



Politica.eu

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

DIRITTI DELL’UOMO, POLITICA, RELIGIONE.

OMAGGIO A SERGIO COTTA (1920-2007)

INDICE

| | |
|---|----|
| EDITORIALE | 3 |
| GABRIELLA COTTA | |
| STUDI E RICERCHE | |
| LA TUTELA DELL’INNOCENTE. UN PUNTO DI OSSERVAZIONE SUL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE | 8 |
| SALVATORE AMATO | |
| INSAISSABLE DIGNITE. EN HOMMAGE AU PROFESSEUR SERGIO COTTA | 22 |
| XAVIER DIJON | |
| PROFILI DI ERMENEUTICA DELLA TEMPORALITÀ GIURIDICA NELLA RIFLESSIONE DI SERGIO COTTA | 46 |
| LUIGI DI SANTO | |
| IL FEDERALISMO E I LIMITI DELLA POLITICA | 60 |
| FLAVIO FELICE | |
| OBBLIGATORIETÀ DEL DIRITTO E GIUSTIZIA: NOTE A MARGINE SU UN TEMA COTTIANO | 71 |
| BALDASSARE PASTORE | |
| L’IMPORTANZA DEL VIAGGIO | 78 |
| LIVIO PERRA | |

| | |
|--|-----|
| SERGIO COTTA E AUGUSTO DEL NOCE: SULLA «CIVILTÀ TECNOLOGICA» | 90 |
| MICHELE ROSBOCH | |
| DAL DIRITTO NATURALE AL DIRITTO SECONDO NATURA ANTROPOLOGICA. ELEMENTI PER UN'IPOTESI DI LAVORO | 100 |
| LORENZO SCILLITANI | |
| PER UNA CRITICA DEL SOGGETTIVISMO ALLA LUCE DELLA FILOSOFIA GIURIDICA DI SERGIO COTTA | 107 |
| BARBARA TRONCARELLI | |

OBBLIGATORIETÀ DEL DIRITTO E GIUSTIZIA: NOTE A MARGINE SU UN TEMA COTTIANO

BALDASSARE PASTORE*

Abstract: a general feature of law is that its existence means that certain kinds of human conduct are obligatory. Sergio Cotta argued that the obligatoriness of legal norms is based on justification. Such justification, which deals with reason, rests on human structural attitude to live together. Law serves the function of co-ordinating human activity. The obligation to obey law arises from the requirements of social co-ordination. They presuppose human dignity. The authoritativeness of law depends on its ability to secure justice. Justice is necessary because persons must seek to realize and respect human goods in common.

Keywords: law – justification – obligation – co-ordination – justice

1. La relazione tra giustificazione e obbligatorietà delle norme, che del diritto «sono l'espressione più elementare e diretta», è stata oggetto di una profonda riflessione da parte di Sergio Cotta. La tesi di Cotta è che «l'obbligatorietà delle norme derivi dalla loro giustificazione in termini di ragione e che tale giustificazione trovi il suo fondamento nell'ineliminabile struttura coesistenziale del vivere umano»¹.

La giustificazione si connette all'obbligatorietà, che, a sua volta, rinvia all'obbedienza². Asserire che il diritto obbliga implica, infatti, il riconoscimento che esso è meritevole di essere obbedito.

Invero, come è stato sottolineato, la caratteristica generale più evidente del diritto «consiste nel fatto che la sua esistenza implica che certi tipi di condotta umana ... sono in un certo senso obbligatori»³. Obbligatorietà e normatività giuridica, dunque, sono

* Baldassare Pastore, Professore ordinario di Filosofia del diritto IUS/20, Università degli Studi di Ferrara.
Email: baldassare.pastore@unife.it

¹ Le citazioni sono tratte da S. Cotta, 2015, 10.

² La giustificazione della norma è di per sé una giustificazione dell'obbedienza. Cfr. S. Cotta, 2015, 31.

³ H.L.A. Hart, 1991, 9.

questioni che attengono allo stesso ambito di discorso. Ma, alla domanda: «perché il diritto obbliga?» è possibile rispondere in (almeno) tre modi⁴.

Una prima risposta è quella che vede nella coercizione l'aspetto saliente del diritto. Ciò che rende obbligatorio il comportamento prescritto dalle norme giuridiche è il desiderio di sfuggire alle sanzioni che si applicano nel caso di trasgressioni. La sanzione, vista come elemento essenziale della prescrizione giuridica, rappresenta una motivazione e una giustificazione del fatto che si adempia a quanto richiesto. Si adempie a quanto richiesto dalla prescrizione giuridica per evitare le conseguenze spiacevoli minacciate in caso di rifiuto. L'imperativismo vetero-positivistico segue questa strada. L'obbligatorietà della norma giuridica slitta nell'imposizione. Ma non può non evidenziarsi, a questo proposito, la differenza radicale tra «obbligare» e «imporre». «L'obbligo fa riferimento a un *dover fare* e all'assunzione consapevole di tale dovere; l'imposizione invece fa riferimento a un *non poter non fare*, e alla sottomissione ad essa»⁵. La costrizione, richiamata dalla struttura prescrittivo-sanzionatoria della norma non può fondare l'obbligatorietà anche perché, tra l'altro, non si potrebbe distinguere una norma giuridica da un ordine sostenuto da minacce, da un comando del tipo «o la borsa o la vita»⁶.

Una seconda risposta alla domanda «perché il diritto obbliga?» si basa sull'idea secondo cui l'obbligo giuridico non è altro che un tipo particolare di obbligo morale. La normatività del diritto dipende, in ultima istanza, da ragioni morali che prescrivono di fare ciò che il diritto richiede⁷. Gli ordinamenti giuridici, d'altra parte, riproducono la sostanza di certe fondamentali esigenze morali. Il divieto dell'omicidio e dell'uso ingiustificato della violenza rientrano tra gli esempi tipici che militano a favore di tale idea.

Una terza risposta afferma l'esistenza di genuine, autonome, ragioni giuridiche capaci di giustificare azioni e comportamenti. Si tratta di ragioni non riconducibili a quelle morali⁸. Per certi versi, un modo per dar conto dell'esistenza di ragioni autonome è quello di sottolineare che una regolamentazione giuridica ha la caratteristica di diventare opaca rispetto ai valori che ne sono inevitabilmente il presupposto. La regolamentazione giuridica, infatti, ha la funzione di guidare i comportamenti dei destinatari evitando che essi facciano riferimento (diretto, immediato) a quei valori. Le istituzioni giuridiche avrebbero una loro obiettività sociale non compromessa con i valori⁹. Il problema dell'esistenza degli obblighi giuridici viene, in tal modo, *separato* dal problema della giustificazione (morale) dell'autorità del diritto¹⁰. Tale autorità, però, non può essere scissa dalla dimensione assiologica.

⁴ Sul tema cfr. A. Schiavello, 2013, 484-496.

⁵ S. Cotta, 2004, 125.

⁶ S. Cotta, 2015, 24-25. Cfr., in argomento, H.L.A. Hart, 1991, 98-108. Sul punto, con specifico riferimento all'argomentazione cottiana, si veda D.M. Cananzi, 2015, 169-172.

⁷ J.M. Finnis, 1996a, 393.

⁸ J. Raz, 2009, 17, 22-23, 26-27, 32-33.

⁹ J. Raz, 2009, 30-32, 46-48, 69, 158-159.

¹⁰ C. Luzzati, 1999, 493.

L'autorità giuridica, invero, svolge la funzione di favorire il bene comune, da intendere come salvaguardia dell'insieme dei fattori che tendono a garantire la realizzazione personale degli individui impegnati a cooperare nello spazio della relazionalità intersoggettiva¹¹.

2. Il diritto fornisce ragioni per l'azione; ci dice come dobbiamo comportarci. Ragione, qui, è da intendere come considerazione che viene adottata a sostegno di qualcosa e, in sede di ragionamento pratico, come giustificazione che consente di stabilire cosa si deve fare o non fare.

Le ragioni non vanno confuse con i motivi dell'azione. I motivi per seguire una regola possono essere diversi (conformismo, paura della sanzione, condivisione del contenuto della regola). Essi influenzano l'azione, ma, propriamente, non la guidano. È la ragione che può guidare verso una scelta libera e consapevole. Le regole contengono al loro interno le ragioni che le giustificano e queste, a loro volta, rinviano ad altre ragioni, assunte come più fondamentali¹². Pertanto, solo una appropriata giustificazione può conferire obbligatorietà ad una norma. In questo senso, la mera esistenza di una norma giuridica non è, di per sé, una ragione sufficiente per porre in essere il comportamento richiesto.

Se parlare di «esistenza» di una norma significa rinviare alla sua validità (in base alle regole procedurali relative alla sua produzione), dire che una norma è valida implica sostenere che la sua osservanza e la sua applicazione sono obbligatorie. Questo orientamento è assunto da Hans Kelsen, secondo il quale dire «che una norma è valida equivale a dire che noi assumiamo la sua esistenza o – ciò che è lo stesso – assumiamo che essa ha “forza vincolante” per coloro di cui disciplina il comportamento»¹³. Parlare dunque di «forza vincolante» significa considerare la norma «obbligatoria», sicché essa deve essere osservata.

Siffatta concezione, invero, sembra attribuire al diritto positivo una qualità propria della morale: quella di obbligare in coscienza. Ma attribuire al diritto positivo una forza normativa piena è tesi propria del positivismo etico, che sfocia nella giustificazione morale del diritto, qualunque esso sia. Vi sarebbe, pertanto, un dovere assoluto di obbedire al diritto indipendentemente dal suo contenuto, purché tale diritto sia formalmente valido¹⁴. Peraltro, ridurre il diritto a pura forma conduce a considerarlo uno strumento, una mera tecnica, destinata a cedere il passo a tecniche che possono risultare più efficaci, più adatte, più utili, abbandonando, così, l'idea del suo ancoraggio ai valori:

¹¹ J.M. Finnis, 1996a, 164-165, 176-178, 283, 387. Cfr. S. Cotta, 1985, 176-179; S. Cotta, 2004, 114-117.

¹² F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 34.

¹³ H. Kelsen, 1994, 30. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 353 ss.

¹⁴ Si tratta, propriamente, di una variante del positivismo giuridico come ideologia. Cfr. N. Bobbio, 1996, 236-237. Sull'insufficienza del riferimento ai caratteri formali della norma (l'essere emanata dall'autorità competente, l'appartenere all'ordinamento giuridico) al fine di stabilirne l'obbligatorietà insiste S. Cotta, 2015, 38-44.

primo fra tutti alla giustizia. Si oblitera, così, il problema del fondamento della normatività giuridica, insieme a quello della obbligatorietà¹⁵.

Il diritto, invero, non può essere sottratto alla valutazione morale. Il mondo della giuridicità riguarda deliberazioni, decisioni e azioni che trovano la loro giustificazione in base a ragioni rinvianti ai beni in vista di cui si agisce e ad alcuni orientamenti generali della vita di una società. Ciò conduce ad assumere che vi siano cose che hanno valore per la convivenza, che sono ritenute degne di essere perseguite e che, al contrario, qualcos'altro va evitato e impedito.

Il diritto tutela alcuni beni e valori importanti, protegge interessi generali, e ciò consente di affermare, in linea generale, che è obbligatorio conformare il proprio comportamento a quanto esso prescrive¹⁶. L'esistenza di un obbligo presuppone che vi sia una norma che si colloca nell'orizzonte esistenziale della possibilità. La norma stabilisce un *dover essere*; opera una scelta fra varie azioni possibili, stabilendo quale di esse *deve essere*¹⁷; «prescrive che accada (ossia si faccia, non si faccia, si lasci fare) qualcosa che altrimenti potrebbe non accadere»¹⁸. Si può affermare, allora, che la libertà umana sia la condizione dell'esistenza del diritto. Ma la libertà si intreccia con la socialità. L'essere umano è libero, ma non è solo: esiste insieme ad altri esseri umani¹⁹. Il diritto, così, «si colloca entro l'orizzonte della relazione, dell'esistere-con-altri»²⁰.

Ogni comprensione del fenomeno giuridico deve dar conto di come gli individui possano ritenere che il diritto, a cui prestano obbedienza, sia moralmente accettabile. Il diritto positivo è un fenomeno umano che esige sempre un'accettazione di fondo e che si regge su un fondamento ragionevole e consentito²¹. Il diritto è «ordinamento «osservato»²², che si fonda su atti riconoscimentali e si lega ad una forma di vita rinviante a contesti di esercizio e a una comunità di soggetti che orientano la loro condotta entro una rete di aspettative stabili. Sia l'atto di porlo sia il riconoscimento della sua positività non possono essere compresi prescindendo dal riferimento a criteri morali che fondano e suffragano la sua autorità e la sua pretesa autoritativa²³.

3. Il diritto serve a coordinare autoritativamente le azioni e a rendere possibile l'interazione sociale²⁴. Ciò richiede che si obbedisca alle prescrizioni giuridiche²⁵. I comportamenti non conformi a quanto prescritto, infatti, indeboliscono le aspettative

¹⁵ Cfr. S. Cotta, 2004, 45-49.

¹⁶ L'obbligo vincola in quanto si è convinti di doverlo rispettare: cfr. S. Cotta, 1985, 124.

¹⁷ S. Cotta, 2015, 29, 33.

¹⁸ S. Cotta, 2015, 27.

¹⁹ Cfr. L. Palazzani, 2016, 46, 58.

²⁰ S. Cotta, 2004, 33, 116. La pluralità delle possibilità dell'agire umano e la struttura coesistenziale degli esseri umani sono tra le ragioni che rendono indispensabile la giustificazione. Cfr. S. Cotta, 2015, 36.

²¹ Così S. Cotta, 2004, 57-59.

²² P. Grossi, 2003, 19-28.

²³ Cfr. J. Finnis, 1996b, 205.

²⁴ Cfr. G.J. Postema, 1982, 186.

²⁵ J.M. Finnis, 1996a, 343.

reciproche di conformità di coloro che sono soggetti al diritto, impedendo, conseguentemente, il realizzarsi della coordinazione. Il carattere coercitivo del diritto può essere così spiegato: la sanzione opera come deterrente nei confronti di chi non conforma il proprio comportamento a quanto prescritto dalle norme, frustrando le aspettative degli altri (che fanno affidamento sulla reciprocità e sulla generale conformità) e indebolendo il sistema di coordinazione. La funzione della sanzione è quella di scoraggiare i comportamenti difformi rispetto a quelli richiesti dall'autorità, contribuendo a mantenere l'osservanza del diritto, ma è anche quella di indicare la rilevanza del precetto giuridico²⁶.

L'osservanza del diritto è finalizzata, nell'ottica della coordinazione, a garantire e perseguire beni e valori fondamentali della vita personale e sociale. Da questo punto di vista, la legittimità dell'autorità del diritto dipende dai fini che esso assicura e promuove²⁷.

Il senso proprio del diritto consiste nell'essere una modalità di garanzia degli esseri umani, con la loro dignità, quale condizione della coesistenza intersoggettiva. L'obbedienza al diritto è giustificata nella misura in cui viene garantita la dignità di ogni essere umano e di tutti gli esseri umani²⁸. Entra in gioco, qui, la nozione di giustizia.

Il diritto trae la giustificazione della propria obbligatorietà dall'esserci della coesistenza umana²⁹. Il «con-esserci» è espressione della parità ontologica degli esseri umani e della loro insopprimibile relazionalità³⁰. La conformità alla giustizia diventa essenziale³¹. La relazione intersoggettiva costituisce l'essenza della giustizia, che trova espressione nel principio del *suum cuique tribuere*, che, lungi dall'essere una formula vuota, sfociante nella tautologia («a ciascuno deve essere attribuito ciò che deve essergli attribuito»)³², si esplica nell'assunto secondo il quale ciascuno ha sempre qualcosa di propriamente ed esclusivamente suo ed è dunque sempre titolare di qualcosa che ciascun altro ha il dovere di riconoscergli e di dargli. Il *suum cuique*, pertanto, è un principio aperto nei suoi contenuti, relativi alle spettanze proprie di ogni essere umano³³.

Vi è giustizia, quando tutti gli individui sono trattati alla pari e simmetricamente in qualunque concreta determinazione relativa a distribuzioni e/o a compensazioni, quando

²⁶ F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 11-13.

²⁷ J. M. Finnis, 1996a, 165-166, 265-266.

²⁸ L. Palazzani, 2016, 58-62.

²⁹ S. Cotta, 2015, 122, 127, 140.

³⁰ S. Cotta, 2015, 155-157.

³¹ Scrive icasticamente S. Cotta, 2004, 124: «l'obbligatorietà del diritto dipende dalla sua giustizia». È, questa, come è ben noto, una modalità del giusnaturalismo.

³² H. Kelsen, 1975, 17-18.

³³ F. D'Agostino, 2006, 6. Scrive, ad esempio, J.M. Finnis, 1996a, 223: «Il moderno vocabolario e la grammatica dei diritti ... sono un versatile strumento con cui riferire e affermare le esigenze, o le altre implicazioni, di una relazione di giustizia *dal punto di vista della persona (o delle persone) che da quella relazione trae beneficio*. Essi forniscono un modo di parlare di "ciò che è giusto" da una speciale angolatura: il punto di vista dell'"altro" a cui qualcosa (compresa, *inter alia*, la libertà di scelta) spetta o è dovuta, e a cui verrebbe fatto un torto se gli venisse negata».

vi è corrispondenza tra diritti e doveri, quando vi è adeguatezza del reciproco rapportarsi delle azioni, quando viene assicurata l'imparzialità del giudizio³⁴. Il valore della giustizia, dunque, non ha a che fare soltanto con i contenuti delle norme e delle istituzioni, ma anche con il modo in cui essi sono individuati, perseguiti, applicati, realizzati³⁵. Giustizia è, così, rifiuto dell'ineguaglianza, dall'arbitrio e, in fondo, dell'inumanità, considerati i diversi ambiti in cui si articolano i rapporti intersoggettivi³⁶, sicché tutti gli individui siano considerati e rispettati come persone.

Il diritto trova legittimazione nella circostanza di riconoscere, dare e garantire a ognuno ciò che gli spetta come persona. La giustizia nell'interazione umana è coesistente all'uso del diritto e alla sua stessa comprensione³⁷. La giustizia appartiene alle condizioni di esistenza del diritto e può essere considerata come il bene proprio della pratica giuridica³⁸: un bene immanente che ha a che fare con il pieno sviluppo della pratica stessa.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BOBBIO Norberto, 1996, *Il positivismo giuridico* (1961). Giappichelli, Torino.

CANANZI Daniele M., 2015, «Postfazione. Dall'obbligatorietà al diritto naturale vigente. Ermeneutica ed estetica attraverso l'itinerario di S. Cotta». In S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, 160-184. Studium, Roma.

COTTA Sergio, 1985, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 2004, *Il diritto come sistema di valori*. Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI).

COTTA Sergio, 2015, *Giustificazione e obbligatorietà del diritto*. Studium, Roma (1^a ed. Giuffrè, Milano, 1981).

D'AGOSTINO Francesco, 2006, *Parole di giustizia*. Giappichelli, Torino.

FINNIS John M., 1996a, *Legge naturale e diritti naturali*. Giappichelli, Torino (ed. or. *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1980).

³⁴ S. Cotta, 1985, 141-147; S. Cotta, 2015, 159. Cfr. altresì F. D'Agostino, 2006, 14-15, 19.

³⁵ F. Viola, 2011, 96-97. Non basta dunque fare cose giuste, ma bisogna farle in modo giusto o corretto. La correttezza, in questo senso, è un aspetto ineliminabile del valore della giustizia.

³⁶ Cfr. B. Pastore, 2012, 267, 279-280.

³⁷ F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 45, 463.

³⁸ F. Viola, 1993, 78.

FINNIS John, 1996b, «The Truth in Legal Positivism». In *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, edited by Robert P. George, 195-214. Clarendon Press, Oxford.

GROSSI Paolo, 2003, *Prima lezione di diritto*. Laterza, Roma-Bari.

HART Herbert L.A., 1991, *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino (ed. or. *The Concept of Law*. Oxford University Press, London, 1961).

KELSEN Hans, 1975, *Il problema della giustizia*. Einaudi, Torino (ed. or. *Das Problem der Gerechtigkeit*. Franz Deuticke, Wien, 1960).

KELSEN Hans, 1994, *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Etas, Milano (ed. or. *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945).

LUZZATI Claudio, 1999, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Giuffrè, Milano.

PALAZZANI Laura, 2016, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*. Giappichelli, Torino.

PASTORE Baldassare, 2012, «Giustizia». In *Atlante di filosofia del diritto*, vol. I, a cura di Ulderico Pomarici, 259-280. Giappichelli, Torino.

POSTEMA Gerald J., 1982, «Coordination and Convention at the Foundation of Law». In *Journal of Legal Studies*, 11: 165-203.

RAZ Joseph, 2009, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (1979). Clarendon Press, Oxford.

SCHIAVELLO Aldo, 2013, «L'obbligo di obbedire al diritto». In *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, 472-504. Giappichelli, Torino.

VIOLA Francesco, ZACCARIA Giuseppe, 1999, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari.

VIOLA Francesco, 1993, «Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo». In *Ragion pratica*, 1: 61-81.

VIOLA Francesco, 2011, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Giappichelli, Torino.