporanei, hanno sempre caratterizzato il tema della promozionalità giuridica e in generale della sanzione positiva.

Le riflessioni di Cotta confermano che l'unico modo per evitare che il Legislatore si avvalga arbitrariamente della normativa promozionale e della sanzione positiva al fine di strumentalizzare gli individui è quello di ricondurre il diritto alla natura umana e di non considerarlo un mero strumento manipolabile a discrezione del Legislatore stesso.

Seguendo il magistero cottiano, infatti, si può affermare che il diritto è ben lungi dall'essere una mera norma tecnica; al contrario,

dal *nomos basileus* di Pindaro al platonico mito di Protagora, dal *De hominis dignitate* di Pico della Mirandola fino alla contemporanea cultura dei diritti umani è un percorso più che bi millenario che ha celebrato e celebra come l'idea di diritto sia al centro della vita sia individuale che collettiva, perché esso è dimensione e struttura dell'essere stesso dell'uomo³²⁶.

L'autore torinese appare essere riuscito ad identificare, razionalmente, quello stretto vincolo che lega il diritto alla natura dell'uomo, evitando così da un lato che il fenomeno giuridico diventi un mezzo di coercizione a disposizione del Sovrano e dall'altro che l'uomo stesso sia ridotto a mero ingranaggio del sistema Stato, alla pari di uno strumento nelle mani del Legislatore, il quale è in grado di sfruttarne paure e passioni.

³²⁶ “La filosofia del diritto di Sergio Cotta, la quale è stata la modalità sua propria per occuparsi e preoccuparsi dell'uomo, della sua vita, nella concretezza del suo essere e non secondo i modelli ideologicamente preformati, di ciò che è necessario mettere in atto affinché vengano assicurati e garantiti qualità e sicurezza, ossia, verità e libertà, si colloca a pieno titolo in questo percorso”, S. ARMELLINI, *Cotta lettore di Montesquieu*, in *Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, cit., p. 67.

Per evitare, tuttavia, che le riflessioni suesposte rimangano puri ideali, appare auspicabile che ogni figura professionale, nel confrontarsi con il fenomeno giuridico, non dimentichi due dati fondamentali emersi nel corso della trattazione. In primo luogo è necessario avere ben presente il valore e l'importanza del diritto e della sua capacità di influenzare la vita di ciascuno, per non rischiare di ridurre quell'elemento che secondo Cotta è in grado di umanizzare e liberare l'uomo ad una semplice norma tecnica sottoposta all'arbitrio di chi detiene il potere.

In secondo luogo, è fondamentale, nel confrontarsi con il diritto e la norma giuridica, avere come punti di riferimento e obiettivi primari l'uomo e la sua natura senza cercare di modificare o manipolare quest'ultima attraverso la norma giuridica in quanto, come dimostrato, la natura specifica del diritto è garantire la relazionalità coesistenziale dell'uomo e aiutarlo a realizzare a pieno la propria natura di essere in relazione.

Alla luce del tortuoso percorso sin qui svolto, si ritiene che il diritto inteso nella sua funzione promozionale possa essere davvero

un progresso verso la democrazia sempre più compiuta, la democrazia attenta ai diritti degli individui, la democrazia sempre rinnovantesi sulla base del consenso liberamente espresso, la democrazia duttile, che viene incontro alle esigenze e alle richieste dei suoi cittadini³²⁷,

a patto che il Legislatore, nel definire il diritto in funzione promozionale, abbia come faro l'interesse degli uomini e la loro natura essenzialmente coesistenziale, e non tenti, al contrario, di manipolarne il comportamento verso fini propri della sovrastruttura statale che nulla hanno a che vedere con il bene comune dei consociati. È necessario, infatti, come insegnato dal magistero cottiano, rivalutare il nesso reciproco che caratterizza uomo e diritto, consci del fatto che

il diritto è tale se, e nella misura in cui, pone a suo fondamento l'uomo nella sua verità³²⁸.

³²⁷ ARMELLINI S., *Introduzione a Ripensare la premialità, Le prospettive giuridiche politiche e filosofiche della problematica*, cit., p. XXVII.

³²⁸ GIOVANNI PAOLO II, *Prolusione a Evangelium vitae e diritto*, Atti del Simposio Internazionale celebrato in Città del Vaticano (23 - 25 maggio 1996), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 9 - 14.

Quanto sin qui esposto appare magistralmente sintetizzato dalle parole dell'evangelista Marco, con le quali si vuole concludere questo breve scritto. Le stesse rammentano, da un lato, l'imprescindibile legame che intercorre tra il diritto e la natura dell'uomo e, dall'altro, la necessità di considerare quest'ultima quale fondamento e fine ultimo del diritto:

«il sabato è stato fatto per l'uomo, non l'uomo per il sabato»

(Mc. 2, 27)

BIBLIOGRAFIA

LETTERATURA PRIMARIA

HOBBS T., *Elementi di legge naturale e politica*, a cura di A. Pacchi, La Nuova Italia, Firenze, 1968

HOBBS T., *Opere Politiche, Vol. 1: Elementi filosofici sul cittadino. Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune in Inghilterra*, a cura di N. Bobbio, Utet, Torino, 1971

HOBBS T., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma - Bari, 2010

CUMBERLAND R., *De legibus naturae disquisitio philosophica: in qua earum forma, summa capita, ordo, promulgatio, et obligatio e rerum natura investigantur; quin etiam elementa philosophiae Hobbianae, cum moralis tum civilis, considerantur et refutantur*, Londinii, 1672

CUMBERLAND R., *An essay towards the recovery of the Jewish measures & weights, comprehending their monies, by help of ancient standards, compared with ours of England useful also to state many of those of the Greeks and Romans, and the eastern nations*, Richard Chiswell, London, 1686

CUMBERLAND R., *Sanchoniatho's Phoenician History*, W.B. for R. Wilink at the King's Head in ST. Paul Church-yard, London, 1720

BOBBIO N., *Locke e il diritto naturale*, (lit.), Giappichelli Editore, Torino, 1963

BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1970

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977

BOBBIO N., *Contratto sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli, 1980

BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1984

BOBBIO N., *Introduzione a T. Hobbes, De Cive*, Einaudi, Torino, 1989

BOBBIO N., *Bobbio, Etica e Politica. Scritti di impegno civile*, a cura di M. Ravelli, Mondadori, Milano, 2009

BOBBIO N., s.v. *Sanzione*, in *Novissimo Digesto*, Utet, Torino, XVI, 1969, 530 - 540

BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXIII, 1969, pp. 1312 - 1329

BOBBIO N., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in «Sociologia del diritto», III, 1984, pp. 7 - 27

COTTA S., *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968

COTTA S., *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, Milano, 1975

COTTA S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981

COTTA S., *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985

COTTA S., *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli Editore, Torino, 1989

COTTA S., *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997

COTTA S., *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano, 2004

COTTA S., s.v. *Diritto naturale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 6, pp. 647 - 659

COTTA S., s.v. *Giusnaturalismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 510 - 518

COTTA S., *Ha il diritto una funzione propria? Linee di un'analisi ontofenomenologica*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1974, pp. 398 - 412

COTTA S., *Conoscenza e Normatività. Una prospettiva metafisica*, in *Conoscenza e Normatività*, fascicolo dedicato della «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», n. 4, LXXI, 1994, pp. 561 - 582

ERASMO, *Institutio principis christiani* (1515), trad. it. di M. Isnardi Parente, *L'educazione del principe cristiano*, Morano, Napoli, 1977

BARBEYRAC J., *Traité philosophique des Lois naturelles, où l'on cherche et l'on établit, par la Nature des Choses, la forme de ces Lois, leurs principaux chefs, leur ordre, leur publication et leur obligation: on y refute aussi les Elements de la Morale et de la Politique de Thomas Hobbes*, Chez Marc Michel Bosquet & Comp., a Lauesanne & a Geneve, 1744

LETTERATURA SECONDARIA

SAGGI

AA. VV., *Enciclopedia filosofica*, Centro di studi filosofici, Epidem, Gallarate, 1979²

AA. VV., *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006³

ARMELLINI S., *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Bulzoni Editore, Roma, 1976

ARMELLINI S., *Le due mani della Giustizia. La premialità del diritto come problema filosofico*, Giappichelli Editore, Torino, 1996

ARMELLINI S., *Introduzione a Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, a cura di S. Armellini e A. Di Giandomenico, Giappichelli Editore, Torino, 2002

ARMELLINI S., *Cotta lettore di Montesquieu*, in *Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, a cura di B. Romano, («Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 7), Giuffrè, Milano, 2010

BARCARO R., *Prospettive bioetiche di fine vita*, Franco Angeli, Milano, 2008

BERARDI A., *Le sanzioni "premiali" nel diritto penale: "dissociazione" "collaborazione" e loro effetti*, in *Commentario sistematico al Codice Penale. Persone e sanzioni*, III, diretto da M. Ronco, Zanichelli, Bologna, 2006

BERNARDINI G., *Realtà e conoscenza giuridica*, Guaraldi, Rimini, 1999

BONCINELLI E. - GALIMBERTI U., *E ora? La dimensione umana e le sfide della scienza*, Einaudi, Torino, 2000

CARCATERRA G., *Il problema della fallacia naturalistica: la derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969

CARNELUTTI F., *Teoria Generale del diritto*, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1946

CASA F., *Sulla giurisprudenza come scienza. I: un Dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Cedam, Padova, 2005

CATANIA A., *Manuale di filosofia del diritto*, E.S.I., Napoli, 1995

CATANIA A., *Promozionalità e dimensione dell'effettività*, in *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, a cura di S. Armellini e A. Di Giandomenico, Giappichelli Editore, Torino, 2002

CERRONI U., *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori Riuniti, Roma, 1969

COSSUTTA M., *Questioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2005

COSTA P., *Il progetto giuridico, ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano, 1974

DE BERTOLIS O. - TODESCAN F., *Tommaso D'Aquino*, Cedam, Padova, 2003

FACCHI A., *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli Editore, Torino, 1994

FAVARO A., *Bruno Leoni: dell'irrazionalità della legge per la spontaneità dell'ordinamento*, E.S.I., Napoli, 2009

GALIMBERTI U., *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2000

GALLI G., *Saggio introduttivo a T. Hobbes, Leviatano*, Bur - Rizzoli, Milano, 2011

GAVAZZI G., *Diritto premiale e diritto promozionale*, in *Diritto Premiale e sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1983

GENTILE F., *Politica aut/et statistica*, Giuffrè, Milano, 2003

GENTILE F., *Filosofia del diritto (le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi)*, Cedam, Padova, 2006

GENTILE F., *Legalità, giustizia e giustificazione*, E.S.I., Napoli, 2008

GIOVANNI PAOLO II, *Prolusione a Evangelium vitae e diritto*, Atti del Simposio Internazionale celebrato in Città del Vaticano, (23 - 25 maggio 1996), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 9 - 14

GRECO T., *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000

GUNN J.A.W., *Politics and the public interest in the Seventeenth Century*, Routledge & Kegan, London, 1969

HAYEK F. A., *Law, Legislation and Liberty*, The University Press of Chicago, Chicago, 1973, trad. it. di P. G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà: una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Il Saggiatore, Milano, 1986

HEGEL G. W. F., *Lezioni sulla storia della filosofia*, a cura di G. Calogero, La Nuova Italia, Firenze, 1947

HEGEL G. W. F., *Lineamenti di Filosofia del diritto: diritto naturale e scienza dello Stato*, a cura di V. Cicero, Bompiani, Milano, 2006

HEIDEGGER M., *Kant e il problema della metafisica*, trad. it. di M.E. Reina, Laterza, Bari, 1981

JHERING R. V., *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1972

KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1934, trad. it. di R. Treves, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952

KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, trad. it. di S. Cotta - G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952

KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960², trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966

KIRK L., *Richard Cumberland and natural law: secularisation of thought in seventeenth-century England*, James Clarke, Cambridge, 1987

KIERKEGAARD S., *Briciole di filosofia*, in *Opere*, a cura di C. Fabro, Sansoni, Firenze, 1972

LEONI B., *Diritto e politica*, ora in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, a cura di M. Stoppino, Giuffrè, Milano, 1980

LOSANO M. G., *Giuscibernetica*, Einaudi, Torino, 1969

LOSANO M. G., *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*, Unicopli, Milano, 1998

LOTTIERI C., *Credere nello Stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a Wikileaks*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011

MATHIEU V., *Questioni di storiografia filosofica. Dalle origini all'Ottocento*, La Scuola, Brescia, 1974

MARINI G., *Giuseppe Bettiol, diritto penale come filosofia*, E.S.I., Napoli, 1992

MAXWELL J., *A treatise of the Laws of Nature*, Richard Cumberland, London, 1727

MISES L.v., *Human Action*, Yale University press, New Haven, 1949

MONTANARI B., *Soggetto umano - soggetto giuridico*, in *Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, a cura di B. Romano, («Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 7), Giuffrè, Milano, 2010

OLIVECRONA K., *Il diritto come fatto*, trad. it. di S. Castignone, Giuffrè, Milano, 1967

OMAGGIO V., *Justus metus, etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000

ORRÙ G., *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli Editore, Torino, 1988

PACCHI A., *Introduzione a Hobbes*, Laterza, Roma, 1971

POPPER K., *Miseria dello storicismo*, trad. it. di C. Montaleone, Feltrinelli, Milano, 2002

RAPHAEL D.D., *Hobbes. Morals and Politics*, Routledge, London, 2004

RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Tipografia Dessì, Cagliari, 1911

ROMANO B., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Bulzoni, Roma, 1996

ROMANO B., *Introduzione a Sergio Cotta (1920 - 2007). Scritti in Memoria*, a cura di B. Romano, («Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 7) Giuffrè, Milano, 2010

ROMMEN H., *L'eterno ritorno del diritto naturale*, trad. it. di G. Ambrosetti, Studium, Roma, 1965

SCARPELLI U., *Relazione*, in *La responsabilità politica. Diritto e Tempo*, Atti del XIII Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica (Pavia - Salice Terme, 28 - 31 maggio 1981), a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 120 - 147

SERPE A., *Il filosofo del dubbio: Norberto Bobbio. Lineamenti della sua filosofia del diritto nella cultura giuridica italiana*, Aracne Editrice, Roma, 2012

SOLARI G., *Positivismo giuridico e politico di A. Comte*, in *Studi storici di filosofia del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1949

SORGI G., *Quale Hobbes? Dalla paura alla rappresentanza*, Franco Angeli, Milano, 1989

SWIFT J., *I viaggi di Gulliver*, trad. it. di C. Formichi, Mondadori, Milano, 1976

TODESCAN F., *Metodo diritto e politica*, Monduzzi Editore, Bologna, 2002

TURCO L., *Dal sistema al senso comune. Studi sul newtonismo e gli illuministi britannici*, Il Mulino, Bologna 1974

VIOLA F., *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1979

WARRENDER H., *The political philosophy of Hobbes. His theory of obligation*, Clarendon, Oxford, 1957, trad. it. di A. Minerbi Belgrado, *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*, Laterza, Bari, 1974

WELZEL H., *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it di G. De Stefano, Giuffrè, Milano, 1965

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1997

ARTICOLI E VOCI ENCICLOPEDICHE

ARMELLINI S., *Studi: Il premio tra diritto e politica. Hobbes e Montesquieu nella storia della premialità*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», LXXVII, fascicolo 4, 2000, pp. 429 - 469

BETTIOL G., *Stato di diritto e Gesinnunnsstrafrecht*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1971, pp. 98 - 123

CARRIÒ G.R., *Sul concetto di obbligo giuridico*, in «Rivista di filosofia», LVII, 1996, pp. 141 - 165

D'AGOSTINO F., s.v. *Sanzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 303 - 328.

HAYEK F. v., *The Principles of a Liberal Social Order*, in «Il Politico», XXXI, 1966, trad. it., *Il liberalismo di F. Hayek*, in «Biblioteca della libertà», IV, 1967, pp. 20 - 55

PACCHI A., *Cinquant'anni di studi hobbesiani* in «Rivista di Filosofia», LVII, 1966, pp. 306 - 335

PENNOK J. R., *Hobbes's confusing 'clarity' – The case of 'liberty'*, in *Thomas Hobbes: Politics and law*, in «The American Political Science Review», LIV, 1960, pp. 428 - 436

SCARPELLI U., s.v. *Retribuzione*, in *Enciclopedia Filosofica*, Sansoni, Milano, vol. V, 1967, pp. 714 - 726

TODESCAN F., *A proposito della validità giuridica in Olivecrona*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XLV, 1968, pp. 631 - 640

VIOLA F., *Hobbes tra moderno e postmoderno. Cinquant'anni di studi hobbesiani*, in «Ragioni Critiche», V - VI, 1998, pp. 6 - 21