

QUANDO IL DIRITTO DIVENTA MORALE

FRANCESCO VIOLA

Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Palermo

francesco.viola@unipa.it

ABSTRACT

This paper is divided in two parts. In the first one Damiano Canale's description of practical conflicts between law and morality is revisited and some criticisms proposed. The second part is devoted to a short exploration of the varieties of ways of understanding morality particularly in relation with the moral nature of law itself.

KEYWORDS

Law and Morality, Practical Conflicts, Legal Theory Concepts of Morality

1. CONCEZIONI DEL DIRITTO E CONCEZIONI DELLA MORALE

Mi è stato chiesto di commentare il recente libro di Damiano Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*¹ e lo faccio di buon grado sia per la stima che ho per l'autore, sia per contrastare l'abominevole uso corrente di valutare gli scritti altrui solo sotto la copertura della segretezza.

Questo libro ha molti meriti: quello di presentare in forma chiara e ordinata una materia di per sé confusa e magmatica qual è quella dei conflitti pratici in un mondo pluralistico; quello di concentrare l'attenzione sui rapporti fra diritto e morale che oggi più che mai appaiono controversi; quello di distinguere i piani differenti di questi conflitti e di fornire una lettura descrittiva delle problematiche relative; e non da ultimo quello di mostrare che la riflessione filosofica e teorica sul diritto ha una ricaduta pratica sulle scelte morali e le interpretazioni giuridiche. Anche l'approccio

¹ Laterza, Roma-Bari 2017. I numeri tra parentesi si riferiscono alle pagine di questo libro.

vagamente didattico ben lungi dal nuocere contribuisce a rendere accessibile e limpido il contenuto del testo.

Ai miei occhi il tentativo di mostrare la funzione pratica della filosofia del diritto è degno della massima considerazione e approvazione. Ma non siamo all'interno del tradizionale compito deontologico della riflessione filosofica sul diritto positivo, perché Canale non ha intenti normativi né vuole presentare una filosofia del diritto impegnata o militante. Il suo taglio è rigorosamente descrittivo. Non vuole approvare né detestare, ma solo capire come di fatto si pongono e si risolvono i conflitti tra diritto e morale. L'atteggiamento puramente descrittivo è molto raramente abbandonato, come quando Canale si lascia sfuggire la convinzione che i fini ultimi non siano conoscibili in qualche modo, ma siano la proiezione di norme sociali storicamente condizionate (27), pur ammettendo che non si può evitare di parlarne. Ma si tratta di piccole sbavature nel contesto di un rigoroso procedere del discorso descrittivo.

Queste sono le tesi generali del libro:

1) «l'esistenza, le caratteristiche distintive e le strategie per governare i conflitti tra diritto e morale *dipendono* dalla concezione del diritto e dalla concezione della morale sottese al ragionamento pratico di chi agisce, in particolare dei soggetti istituzionali» (60, il corsivo è mio).

2) «l'esistenza, la rilevanza e le modalità di soluzione dei conflitti morali *dipendono* per un verso dalla teoria morale normativa, fatta propria da chi agisce e, per altro verso, dalla concezione della morale presupposta da questa teoria» (45, il corsivo è mio).

3) Le concezioni del diritto *tentano di condizionare* le scelte pratiche assunte. Ciò vale in particolare per il giusnaturalismo e per il neocostituzionalismo, ma anche indirettamente per il giuspositivismo (96).

4) È plausibile affermare che il modo di affrontare i conflitti pratici *dipenda* anche dalla concezione della morale fatta propria da chi agisce (97).

Si tratta di tesi tutte condivisibili, ragionevoli e giudiziose, almeno se guardiamo alla prudenza nella loro formulazione. Infatti, non si dice che una concezione del diritto determini una concezione della morale e neppure il contrario, ma solo che l'una "dipende" dall'altra. Chi potrà negarlo? Nell'esperienza pratica non ci sono compartimenti-stagno e nel ragionamento pratico interagiscono argomenti provenienti da settori differenti della vita pratica. La prudenza vuole che si lasci irrisolta la questione del significato di questo "dipende". Significa "è influenzato" o "è condizionato"? Oppure significa "è determinato" o "è causato"? Canale si attesta sul significato più debole e, pertanto, meno controverso, anzi del tutto pacifico, e in questo è molto prudente. Ciò che sorprende il lettore, almeno me come lettore, non risiede certamente in questo punto, quanto piuttosto nella constatazione che in realtà il libro non parla delle ragioni del sorgere dei conflitti pratici tra diritto e morale e neppure del loro sviluppo lacerante e drammatico, ma soltanto si limita a descrivere

le loro effettive soluzioni e le teorie sottostanti. Questi conflitti di fatto si danno e così anche le loro soluzioni.

Noi sappiamo che un conflitto pratico, a differenza di una disputa teorica, deve essere risolto in qualche modo. Possiamo sopravvivere al fatto che non vi sia (ancora) una soluzione alla *vexata quaestio* se viene prima l'uovo o la gallina, ma dobbiamo decidere a chi spetti mangiare l'uovo (o la gallina). Infatti, se non si decide, si finisce per scegliere lo stesso e per giunta nessuno dei contendenti sopravvive. Ovviamente la decisione può essere ingiusta, ma non decidere è pur sempre una decisione. Le questioni pratiche sono fatte così: devono essere decise ed è auspicabile (ma per nulla sicuro) che lo siano in modo giusto o corretto.

Le principali concezioni del diritto descritte da Canale sono nella sostanza soluzioni del conflitto tra diritto e morale (cap. III). Ma la loro impostazione del rapporto tra diritto e morale non è omogenea. Mentre il giusnaturalismo e il neocostituzionalismo legano il diritto positivo ad una determinata etica normativa, e mentre il giuspositivismo inclusivo lega il diritto positivo ad una morale non ancora determinata, il giuspositivismo tradizionale esclude drasticamente che il diritto possa servirsi di argomenti morali. Tuttavia l'autore nota opportunamente che anche il giuspositivismo tradizionale non riesce ad evitare le ricadute morali delle decisioni giudiziarie in quanto finisce per sostenere inevitabilmente la morale positiva del legislatore storico. Quindi si può dire che su questo piano ci sia già una soluzione del conflitto che dipende dalla teoria del diritto prescelta. A questo punto i giochi sarebbero già fatti. Ma allora quel conflitto che porta con sé lacrime e sangue dov'è? Sembra che in questa prospettiva risulti anestetizzato e che semmai il conflitto sia solo tra queste teorie del diritto, cioè che da pratico sia diventato teorico. Ma in realtà i conflitti pratici si fanno un baffo delle teorie.

Credo che Canale tenda ad assimilare la questione del rapporto tra diritto e morale in generale con la questione del rapporto tra un diritto positivo e una determinata morale. Non solo i contenuti del diritto positivo sono suscettibili di interpretazioni differenti, ma anche le etiche normative sono variamente articolate. Se si pone maggiore attenzione a cosa succede nella casa della morale, ci si accorge facilmente che sia la morale a cui pensa il giusnaturalismo sia quella a cui fa riferimento il neocostituzionalismo sono al loro interno altamente controverse. Ammettere l'uso di argomenti morali all'interno del ragionamento giuridico non dice ancor nulla su quali essi siano o debbano essere. E proprio su questo punto c'è ampio dibattito sia all'interno del giusnaturalismo sia all'interno del neocostituzionalismo. Per questo la scelta di una concezione del diritto non risolve il conflitto pratico, ma lo introietta o lo porta in casa, cioè lo rende ancor più lacerante, com'è proprio del conflitto tra fratelli. Ci si aspetterebbe che di questi conflitti interni all'etica normativa delle teorie del diritto ci fosse cenno nella parte dedicata alle concezioni della morale, ma essa sorprendentemente è dedicata quasi esclusivamente

alla metaetica (cap. IV). Ma a differenti metaetiche non corrispondono di certo differenti etiche normative. Il valore di verità che si attribuisce ai giudizi morali non condiziona il loro contenuto. Ad esempio, che la tortura sia un male può essere affermato sia nella prospettiva del realismo morale sia in quella dell'anti-realismo morale. Neppure si può affermare che ciò che distingue il giusnaturalismo e il neocostituzionalismo sia la relazione con una determinata etica normativa o con una determinata morale positiva, ma piuttosto il differente tipo di argomenti morali usati e il loro fondamento.

Insomma, non è sufficiente conoscere la soluzione del conflitto pratico per individuare il tipo di concezione del diritto adottata o l'etica normativa propugnata e la seconda parte del volume – a mio parere – lo mostra inconsapevolmente ma chiaramente.

2. I CONFLITTI PRATICI NELLE AULE GIUDIZIARIE

Molto opportunamente Canale nella seconda parte del libro affronta questioni specifiche e casi concreti nell'intento di mostrare le applicazioni delle concezioni del diritto e della morale delineate nella prima parte. Il suo obiettivo – come s'è già detto – non è quello normativo di stabilire quale dovrebbe essere la soluzione corretta o giusta del conflitto, ma quello descrittivo volto ad individuare a quale concezione (giuridica e morale) si possono ascrivere le decisioni dei giudici.

La questione dell'eutanasia viene esemplificata facendo riferimento al ben noto caso Welby. Si constata che vi sono ragioni morali sia per rifiutare le cure sia per non rifiutare le cure. Del pari vi sono ragioni giuridiche sia per rifiutare le cure sia per non rifiutare le cure. Quindi in linea di principio il conflitto tra morale e diritto non è generalizzato, ma avviene solo quando non v'è una corrispondenza fra la soluzione etica e quella giuridica. Ponendosi dal punto di vista del diritto e constatando che le decisioni giudiziarie nel caso in questione sono state ben difformi tra loro, Canale si interroga sulla corrispondenza tra la concezione del diritto adottata da ognuna di esse e una determinata concezione della morale. A suo parere la soluzione giuridica che è contraria a sospendere le cure si può ricondurre al giuspositivismo tradizionale che intende seguire i dettami della legge ordinaria e che finisce per ratificare la morale del legislatore storico d'impianto realista sostenitrice della sacralità della vita (158-159). Questa interpretazione suscita molte perplessità. Non solo perché il legislatore non è sensibile alle metaetiche, ma segue una morale positiva che al tempo del legislatore storico è quella che difende la sacralità della vita, ma anche perché è ben possibile che si tratti di un furbo giudice giusnaturalista che utilizza questa linea interpretativa per far valere le sue convinzioni morali. Non basta attenersi alla legge positiva per essere considerato un giuspositivista. Inoltre, Canale riconduce la

soluzione giuridica che è favorevole al rifiuto delle cure al neocostituzionalismo e alla morale che si suppone ad esso collegata per cui vi sono fatti morali oggettivi che identificano una comunità politica e di cui il giudice è l'interprete (160-161). Anche questa tesi è molto discutibile. Innanzi tutto credo che la questione se i principi costituzionali possano essere direttamente applicabili o meno configuri un conflitto teorico del tutto interno al mondo del diritto e come tale dovrebbe essere risolto. Senza dubbio una concezione della morale influenza la teoria, l'interpretazione giuridica e la decisione, ma si potrebbe trattare ancora una volta della morale positiva corrente oppure di un'etica normativa basata sul valore oggettivo (e anch'esso sacrale) dell'autodeterminazione. Anche un giudice giusnaturalista avrebbe potuto seguire questa linea interpretativa. Ad esempio, se io fossi stato il giudice, nel caso Welby (ma non nel caso Englaro) avrei deciso proprio così, anche perché poche volte come all'art. 32 la costituzione parla così chiaramente.

Anche a proposito del matrimonio degli omosessuali, che è il secondo esempio presentato da Canale, si perlustrano le ragioni morali e giuridiche pro e contro. Come c'era d'aspettarsi, la decisione del tribunale che interpreta la costituzione come favorevole a tale diritto e, quindi, auspica un adeguamento ad essa del codice civile, è ricondotta alla linea di pensiero neocostituzionalista e a quella morale che si suppone ad essa collegata. Al contrario la decisione della Corte costituzionale, che difende un'altra interpretazione della costituzione conforme al dettato della legge ordinaria, si da attuare – come icasticamente si nota – un'adeguazione «a rovescio», viene ascritta alla linea di pensiero giuspositivista (193-195). Trattandosi di due opposte e controverse interpretazioni della costituzione, non vedo perché l'una sarebbe neocostituzionalista e non già l'altra, a meno di non abbandonare il piano descrittivo in cui rigorosamente Canale si pone. Il primato della costituzione non esclude la sua armonizzazione con la legge ordinaria, laddove le interpretazioni del dettato costituzionale sono controverse, come mi sembra palese in questo caso. Certamente, essendo i valori costituzionali valori morali, la loro interpretazione non è mai puramente giuridica, ma le concezioni della morale sottostanti al dettato costituzionale sono plurali e non si vede perché il neocostituzionalismo come teoria del diritto dovrebbe essere legato ad una di esse in particolare.

Anche il terzo esempio riguardante la questione della legittimità della pena di morte mi sembra che conduca alle medesime conclusioni. Questa volta viene esaminata una pionieristica sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che dichiara l'incostituzionalità di una legge della Georgia favorevole alla pena di morte. L'uso americano delle opinioni dissenzienti permette di distinguere i differenti orientamenti del collegio giudicante. Di conseguenza la sentenza permette di evidenziare un ventaglio di opinioni che copre quasi tutta la problematica etica e giuridica della pena di morte. Le conclusioni di Canale sono in linea con le precedenti. I giudici di minoranza, quelli dissenzienti, hanno seguito l'orientamento

giuspositivista ed originalista volto ad escludere nell'interpretazione della legge qualsiasi argomento non strettamente giuridico, ma, così facendo, finiscono per avallare la concezione morale realista dei padri costituenti. I giudici di maggioranza vengono distinti, invece, in giuspositivisti inclusivi, che ammettono genericamente l'incorporazione degli argomenti morali nel diritto, e in neocostituzionalisti, che recepiscono una determinata concezione della morale, quella derivata da una lettura evolutiva della storia costituzionale americana (225-228).

In questo caso risulta ancor più evidente la disomogeneità tra le concezioni del diritto e, quindi, la differenza tra il rapporto del diritto con la morale e quello di un diritto positivo con una determinata morale. Mi sembra che a questo punto le concezioni del diritto, così come sono descritte da Canale, debbano essere distinte in due gruppi eterogenei: quello che ammette in modo indeterminato o rigetta in linea di principio l'uso di argomenti morali nel ragionamento giuridico (giuspositivismo inclusivo e giuspositivismo tradizionale) e quello che è legato ad una determinata morale (quella conservatrice e realista del giusnaturalismo e quella progressista, realista o antirealista, del neocostituzionalismo). La mia critica è diretta alla correttezza dell'identificazione di questo secondo gruppo, i cui riferimenti alla morale positiva e all'etica normativa sono molto più controversi e indeterminati di quanto Canale pensi, né – come si è detto – la metaetica è di qualche utilità a questo fine.

3. LA METAETICA NON C'ENTRA

Queste osservazioni e queste perplessità inducono a porre una domanda più generale: è questo il modo più conducente, più appropriato, più adeguato, più illuminante di presentare la problematica dei conflitti pratici come si presentano nel nostro tempo? È questo un interrogativo di fondo che riguarda l'impianto generale della questione.

Secondo Canale i conflitti pratici sono nella sostanza conflitti di norme siano esse appartenenti allo stesso sistema normativo o a sistemi normativi differenti, conflitti interni e conflitti esterni. Nessuno può negarlo, ma abbiamo così toccato il fondo della questione? Come giustamente sottolinea l'autore, un conflitto di norme è nella sostanza un conflitto di ragioni per agire, per decidere in un modo o in un altro. Egli difende questa concezione della norma che anch'io condivido (14-18). Sia nella morale sia nel diritto abbiamo norme e, quindi, abbiamo ragioni per fare o non fare una cosa. Può quindi succedere, e spesso succede, che alla luce della morale il diritto sia immorale e – aggiungiamo noi – anche che alla luce del diritto la morale sia illegale. Diverso, almeno in apparenza, è il caso del conflitto interno alla morale o al diritto che dovrebbe trovare una sua soluzione attraverso una teoria normativa che

elabora i criteri per risolvere le antinomie, saggiando la coerenza del sistema normativo in questione.

Attraverso l'appello alle norme, e mediante queste alle ragioni che le animano, sembrerebbe che si sia raggiunta quell'uniformizzazione che consente di monitorare il conflitto e di affrontarlo in modo da risolverlo. Ma non è così facile e non solo perché le ragioni più forti non per questo prevalgono da sole, ma soprattutto perché le ragioni che sostengono le norme sono di tipo diverso. Vi sono, infatti, ragioni sostanziali o contenutistiche e ragioni formali o indipendenti dal contenuto della norma. Questi due tipi di ragioni si trovano sia nella morale sia nel diritto. La tesi kelseniana del carattere contenutistico del sistema morale e del carattere delegato del sistema normativo giuridico è chiaramente insostenibile (lo nota anche Canale), soprattutto alla luce dello Stato costituzionale di diritto. Del pari è insostenibile la tesi di Raz per cui le ragioni giuridiche sarebbero solo ragioni di second'ordine, cioè ragioni per non prendere in considerazione le ragioni sostanziali di primo livello. La morale e il diritto non possono essere distinte sulla base del tipo di ragioni che avanzano. Basti pensare che non di rado la morale positiva è seguita per mero conformismo e non già per l'accettazione consapevole delle norme sociali. Anche nella morale la norma può essere seguita per il solo fatto che si pone come tale o è percepita come tale senza che abbia rilievo il suo contenuto. Di conseguenza una teoria della norma come ragione di fare o non fare una cosa, qual è quella che Canale sostiene, di per sé non aiuta né a distinguere il diritto dalla morale né a risolvere i conflitti fra le norme dell'uno e quelle dell'altra. Bisogna aggiungere altri elementi significativi tratti dalla ragion d'essere del diritto e da quella della morale. Per questo Canale esamina le concezioni del diritto e quelle della morale. Ma – come s'è visto – la loro configurazione non è omogenea.

Sembrerebbe che, mentre a proposito del diritto viene focalizzato il tema del suo rapporto con la morale, a proposito della morale – come s'è visto – il problema centrale sia quello metaetico dell'oggettività o meno dei giudizi morali. Se è vero che le concezioni del diritto e della morale condizionano il modo di affrontare i conflitti tra diritto e morale (97), allora ci si aspetterebbe che per corrispettività ci si dovrebbe accostare alla morale dal punto di vista dell'etica normativa e chiedersi come si pone l'etica normativa nei confronti del diritto, quando cioè si pone un conflitto tra ciò che quest'etica prescrive e ciò che il diritto prescrive. Ci si dovrebbe chiedere, infatti, anche se la legalità di per sé non sia un valore morale che l'etica normativa non debba prendere in considerazione nella formulazione dello stesso giudizio morale, cioè se a sua volta l'etica normativa non debba usare anche argomenti giuridici. Invece, Canale si disinteressa di questo aspetto del problema e si occupa soltanto della questione metaetica della verità o falsità dei giudizi morali per mostrare quanto essa condizioni la visione della morale propria del diritto. Quali sono le ragioni di quest'approccio così inaspettato?

Canale ritiene che la metaetica condizioni il modo di concepire i rapporti del diritto con la morale. Se così fosse, il ragionamento dovrebbe essere il seguente: se si sostiene l'oggettivismo etico, si sarà condotti a difendere il giusnaturalismo, mentre, se si pensa che i giudizi morali sono soggettivi, allora si difenderà una qualche forma di giuspositivismo. Ma questo ragionamento non quadra neppure da un punto puramente descrittivo. Canale stesso riconosce che, mentre il giusnaturalismo è strettamente legato a qualche forma di oggettivismo etico, non tutte le forme di giuspositivismo sono legate al soggettivismo etico. Ciò vale solo per il realismo giuridico scandinavo e per qualche versione di giuspositivismo inclusivo e di neocostituzionalismo, ma non per tutte e neppure vale per il giuspositivismo esclusivo di Raz (122-125). Di conseguenza la metaetica non è un criterio accettabile per individuare i rapporti tra diritto e morale e, quindi, per comprendere i conflitti pratici tra l'uno e l'altra. Infatti, questi conflitti si verificano e si svolgono sul piano del diritto positivo, della morale positiva e dell'etica normativa. Cercare di ricondurli alla metaetica è un'inclinazione accademica, una tendenza della cattedra che va alla ricerca del fondamento ultimo, a volte perdendo di vista la specificità del problema e, in questo caso, la vera e propria natura del conflitto pratico.

Le questioni di etica normativa, infatti, sono in buona misura indipendenti dalla metaetica che presuppongono e neppure sono adeguatamente chiarite, e ancor meno risolte, facendo appello ad essa. Il relativismo e il soggettivismo morale che animano un'etica normativa non per questo la rendono meno propensa a generare profondi, e spesso insanabili, conflitti pratici nei confronti del diritto positivo. Al contrario è facile constatare che il tasso di conflittualità etica cresce quanto maggiormente declina l'oggettivismo etico. Il fatto è che un'etica normativa al suo interno non può rinunciare a conferire ai suoi giudizi sul buono e sul giusto un certo grado di assolutezza o di definitività, altrimenti non si tratterebbe propriamente di giudizi morali, e ciò vale sia per il realista morale sia per l'anti-realista. Insomma, voglio dire che sul piano dei conflitti pratici la metaetica non c'entra o, se si vuole essere meno drastici, c'entra ben poco. Avrei preferito che nel capitolo dedicato alle concezioni della morale si fosse trattato delle etiche normative oggi più diffuse piuttosto che delle metaetiche. Tra l'altro in tal modo sarebbero stati meglio chiariti i conflitti esemplificati nella seconda parte del libro.

4. LA MORALE E LE MORALI

Non si può affrontare il confronto tra etica e diritto senza precisare non solo cosa sia il diritto, ma anche cosa l'etica sia. E quest'ultimo compito è molto più gravoso del primo. Quando si parla del diritto, c'è già un punto di riferimento e questo è notoriamente il diritto positivo, anche se poi – come si sa – vi sono molti modi

d'intenderlo. Ma, quando si parla di etica, ci riferisce ad un universo magmatico e molto ambiguo. C'è certamente un'eterogeneità tra la morale positiva, che si basa sulla prassi e il consenso sociale, e la morale critica che dovrebbe animare le prescrizioni di un'etica normativa. Non solo ci può essere conflitto tra la morale positiva e quella critica, ma anche il diritto positivo può confliggere con l'una o con l'altra e, quindi, può essere morale o immorale alla luce dell'una e/o dell'altra. Ma la complessità non si ferma qui, perché ancora ci muoviamo sul piano delle norme etiche e giuridiche. Il fondo del barile del conflitto pratico non è quello delle norme astratte, ma quello della situazione concreta. Solo alla luce dei casi concreti si può correttamente parlare di conflitti pratici, mentre i conflitti tra norme sono solo teorici. Questo Canale lo sa bene, anche se c'è troppa teoria nella sua visione dei conflitti pratici.

Di fronte ad un caso concreto ci chiediamo cosa dobbiamo fare, quale decisione prendere, a cosa si è obbligati tutto considerato. Questo interrogativo non è né puramente etico né meramente giuridico. A questo punto la distinzione analitica degli ambiti del discorso è ben poco utile, perché bisogna andare alla ricerca delle ragioni prevalenti in cui etica e diritto diventano indistinguibili in quanto è pur sempre etica la ragione che fa prevalere il diritto. Questo è il piano della ragionevolezza o della ragion pratica per cui la giustificazione ha la meglio sulla fondazione, la prassi sulla teoria, l'azione sulla norma, il problema della scelta e della decisione su quello dell'analisi concettuale meramente descrittiva.

La morale può essere considerata da molteplici punti di vista. La morale si dice in molti modi. Certamente possiamo considerare il dibattito suscitato dal conflitto pratico come morale a tutti gli effetti, ma in senso più vasto e comprensivo di quello proprio della morale positiva o dell'etica normativa. In questo senso la morale è dappertutto. Rispetto alla morale positiva e all'etica normativa questo è un terzo profilo del concetto di morale che abbraccia tutto il mondo della vita pratica. Da questo punto di vista non ha più senso parlare della "morale" come di un ambito specifico e distinto della vita pratica, ma piuttosto sarebbe opportuno parlare di una molteplicità di "moralità" ². Tale pluralità delle moralità è ovviamente di tipo fenomenologico e non deve confondersi con il pluralismo morale di tipo contenutistico consistente nella diversità di sistemi di valori etici. Essa si basa non già sui contenuti prescrittivi, ma sulla diversità dei tipi strutturali di dover essere nei quali l'esistenza umana si esprime ³. Infatti il diritto, la politica, l'economia e la religione (ed ora anche la scienza) non sono altro che forme differenti di vita morale. È vero che ognuna di esse ha valori propri, un proprio dover essere e proprie regole

² «Per quest'interna presenza del dover essere, ogni forma di coesistenza implica una propria moralità, anzi, si può dire, è una specifica morale» (S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, p. 292).

³ *Ibidem*, p. 294.

interne, sicché i conflitti pratici sono inevitabili. Tuttavia questa configurazione generale della vita pratica può essere interpretata e applicata in due modi ben differenti, che a loro volta possono essere concepiti come concorrenti o complementari.

La pluralità delle morali può essere intesa come una loro specializzazione e separazione secondo quel processo tipico della modernità. Ed allora ci sarà bisogno di criteri che aiutino ad individuare nelle scelte concrete quale di esse debba prevalere, poiché è necessario decidere se nei conflitti pratici debba aver la meglio il valore giuridico, quello politico, quello economico o quello religioso. Ciò richiede necessariamente un principio d'ordine o una gerarchia tra i valori. Ovviamente i criteri per navigare tra le morali non possono essere tratti dall'interno di nessuna di esse, poiché di per sé ognuna di esse tende a prevalere sulle altre. Questi criteri di giudizio sovraordinati sarebbero così esclusivo appannaggio della morale critica *tout-court* com'è tradizionalmente intesa, cioè come volta a stabilire il dover essere tutto considerato. In tal modo la morale, pur non configurandosi come un ambito settoriale della ragion pratica in competizione con gli altri ma al contrario collocandosi in una posizione sovraordinata in quanto giudica dei loro rapporti, avrebbe così pur sempre una sua identità e specificità.

C'è anche da considerare un altro profilo del rapporto fra la morale e le morali che popolano la vita pratica. Si tratta della tendenza a superare in una certa misura le dicotomie della modernità e di rendersi conto della porosità dell'esperienza pratica, sicché l'istanza etica è presente all'interno stesso dei processi d'interpretazione e di applicazione delle sfere pratiche quand'esse sono intese come pratiche sociali, cosa che in effetti sono. Cosa significa che esse debbono essere praticate al meglio delle loro potenzialità se non che debbono aver presente in qualche misura la fioritura umana in tutta la sua pienezza e complessità? Non si tratta, dunque, soltanto di una correttezza formale, ma anche di una propensione a scegliere tra le alternative disponibili al loro interno quelle che rispondono meglio ai valori fondamentali della vita umana o, meglio, di giustificare le scelte anche di fronte a questo tribunale etico. Ed allora l'identità della morale si fa valere non tanto da un punto di vista sovraordinato, bensì all'interno stesso della costituzione di un dover essere specifico⁴.

Se osserviamo in questa luce la pratica giuridica, allora la tradizionale questione della separazione o della connessione del diritto e della morale appare come obsoleta o come datata, almeno nei termini in cui è posta dal giuspositivismo e dal giusnaturalismo del passato e, in una certa misura, anche del nostro tempo. Essa riflette ancora la delimitazione dei campi della vita pratica ed è volta a difendere l'autonomia del diritto o a negarla. In realtà, se guardiamo alla prassi e non già alle

⁴ Mi sono occupato di quest'aspetto nel mio *Il conflitto delle morali e l'identità della morale*, in F. Armetta e M. Naro (a cura di), *Impense ad laboravit. Scritti in onore del Cardinale Salvatore Pappalardo in occasione del suo ottantesimo genetliaco*, Pontificia Facoltà Teologica di Sicilia, Palermo 1999, pp. 641-664.

definizioni astratte, dalle scelte interpretative e argomentative del giudice e del giurista non si può eliminare l'istanza etica. Solo che non si tratta della morale *tout-court*, ma di una visione condizionata dai vincoli giuridici e dalla prassi giurisprudenziale, nonché dalla sensibilità etica degli operatori del diritto⁵. Si configura così un'etica del diritto positivo⁶, da non confondere con la moralità del diritto di cui parlava Lon Fuller, poiché si tratta di un'etica materiale, che può collocarsi tra la moralità positiva e l'etica normativa. Non è moralità positiva, perché i comportamenti sociali sono misurati da norme la cui validità non dipende dalla prassi sociale, e tuttavia quest'etica del diritto non può allontanarsi troppo dalla moralità positiva senza perdere la sua rispondenza sociale. Non è neppure un'etica normativa non solo per il suo carattere asistemico e frammentario, ma anche perché le sue giustificazioni sono condizionate da quella ragione artificiale in cui consiste il diritto positivo. E tuttavia ha qualcosa dell'etica normativa nella misura in cui tra le sue giustificazioni vi sono anche quelle tratte dalla ragione naturale, com'è palese, ad esempio, nell'articolazione giurisprudenziale dei diritti umani.

Se teniamo presente questo complesso panorama della vita etica, allora la questione del diritto immorale presenta una pluralità di distinti profili. Non solo bisogna chiedersi – come fa Canale – rispetto a quale morale il diritto appaia come immorale: alla morale positiva di un determinato ambito sociale o rispetto ad un'etica normativa che si presuppone come adeguatamente fondata? Ma anche bisogna chiedersi a quale diritto ci si riferisce: a quello che si presenta come un insieme di norme astratte oppure alle loro interpretazioni e applicazioni nella prassi giurisprudenziale?

Certamente vi sono casi chiari ed evidenti di diritto immorale, profondamente ingiusto e aberrante, di cui l'Olocausto è un esempio difficilmente superabile. Ma in maggioranza i casi sono oggettivamente controversi, anche se soggettivamente sono vissuti da tutte le parti come inaccettabili ingiustizie. Il pluralismo etico contemporaneo rende i conflitti pratici come strutturali sul piano sociale. Dal punto di vista di una morale positiva o di un'etica normativa specifica tutte le altre hanno necessariamente aspetti d'immoralità altrimenti il pluralismo non avrebbe senso. Ma nel caso del diritto c'è una particolarità che non può essere trascurata.

Nel caso del diritto – com'è evidente nei regimi costituzionali del nostro tempo – i conflitti pratici diventano interni. È alla luce del diritto che il diritto si presenta come immorale. Non mi riferisco tanto alle norme ordinarie che sono giudicate come incostituzionali, perché in questi casi v'è un modo giuridico per eliminare il conflitto,

⁵ Cfr. J. Waldron, *Judges as moral reasoners*, in "International Journal of Constitutional Law", 7, 2009, 1, pp. 2-24 e anche Id., *Refining the question about judges' moral capacity*, in "International Journal of Constitutional Law", 7, 2009, 1, pp. 69-82.

⁶ Per comprendere cosa qui intendo per "etica del diritto" rinvio ad una ricerca che ne è un raro esempio: A. Palazzo e I. Ferranti, *Etica del diritto privato*, 2 voll., Cedam, Padova 2002.

un modo che si pone in certo qual modo in continuità con i metodi tradizionali di eliminazione delle antinomie. Mi riferisco, invece, soprattutto al conflitto tra principi costituzionali nella loro applicazione ai casi concreti. In questi casi i principi costituzionali, che sono i valori morali posti alla base dell'ordinamento giuridico e quindi anche valori giuridici, devono essere interpretati e specificati. Questi conflitti interni sono, dunque, conflitti interpretativi. Canale fa dipendere il modo in cui vengono concepiti i principi dal modo in cui s'intende il rapporto tra diritto e morale, poiché l'interpretazione dei principi, che sono valori morali, richiede un ragionamento che ha forti analogie con quello morale (55-58). Questo non si può negare e tuttavia solo a patto di precisare che questi valori sono giuridici a tutti gli effetti e non sono un corpo estraneo che il diritto è chiamato ad amministrare in qualche modo. D'altronde tutto il mondo giuridico è intriso di valori, fini, interessi, bisogni, relazioni sociali e aspettative che possono essere ricondotti a monte ad origini non giuridiche, ma economiche, sociali, politiche e morali. Il diritto è fatto di queste cose e sarebbe ridotto a nulla se fosse depurato da esse al modo di Kelsen. Il diritto – come ha notato Fuller – è il linguaggio comune dell'interazione sociale, ma non vi sarebbe alcun linguaggio se non vi fosse qualcosa di cui parlare. Ciò di cui il diritto si occupa ha già una sua identità di cui il diritto in qualche misura deve tener conto. Ma il discorso giuridico l'incorpora nell'orizzonte più vasto della coordinazione sociale, che è suo principale obiettivo assicurare.

L'impresa giuridica nel suo complesso ha in se stessa un valore morale, non solo perché intende rendere possibile la convivenza sociale, ma anche perché non intende farlo in qualsiasi modo, bensì in un modo giusto. Ma la giustizia giuridica non deve confondersi con quella morale. Nel campo morale il diritto evita di affrontare i massimi sistemi e si occupa solo, quand'è strettamente necessario, di questioni specifiche rigorosamente circoscritte. Le questioni di fondo (*basic questions*) e le dottrine comprensive devono essere lasciate da parte, fuori della porta del diritto⁷. Nelle questioni specifiche le soluzioni del diritto devono dimostrare di essere ragionevoli e quanto più possibile inclusive. Ciò non di rado lascia a bocca asciutta un po' tutti e soprattutto i fondamentalisti morali. Per questi il diritto è immorale, strutturalmente e radicalmente immorale, altrimenti il diritto sarebbe totalitario. Se avessero ragione, allora essere immorale non sarebbe cosa negativa. Ma in tal modo si forma – come s'è già detto – un'etica materiale del diritto che a sua volta è soggetta a ripensamenti incessanti, ad aggiustamenti continui ed anche ad interpretazioni controverse. Certamente ciò avviene in seguito alle pressioni sociali e politiche, nonché in seguito alle evoluzioni della coscienza etica, ma a condizione che venga filtrato da quella forma di vita in cui il diritto consiste.

⁷ Con ciò non intendo sottoscrivere del tutto il minimalismo di Cass Sunstein, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1999; su cui cfr, anche per le critiche, L. Corso, *Minimalismo giudiziale nell'interpretazione costituzionale. Qual è la forza costruttiva del silenzio?*, in "Ragion pratica", 2013, n. 40, pp. 191-213.

Voglio dire, in conclusione, non solo, con Alexy, che la ragionevolezza giuridica è un caso speciale della ragionevolezza etica, ma soprattutto che nello Stato costituzionale di diritto i conflitti pratici sono interni al diritto stesso e che c'è un diritto immorale perché c'è un diritto morale.