

## PREMESSA

Il tema dell'obbligatorietà del diritto è uno dei *loci classici* della filosofia del diritto e della filosofia politica, anche se, bisogna riconoscere, non è tra gli argomenti più battuti nell'attuale dibattito giusfilosofico, soprattutto di matrice giuspositivista.

Le ragioni che hanno portato a trascurare la questione della normatività del diritto sono molteplici e, tra queste, spicca una interpretazione troppo rigida ed ingenua della tesi della separazione tra diritto e morale.

Sia come sia, mettere tra parentesi il problema della legittimità del diritto porta con sé il rischio di favorire il diffondersi di un atteggiamento di acquiescenza acritica e di conformismo rispetto a quanto richiesto dal diritto. Non a caso, l'esergo di questo libro riproduce la convinzione di Eichmann, registrata da Hannah Arendt, che la mera esistenza di un ordine implica che si ottemperi a quanto da esso richiesto, senza chiedersi se il comportamento oggetto dell'ordine possa ritenersi o meno legittimo. A ciò si aggiunga che i giuristi, per loro natura, sono tendenzialmente propensi al dogmatismo; uno dei motivi principali che mi ha convinto ad occuparmi dell'obbligo giuridico è stato il riconoscere negli occhi della maggior parte degli studenti del corso di filosofia del diritto una sorta di stupore e di perplessità a seguito della mia richiesta di rispondere alla domanda "perché bisogna obbedire al diritto?". Che la mera esistenza di una norma giuridica non sia di per sé una ragione sufficiente per porre in essere il comportamento richiesto è qualcosa che – fatte salve, ovviamente, le eccezioni – il giurista, o l'aspirante giurista, fatica a capire. Per non parlare dell'atteggiamento di sincero sgomento di fronte all'affermazione di un Lysander Spooner, campione dell'anarchismo americano del XIX secolo, che «per sua natura la Costituzione non ha alcuna autorità e non produce alcun obbligo»<sup>1</sup>. Insomma, pur volendo concedere ad Hans Kelsen che «anche un anarchico, come giurista, può descrivere un diritto positivo come un sistema di norme valide, pur senza approvare questo diritto»<sup>2</sup>, bisogna riconoscere francamente che l'anarchismo non è molto *à la page* nella comunità dei giuristi.

<sup>1</sup> L. SPOONER, *La Costituzione senza autorità - No Treason No. 6* (1870), trad. it. di V. Ottonelli, il Melangolo, Genova 1997, p. 33.

<sup>2</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), saggio introduttivo e traduzione di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, p. 248, n. 1.

Come si è detto, il tema dell'obbligo politico<sup>3</sup> è un classico della filosofia giuridica e politica. È a partire dal *Critone* di Platone che la questione è stata impostata nei termini che saranno seguiti dalla riflessione filosofica successiva ed è sempre nel medesimo dialogo socratico che è possibile rinvenire, in forma embrionale, le principali giustificazioni che verranno avanzate, di volta in volta, a sostegno dell'obbligo politico.

Seguendo A. John Simmons, è possibile distribuire le teorie dell'obbligo giuridico in quattro gruppi<sup>4</sup>. La distinzione principale è quella tra teorie "comunitariste" e teorie "individualiste". Le prime (tra i cui sostenitori si possono annoverare Platone, Aristotele, Hegel e Wittgenstein) ritengono che l'identità individuale dipenda in larga misura dall'appartenenza ad una comunità sociale e politica; per tali teorie, l'appartenenza ad una comunità non è il frutto di una scelta e l'obbligo politico non è che una implicazione di tale appartenenza. Le teorie individualiste negano la dimensione eminentemente politica degli esseri umani; l'ambito politico è soltanto un aspetto – contingente e non essenziale – della vita umana.

Una ulteriore distinzione, interna alle teorie individualiste, è quella tra teorie volontariste e teorie anti-volontariste. Le prime riconducono l'insorgere dell'obbligo politico ad un atto volontario dell'individuo; ad esempio, secondo John Locke è il consenso, espresso o tacito, prestato dagli individui all'autorità del sovrano a produrre l'obbligo di obbedienza. Le teorie anti-volontariste non ritengono che sia centrale, al fine della giustificazione dell'obbligo politico, la scelta degli individui ma le caratteristiche contingenti dell'assetto sociale all'interno del quale essi si trovano a trascorrere l'esistenza. A differenza di ciò che si potrebbe pensare ad una lettura superficiale, le teorie che fondano l'obbligo politico su un contratto ipotetico, come la giustizia come equità di John Rawls, possono essere inserite in questo gruppo. Esse infatti, mettendo in primo piano non il consenso, reale o ipotetico, di individui in carne ed ossa, ma il consenso presunto di individui pienamente razionali in una ipotetica situazione iniziale, riconducono l'obbligo giuridico alla presenza di istituzioni giuste.

L'angolo visuale da cui in questo libro si guarda alla questione della normatività del diritto è quello, ben circoscritto, del positivismo giuridico hartiano e

<sup>3</sup> In questa sede le espressioni 'obbligo politico', 'obbligo giuridico', 'normatività del diritto' e simili sono utilizzate in modo intercambiabile. In Italia, a cavallo tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso, si è sviluppato un interessante dibattito circa l'opportunità di distinguere l'obbligo politico dall'obbligo giuridico. Favorevoli alla distinzione erano Uberto Scarpelli e Alessandro Passerin D'Entrèves, contrario era invece Norberto Bobbio. Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, pp. 127-134; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano 1970, pp. 67-86; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Edizioni di Comunità, Milano 1977, pp. 110-117; ID., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (ed. orig. 1961), Giappichelli, Torino 1996, pp. 233-244. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Roma-Bari 1990 (seconda edizione riveduta), pp. 963-975.

<sup>4</sup> A.J. SIMMONS, *Obligation, political*, in E. CRAIG (General Editor), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London & New York 1998, Volume 7, pp. 76-80.

post-hartiano, caratterizzato dalla cosiddetta “svolta convenzionalista”. Il merito di questa versione del positivismo giuridico è, innanzitutto, quello di non avere trascurato il tema dell’obbligo giuridico; in secondo luogo, quello di avere tentato di proporre una spiegazione dell’obbligatorietà del diritto almeno in parte originale rispetto alle spiegazioni elaborate in precedenza; in terzo luogo, quello di avere tentato di distinguere l’obbligo giuridico rispettivamente dall’obbligo morale e dalla coazione.

Le risposte alla domanda che fa da titolo al libro sono riconducibili a tre alternative: a) la normatività del diritto dipende dalla coazione (“modello del bandito”); b) la normatività del diritto dipende da ragioni morali (“modello della morale”); c) la normatività del diritto è indipendente sia dalla coazione sia da ragioni morali e deve essere ricondotta a quelle che adesso possiamo denominare, genericamente, “ragioni giuridiche” (“modello dell’autonomia”).

Il primo modello si attaglia a tutte le concezioni del diritto che possono legittimamente essere considerate versioni dell’imperativismo. In base a questo modello, ciò che rende obbligatorio il comportamento prescritto dalle norme giuridiche è, in ultima istanza, il desiderio di sfuggire alle sanzioni che si applicano nel caso di trasgressioni. Le sanzioni, che sono un elemento delle prescrizioni giuridiche, rappresentano una motivazione ed una giustificazione del fatto che i destinatari delle prescrizioni adempiano a quanto richiesto, così come la pistola puntata alla tempia motiva e giustifica il cassiere a consegnare i soldi al rapinatore.

L’intuizione che individua nella coazione l’aspetto saliente del diritto è controbalanciata dalla percezione di un collegamento molto stretto tra diritto e morale, tra obbligo giuridico ed obbligo morale. In primo luogo, diritto e morale condividono la terminologia: si parla di obblighi, doveri e diritti sia in ambito morale sia in ambito giuridico. In secondo luogo, c’è sempre una certa coincidenza tra il contenuto delle norme morali ed il contenuto delle norme giuridiche. Ad esempio, il precetto morale “non uccidere” è recepito, in un modo o nell’altro, da ogni sistema giuridico. In terzo luogo, la nozione di giustizia sembra fare da *trait d’union* tra il diritto da un lato e la morale dall’altro: i giudici sono chiamati a fare “giustizia secondo diritto”; delle leggi si può dire che siano giuste o ingiuste e così via.

Il legame molto stretto tra diritto e morale conduce alcuni autori a spiegare la normatività del diritto e l’obbligo giuridico a partire dall’obbligo morale. L’obbligo giuridico viene dunque appiattito sull’obbligo morale: ciò che chiamiamo “obbligo giuridico” non è altro che un tipo particolare di obbligo morale. Secondo il modello della morale, dunque, il diritto è normativo se, e nella misura in cui, è possibile rinvenire, all’apice della scala costituita dalle ragioni per agire, genuine ragioni morali che prescrivono di fare ciò che è richiesto dal diritto. Soltanto le ragioni morali sono genuine ragioni per agire, mentre le ragioni giuridiche sono, nella migliore delle ipotesi, soltanto ragioni *prima facie* in attesa di essere confermate o meno da parte delle ragioni “ultime”, vale a dire da parte delle ragioni morali.

I primi due modelli della normatività del diritto appena presentati propongono una spiegazione riduzionistica della normatività del diritto: per entrambi, la normatività del diritto non è un fenomeno che presenti delle caratteristiche peculiari, ma è un fenomeno la cui spiegazione consiste nel mostrare che le differenze tra esso e fenomeni comunque contigui, quali, alternativamente, la coazione e l'obbligo morale sono mere apparenze.

L'idea di fondo condivisa dai sostenitori del terzo modello, il modello dell'autonomia, può essere compendiata in poche righe: esistono genuine ragioni giuridiche in grado di giustificare – alla stregua di ragioni di altra natura quali, ad esempio, ragioni morali o prudenziali – azioni e comportamenti. Tali ragioni sono “genuine” nel senso che non possono essere ricondotte a ragioni di tipo diverso e, specificamente, alle ragioni morali. Si tratta dunque di ragioni “tutto considerato” e non di mere “ragioni *prima facie*”.

Il convenzionalismo giuridico, che nasce con la *practice theory of norms* di Hart, è una versione del modello dell'autonomia. In questo libro viene proposta una ricostruzione critica di questo modello di giustificazione della normatività del diritto e si mostra come l'autonomia del diritto dalla morale non può che essere apparente. Sostenere questa posizione, tuttavia, non implica affatto una abiura del positivismo giuridico. L'opzione favorevole al modello della morale non richiede necessariamente l'adozione di una teoria del diritto di matrice giusnaturalista.

Anche se l'obiettivo dichiarato del libro è quello di offrire una analisi critica del convenzionalismo giuridico, non si è trascurato di inserire questo obiettivo specifico all'interno di una ricostruzione di più ampio respiro del tema della normatività del diritto.

Il lavoro si articola in quattro capitoli.

Il primo è dedicato alla nozione di “normatività” in generale. Tale nozione coincide con la nozione di “ragione” e implica la possibilità di distinguere, sul versante del ragionamento teoretico, tra credenze vere e/o corrette e credenze false e/o scorrette e, sul versante del ragionamento pratico, tra azioni e comportamenti giusti e/o corretti ed azioni e comportamenti ingiusti e/o scorretti. Questo capitolo introduttivo evidenzia dunque le connessioni tra l'obbligatorietà del diritto e le nozioni di “ragione” e di “razionalità”.

Il secondo capitolo affronta il tema della “normatività del diritto”. È qui che vengono approfonditi i diversi modelli di giustificazione dell'obbligo giuridico cui si è accennato in precedenza.

Il terzo è il capitolo centrale: esso infatti approfondisce il modello convenzionalista ed evidenzia i suoi limiti. In breve, la prospettiva convenzionalista sostiene due tesi disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti. La prima tesi consiste nell'individuare la funzione principale del diritto nel risolvere problemi di interazione strategica e/o di coordinazione. Questa tesi, tuttavia, da sola non consente di affermare che il diritto offra ragioni per l'azione genuine. Molti autori infatti condividono la tesi secondo cui il diritto consenta

di risolvere problemi di coordinazione, ma negano che ciò implichi l'esistenza di genuine ragioni giuridiche per l'azione. La seconda tesi impone di individuare un collegamento necessario tra la capacità del diritto di risolvere problemi di coordinazione e l'esistenza di un obbligo "tutto considerato" di obbedienza alle prescrizioni giuridiche. In generale, l'esistenza di un obbligo giuridico genuino implica che un comportamento conforme a quanto prescritto da una norma giuridica venga ritenuto, per ciò stesso, giustificato. Il convenzionalismo giuridico può essere considerato una spiegazione dell'obbligo giuridico alternativa sia al modello del bandito sia al modello della morale a condizione di offrire una spiegazione convincente del perché il fatto che il diritto risolva problemi di coordinazione implichi un obbligo assoluto di obbedienza. I termini della questione non sono affatto nuovi, ma appaiono come una versione aggiornata e corretta del positivismo giuridico ideologico.

Nel quarto capitolo si rende conto di alcuni tentativi del convenzionalismo di difendersi dalle obiezioni indebolendo la portata di alcune delle tesi centrali che lo caratterizzano. Questa strategia, se da un lato rende il convenzionalismo una prospettiva maggiormente plausibile, dall'altro lo sospinge fuori dal modello dell'autonomia e lo accosta al modello della morale.

Alcune pagine conclusive sono dedicate a mostrare la superiorità del modello della morale rispetto agli altri modelli; la sua compatibilità con il positivismo giuridico; e la possibilità di sostenere questo modello senza per questo dover concludere per l'irrelevanza del diritto. Può sembrare che tali conclusioni avrebbero richiesto uno sforzo argomentativo maggiore rispetto a quello profuso. Si tratta tuttavia solo di una impressione, in quanto gli argomenti a sostegno del modello della morale sono sparsi per tutto il lavoro. Inoltre, è opportuno ricordare che l'obiettivo del saggio è quello di confutare la giustificazione dell'obbligo politico in chiave convenzionalista e non quello di proporre una concezione originale della normatività del diritto.

Il libro è espressamente rivolto non soltanto agli specialisti di filosofia del diritto, ma anche ai giuristi, ai filosofi politici ed a chi ha comunque un interesse incidentale per le questioni tratteggiate in precedenza. Negli anni ho utilizzato versioni provvisorie di questo lavoro a fini didattici, ricevendone riscontri confortanti. I riferimenti tratti dalla letteratura o dal cinema che corredano costantemente le tesi sostenute e gli argomenti svolti hanno l'esclusiva funzione di rendere più interessante la lettura e di facilitare la comprensione anche dei passaggi più complessi.