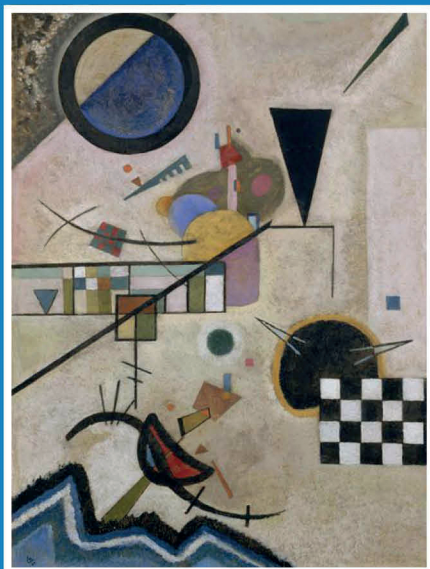


RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Margherita Daverio

Perché la tortura?

Un'interpretazione filosofica

G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE. “CORSO” E “RICORSO” DELLA TORTURA

La tortura, esclusa dal diritto positivo nazionale e internazionale in quanto oggetto di divieto, è in realtà una pratica storicamente e attualmente diffusa. Se può non stupire che essa sia perpetrata come abuso, sorprende invece constatare che nell'ultimo ventennio si sia riaperto – in particolare in seguito agli eventi dell'11 settembre 2001 – il dibattito giuridico e politico riguardo ad una sua ipotetica legalizzazione anche nel contesto delle democrazie occidentali e dello Stato di diritto¹.

Con tale riapertura del dibattito, giuridicamente e politicamente si è dato luogo a quello che potremmo definire un vero e proprio “ricorso” della tortura, seguito al lungo “corso” della sua abolizione². Un “corso” culminato con l'illuminismo giuridico (si pensi a titolo di esempio agli argomenti del celebre capitolo XVI del *Dei delitti e delle pene*) e con il diritto internazionale dei diritti umani (si pensi alla proibizione della tortura prevista dall'art. 5 della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* e dall'art. 3 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, o ancora alla *Convezione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 1984).

Eppure, la tortura “è tornata in vita”³.

¹ Cfr. M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 208.

² Possono cambiare le forme di tortura ma in realtà “nulla è cambiato”, la tortura è sempre la stessa: prendono le mosse da questa affermazione i contributi raccolti in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, Bologna 2019, pp. 409, che avremo modo di richiamare nel corso del nostro lavoro.

³ “[Torture] has come to life again” (J. WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 6 (2005), p. 1684).

Si tratta di un ritorno della tortura che pare dischiudere un nuovo destino, così come osservava Sergio Cotta, nel 1978, riguardo alla violenza: “non più, dunque, una violenza subita, e quindi priva di senso, ma una violenza voluta consapevolmente”⁴. Con formulazioni diverse, i tentativi di legittimazione operano una *ridefinizione* del concetto di tortura, nella direzione di un'elaborazione ristretta e quantitativa del concetto stesso e dei suoi effetti.

In risposta a tali strategie di ridefinizione, si rende particolarmente necessario prestare attenzione alla tortura nella sua struttura e nella sua relazione con i presupposti fondamentali del diritto dalla prospettiva giusfilosofica, che per sua natura si pone la domanda sul *senso* del diritto⁵. Inoltre, la rilevanza del divieto di tortura per il diritto e per la società in generale – a riprova di ciò basti ricordare che Norberto Bobbio scriveva dell'esistenza di almeno due diritti assoluti, inderogabili e non passibili di alcun bilanciamento: l'irrinunciabilità della libertà e l'interdizione della tortura⁶ – richiama a ribadirne le ragioni.

Nel presente lavoro intendiamo perciò svolgere l'indagine sul “ricorso” della tortura utilizzando il metodo dell'ontofenomenologia giuridica, seguendo in particolare il già richiamato saggio di Cotta sulla violenza, che guiderà l'impostazione di questa ricerca. Cotta stesso, in più di una sua opera, richiama sinteticamente l'esempio del divieto di tortura a riprova dei tratti fondamentali del diritto⁷ e ricorda che “scomparsa dai codici, la

⁴S. COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, Japadre Editore, L'Aquila, 1978, pp. 155, p. 11.

⁵L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni* (2° ed), Giappichelli, Torino 2022, p. 3.

⁶ “[...] tra i diritti umani, come è stato più volte osservato, vi sono diritti con status molto diversi tra loro. Ve ne sono alcuni che valgono in ogni situazione e per tutti gli uomini indistintamente: sono quei diritti che si chiede che non vengano limitati né per il verificarsi di casi eccezionali né con riguardo a questa o quella categoria, anche ristretta, di appartenenti al genere umano, come, ad esempio, il diritto a non essere resi schiavi e a non essere torturati. Questi diritti sono privilegiati, perché non vengono posti in concorrenza con altri diritti pur essi fondamentali” (N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Id.*, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 11-12). Cfr. al riguardo B. PASTORE, *La tortura, lo Stato di diritto, l'abisso dell'eccezione*, in L. STORTONI, D. CASTRONUOVO, *Nulla è cambiato?*, cit., p. 12.

⁷Riguardo alla tutela della parità ontologica: cfr. S. COTTA, *Prospettive*

tortura non è scomparsa ovunque e sempre [...]”⁸: anche ciò indirizza a sviluppare un’analisi della tortura secondo il metodo ontofenomenologico.

Nello specifico, dopo una necessaria premessa sulla prospettiva ontofenomenologica e sul metodo di questo lavoro, affronteremo il tema del divieto di tortura attraverso alcuni percorsi all’interno del diritto per approfondire, appunto, il “corso” e il “ricorso” della tortura ed esaminarne le implicazioni per il diritto nei suoi tratti fondamentali. Essendo lo sguardo filosofico giuridico uno sguardo sull’*intero* del diritto, che, come vedremo, si colloca in continuità con la scienza giuridica, l’analisi interpretativa non potrà prescindere dalle prospettive delle diverse aree del diritto (i percorsi storico-giuridici, il diritto internazionale ed europeo, il diritto penale, e via dicendo), riguardo al tema in oggetto. Una sezione apposita verrà dedicata ai percorsi filosofico-giuridici, che comprenderanno la disamina delle contemporanee strategie di ridefinizione della tortura, e che culmineranno nell’analisi ontofenomenologica della tortura, in ordine a identificarne i tratti strutturali e il rapporto con i presupposti essenziali del diritto. Infine, sempre seguendo l’impostazione del saggio di Cotta sulla violenza, avizzeremo la proposta di alcune linee interpretative riguardo al *perché* di tale “ricorso” della tortura.

La prospettiva e l’argomento della presente indagine riteniamo che rilevi per almeno tre ordini di ragioni: per il compito della filosofia del diritto, per il giurista, per l’uomo in generale.

In primo luogo, *perché si tratta di un’indagine legata al compito della filosofia del diritto*. Porsi oggi gli interrogativi sul diritto che sono interrogativi originari per la filosofia giuridica – ovvero considerare il dato positivo, alla luce del senso del diritto e discutere gli aspetti essenziali del diritto – conduce a mettere in gioco

di filosofia del diritto, Giappichelli, Torino 2014, p. 146; riguardo ad un concetto di giustizia strutturale e non solo formale: Ivi, p. 149, e ID., *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, p. 212; nel sottolineare che ogni disposizione che favorisce l’arbitrio non è giuridica, cfr. ID., *Perché la violenza?*, cit., p. 97.

⁸ Nel saggio finale raccolto in ID., *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989, a proposito del diritto ne “I Promessi Sposi”, Cotta afferma che la tortura è “un caso giurisdizionale che, pur assai lontano nel tempo, non ha perso purtroppo di attualità: scomparsa dai codici, la tortura non è scomparsa ovunque e sempre dalla prassi inquisitoria” (p. 303).

questo stesso pensiero filosofico riguardo al diritto nella sua portata fondamentale, davanti alle sfide poste negli ultimi vent'anni dalla riapertura del dibattito sulla tortura. Viene perciò da chiedersi: con quali risorse la filosofia del diritto può oggi rispondere a tali sfide, come ad esempio quelle avanzate dagli argomenti che postulano, almeno in linea teorica, una possibile legalizzazione della tortura? Quali strumenti concettuali la filosofia del diritto può utilizzare per vagliare criticamente le istanze sollevate da tale dibattito? In definitiva pensiamo si tratti di un'opportunità di avanzare delle linee attraverso cui lo sguardo filosofico sul diritto possa contribuire a guadagnare di nuovo su questo tema una visione del giuridico (incluso il diritto positivo) più chiara e comprensiva rispetto all'identità stessa del diritto.

In secondo luogo, *per il giurista*. Sulla rilevanza dell'analisi filosofica per il giurista, osserva Cotta: “per comprendere le ragioni per le quali l'esistenza assume la forma giuridica il giurista deve ricorrere al filosofo o farsi egli stesso filosofo. Come si vede, è proprio la natura del diritto in quanto fatto umano ad esigere che la conoscenza scientifica di esso venga continuata e integrata dalla conoscenza filosofica”⁹. Gli interrogativi che discuteremo nella sezione riguardo all'interpretazione filosofica del diritto – riguardo al perché esiste il diritto, allo scopo generale del diritto e delle singole norme, in definitiva riguardo ai presupposti fondamentali della giuridicità – corrispondono a questioni che servono (nel significato di *sono per*) il diritto e dunque di interesse per ogni giurista, in specie quando tali interrogativi vengono declinati nel concreto delle singole fattispecie, come intendiamo fare nel presente lavoro, per quanto riguarda il caso della tortura e del suo divieto.

Ultimo ma non ultimo, riteniamo che la prospettiva adottata rilevi *per l'uomo in generale*. Non solo in quanto la visione del diritto come attività umana collega la giuridicità direttamente all'esistenza dell'uomo, ma anche perché il divieto della tortura risponde ad un problema concreto dell'esistenza, ovvero la protezione di fatto e di principio di ciascun uomo da una pratica che viola la dignità dell'uomo stesso, rendendolo uno strumento privo di volontà nelle mani di altri uomini. Come attestato dalla sua fenomenologia, nella tortura il dominio altrui sul corpo e

⁹ S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*, cit., pp. 53-54.

sulla psiche della vittima conduce quest'ultima ad abdicare alla propria libertà. Tale azione, assunta anche solo in ipotesi all'interno dell'ordinamento giuridico, porta con sé una negazione di fatto e di principio della coesistenza pacifica tra gli individui. Contraddicendo i bisogni dell'uomo di riconoscimento del proprio *essere se stesso e non essere solo*, nonché la coesistenza come verità ontologica della relazionalità, tale azione è strutturalmente anti-giuridica in quanto mina l'identità stessa del diritto come struttura normativamente legata all'*essere insieme*.

L'interpretazione fenomenologico-strutturale della tortura tocca dunque un tema dalla rilevanza esistenziale, in quanto protegge spettanze di primaria importanza per l'uomo in generale, realizzate e promosse dal diritto inteso come struttura umana relazionale.

Con Cotta, che ci accompagnerà nell'analisi che intendiamo sviluppare, possiamo su questo concludere con le parole citate in esergo: "dalla chiarificazione intellettuale trae forza morale la volontà di contrastare l'insorgere della violenza: un impegno in favore dell'uomo"¹⁰.

Il lavoro di ricerca svolto in questo libro trova le sue radici, non solo temporali, nella tesi di dottorato svolta presso l'Università degli Studi di Roma-Tor Vergata con la guida del Professor Francesco D'Agostino.

Ringrazio la Professoressa Laura Palazzani, il Professor Fabio Macioce, e i docenti con cui ho avuto modo di confrontarmi sul tema del presente lavoro, in particolare il Professor Claudio Sarteà (Università degli Studi di Perugia), le Professoressa Emilia Bea Perez e Ana-Paz Garibo Peyró (Università degli Studi di Valencia), i Professori Robert Gahl, Carlos José Errázuriz, Ariberto Acerbi e Jean-Pierre Schouppe (Pontificia Università della Santa Croce, Roma). Colgo inoltre l'occasione per ringraziare i revisori per l'attenzione e per i commenti riguardo al testo.

¹⁰ S. COTTA, *Premessa*, in F. D'AGOSTINO, R. RIGHI, B. ROMANO, A. BALLARINI, P. VENTURA, *Dimensioni della violenza*, Japadre, L'Aquila 1982, p. 7.

I

PREMESSA SUL METODO ONTOFENOMENOLOGICO

Sommario

1. L'interpretazione filosofica del diritto come analisi del *sensu* del diritto e dei suoi presupposti fondamentali. – 1.1. La domanda filosofica sul diritto come domanda sul *sensu* del diritto. – 1.2. “Essere se stesso” e “non essere solo”. Il diritto nella prospettiva del suo *sensu* antropologico e coesistenziale. – 2. I caratteri del diritto secondo l'ontofenomenologia giuridica. – 2.1. Il diritto come struttura umana relazionale. – 2.2. I caratteri del diritto come forma coesistenziale integrativo-inclusiva. – 3. Metodo del presente lavoro.

1. L'interpretazione filosofica del diritto come analisi del *sensu* del diritto e dei suoi presupposti fondamentali

1.1. La domanda filosofica sul diritto come domanda sul *sensu* del diritto

Come premessa generale del presente lavoro, si rende necessario illustrare che cosa significhi interpretare il diritto in prospettiva filosofica e, all'interno di tale cornice, che cosa comporti il metodo ontofenomenologico che intendiamo adottare.

In questo paragrafo, proveremo a svolgere questo compito mettendo a fuoco i caratteri della domanda filosofica sul diritto. Ci sembra che tale domanda, di stampo epistemologico, non possa prescindere dalla domanda fondamentale riguardo a “che cosa è il diritto”, ovvero dalla questione relativa al diritto nel suo aspetto più generale, *previo* alle diverse articolazioni giuridico-positive, dove il termine diritto è quello di cui si predicano le diverse determinazioni (ad es. diritto privato, diritto amministrativo, diritto del lavoro, ...), e allo stesso tempo *successivo* a

queste stesse articolazioni, in quanto esplicitazione degli elementi fondamentali a cui esse tendono, e in cui il diritto viene realizzato e compiuto e come tale può essere riconosciuto¹.

Nella ricerca degli elementi più generali – o, più precisamente, fondamentali – del diritto, possiamo dire che la domanda *quid ius?* guardi al diritto *simpliciter*, ovvero non secondo una certa determinazione (*secundum quid*), bensì nella sua totalità, inclusiva del fine stesso del diritto. La domanda filosofica sul diritto riguarda dunque gli elementi che rendono il diritto quello che è, contemplando in questa analisi i presupposti (l'origine del diritto) e le finalità (più in generale, lo scopo) del diritto stesso.

Quanto all'origine del diritto, la filosofia del diritto considera l'attività giuridica in tutta la ricchezza e l'originalità delle sue manifestazioni peculiari – quali comandi e obbedienze, norme imposte e iniziative individuali, garanzie e sanzioni –, per coglierne i presupposti strutturali; l'attività giuridica – al di qua delle diverse teorie filosofiche sul diritto – è studiata e considerata nella sua origine e soprattutto nel suo fondamento². Quanto al fine del diritto, l'indagine descrittiva del fenomeno giuridico si rivela non esaustiva nel processo di conoscenza del *che cos'è* il diritto, bensì chiede di essere completata da un'indagine esplicativa, che colleghi l'esistenza del diritto al suo scopo: “è la spiegazione *finalistica o teleologica* che chiarisce l'esser fatto così d'un oggetto, in base al fine di cui esso è mezzo”³. Con formula sintetica, potremmo dire che la filosofia del diritto si caratterizza come “ricerca della risposta alla domanda sul ‘perché’ del diritto, mediante la riflessione sul senso e sulla essenza, ossia su ciò che costituisce l'essere proprio del diritto, ciò che fa sì che il diritto sia ciò che è”⁴.

¹ Ad esempio, è identificato come diritto un contratto di diritto privato perché regola l'ambito delle relazioni tra pari; è riconosciuto come diritto una norma della pubblica amministrazione, perché regola il funzionamento dello Stato; e via dicendo.

² Ci pare di interesse riferirci qui al procedere metodologico della filosofia del diritto, al di là delle differenti risposte date dai singoli orientamenti all'interno della filosofia del diritto.

³ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, p. 11.

⁴ L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto (2° ed.)*, Giappichelli, Torino 2022, p. 3.

Quanto appena accennato ci porta a intendere la domanda filosofica sul diritto come riflessione sul fenomeno giuridico che prenda le mosse dalla sintassi fondamentale del diritto – gli elementi costitutivi del diritto stesso –, dispiegandone la semantica secondo la prospettiva dell'intero⁵, illustrandone cioè il significato alla luce dell'orizzonte di *sensu* del diritto stesso. Nello sguardo filosofico sul diritto, a partire dalla domanda *che cosa è il diritto*, si genera infatti l'interrogativo *perché il diritto?*, ossia sorge il problema del “perché il diritto è così come è”, riguardo alla sua forma (di prescrizione) e alla sua struttura (l'elemento dell'obbligatorietà) e si apre così lo spazio della domanda sul *sensu* del diritto⁶. Prendendo in considerazione questi aspetti, entriamo più nel vivo della portata epistemologica di tale domanda, la quale consente di guardare secondo unità la molteplicità delle manifestazioni del diritto: “Il senso è ciò che permette di individuare – al di sotto del manifestarsi fenomenico degli accadimenti – quel messaggio espressivo che li accomuna e li rende suscettibili d'una lettura di fondo raccogliente, perché al di là della loro particolarità sono partecipi del medesimo orizzonte di significanza; nel caso del diritto è il suo senso che permette di mantenere in una comprensibilità unitaria la mol-

⁵ Così Francesco D'Agostino su questo tema: “Partire dal diritto offre dei vantaggi: il punto di partenza è radicalmente connesso all'esperienza comune e ad esigenze sociali fondamentali e consente quindi di non perdere il contatto con la realtà, ma il punto di arrivo (proprio perché qui si parla di fare filosofia *dal* diritto) può allontanarsi enormemente da questo ambito, fino a consentire approdi rarefatti e affascinanti. [...] Se i filosofi del diritto la smettessero di *sommare* storia e teoria, logica e linguistica, politica e sociologia, e cominciassero a cercare di pensare il mondo nella prospettiva dell'intero, potrebbero forse sentirsi meno a disagio nelle moderne scuole di diritto” (F. D'AGOSTINO, *Ius quia iustum. Lezioni di filosofia del diritto e della religione*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 5-6). Andando “dentro” il diritto, si intravedono poi concetti “oltre” il diritto, irriducibili alla sola dimensione positiva del diritto (cfr. S. AMATO, *Dentro il diritto*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 143).

⁶ Cotta nei suoi scritti articola in queste fasi la ricerca sulla forma e sulla struttura del diritto, nell'ottica di indagarne il perché: “Tale ricerca, per essere esauriente, passa per quattro livelli o tappe che la riguardano: 1) la forma esterna o morfologica; 2) la forma interna o struttura; 3) la causa finale o funzione; 4) la causa originante. Ai primi due livelli si stabilisce *come è* il diritto; ai due successivi, *perché è*” (cfr. S. COTTA, *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia 1983, p. 20).

teplice varietà delle sue empiriche manifestazioni sincroniche e diacroniche”⁷.

1.2. “Essere se stesso” e “non essere solo”. Il diritto nella prospettiva del suo *sensu* antropologico e coesistenziale

Interrogarsi sul *sensu* del diritto, inoltre, allarga ulteriormente l'orizzonte di riferimento entro il quale il diritto viene incluso per essere compreso più completamente e nel profondo, quanto alla sua origine e quanto al suo fine, come anticipato poco sopra.

Quanto all'origine del fenomeno giuridico, l'orizzonte è quello della vita umana nella sua globalità, ove il diritto è preso in considerazione in quanto modalità di espressione dell'esistenza e dell'esperienza dell'uomo⁸. L'identificazione del diritto come struttura antropologica si compone e della riflessione sull'origine del diritto in quanto attività umana e della autocomprensione che dal diritto proviene per l'uomo riguardo all'*essere insieme* come carattere umano fondamentale: “Nel diritto ne va dell'uomo, della sua stessa autocomprensione coscienziale. Pertanto, la conoscenza dell'oggetto diritto e la conoscenza del soggetto vivente in modo giuridico si implicano a vicenda e in questa loro co-implicazione permettono di pervenire alla comprensione del *sensu* del diritto”⁹. In questa visione, la filosofia del diritto mette in collegamento dati empirici con lo svolgersi della reale esperienza di vita e questa con la struttura dell'uomo; così facendo, la filosofia del diritto non vanifica affatto le indagini della scienza giuridica ma ne tiene conto¹⁰.

Quanto al fine del diritto, la domanda sul *sensu* del diritto porta ad interrogarsi precisamente sul *perché* ci sia il diritto. La più elementare osservazione del fenomeno empirico permette di rilevare che esso (gli istituti di diritto positivo e l'attività giu-

⁷ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 17.

⁸ “Il diritto, infatti, è un fenomeno specificamente umano che, pur vario per forme e per contenuti, costituisce tuttavia una modalità del vivere presente in tutto il percorso della storia umana” (S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 16).

⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰ In questa prospettiva, esiste un *continuum* tra scienza e filosofia del diritto (cfr. *ibidem*, p. 18).

ridica) si costituisce per soddisfare le esigenze esistenziali: il senso esistenziale dell'attività giuridica è garantire l'essere se stesso di ogni individuo nell'ambito cooperativo dell'essere insieme¹¹. Il diritto esiste infatti per mantenere l'ordine delle relazioni intersoggettive, secondo la dimensione della sicurezza, della durata e della cooperazione; costituisce relazioni coesistenziali secondo regolarità e oggettività sincronica e diacronica, che sono garanzia dell'esserci e dell'agire del soggetto umano¹².

Come attività prescrittivo-sanzionatoria, il diritto esiste per stabilire un sistema di comportamenti che assicurino un ordine regolare di convivenza tra una pluralità di individui: ciò illumina il perché si dia secondo una determinata morfologia (serve a far conoscere la prescrizione in modo per quanto possibile generale e inequivoco) e una data struttura (serve a indurre certi comportamenti e a rispettare la prescrizione, che di per sé potrebbe non essere rispettata).

Dal punto di vista del suo *senso*, in ultima istanza il diritto esiste per risolvere concretissimi bisogni dell'uomo: "In un mondo affollato di gente anonima, e per lo più sconosciuta, si tratta di concretissimi bisogni, fra loro in rapporto di contemperamento delle reciproche divergenze e quindi di complementarità: *esser se stesso e non essere solo*"¹³.

Si tratta dei bisogni esistenziali di "essere se stesso" e "non essere solo" che sono identificabili come il nucleo dell'analisi fenomenologica del diritto¹⁴. Il bisogno di "esser se stesso" fa riferimento al bisogno di protezione della vita, dell'identità personale e dell'espressione delle proprie potenzialità di sviluppo; in altre parole, è il bisogno di sicurezza umana, di contro all'aggressione, all'inganno e alla menzogna, al furto e all'espropriazione e agli impedimenti arbitrari. "Non essere solo", fa invece riferimento alla necessità del rapporto coesistenziale con l'altro,

¹¹ Cfr. *ibidem*, p. 69.

¹² S. COTTA, *Persona*, in ID., *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989, p. 82.

¹³ S. COTTA, *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 117, p. 63.

¹⁴ Cfr. S. COTTA, "Del significato fenomenologico del diritto", in ID., *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*, cit., pp. 51-67, di cui riportiamo qui i punti salienti.

in una sorta di dipendenza reciproca positiva, di contro alla negatività e all'angoscia dell'isolamento.

Nei sistemi giuridici positivi, in particolare quelli codicistici di stampo europeo, la normazione giuridica si articola secondo uno sdoppiamento dell'unitaria forma del vincolo nelle due specie principali del *prescrivere* e del *proibire*, di cui si può ritrovare la ragione d'essere nei due bisogni esistenziali dell'"essere se stesso" e del "non essere solo". Il bisogno di essere se stesso trova la propria garanzia giuridica nella normazione penale, di evidente sostanza proibitiva; il proibire trova la propria ragione precisamente nella tutela dell'esser se stesso. Invece, la forma prescrittiva è la forma precipua della normazione civilistica in senso lato, con la quale viene stabilita la forma giuridica di ciò che il soggetto intende fare – dal matrimonio al testamento, dalla creazione di un'associazione o di un'impresa, nel caso degli atti associativi i rapporti relazionali vengono sottratti alla precarietà, ottenendo certezza e regolarità, tutelando in questo modo il bisogno di non essere solo. Inoltre, la normazione processualista (civile e penale) contribuisce anch'essa alla tutela del se stesso nella relazione con l'altro¹⁵.

Entro tale prospettiva, il riconoscimento e il rispetto del *sensu* del diritto rappresenta il criterio oggettivamente umano, né ideologico né astratto, del giudizio di valore su opinioni, comportamenti, costumi del diritto posto, in strutturale legame con l'identità antropologica e coesistenziale dell'uomo. Per il giurista, potremmo infine dire in termini sintetici, la prospettiva dell'intero è riconoscere il diritto con il suo legame strutturale nei confronti dell'*humanum*, nella cui luce guardare alle manifestazioni concrete del diritto stesso: le leggi, gli ordinamenti ed il loro fondamento.

In base a questo breve percorso sinora svolto, possiamo dunque cogliere che la ricerca sul *sensu* del diritto consiste nella possibilità di individuarne gli elementi strutturali – ciò che rende il diritto quello che è (il presupposto identificativo) –, in definitiva la sua intrinseca qualificazione come struttura antropologica e relazionale, orientata all'equilibrio nei rappor-

¹⁵ Ivi, p. 65. Abbiamo riportato in sintesi passaggi finali di S. COTTA, *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*, cit., pp. 65-67.

ti intersoggettivi e al mantenimento della pacifica coesistenza sociale.

Ciò conduce inoltre a riflettere sul giuridico nel senso di *ius*, ciò che è giusto, e sulla dinamica relazionale della giustizia costitutivamente rivolta *ad alterum*, con un orientamento intrinseco al mantenimento della dimensione comune del vivere sociale¹⁶, che si realizza attraverso il “fare giustizia” – conservare e promuovere la giustizia –, a cui ogni giurista è in ogni caso chiamato, a diversi livelli.

2. I caratteri del diritto secondo l'ontofenomenologia giuridica

2.1. Il diritto come struttura umana relazionale

Giustificata epistemologicamente – seppur in breve – l'interpretazione filosofica del *sensu* del diritto e dei suoi presupposti fondamentali, vale la pena identificare qui, in sintesi e ai fini della nostra trattazione, quali siano i caratteri fondamentali del diritto studiato secondo la visione appena delineata, che è la prospettiva dell'ontofenomenologia giuridica di Sergio Cotta¹⁷.

¹⁶ In relazione alle esigenze esistenziali del soggetto (come appunto “essere se stesso” e “non essere solo”) anche la giustizia può essere riconosciuta come bisogno umano fondamentale: in questo senso, cfr. F. MACIOCE, *Giustizia. Un bisogno umano fondamentale*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 3-28.

¹⁷ Riportiamo in questa sede i tratti salienti della prospettiva ontofenomenologica, non potendola ricostruire in modo sistematico, compito che sarebbe tanto arduo quanto di interesse. Oltre che alle opere di Sergio Cotta a cui faremo riferimento nel presente paragrafo, per approfondire si può fare riferimento a F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Scritti in onore di S. Cotta*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 351; B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta, 1920-2007: scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto, Giuffrè, Milano 2010, pp. 1120; G. BOMBELLI, F. CRISTOFARI, B. MONTANARI, *Sergio Cotta (1920-2007): dieci anni dopo*, Jovene Editore, Napoli 2018, pp. 128 (con contributi di Anelli, Forti, Faralli, Montanari, Fisichella, Carcaterra, Cavalla, D'Agostino, G. Cotta, Troncarelli, Macioce, Bombelli, Magrì); G. MAGRÌ (a cura di), *Il senso del diritto. Ricordando Sergio Cotta*, “Teoria e Critica della Regolazione Sociale”, 3 (2009), con contributi di Magrì, Montanari, Fuselli, Scillitani, Troncarelli, Velluzzi; C.J. ERRÁZURIZ (a cura di),

Sul piano metodologico, l'ontofenomenologia si caratterizza come l'indagine sul fenomeno giuridico, per identificare la struttura (i tratti fondamentali) secondo cui il modo di vivere giuridico si configura come tale, in collegamento con la struttura ontologica dell'uomo¹⁸. L'indagine è ontofenomenologica, poiché prende le mosse dall'assunzione dei dati giuridici empirici (offerta dall'osservazione diretta e da quella mediata della scienza giuridica), procedendo così all'individuazione fenomenologica del loro senso esistenziale, per giungere poi a comprenderne il fondamento nella struttura ontologica dell'uomo¹⁹. Muovendo dalla dimensione empirica degli ordinamenti giuridici, che l'uomo ha costruito nel corso della sua storia millenaria, si possono dunque evidenziare quegli elementi "residuali" che costituiscono un dato non soggetto a variazioni e contingenze storiche²⁰; su

The essence of the Law. The proposals of Michel Villey, Sergio Cotta and Javier Hervada, "Forum. Supplement to Acta Philosophica", 5, 2 (2019), con contributi di Errázuriz, Bauzon, Montanari, Serna, Sol, Baura, Savarese, Punzi, Del Pozzo, Morace Pinelli, Sarteà, Zini et al.; F. ZINI, *Il dovere di essere. Attualità del pensiero di Sergio Cotta*, Studium, Roma 2020, pp. 201. Per ritratti e brevi biografie filosofiche del padre dell'ontofenomenologia, si segnalano in particolare: V. FROSINI, *Per un ritratto critico di Sergio Cotta*, in a. F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Scritti in onore di S. Cotta*, cit., pp. 1-10; F. D'AGOSTINO, *Sergio Cotta: breve biografia filosofica*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta, 1920-2007: scritti in memoria*, cit., pp. 385-390; F. D'AGOSTINO, *Il giurista cristiano*, in G. BOMBELLI, F. CRISTOFARI, B. MONTANARI, *Sergio Cotta (1920-2007): dieci anni dopo*, cit., pp. 41-47; G. FORTI, *Il segno netto del pensiero di Sergio Cotta*, in G. BOMBELLI, F. CRISTOFARI, B. MONTANARI, *Sergio Cotta (1920-2007): dieci anni dopo*, cit., pp. 5-8.

¹⁸ Il metodo della "riduzione fenomenologica" applicato al diritto "permette di ricondurre tutte le svariate forme normative empiriche al "residuo" che le accomuna in un'unica identità di senso, ossia non di forma bensì di significanza. Si tratta della regola vincolativa dell'agire, costitutiva della categoria della giuridicità e rappresentabile simbolicamente con la cifra deontica "si deve/non si deve" (S. COTTA, *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*, Giuffrè, cit., p. 55).

¹⁹ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 18: "La fenomenologia (del diritto) esige di venire prolungata nella chiarificazione dell'ontologia dell'uomo, che sola può fornire una risposta adeguata alla domanda radicale sul diritto".

²⁰ B. MONTANARI, *Sergio Cotta. Filosofo del diritto e filosofo del '900 ... e oltre*, cit., in C.J. ERRÁZURIZ (a cura di), *The essence of the Law*, p. 499. Cotta chiarisce questo aspetto metodologico in "Del significato fenomenologico del diritto", all'interno di "Soggetto Umano Soggetto Giuridico": "Di

questa base, diviene possibile un'interpretazione filosofica del diritto che ne rispetti la datità empirica, senza fermarsi ad essa²¹. È stato osservato che Cotta, con la sua fenomenologia esistenziale, “è andato a ricostruire filosoficamente dall'interno il fenomeno giuridico, giungendo a dare un nuovo disegno concettuale proprio al requisito della ‘positività’”²².

In termini sintetici, possiamo qui anticipare che entro la prospettiva ontofenomenologica il diritto viene inteso come struttura umana relazionale orientata a promuovere (positivamente, attraverso prescrizioni) e a tutelare (negativamente, attraverso interdetti e attraverso sanzioni corrispondenti alle violazioni) la coesistenza²³. Il diritto infatti, come attività prescrit-

solito chi si propone di connotare *in generale* un fenomeno di tipo seriale, è tacciato di genericità o di semplicismo, spesso non a torto. In questa sede, invece, il “generale” viene inteso quale risultato del processo husserliano di “riduzione” fenomenologica della pluralità particolaristica di fenomeni diversi, ma simili, al loro uniforme “residuo”, identico quanto al senso. Sotto questo profilo, il *generale* si oppone al *particolare* sul piano semantico, ma non per negargli realtà, bensì per giungere a una sua comprensione di più puntuale e circoscritta portata qualificante” (S. COTTA, *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*, cit., p. 51).

²¹ In questa prospettiva, la ricerca e l'analisi del fondamento del diritto è la questione più importante, come anticipato nel paragrafo precedente. La questione del fondamento è la questione più importante: “l'uomo comune (e il filosofo, che in fondo ne è l'interprete) non sarà pienamente liberato dalle sue incertezze sul diritto finché non ne avrà capito l'origine. L'accertamento della causa finale del diritto – l'ordine della convivenza – lascia pur sempre spazio al dubbio radicale, ultimo: perché mai è necessario tale ordine? Solo risalendo all'origine si può trovare una risposta” (S. COTTA, *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia, 1979, pp. 117, p. 20). Nello stesso senso, Bruno Romano evidenzia che Cotta guarda al fenomeno giuridico non confinato nel “come della normatività, ma aperto al perché della giuridicità (cfr. B. ROMANO, *S. Cotta (1920-2007): l'ontofenomenologia' e 'il diritto nell'esistenza'*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta, 1920-2007: scritti in memoria*, pp. 11-20, p. 18).

²² B. MONTANARI, *Parole introduttive. Dieci anni dopo*, in G. BOMBELLI, F. CRISTOFARI, B. MONTANARI, *Sergio Cotta (1920-2007): dieci anni dopo*, cit., pp. 13-17, p. 16.

²³ Così Francesco D'Agostino su questo: “Per *diritto* intendo una delle strutture antropologiche che consentono la costruzione del sociale (e, di conseguenza, dell'uomo *tout court*, dato che l'uomo *di principio* è “sociale”); più precisamente è giuridica la struttura che fa riferimento non al *potere* (come fa la politica) o alla *comunione spirituale* (come fa la religione) o alla tradizione etnica (si pensi al sistema induista delle caste),

tivo-sanzionatoria, è regola dell'agire (in questo senso è struttura), che sostiene il vivere insieme (perciò ha carattere umano) secondo la dimensione del rapporto con l'altro costitutiva dell'essere dell'uomo e della sua realizzazione (la relazionalità). La dimensione del rapporto con l'altro è orientata all'essere insieme non solo fattuale ma anche normativo, ovvero all'espressione della verità ontologica dell'esistenza (la coesistenza). Di seguito cerchiamo di approfondire gli elementi concettuali che compongono la definizione appena anticipata.

Secondo l'analisi ontofenomenologica, innanzitutto il diritto è la regola che l'uomo trova nel proprio agire a tutela del riconoscimento paritario di sé e degli altri: la dimensione fattuale dell'essere accanto agli altri²⁴ possiede un rilievo di normatività perché riconosciuta come cifra essenziale dell'uomo stesso, che chiede di essere compiuta²⁵. Nella dinamica di riconoscimento e della propria pretesa e della pretesa paritaria dell'altro, e di fronte alla possibilità sempre aperta del conflitto, l'attività giuridica, ossia l'agire secondo regole oggettive obbliganti a tutela della parità, risponde all'esigenza primaria, esistenziale, di superare l'ambivalenza pratica della presenza degli altri esseri umani, contrastandone la (possibile) valenza negativa e con questo garantendo "l'esser-se-stesso di ogni individuo nell'ambito cooperativo dell'esser-insieme [...]: è questo il suo senso esistenziale, che ne rivela l'appartenenza a ciò

ma all'esperienza di una particolare dinamica relazionale, quella fondata sul riconoscimento della parità *di principio* che intercorre tra soggetti in relazione e che anzi rende la relazione stessa pensabile e possibile" (F. D'AGOSTINO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 2-3).

²⁴ "Pur sentendo e volendo incentrarsi in sé e per sé, il soggetto agente non può disconoscere che non agisce nel vuoto umano, bensì in una situazione già data, nella quale ci sono altri io, accanto all'io agente" (S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 52-53).

²⁵ Si tratta di un processo in cui "l'io agente esce [...] dalla propria chiusura soggettivamente sentita, ma non per alienarsi bensì per trovare nella reciprocità del riconoscimento la più vera garanzia dell'affermazione e salvaguardia di sé quale soggetto *umano*" (S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 60). Il passaggio dalla fattualità della pretesa all'agire giuridico, spiega in un altro luogo Cotta, avviene "allorché l'altro *ricosce* (e qui non ne interessano le ragioni) la pretesa dell'io; il riconoscimento opera la trasformazione della pretesa in diritto e dell'obbedienza in obbligo" (S. COTTA, *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 119-20).

che caratterizza la vita reale di ogni individuo umano”²⁶. Più nel profondo, la dipendenza costitutiva dall’essere in relazione con gli altri si rivela come una dimensione fondamentale dell’identità dell’uomo. Tale aspetto, che trova conferma empirica nel vivere umano, a partire dalla nascita biologica (il *venire da* che manifesta per eccellenza la dipendenza da altri), passando per l’elaborazione psichica dell’identità, fino in generale alla vita dell’uomo che si organizza in società, si rivela come l’aspetto ontologico primario dell’uomo. Non è soltanto un *esserci per mezzo* dell’altro, ma un *essere-con-l’altro*: “l’uomo si conosce quale ente-in-relazione, per cui, fuori dalla relazione, si può ben dire, l’io *non è*”²⁷. Il “tessuto relazionale” dell’uomo, osserva Cotta, appare sotteso all’intero diritto positivo, la cui normativa riguarda le relazioni interpersonali (diritto privato e diritto penale), intrasocietarie (privatistiche e pubblicistiche), intersocietarie (diritto internazionale), interumane di là dai confini politici della cittadinanza²⁸.

Il diritto si dimostra dunque attività pienamente umana poiché risponde ad esigenze fondamentali del soggetto che non rappresentano soltanto una difettività o una finitezza fattuali, ma sono anche, e più in profondità, esigenze ontologiche corrispondenti all’identità del soggetto umano come essere in relazione²⁹. La giuridicità soddisfa in modo precipuo tali esigenze mediante la determinazione di regole comuni a tutti i soggetti, che implicino regolarità nei comportamenti e nei rapporti,

²⁶ S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., p. 72.

²⁷ S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza*, cit., p. 87 (sottolineato nel testo). Per approfondire la lettura di questi passaggi di Cotta, B. MONTANARI, *Sergio Cotta. Filosofo del diritto e filosofo del ’900 ... e oltre*, cit., spiega dettagliatamente il nesso finitezza-autocoscienza-relazionalità, e l’importanza teoretica di questi passaggi.

²⁸ S. COTTA, *Diritto, persona, mondo umano*, cit., p. 204.

²⁹ In questo senso, è stato ricordato che “Cotta non accettò mai la celebre formula di Capograssi, il diritto salva l’azione, l’etica salva l’agente, perché [...] non riusciva a separare l’azione dall’agente né a vedere nel diritto una dimensione estrinseca dell’esperienza, avulsa da quella morale: il diritto ha la sua morale ed il compito della filosofia del diritto è portarla alla luce” (F. D’AGOSTINO, *Il giurista cristiano*, cit., p. 45. Richiama questo aspetto anche V. FROSINI, *Per un ritratto critico di Sergio Cotta*, cit.).

sottraendo questi ultimi ad un caotico e imprevedibile variare e quindi alla casualità o alla potenza del più forte.

Il diritto, alla luce di questa analisi, non si presenta al soggetto come un fatto estrinseco, bensì come corrispondente ad un modo di vivere che risponde ad una esigenza umana di regolare la pacifica convivenza intersoggettiva³⁰; in sintesi, “la regola vincolante l’agire, esiste perché ve ne è bisogno”³¹. Inoltre, il diritto possiede il compito cruciale di “custodire” la relazione interpersonale³², come relazione pacifica e pacificante, ostile ad ogni discriminazione, dove, per converso, il rifiuto del diritto significa abbandonare la coesistenza alla precarietà, al dispiegarsi della potenza.

In considerazione del suo fondamento ontologico, per l’apunto l’essere insieme come tratto identitario dell’umano, la relazionalità giuridica si configura come “triadica”, ovvero un rapporto che si sviluppa in un termine superiore, cioè la coesistenza come fine del diritto stesso³³; rispettandone o alterandone l’ordine all’interno della singola relazione, si rispetta o si altera l’ordine dell’intera coesistenza. La relazione coesistenziale – a cui è rivolta la regola dell’agire – conferisce all’individuo la possibilità di sviluppare le proprie potenzialità di vita non solo nello spazio delle diverse relazioni regolate dal diritto ma anche nel tempo, assicurando la loro durata. Per questo, possiamo dire che l’esistenza trovi la sua verità nello statuto ontologico relazionale, che la definisce appunto come *coesistenza*. Se si mantiene fedele a questa verità ontologica, l’autocoscienza giunge al suo risultato finale, ovvero la coesistenza, che “è il modo in cui

³⁰ “[...] l’attività giuridica non è il puro prodotto artificiale della volontà del legislatore, di un “altro” rispetto ai comuni mortali, ma si connette in radice con le condizioni stesse del vivere di costoro” (S. COTTA, *Perché il diritto*, cit., p. 25).

³¹ Di seguito il passaggio completo di Cotta al riguardo: “Non sembri un’ingenuità, ma la risposta all’interrogativo in questione [perché esiste la regola vincolante l’agire?] è di estrema semplicità e verità: la regola vincolante c’è perché ve ne è bisogno” (S. COTTA, *Soggetto Umano Soggetto Giuridico*, cit., p. 63).

³² Cfr. F. D’AGOSTINO, *Sergio Cotta: breve biografia filosofica*, cit., p. 388.

³³ Cfr. anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L’esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, Giuffrè 1974, pp. 242, p. 131.