

DISACCORDO E DIRITTO IMMORALE

PIERFRANCESCO BIASETTI

Università di Padova
pierfrancesco.biasetti@gmail.com

ABSTRACT

In his volume *Conflitti Pratici*, Damiano Canale argues that when the law demands a certain behavior or denies a certain opportunity, and this appears unacceptable to its recipients because it contradicts their fundamental reasons to act (that is, their *moral* reasons to act), then, the law became immoral. Canale characterizes this kind of situation as a practical conflict: on the contrary, in this contribute I will present an analysis of the clash between juridical and moral norms in terms of a peculiar kind of *moral disagreement*. In this way, I hope to show that it is misleading to speak of “immoral law” in the sense adopted by Canale, because the clash is actually between two different perspectives on morals.

KEYWORDS

Practical conflicts, moral disagreement, morality and law, immoral law, Damiano Canale

1. INTRODUZIONE E PIANO DELL'ARTICOLO

Probabilmente, una delle poche affermazioni pacifiche che si possono avanzare sul rapporto tra morale e diritto è che – *in qualche modo* – adoperiamo la prima per giudicare il secondo, almeno nei suoi aspetti essenziali. Ciò, a sua volta, significa che, qualunque siano le nostre opinioni riguardo alla natura del diritto, questo finirà per *riflettere*, più o meno approssimativamente, una parte della morale, o – se si preferisce – ad avanzarne le pretese.

Vi sono ragioni *pratiche*, anzitutto che *teoriche*, per questo fatto, come notato, per esempio, da Georg Henrik Von Wright:

Dal punto di vista del legislatore è auspicabile che i cittadini diano il proprio assenso alle leggi. Quanto è minore l'assenso, tanto maggiori saranno la disobbedienza civile e le proteste contro le ingiustizie, tutte cose che possono divenire una minaccia per la stabilità dell'ordinamento giuridico. Perciò la legislazione tenta di solito di adattare alle concezioni dominanti quelle che sono le “esigenze” della giustizia¹.

Ma di *quale morale* stiamo qui propriamente parlando? Della morale del legislatore, in quanto – almeno in teoria – espressione della volontà dei cittadini? Di quella dell'operatore giuridico chiamato ad applicare la legge? Oppure di quella del singolo cittadino? E, proprio per questo, non dovremmo più propriamente parlare di *morali*, se il riferimento non è a un'etica ideale identica “a Roma o ad Atene”, “eterna ed immutabile” come la legge conforme alla natura di Cicerone, ma, più sobriamente, alla *morale positiva*?

Partendo da queste domande, in questo mio contributo vorrei discutere alcuni aspetti delle due tesi principali contenute nel bel volume di Damiano Canale oggetto di questo simposio. Le due tesi possono essere così riassunte, spero senza toglier loro giustizia:

Si ha una situazione di “diritto immorale” (d'ora in poi abbreviato con DI) laddove una norma giuridica produce ragioni per l'agire inconciliabili colle ragioni prodotte da una norma morale.

Le nostre concezioni riguardo al diritto e alla morale determinano il modo con cui individuiamo, caratterizziamo e risolviamo le situazioni di DI.

Per anticipare subito le mie conclusioni, dirò che laddove Canale individua nella struttura del DI un tipo peculiare di *conflitto pratico*, a mio avviso è possibile, ampliando l'analisi, rilevare invece la struttura del *disaccordo morale*. Per questa ragione, definire nei casi presi in esame *immorale* il diritto è a mio avviso fuorviante – a meno di non aver accettato preventivamente una delle tesi in disaccordo, e rigettato l'altra.

Il contributo è suddiviso in due serie di paragrafi. Nella prima serie problematizzerò alcuni punti rilevanti dell'argomentazione di Canale, soprattutto relativamente alle caratteristiche delle norme (par. 2.1), alla definizione di DI (par. 2.2), e al rapporto tra concezioni della morale e del diritto (par. 2.3). Nella seconda serie di paragrafi esporrò il mio argomento principale. Fornirò dapprima definizioni minime di conflitti, dilemmi (par. 3.1) e disaccordi (3.2). Successivamente spiegherò le ragioni per cui i casi di DI possono essere letti come disaccordi morali (3.3) e quali generi di disaccordo sono alla base del DI (3.4). Nell'ultimo paragrafo esporrò le mie conclusioni (3.5).

¹ Von Wright (1985).

2. NORME, MORALE E DIRITTO IMMORALE

Il problema del DI nasce, secondo Canale, da un tipo particolare di *conflitto pratico*. In generale, un conflitto di questo tipo si ha quando due norme disciplinano “la stessa condotta in modo incompatibile”, individuano “obiettivi tra loro alternativi”, e affermano “principi che giungono a collidere”². Diventa quindi fondamentale individuare anzitutto le caratteristiche specifiche che distinguono i due diversi tipi di norme coinvolti in un caso di DI.

2.1 Norme morali e norme giuridiche

In un senso ampio, la differenza tra norme morali e giuridiche può essere legata, secondo Canale, a due fattori³. Il primo di questi è il diverso grado di istituzionalizzazione. Le norme giuridiche fanno infatti parte di sistemi normativi altamente istituzionalizzati, al contrario delle norme morali. Il secondo fattore è quello invece dei criteri di appartenenza. Una norma morale è tale perché la sua osservazione permette di conseguire un dato bene morale, mentre una norma giuridica è tale a partire dalla legittimità dei soggetti che si occupano di produrla, attuarla e applicarla⁴.

Esiste poi, secondo Canale, una differenza più specifica, legata alle ragioni che i due tipi di norma sono in grado di produrre. Le norme giuridiche forniscono infatti

² Canale (2011), 37.

³ Canale (2011), 35.

⁴ A questi due fattori ce ne sarebbe da aggiungere un terzo. Un aspetto generalmente riconosciuto alle norme morali è la capacità di produrre ragioni con una certa forza *prescrittiva*, capaci cioè di motivarci in qualche modo all'azione (fatto salvo la presenza di ragioni contrastanti di altro tipo, debolezze caratteriali da parte dell'agente, ecc.). Questa forza prescrittiva è presente nelle ragioni prodotte dalle norme giuridiche soltanto *indirettamente*: non ne è, in pratica, una caratteristica essenziale. Le ragioni prodotte dalle norme giuridiche possono infatti spingerci all'azione perché: a) vediamo in esse un modo per realizzare qualche fine che consideriamo giusto o buono – ma allora ciò che ci muove sono in realtà ragioni di natura morale sovrapposte a quelle giuridiche; b) crediamo che sia moralmente doveroso obbedire alla legge – ma allora ciò che ci muove è nuovamente una ragione di natura morale sovrapposta a quella giuridica; c) vogliamo evitare le sanzioni che si accompagnano alla violazione della legge – ma allora ciò che ci muove è una ragione di natura prudenziale sovrapposta a quella giuridica. d) ci è conveniente, dal punto di vista del *self-interest*, seguire le norme – ma allora ciò che ci muove è nuovamente una ragione di natura prudenziale sovrapposta a quella giuridica. Per Canale, però, “la capacità di una norma di giustificare una scelta d'azione è un mero fatto che possiamo accertare osservando i comportamenti sociali, senza che sia necessario effettuare un'introspezione nei processi mentali di chi agisce, elaborando un modello ideale di agire razionale, individuare la fonte delle ragioni in fatti normativi indipendenti da noi, o altro ancora” (Canale, 2011, 25). In pratica, Canale adotta la nozione di “ragione” da un punto di vista meramente descrittivo – considerando questo sufficiente per l'analisi. Per questo motivo non insisterò qui su questa ulteriore differenza tra norme morali e norme giuridiche, sebbene essa giocherà una parte fondamentale nella seconda serie di paragrafi di questo contributo.

ragioni *escludenti*⁵ per scegliere un dato corso di azioni: ragioni, ovvero, che “avanzano la pretesa di sostituirsi, nelle scelte pratiche dei loro destinatari, al bilanciamento tra ragioni di altro tipo”⁶. Le norme morali forniscono invece ragioni dal carattere *incondizionato*, che “esprimono la pretesa di guidare le condotte individuali prevalendo su ogni altro tipo di ragione”⁷.

Non è semplice, almeno per me, comprendere in che cosa consista davvero questa differenza. All'atto pratico, sia il carattere escludente delle ragioni fornite dalle norme giuridiche, sia quello incondizionato delle ragioni legate alle norme morali, sembrerebbe produrre il medesimo effetto: sviluppare una forza soverchiante all'interno di un processo di bilanciamento, precipitandone in questo modo la conclusione. Ciò spiegherebbe il carattere drammatico dei conflitti tra norme giuridiche e morali⁸: ma non l'effettiva differenza nel loro carattere rispettivamente escludente e incondizionato.

In realtà, Canale distingue un altro significato relativo al carattere incondizionato delle ragioni morali, introdotto per dirimere la questione della differenza tra norme morali e norme sociali in senso stretto⁹. Quest'ultimo genere di norme, infatti, produrrebbe ragioni valide soltanto *a condizione che* vi sia l'aspettativa, da parte dell'agente, che anche gli altri individui del gruppo sociale di appartenenza le rispettino. In altre parole, ha senso per me presentarmi in orario all'appuntamento, per esempio, soltanto se mi aspetto che anche gli altri lo facciano: ma non è così per quanto riguarda le norme morali, che mantengono la loro validità indipendentemente dal comportamento altrui, o dalle nostre previsioni a riguardo.

Si potrebbe a tal punto obiettare che anche una norma personale, come per esempio “posa sempre i piedi sulle strisce bianche quando cammini su un passaggio pedonale” prescrive un tipo di comportamento analogo, che debba avvenire, ovvero, a prescindere dall'atteggiamento tenuto dalle altre persone in contesti simili. Ma in questo caso credo che Canale risponderrebbe affermando che le norme personali, a differenza di quelle morali, non sono ritenute vincolanti dal gruppo sociale, ma solo dall'individuo che le adotta¹⁰.

In questo modo è possibile comprendere perché il carattere incondizionato delle ragioni morali sia anche da intendere come *conclusivo*. Il problema, però, è che una simile descrizione non può valere per le norme morali *tout court*, ma soltanto per quelle appartenenti alla morale *positiva*: a quel genere di norme, ovvero, approvate da un dato gruppo sociale in un dato contesto storico. Dal punto di vista dell'etica

5 Sul carattere escludente delle ragioni fornite dalle norme giuridiche il riferimento è a Raz (1999).

6 Canale (2011), 60.

7 Canale (2011), 60.

8 Intendendo sia i conflitti tra norme dei due diversi tipi, sia quelli tra norme dello stesso tipo.

9 Canale (2011), 32-3.

10 Canale (2011), 30-1 per ciò che concerne la caratterizzazione delle norme personali, e 33 (nota 39) per ciò che concerne invece quest'importante specificazione riguardo alle norme morali.

normativa, infatti, non è necessario che una norma, se ritenuta fondata, sia considerata vincolante da un dato gruppo sociale. Non c'è nulla di strano, per esempio, nel riconoscere una natura morale di qualche tipo alla regola alimentare vegetariana, anche se questa non è ritenuta vincolante dal resto del gruppo sociale di cui si fa parte.

Ciò che sarebbe strano è che non si desiderasse che questa regola fosse riconosciuta universalmente (con alcune importanti eccezioni¹¹). E questo aspetto spiega forse meglio le particolarità delle norme morali *tout court*: la loro pretesa *universalistica*, a prescindere che questa sia riconosciuta e considerata vincolante da tutto o da una parte del corpo sociale¹². Questo significa che, almeno in linea teorica, qualsiasi prescrizione può essere rivendicata come una norma morale fintanto che possiede questo doppio carattere dell'essere incondizionata e del possedere una pretesa universalistica¹³: il riconoscimento sociale indica solamente quelle particolari norme che entrano a far parte di una qualche morale positiva.

2.2 *Quando il diritto diventa immorale?*

La seconda questione che prenderò in esame riguarda la definizione stessa del DI. Nell'*Introduzione* al suo volume, Canale scrive:

Accade [...] che il diritto esiga un certo comportamento, o neghi una certa opportunità, ma questo appaia immorale, ingiusto, inaccettabile ai suoi destinatari perché in conflitto con le ragioni ultime che giustificano le loro azioni. In queste situazioni, il diritto diventa immorale.¹⁴

Come si è detto, quindi, il diritto immorale parrebbe semplicemente qualsiasi genere di conflitto pratico in cui sono coinvolte norme morali da una parte, e norme giuridiche dall'altra. In realtà, questa definizione è ulteriormente specificata qualche riga dopo:

11 È il caso, per esempio, delle regole *ascetiche*, tali per cui la loro violazione è tollerabile negli altri, ma non in me.

12 Ciò riguarda non solo i comportamenti *direttamente* prescrittivi (è doveroso fare ϕ), ma anche quelli che difendono la possibilità di una *legittima* scelta personale (è lecito fare o non fare ϕ): se, pur non condividendo le ragioni morali del vegetarianesimo, lo ritengo comunque un comportamento moralmente *lecito* per gli altri in date condizioni, logicamente lo dovrò ritenere tale per tutti coloro che soddisfano queste condizioni.

13 Anche, per assurdo, la norma per cui si deve percorrere le strisce pedonali senza mettere piede sull'asfalto non verniciato: e non sarebbe forse nemmeno la regola morale più strana mai inventata.

14 Canale (2011), ix.

Si tratta di conflitti che investono tipicamente la sfera personale degli individui: il governo del corpo, l'immagine di sé, le relazioni affettive primarie, i progetti di vita, le convinzioni profonde riguardo a ciò che è bene o giusto fare.¹⁵

Analogamente, al termine del secondo capitolo si legge:

Quando il diritto diventa immorale, le due pretese [della morale e del diritto] sembrano [...] confliggere in maniera insanabile: la morale non può avere l'ultima parola se il diritto si sostituisce ad essa nelle scelte individuali, e laddove questa sostituzione abbia luogo, il diritto corre il rischio di trasformarsi in uno strumento di oppressione e alienazione personale.¹⁶

In queste ultimi due passaggi emerge un'ulteriore caratteristica del DI: la natura *personale* delle norme coinvolte in un simile situazione. Ma che cosa può significare qui, *personale*?

Si possono individuare a proposito due grandi temi all'interno del pensiero morale: da una parte la ricerca della vita buona e dei mezzi per raggiungerla, dall'altra la formulazione del miglior sistema generale di vincoli e obblighi volto a limitare il conflitto interpersonale e favorire invece la cooperazione. Riprendendo una nomenclatura adoperata tra gli altri da John Leslie Mackie¹⁷, questi due campi di ricerca possono essere definiti rispettivamente *morale in senso lato* e *morale in senso stretto*. Tenendo presente che si tratta di una distinzione tutt'altro che netta, e dai confini porosi, sembrerebbe che la questione del DI riguardi soprattutto la *morale in senso lato*: o meglio, il conflitto tra norme morali relative a questo campo, e norme giuridiche che pretendano di disciplinarlo indipendentemente dalle preferenze individuali dettate da scelte di natura morale. Il diritto, in pratica, correrebbe il rischio di diventare immorale ogni qual volta interferisce nell'ambito della ricerca *personale* della felicità portata avanti dagli individui.

Se non fosse che tra i casi discussi da Canale c'è anche quello della pena di morte¹⁸, questione che ricade nel dominio della morale in senso stretto, toccandone questioni cruciali come la giustizia e la natura delle sanzioni, e non aspetti più propriamente legati alla sfera personale della ricerca della felicità¹⁹. Si potrebbe rispondere a riguardo che un tema come la pena di morte smuove sicuramente le “convinzioni

15 Canale (2011), ix.

16 Canale (2011), 60.

17 Vedi Mackie (1977a). Il modello per il primo tipo di ricerca può essere visto nell'indagine socratica, per il secondo il lavoro portato avanti dal pensiero politico e morale moderno, soprattutto a partire da Hobbes.

18 Canale (2017), VII.

19 Anche un altro caso discusso, quello della responsabilità personale delle azioni portate a termine obbedendo alle leggi di un regime criminale, non può essere fatto ricadere in un contrasto tra diritto e morale in senso lato.

profonde riguardo a ciò che è bene o giusto fare”. In verità, però, in questa formula cade *ogni* aspetto della morale. Conseguentemente, prendendo sul serio le ultime due definizioni riportare in precedenza, sembrerebbe che si ha un caso di DI ogni qual volta le norme giuridiche producono ragioni che entrano in conflitto colle ragioni fornite dalle norme morali fatte proprie da un individuo. Detto altrimenti: la natura *personale* delle norme morali in questione non è tanto relativa al loro *riguardare la persona*, ma al loro essere *fatte proprie* da una persona.

2.3 *L'influenza delle concezioni relative al diritto e alla morale*

L'ultima questione che analizzerò prima di introdurre il mio argomento principale riguarda la seconda tesi di Canale: che le nostre concezioni del diritto e della morale determino il modo con cui individuiamo, caratterizziamo e risolviamo le situazioni di DI.

“Un antico rompicapo giurisprudenziale quasi privo di rilevanza pratica”, scrive Ronald Dworkin²⁰, “che nonostante ciò ha avuto un posto di rilievo nei seminari sulla teoria giuridica”: si ridurrebbe a questo per l'autore di *Justice for Hedgehogs* il problema del DI. All'atto pratico, secondo Dworkin, la sua risoluzione prescinde dalle diverse interpretazioni che ne possiamo dare sulla base delle nostre concezioni riguardo alla legge e al suo rapporto colla morale. In che modo dovrebbero infatti comportarsi gli operatori giuridici di fronte a leggi esecrabili come il *Fugitive Slave Act*²¹, o i vari editti promulgati dai nazisti? Non è forse vero che, prescindendo da ragioni di natura prudenziale, dovrebbero rifiutarsi di applicarle? E quale differenza vi è se lo fanno perché sono *leggi immorali*, o perché *in quanto immorali, non sono leggi*? Visto così, “questo antico problema giurisprudenziale assomiglia a una disputa verbale”²², e può essere pertanto felicemente accantonato.

Le conclusioni di Canale, come sappiamo, sono invece diametralmente opposte:

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.²³

Il “vecchio rompicapo”, in poche parole, potrà anche essere vecchio, ma non è né ozioso né riducibile a una banale questione semantica.

20 Dworkin (2011), 410.

21 La legislazione passata dal Congresso degli Stati Uniti prima della guerra di secessione per cui gli schiavi fuggitivi che riuscivano a raggiungere uno stato in cui non esisteva la schiavitù erano *comunque* considerati schiavi, e dovevano essere riconsegnati alle autorità dello stato da cui erano scappati.

22 Dworkin (2011), 410.

23 Canale (2017), 60.

Nello specifico dell'argomento portato avanti da Canale, sembrerebbe che a essere determinanti siano principalmente le concezioni adottate dall'operatore giuridico chiamato a intervenire. Questo accade perché: a) per giungere una decisione *giuridica* su un caso di DI, l'operatore giuridico deve far uso primariamente di ragioni giuridiche; b) ciò che l'operatore giuridico considera come ragione rilevante è influenzato dalla sua concezione del diritto; c) questa, a sua volta, è influenzata dalla sua concezione della morale.

Partiamo dall'ultimo punto. In che modo la concezione del diritto può essere influenzata dalla concezione della morale? La risposta di Canale è che determinate posizioni metaetiche escludono alcune posizioni sul diritto, privilegiandone altre²⁴. Un realista morale, per esempio, non può essere anche un realista giuridico, pena cadere nell'inconsistenza. Allo stesso modo, un antirealista non potrà abbracciare il giusnaturalismo. Il giuspositivismo, in virtù della sua separazione tra morale e diritto, è in grado di essere sostenuto a prescindere dalle posizioni metaetiche che si possono adottare, se non fosse che le maggiori correnti contemporanee di questa teoria presuppongono concettualmente il realismo morale. E anche il neocostituzionalismo, infine, prevede nuovamente l'adesione a qualche forma di realismo morale²⁵.

In questo modo, la portata dell'influenza delle concezioni della morale su quelle del diritto appare in realtà estremamente limitata. L'antirealista sembra praticamente costretto ad adottare il realismo giuridico, mentre il realista morale può scegliere tra tutte le alternative possibili escluso il realismo giuridico. Sembrerebbe quindi che la dipendenza delle concezioni del diritto da quelle della morale sia più che altro una dipendenza del realismo giuridico dall'antirealismo morale: un fatto questo che a mio avviso testimonia più riguardo alle preferenze metaetiche dei fautori delle correnti giuspositivistiche e neocostituzionaliste contemporanee che altro.

Passiamo adesso a discutere gli altri due punti della questione: che l'operatore giuridico per arrivare a fornire un giudizio adoperi ragioni giuridiche, le quali sono riconosciute come tali in base alla sua concezione del diritto. Si tratta questo di una tesi condivisibile dell'analisi di Canale, ma che apre a un ulteriore spunto di riflessione: le concezioni del diritto determinano soltanto il modo attraverso cui un operatore giuridico giunge a una soluzione, o influiscono anche sul tipo di soluzione accolta? Non sono certo di come potrebbe rispondere Canale, e mi limiterò qui solo a una breve osservazione.

²⁴ Canale (2017), 122-5.

²⁵ È il parere anche di Dworkin – vedi Dworkin (2011). In realtà questo giudizio mi appare forse un po' più controverso, data la natura relativa dei fatti morali presupposta da questa concezione del diritto. Alcuni antirealisti (vedi per esempio Mackie 1977b), pur esprimendo delle critiche a questa “terza” teoria del diritto, ne hanno tuttavia riconosciuto la plausibilità (rigettando invece il giusnaturalismo: vedi Mackie 1977a).

Dall'analisi del caso “delle guardie del muro” e di come sia stato affrontato in sede di giudizio²⁶ parrebbe emergere un certo quadro abbastanza canonico: di fronte al DI, le concezioni giuspositiviste tenderebbero a rifiutare le richieste avanzate dalle ragioni morali, quelle giusnaturaliste e neocostituzionaliste, sebbene con modalità diverse, ad accettarle. Si tratta in questo caso di istanze morali credo condivisibili, poiché riguardano la responsabilità personale in crimini ordinati da uno stato autoritario come poteva essere la Repubblica Democratica Tedesca. Questo non significa, però, (e non è la tesi di Canale) che giusnaturalismo e neocostituzionalismo siano approcci necessariamente migliori per portare avanti istanze morali di questo tipo.

Ciò mi pare di per sé evidente per il giusnaturalismo, che può arrivare a giustificare istituzioni ripugnanti come la schiavitù in nome della legge naturale. Ma non mi sembra implausibile nemmeno per il neocostituzionalismo: anch'esso è “un'arma a doppio taglio”²⁷, poiché, prelevando le sue ragioni fondamentali dai valori morali su cui una comunità politica è fondata, può finire in questo modo per giustificare norme giuridiche “ingiuste” se la comunità politica che le ha prodotte si basa su valori “ingiusti”.

Le concezioni del diritto possono quindi spiegare come si può arrivare a prendere una data decisione in un caso di DI, ma non ne determinano necessariamente il contenuto. Questo dipende in larga parte da un terzo aspetto, legato alla risoluzione di un disaccordo tra posizioni diverse di natura morale, ma non in senso metaetico, bensì etico-normativo: o almeno, questo è ciò che cercherò di mostrare adesso.

3. DIRITTO IMMORALE E DISACCORDO

Uno dei temi ricorrenti nella storia dell'antico diritto dei popoli germanici durante i secoli bui è il tentativo di superare l'istituzione della *faida*. Nell'Editto di Rotari, per esempio, la pratica della vendetta privata è rimpiazzata da una codificazione piuttosto puntuale di un'altra consuetudine, quella del *guidrigildo*, che oltre a prevedere la possibilità di una ricomposizione non violenta dei conflitti, affermava anche il primato della giustizia pubblica su quella personale.

Adesso, tralasciando tutte le considerazioni sul merito che si potrebbero fare riguardo a simili pratiche, non c'è dubbio che la *faida* fosse avvertita come un *dovere morale* da parte delle popolazioni che la praticavano: come qualcosa che andava compiuto, incondizionatamente, e che aveva la precedenza su ragioni di altro genere. E anche se la nostra sensibilità odierna è agli antipodi²⁸, possiamo lo stesso

²⁶ Canale (2017), 62-9.

²⁷ Mackie (1977b).

²⁸ Ma c'è comunque da notare a proposito che uno degli esempi più citati (lo fa anche Canale, e lo farò anch'io a breve) di conflitto *morale*, quello dello “studente di Sartre” (vedi Sartre 1946), è un

immaginare che all'indomani del 22 Novembre 643, qualche vecchio longobardo abbia storto il naso di fronte all'editto appena entrato in vigore, e abbia considerato le norme che toglievano ogni legittimità alla *faida* come ingiuste. Dopotutto, si trattava di un intervento legislativo che andava a regolare qualcosa che fino a quel momento aveva riflettuto le sue convinzioni profonde riguardo a ciò che era giusto e sbagliato. Si trattava di un caso di diritto immorale? O forse era semplicemente un diritto che andava incorporando dentro di sé una *nuova e diversa* morale?

Nei paragrafi che seguono avanzerò la mia proposta che: a) la questione del DI, pur avendo superficialmente la struttura di un conflitto pratico, possieda una struttura profonda riconducibile alla dimensione del *disaccordo*; e b) del disaccordo di tipo *morale*.

3.1 Conflitti e dilemmi

Per impostare l'argomento procederò a fornire alcune definizioni minime, senza alcuna particolare pretesa di originalità o precisione, dei conflitti e dei dilemmi morali, in modo che sia possibile comprendere le loro differenze col disaccordo.

Cominciamo dal *conflitto morale*²⁹:

Conflitto morale: si dà un conflitto morale quando un agente X ha una ragione morale *pro tanto* per fare φ e una ragione morale *pro tanto* per fare χ ; ma: a) non è possibile realizzare entrambe le azioni (o corsi di azione).

Ci sono due precisazioni da fare riguardo a questa definizione.

La prima riguarda il tipo di ragioni implicate da un conflitto morale. Un conflitto morale *in senso stretto* non è un conflitto tra le norme proprie dell'etica normativa approvata da un agente e le norme approvate dal suo gruppo sociale. Non è, in poche parole, la declinazione morale di un conflitto tra le “leggi del cuore” e le “leggi dei padri”, ma è un conflitto – se si vuole una *contraddizione* – all'interno dell'etica normativa fatta propria da un agente³⁰.

La seconda precisazione riguarda la solvibilità dei conflitti. Di per sé, l'esistenza di un conflitto non implica necessariamente l'impossibilità di una sua soluzione. Le

conflitto tra le esigenze di *cura* da una parte, e quelle della *vendetta* dall'altra – sebbene nella letteratura si tenda spesso a confondere quest'ultimo movente col *mezzo* con cui lo studente intende ottenerlo, ovvero unendosi alle fila dell'esercito francese libero.

29 Nelle seguenti definizioni, per comodità di discussione, seguirò la terminologia adoperata da Canale, adoperando quindi *ragione* in luogo di *obbligo*, e il più corretto *pro tanto* al posto del più usuale *prima facie*. Con φ e χ intenderò azioni o corsi di azioni, includendo anche le omissioni.

30 Un conflitto di quest'ultimo genere – un conflitto tra una norma relativa all'etica normativa fatta propria da un agente e una norma appartenente invece alla morale positiva fatta propria dal suo gruppo sociale – è una forma peculiare di *disaccordo* morale: su questo vedi il prossimo paragrafo di questo contributo.

ragioni morali considerate possono essere bilanciate arrivando così a capo di una ragione *tutto-considerato* capace d'imporsi per la sua rilevanza.

Diverso caso è invece quello dei dilemmi morali:

Dilemma morale: si dà un dilemma morale quando un agente X ha una ragione morale *pro-tanto* di fare φ e una ragione morale *pro-tanto* di fare χ ; ma: a) non è possibile realizzare entrambe le azioni (o corsi di azione); b) non è possibile adoperare un criterio moralmente valido per ordinare le due ragioni.

I dilemmi morali sono quel sottoinsieme di conflitti che non sembrano ammettere una soluzione. Ciò può accadere per due ordini di motivi.

Una prima classe di dilemmi, i *dilemmi morali apparenti* non possono essere risolti a causa di carenze epistemiche (mancanza di informazioni rilevanti, limitatezza cognitiva) o caratteriali (*akrasia*) da parte dell'agente. Nel caso queste carenze siano colmate, un dilemma morale apparente può cessare di essere un dilemma *tout court*.

Una seconda classe di dilemmi, i *dilemmi morali in senso stretto* non possiedono una soluzione ottimale anche a fronte di una informazione completa e di una piena capacità deliberativa dell'agente.

Un primo genere di dilemmi morali in senso stretto è il seguente:

Dilemma morale asimmetrico: si dà un dilemma morale asimmetrico quando un agente X ha una ragione morale *pro tanto* di fare φ e una ragione morale *pro tanto* di fare χ ; ma: a) non è possibile realizzare entrambe le azioni (o corsi di azione); e b) le due ragioni *pro tanto* sono incommensurabili.

È il caso ben noto dello studente di Sartre³¹, posto tra le due scelte inconciliabili di unirsi alle forze francesi di liberazioni per vendicare il fratello, o restare a casa a prendersi cura della madre.

Un secondo genere di dilemmi in senso stretto è il seguente:

Dilemma morale simmetrico: si dà un dilemma morale simmetrico quando un agente X ha una ragione morale *pro tanto* di fare φ e una ragione morale *pro tanto* di fare χ ; ma: a) non è possibile realizzare entrambe le azioni (o corsi di azione); e b) le due ragioni *pro tanto* possiedono lo stesso peso.

Si tratta di un altro caso ben noto nella letteratura filosofica, quello della *scelta di Sophie*³²,

31 Sartre (1946).

32 Il dilemma, formulato nel romanzo di William Styron *Sophie's Choice*, è stato discusso per la prima volta nella letteratura filosofica in Greenspan (1983). Di per sé, la scelta di Sophie non è perfettamente simmetrica, poiché i due figli tra cui è chiamata a scegliere per evitare che vengano uccisi entrambi non sono identici.

la versione etica della storia dell'Asino di Buridano.

Esistono dilemmi in senso stretto, o questi sono soltanto forme di dilemmi apparenti particolarmente difficili da risolvere? Secondo alcuni, l'incommensurabilità legata ai dilemmi asimmetrici non implica *incomparabilità*³³, e, se non è possibile ordinare “quantitativamente” le ragioni *pro tanto* coinvolte in un simile conflitto, è possibile farlo “lessicalmente”. Analogamente, il problema posto dai dilemmi simmetrici non è tanto quello di decidere quale dei due corni afferrare, ma di afferrarne uno, anche scegliendolo a caso³⁴.

Su questi temi è sorto naturalmente un acceso dibattito, che non è né utile né possibile riassumere qui. È interessante notare però come la discussione sui dilemmi sia stata spesso adoperata per difendere tesi di natura normativa e metaetica, quando – almeno a mio avviso – sarebbe vero il contrario: che siano le nostre premesse metaetiche e normative a influenzare la nostra opinione riguardo all'esistenza dei dilemmi in senso stretto³⁵.

3.2 Disaccordi

Passiamo a definire adesso la nozione maggiormente rilevante ai fini del nostro discorso, quella di *disaccordo morale*.

- *Disaccordo morale*: si dà disaccordo morale quando un agente X crede che in una data situazione esistano delle ragioni morali *pro tanto* per fare φ , mentre un agente Y crede che nella stessa situazione esistano delle ragioni morali *pro tanto* per fare χ .

Adopero il termine “crede” perché, come per i dilemmi, anche i disaccordi possono nascere per due ordini di motivi: come frutto di carenze epistemiche o caratteriali (e in questo caso una delle due credenze in gioco sarà falsa), oppure come frutto di una reale divergenza. In quest'ultimo caso possiamo parlare di *disaccordo in senso stretto* – o, detto altrimenti, di *conflitti tra morali*.

Aumentando ulteriormente l'ingrandimento dell'analisi, possiamo definire due tipologie di ragioni, una legata alle *libertà*³⁶ di fare o non fare φ , e una legata invece alle *pretese*³⁷ che

33 Sulla differenza tra incommensurabilità e incomparabilità vedi Chang (1997).

34 Sul tema dei dilemmi simmetrici mi si permetta il rimando a Biasetti (2011).

35 L'esistenza dei dilemmi in senso stretto è solitamente rivendicata partendo da posizioni antirealistiche in metaetica e antiutilitariste in etica normativa: un caso rilevante è quello di Williams (1965, 1966, 1973b). Al contrario, solitamente, chi difende una posizione realista può avere delle difficoltà ad accettare la realtà dei dilemmi in senso stretto, e lo stesso accade per chi difende una teoria normativa di ambito utilitarista (per cui le ragioni, avendo un'unica metrica, non possono essere per definizione incommensurabili).

36 Adopero qui il concetto di *libertà* secondo una sintassi normativa di tipo Hohfeldiano. Secondo questo genere di sintassi normativa, la libertà si ha quando un soggetto X ha il permesso di compiere φ nei confronti di un altro soggetto Y. Questo implica che: a) X non ha il dovere di non compiere φ ; e b) Y non ha la pretesa che X non compia φ . A sua volta, una libertà di questo tipo *non* implica che: c) X abbia la libertà di non compiere φ , o, detto in altri termini, che X non abbia il dovere di compiere φ (è per questo che nel testo utilizzo la formula “le libertà di fare φ o non fare φ ” allo scopo di indicare una *discrezionalità*). Sull'analisi Hohfeldiana della sintassi normativa (originariamente pensato per l'ambito giuridico, ma applicabile senza troppi problemi anche all'ambito morale), oltre ovviamente a Hohfeld (1913,

sia fatto sia fatto o non fatto φ , e in questo modo distinguere due classi di disaccordo³⁸:

- *Disaccordo morale sulle libertà*: si dà disaccordo morale sulle libertà quando un agente X crede che in una data situazione esistano ragioni morali *pro tanto* a favore sia della libertà di fare φ , sia della libertà di non fare φ , mentre un agente Y crede che nella stessa situazione esistano delle ragioni morali *pro tanto* a favore del dovere di fare φ (o, *alternativamente*, del dovere di non fare φ).
- *Disaccordo morale sulle pretese*: si dà disaccordo morale sulle pretese quando un agente X crede che in una data situazione esistano ragioni morali *pro tanto* a favore del dovere di fare φ , mentre un agente Y crede che nella stessa situazione esistano delle ragioni morali *pro tanto* a favore del dovere di *non* fare φ .

Ogni disaccordo secondo la prima definizione che ho dato può essere ridotto a una di queste formule o a una loro composizione. La prima formula, quella del disaccordo sulle libertà, può essere vista come il disaccordo tra libertà di scelta da una parte, e una condotta ritenuta vincolante dall'altra (il vegetarianesimo è una scelta moralmente legittima/il vegetarianesimo *non* è una scelta moralmente legittima). La seconda formula vede invece opposte due diverse condotte inconciliabili tra loro ma ognuna ritenuta vincolante da una delle due parti (il vegetarianesimo è moralmente obbligatorio/il vegetarianesimo è moralmente vietato).

Come per i dilemmi in senso stretto, è lecito porsi la domanda se possano davvero esistere disaccordi in senso stretto. Anche in questo caso, la risposta dipende in larga parte dalle nostre opinioni pregresse di natura metaetica e normativa³⁹. È pressoché impossibile spiegare il disaccordo in senso stretto a partire da una posizione realista (ma si può invece benissimo spiegare il disaccordo come fenomeno di natura epistemica o caratteriale), mentre esso si accompagna bene a una posizione soggettivista e relativista.

Quali che siano le nostre idee a riguardo, mi pare si possa accettare una tesi empirica minima sul disaccordo: che esso *permei* la morale positiva. Esistono diverse idee, spesso incompatibili tra loro, riguardo a ciò che è giusto o sbagliato – sia nelle diverse culture ed epoche storiche, sia al loro interno.

Questo genere di disaccordo osservabile nella sfera morale, che chiamerò *disaccordo come fatto empirico* per distinguerlo dal disaccordo in senso stretto, *non* impegna ad accettare che:

1917 e 1919) si possono anche vedere, per una sostanziale revisione e sistemazione Kramer (1998), Wenar (2005), Rainbolt (2006) e Biasetti (2015).

³⁷ Come per il precedente concetto di libertà, anche quello di pretesa è da intendersi secondo una sintassi normativa Hohfeldiana: il soggetto X ha una pretesa che Y compia φ quando Y ha il dovere nei confronti di X di compiere φ . Questo implica che: a) se si accetta il principio per cui “dovere implica potere”, Y abbia la libertà di compiere φ ; b) Y non abbia la libertà di non compiere φ (e quindi nemmeno il dovere di non compiere φ). Per i riferimenti bibliografici riguardo a questo tipo di analisi della sintassi normativa vedi la nota precedente.

³⁸ Un ragionamento analogo può anche essere applicato a conflitti e dilemmi (ma non è qui necessario). Generalmente si è soliti pensare ai conflitti morali come a conflitti tra doveri od obblighi, ma in realtà, i conflitti possono essere anche tra obblighi e permessi (per un esempio di questo tipo di conflitti vedi Feinberg 1980, 230).

³⁹ E come per il dibattito sui dilemmi, il dibattito sul disaccordo è spesso adoperato invece per costruire argomenti *contro* determinate posizioni metaetiche e normative. Per una panoramica sulla questione si rimanda a Gowan (2000).

- Non esistano principi morali *veri*. Ammettere il disaccordo come fatto empirico non implica sostenere la falsità del realismo morale.
- Non esistano principi morali *migliori di altri*. Ammettere il disaccordo come fatto empirico non implica sostenere la verità del relativismo.
- Il contrario delle precedenti affermazioni: ammettere il disaccordo come fatto empirico non implica la falsità dell'antirealismo o del relativismo.

La conseguenza pratica di questo disaccordo come fatto empirico è, banalmente, che non esiste *una* morale positiva. Sebbene il termine sia generalmente adoperato al singolare, con morale positiva si deve intendere piuttosto la *pluralità* delle morali positive esistenti anche nello stesso luogo e nello stesso tempo, di cui sono riflesso non solo le differenti – e spesso divergenti – istanze morali portate avanti da gruppi sociali diversi all'interno della stessa società, ma anche le varie istanze di natura *individuale*.

3.3 Il disaccordo alla base del diritto immorale

Come si è visto, secondo Canale il DI può essere ricondotto a una forma peculiare di *conflitto pratico* tra ragioni facenti capo da una parte a norme morali, e dall'altra a norme giuridiche. La mia idea è che la struttura profonda del DI, secondo la definizione data in precedenza, sia invece meglio caratterizzabile con quella del disaccordo morale.

Per portare avanti l'argomento, è prima necessario distinguere due punti di vista diversi da cui può essere colto un caso di DI. Da una parte vi è il punto di vista della persona che fa propria la norma morale in conflitto colla norma giuridica. Dall'altra vi è l'operatore giuridico che è chiamato in qualche modo ad arbitrare il caso. Per comprendere perché si tratti di un caso di disaccordo più che di conflitto è utile assumere momentaneamente il primo punto di vista⁴⁰.

Come si è detto in apertura a questo contributo, citando von Wright, il diritto tende di solito ad adattarsi alle “esigenze di giustizia”, anche solo per una questione di stabilità del suo ordinamento⁴¹. “Tali esigenze”, sempre secondo von Wright, “esprimono la coscienza morale di una società”⁴², ovvero la sua *morale positiva*.

Il fatto che il diritto porti dentro di sé, cristallizzate, determinate istanze morali proprie della morale positiva può aiutarci a spiegare in che modo le sue ragioni possano fornire un *movente* effettivo per l'agente. Come le norme prudenziali o quelle morali, anche le norme giuridiche possono essere adoperate per giustificare la scelta di

⁴⁰ Sebbene esso riguardi soltanto tangenzialmente l'analisi portata avanti da Canale, che è incentrata soprattutto sul ruolo dell'operatore giuridico.

⁴¹ Adopero questo argomento minimo riguardo al rapporto tra diritto e morale perché penso possa essere accettato a prescindere da posizioni più specifiche sulla questione.

⁴² Von Wright (1985).

una determinata azione o corso di azioni. A differenza di queste ultime, però, le norme giuridiche non sono in grado di fornire un movente *diretto* per un dato comportamento: nonostante il loro carattere *escludente* non sono, infatti, *conclusive* dal punto di vista motivazionale. Ci si può sempre chiedere, in pratica, per quale ragione ulteriore si dovrebbe seguire le prescrizioni contenute in una norma giuridica⁴³.

E le risposte possono essere molteplici. Da una parte possono dipendere da ragioni *prudenziali*: posso rispettare la legge, per esempio, perché *mi conviene*, o per *timore delle sanzioni*. Dall'altra, possono dipendere da ragioni *morali*: posso rispettare la legge perché credo *sia un obbligo morale farlo*, o perché penso che *il suo contenuto porti avanti un bene morale*.

Di per sé, l'esistenza di una ragione giuridica non implica l'esistenza di ragioni prudenziali o morali di questo tipo. Potrebbe essere inconveniente, dal punto di vista del mio *self-interest*, seguire una data norma giuridica. Potrei non avvertire alcun timore delle sue sanzioni, nel caso non fossero applicate effettivamente per qualche ragione, o sia disposto ad affrontarle. E potrei non riconoscere alcun obbligo morale sostanziale nell'obbedire alla legge in quanto legge. Dal punto di vista dell'agente, un caso di DI si ha però soltanto quando a una norma giuridica non si accompagnano ragioni morali forti ed evidenti relative al suo contenuto⁴⁴.

In generale, quest'ultima situazione può essere definita come un conflitto tra le ragioni prodotte dalla norma giuridica e quelle prodotte invece dalla norma morale fatta propria dall'agente. Ma più specificatamente, questo conflitto è il risultato di un disaccordo tra le ragioni morali dell'agente e quelle riflesse all'interno della norma giuridica – per come essa era stata pensata dal legislatore, o interpretata dall'operatore giuridico.

Che simili situazioni possano accadere è conseguenza dell'esistenza del disaccordo come fatto empirico. Il diritto, per quanto si sforzi generalmente di accogliere le

⁴³ Questo non significa che, da un punto di vista meramente *descrittivo*, le ragioni prodotte da una norma giuridica non siano generalmente sufficienti a fornire una giustificazione per la condotta. La questione qui è di tipo *prescrittivo*, e da questo punto di vista la capacità di motivare l'azione da parte delle norme giuridiche è *derivata*. Non lo è invece per le norme prudenziali – la cui funzione ultima è quella di perseguire il proprio ideale di *self-interest* – o per quelle morali – la cui funzione ultima è quella di perseguire il proprio ideale di giusto o di bene. Sulla questione vedi anche la precedente nota 4.

⁴⁴ I casi di DI poi possono essere complicati dalla presenza degli altri tipi di ragioni elencati in precedenza. Potrei credere che una legge è ingiusta, ma essere comunque vincolato a rispettarla per timore delle sue sanzioni, perché mi conviene, o perché credo che la legge vada rispettata in quanto legge. In questi casi, oltre alla situazione di DI, si creano anche altri tipi di conflitto *pratico*. Da una parte il conflitto tra le mie convinzioni morali ed esigenze di natura prudenziale (un classico esempio: dovrei rifiutarmi di sottostare a una legge ingiusta anche se ciò potrebbe comportarmi delle sanzioni?), dall'altra il conflitto puramente morale tra l'obbligo di rispettare la legge e quello di perseguire ciò che penso sia il giusto o il bene.

istanze di una data morale positiva⁴⁵, non può rifletterne la pluralità spesso contraddittoria. E ciò determina inesorabilmente che alcuni agenti – pochi, o molti, qui non importa – si trovino in disaccordo colle sue norme da un punto di vista *morale*.

3.4 Cause del disaccordo

A grandi linee si possono distinguere tre grandi cause dei disaccordi alla base del DI⁴⁶:

a) *Sviluppo tecnologico, economico e produttivo*. È oramai un luogo comune affermare che il progresso tecnologico, modificando e ampliando le opportunità e le abitudini delle persone, abbia prodotto anche dei nuovi problemi morali. Allo stesso modo, il grado di complessità raggiunto dalle nostre società in tema di sviluppo economico e produttivo ha fatto sorgere tutta una serie di fenomeni moralmente problematici impensabili anche solo poche generazioni fa.

La novità e la radicalità di questi problemi fa sì che spesso i nostri strumenti morali ordinari non siano in grado di trattarli efficacemente, perché inadeguati o addirittura assenti⁴⁷. La riflessione morale è in questo modo costretta a rincorrere, con grande gioia forse dei ricercatori di filosofia morale, ma una certa perplessità in chi si trova a dover prendere decisioni concrete sul campo. Il diritto, da questo punto di vista, parte ancora più svantaggiato, poiché i suoi tempi di reazione sono legati all'inerzia del legislatore: il quale può aspettare che su un dato tema si sia consolidato un certo consenso, lasciando però nel frattempo un problematico vuoto normativo, oppure può agire tempestivamente, rischiando in questo modo d'incontrare resistenze o proporre soluzioni affrettate.

Questo genere di disaccordo può prendere sia la forma del disaccordo tra libertà, sia quella del disaccordo tra pretese. Nel primo caso, accade spesso che si tratti del tentativo di ricondurre la nuova situazione venutasi a creare a canoni più tradizionali, in modo da difendere certi aspetti consolidati (ma forse proprio per

⁴⁵ Che può essere, ovviamente, anche una morale più o meno *ideale*: il diritto diventa forse tanto più controverso proprio quando cerca di spingere la società in una data direzione, piuttosto che quando cerca di conformarsi a essa.

⁴⁶ È da notare che queste cause non sono mutualmente esclusive, e in un singolo problema di DI può derivare da una loro combinazione. Per esempio, riprendendo i casi analizzati da Canale, direi che la questione dell'eutanasia dipenda sia dallo sviluppo tecnologico che dall'eterogeneità dei valori. Il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso dipende dall'estensione della moralità e dall'eterogeneità dei valori. Il dibattito sulla pena di morte è, invece, un caso di estensione della moralità.

⁴⁷ Se prendiamo, per esempio, il *cambiamento climatico*, alla cui base vi sono le trasformazioni sociali e industriali degli ultimi due secoli, rese a loro volta possibili da una serie di scoperte scientifiche e invenzioni tecnologiche, è opinione diffusa che lo strumentario morale fornito dalle teorie tradizionali e da quella che sarebbe la nostra dotazione standard in fatto di capacità di ragionamento pratico non è sufficiente. A proposito, vedi Jamieson (2014).

questo obsoleti) della morale positiva o, più semplicemente, per proteggere gruppi d'interesse messi in difficoltà dalla novità. Nel secondo caso, il disaccordo può esprimere semplicemente un differente atteggiamento riguardo ai modi migliori per governare la nuova situazione.

b) *Estensione della moralità*. Secondo l'oramai classico modello di progresso morale elaborato da Peter Singer⁴⁸, la moralità procederebbe attraverso l'inclusione progressiva di nuove soggettività nel suo dominio grazie a un raffinamento graduale del nostro altruismo. Questo cammino non è, però, né graduale, né tanto meno omogeneo all'interno di un dato gruppo sociale, poiché la sensibilità morale degli individui è diversa e soggetta a oscillazioni legate alle condizioni sociali ed economiche.

Questo tipo di processo, inoltre, è sempre destinato a entrare in contrasto coll'inerzia di ampi segmenti della morale positiva “tradizionale”, e, di conseguenza, con quelle parti di diritto che la rispecchiano. Il primo passo per queste nuove istanze morali è far sì che il disaccordo colla vecchia morale positiva diventi *avvertito*. Successivamente, l'obiettivo diventa quello di arrivare a prevaricare la vecchia morale positiva, e, infine, a sostituire le norme giuridiche che la riflettono con leggi che incorporino le nuove istanze⁴⁹.

Il genere di disaccordo che si può venire a creare in questi casi può essere sia riguardo alle libertà, sia riguardo alle pretese. Generalmente le istanze rivendicate a chi entra in contrasto colla morale tradizionale prendono infatti la forma di diritti, e questi generalmente possono contenere sia libertà che pretese⁵⁰.

c) *Eterogeneità delle idee di virtù e felicità*. In un'annotazione piuttosto famosa al paragrafo 150 dei *Lineamenti di filosofia del diritto* Hegel scriveva che, “che cosa l'uomo debba fare, quali sono i doveri ch'egli deve adempiere per essere virtuoso, è facile a dire in una comunità etica”. Si può dibattere se sia mai davvero esistita una società di questo tipo – e se una sua riproposizione sia auspicabile – ma mi sembra pacifico affermare che la nostra non le assomigli quasi per niente. All'interno delle società occidentali contemporanee un'eticità “spessa”, tale per cui, a parte qualche irriducibile anticonformista, gli agenti “sappiano” sempre come comportarsi al fine di perseguire la virtù e la rettitudine, semplicemente non esiste. L'unica vera eticità in

48 Singer (1981).

49 Per un abbozzo della fenomenologia di questo genere di processo, vedi Jamieson (2002a).

50 È da notare qui di passaggio che, dal punto di vista della sintassi normativa Hohfeldiana dei diritti, è del tutto ideologico affermare che la costituzione di *nuovi diritti* possa essere un fatto normativamente neutrale per chi non ne è il destinatario. L'istituzione di un nuovo diritto – sia esso un diritto-pretesa, sia invece un diritto-libertà – modifica infatti l'assetto generale degli elementi Hohfeldiani di cui sono titolati *tutti* gli agenti. Se, per esempio, una nuova norma rende lecito un comportamento ϕ che prima non lo era, tutti gli individui *perdono* nei confronti di ϕ la pretesa che esso non sia compiuto. E una simile *pretesa-che-non- ϕ* , in senso Hohfeldiano, è comunque un diritto. Magari è un diritto che non vale la pena di possedere, o che è addirittura immorale avere, ma questo non ne cambia la struttura *formale*.

senso Hegeliano prodotta dalle nostre società è quella “rarefatta” che lascia libere (o proclama di farlo) le persone di definire gli elementi di quella che in precedenza ho definito “morale in senso lato”.

Ciò è fonte di disaccordo per almeno due motivi. Il primo, più banale, è che le varie morali in senso lato possono confliggere tra loro – spingendoci a chiedere fino a che punto dovremmo tollerare il relativismo. Il secondo è che nonostante questa tendenza, ampie parti della moralità in senso lato rimangono sotto lo scrupoloso dominio di norme giuridiche in cui sono cristallizzati frammenti di morale positiva che ancora pretendono di identificare univocamente aspetti relativi agli ideali di felicità o virtù.

Il genere di disaccordo che si viene a creare in questi casi è generalmente un disaccordo sulle libertà, con una parte che rivendica il diritto di scelta su un tema, e l'altra che insiste invece a proporre la soluzione “tradizionale” come l'unica praticabile⁵¹. Quest'ultimo aspetto può accadere nuovamente per inerzia, per ciò che si potrebbe definire fanatismo, o semplicemente per l'idea, sposata tra gli altri da Lord Devlin⁵², secondo cui è necessario promuovere anche coi mezzi del diritto una certa omogeneità dei costumi al fine di salvaguardare i legami sociali e impedirne il collasso.

3.5 Le conseguenze di questo ragionamento

In genere, il conflitto è definito come un fatto relativo all'agente: ho un conflitto quando ho due ragioni pro tanto per fare due azioni (o corsi di azione) tra loro incompatibili. Il disaccordo, invece è definito relativamente a una pluralità di agenti (che per comodità può essere ricondotta a due) che esprimono ragioni differenti riguardo a diverse azioni (o corsi di azione) tra loro incompatibili.

Il DI rappresenta in questo senso un caso di conflitto pratico fintanto che si prescinda da ulteriori elementi che ne stanno alla base:

Nelle intenzioni del legislatore o nell'interpretazione dell'operatore giuridico la norma s'accorda in qualche modo con un aspetto morale⁵³.

⁵¹ Qualora si trasformi in un disaccordo sulle pretese, il rischio concreto è che ciò che si stia perseguendo non sia una battaglia in favore della tolleranza o della libertà di scelta, ma semplicemente il tentativo di sostituire un certo tipo di moralità dominante con un altro.

⁵² Devlin (1965). Canale discute le tesi di Lord Devlin e le critiche a queste di Hart in Canale (2017), 174-5.

⁵³ Questo accade anche per norme che possono sembrare in realtà molto distanti dall'avere una giustificazione morale. Non vi è, per esempio, alcuna ragione morale per la norma che prescrive di guidare sul lato destro della carreggiata, invece che su quello sinistro. Ma in sé, la giustificazione “morale” di una norma di questo tipo è il suo fornire la soluzione a un problema di coordinazione che, se lasciato irrisolto, condurrebbe sicuramente a uno stato sub-ottimale dal punto di vista morale.

L'agente non riconosce questo aspetto morale, preferendogliene un altro.

Alla base del DI vi è quindi un fenomeno di disaccordo morale. Disaccordo che può essere legato all'incompatibilità tra le istanze portate avanti dalle due norme, alle (presunte) deficienze strumentali della norma giuridica rispetto alla norma morale, o al differente ordinamento dei principi che esse operano.

Ma che cosa aggiunge questa analisi al ragionamento portato avanti da Canale?

Anzitutto, evidenzia a mio avviso un problema stesso nella definizione del DI: il termine "immorale", in particolare, mi sembra poco adatto, poiché da un punto di vista generale – che prescindendo da quelle che possono essere le nostre opinioni specifiche in fatto di morale, e della valutazione che possiamo trarne riguardo al contenuto di una norma giuridica – non esiste un diritto propriamente definibile come immorale. Anche i regimi che possiamo giudicare oggi più iniqui e crudeli avanzavano le loro pretese giuridiche a partire da presupposti di giustizia⁵⁴. E chi seguiva la consuetudine della faida lo faceva perché lo considerava un proprio dovere prima ancora che un diritto. Relegare la questione del DI a un conflitto finisce per concentrare tutta l'attenzione sull'agente (o sull'operatore giuridico, che è comunque un agente), escludendo in questa maniera la dimensione plurale del problema – che è possibile cogliere invece analizzando la questione nei termini del disaccordo. In questo senso possiamo ben dire che esiste un diritto che è immorale per qualcuno perché non ne condivide la moralità positiva riflessa, ma l'unico modo che abbiamo per definire una data norma giuridica immorale di per sé è assumere una posizione specifica in fatto di etica normativa.

Credo che questa sia in fondo anche la posizione di Canale, per il quale sono appunto le nostre posizioni pregresse sulla morale (e sul diritto) che ci permettono di definire le situazioni di DI. Ma, a mio avviso, le definizioni che ho riportato in precedenza risultano fuorvianti, perché mancano di chiarire efficacemente questo aspetto, lasciando aperta la porta per un'interpretazione secondo cui ogni volta in cui la morale personale (nel senso, come si è visto, di fatta propria da una persona, e non, invece, di relativa alla persona) entra in contrasto con una norma giuridica allora il diritto diventa immorale.

Le stesse definizioni di DI viste in precedenza, poi, sono a mio avviso troppo ampie, perché non chiariscono quando un caso di disaccordo può diventare effettivamente un problema anche di natura sociale. È un dato di fatto – che può di nuovo esser fatto discendere dal disaccordo come fatto empirico – che esistano numerose norme giuridiche in cui non ci riconosciamo da un punto di vista morale. Difficilmente un seguace di Nozick apprezzerà, per esempio, l'istituzione di nuove tasse di successione, mentre, all'opposto, un ammiratore di Rawls ne biasimerà l'azzeramento. Generalmente questi disaccordi sono gestiti da dispositivi presenti nella morale in

⁵⁴ Un fatto che Canale ricorda discutendo la posizione giusnaturalista: vedi Canale (2017), 76-7.

senso stretto in grado di limitare i conflitti: il principale di questi, nelle società occidentali, è costituito dalla regola democratica. Ciò non toglie che alcuni di questi disaccordi possono essere lo stesso percepiti come intollerabili da parte di determinati agenti, che possono pertanto decidere di ricorrere a tutti i mezzi a loro disposizione per dar battaglia, compreso quello giuridico. Ma questo ancora non basta, a mio avviso, per definire tali disaccordi come DI. La questione deve possedere una certa visibilità che travalichi una dimensione puramente privata: il disaccordo, in pratica, deve essere socialmente avvertito.

Supponiamo a tal proposito di essere degli assertori forse un po' fanatici delle ingiustizie dello *staturismo*, parola che in Italiano (ancora) non esiste, ma che è il calco letterale del neologismo Inglese *heightism*, termine col quale si designano tutte quelle forme di discriminazione legate all'altezza di una persona. Supponiamo a questo punto di ritenerci offesi dalla presenza di un nano da giardino – simbolo che a nostro avviso perpetua stereotipi degradanti nei confronti delle persone di bassa statura – all'interno del giardino della scuola materna frequentata dai nostri figli, e di chiederne pertanto alle maestre la rimozione. Supponiamo di ricevere una risposta negativa, e di decidere pertanto di far valere le nostre ragioni “nelle appropriate sedi”. Il caso del nano da giardino è quello di un disaccordo morale che sfocia in un contrasto tra ragioni morali arbitrato attraverso il ricorso a ragioni giuridiche: ma si può dire che sia (al momento) un disaccordo *avvertito* e come tale possa dar luce eventualmente a un vero e proprio caso di DI? E che dire invece di un caso analogo in cui la pietra dello scandalo non sia più un nano da giardino, ma un simbolo religioso come il crocefisso⁵⁵?

Quest'ultimo può essere a mio avviso definito propriamente come un caso di DI, poiché le posizioni morali sottese possiedono una rilevanza legata alla quantità e anche alla visibilità delle persone che lo condividono. Il caso del nano del giardino, al contrario, non lo è, almeno non fino a quando i suoi sostenitori riescano a guadagnare abbastanza consenso – o in mancanza di questo, visibilità – da rendere il loro disaccordo *avvertito*.

Bibliografia

Biasetti, Pierfrancesco. (2011). *Dilemmi simmetrici e diritti morali delle vittime*. In Da Re & Ponchio (2011).

Biasetti, Pierfrancesco. (2015). *Diritti e teorie morali. La prospettiva dei moral rights*. Napoli-Salerno: Orthotes

Bulygin, E., Gardies, J.-L., Niiniluoto, I. – a cura di. (1985). *Man, Law, and Modern Forms of Life*. Dordrecht: Reidel.

⁵⁵ Che nelle scuole materne *non* è obbligatorio esporre, ma comunque lecito.

- Canale, Damiano. (2017). *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*. Bari-Roma: Laterza.
- Chang, Ruth. – a cura di. (1997). *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Da Re, Antonio & Ponchio, Alice. (2011). *Il conflitto morale*. Padova: Il Poligrafo.
- Devlin, Patrick (1965). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (Mass.): The Belknap Press of Harvard University Press.
- Feinberg, Joel (1980). *Rights, Justice and the Bound of Liberty*. Princeton: Princeton University Press.
- Gowan, Cristopher J. – a cura di. (2000). *Moral Disagreement. Classic and Contemporary Readings*. London & New York: Routledge.
- Greenspan, Patricia. (1983). *Moral Dilemmas and Guilt*. “Philosophical Studies” 43.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. (1987). *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio* (a cura di Giuliano Marini). Bari-Roma: Laterza.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (1913). *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. “Yale Law Journal” 23.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (1917). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. “Yale Law Journal” 26 (1917).
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (1919). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press.
- Jamieson, Dale. (2002a). *Morality's Progress*. In Jamieson (2002b).
- Jamieson, Dale. (2002b). *Morality's Progress. Essays on Humans, Other Animals, and the Rest of Nature*. Oxford: Oxford University Press.
- Jamieson, Dale. (2014). *Reason in a Dark Time*. New York: Oxford University Press.
- Kramer, Matthew & Simmonds, Nigel & Steiner, Hillel – a cura di. (1998). *A Debater Over Rights*. Oxford: Clarendon.
- Kramer, Matthew. (1998). *Rights Without Trimmings*. In Kramer & Simmonds & Steiner (1998).
- Mackie, John Leslie. (1977a). *Ethics. Inventing Right and Wrong*. London: Penguin.
- Mackie, John Leslie. (1977b). *The Third Theory of Law*. «Philosophy & Public Affairs» 7-1. Ristampato in Mackie (1985).
- Mackie, John Leslie. (1985). *Persons and Values. Selected Papers vol. II*. New York: Oxford University Press.
- Rainbolt, George. (2006). *The Concept of Rights*, Dordrecht: Springer.
- Raz, Joseph. (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Sartre, Jean Paul. (1946). *L'existentialisme est un humanisme*. Paris: Nagel.
- Singer, Peter. (1981). *The Expanding Circle. Ethics & Sociobiology*. New York: Farrar, Straus & Giroux.

Smart, J.J.C. & Williams, B. (1973). *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press.

Von Wright, Georg Henrik. (1985). *Is and Ought*. In Bulygin, Gardie, Niiniluoto (1985).

Wenar, Leif. (2005). *The Nature of Rights*. «Philosophy & Public Affairs» 33.

Williams, B. (1965). *Ethical Consistency*. “Proceeding of the Aristotelian Society”, 39. Reprinted in Williams (1973a).

Williams, B. (1966). *Consistency and Realism*. “Proceeding of the Aristotelian Society”, 40. Ristampato in Williams (1973a).

Williams, B. (1973a). *Problems of the Self*. Cambridge: Cambridge University Press.

Williams, B. (1973b). *A Critique of Utilitarianism*. In Smart & Williams (1973).