

IL RAPPORTO TRA DIRITTO E MORALE NELLA PROSPETTIVA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO: APPUNTI IN MARGINE A *CONFLITTI PRATICI*

DAMIANO CANALE

*Dipartimento di Studi giuridici
Università Bocconi, Milano
damiano.canale@unibocconi.it*

ABSTRACT

This essay reply to the criticisms of my book *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale* raised by Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Francesco Biasetti, Tommaso Greco, Eugenio Lecaldano, Ulderico Pomarici and Francesco Viola. The paper focuses on the task of legal philosophy in teaching and in the public debate, the distinction between legal positivism and legal non-positivism, the relationship between metaethics and legal philosophy, the nature of practical conflicts, and the connection between rules and values.

KEYWORDS

Jurisprudence, legal positivism, law and morality, metaethics, practical conflicts.

È una fortuna, per l'autore di un libro, avere l'opportunità di discuterlo in un simposio come quello qui proposto da *Etica & Politica / Ethics & Politics*, sia per la qualità dei commenti degli studiosi coinvolti, sia perché è questa per me un'occasione per precisare le tesi contenute in *Conflitti pratici*, per approfondire alcuni loro aspetti, e per dar ragione delle scelte compiute nell'articolazione dei temi trattati¹. *Conflitti pratici* non è infatti un libro indirizzato ai filosofi e ai giuristi di professione; si tratta di un lavoro che nasce da un'esperienza didattica e che ha finalità principalmente divulgative.

1 D. Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

L'esigenza di rivolgersi a un pubblico di non addetti ai lavori ha guidato l'intera progettazione del lavoro, determinando lo stile e la struttura dell'indagine, la scelta dei temi trattati, il linguaggio utilizzato nel testo. Non di meno, il libro tenta di proporre un approccio originale allo studio del rapporto tra diritto e morale osservato dalla prospettiva della filosofia del diritto. Mettere alla prova questo contributo, e poter esplicitare ciò che nel libro rimane tra le righe per ragioni di semplicità e chiarezza espositiva, è dunque per me un'opportunità felice, di cui sono molto grato a Ferdinando Menga e a *Etica&Politica*.

I contributi di questo simposio sono preziosi per almeno due ragioni. In primo luogo, ciascun di essi focalizza l'attenzione su aspetti diversi del libro, consentendone una discussione ad ampio raggio. In secondo luogo, ciascun autore muove da posizioni filosofiche diverse e adotta dunque stili argomentativi e apparati concettuali distinti. Se questo contribuisce ad arricchire la discussione, ciò rende al contempo più difficoltosa una replica che restituisca alla discussione unità. Ho pensato quindi di articolare queste pagine non rispondendo puntualmente alle osservazioni di ciascun autore ma focalizzando l'attenzione su alcune questioni ricorrenti nei saggi raccolti e centrali nell'economia di *Conflitti pratici*. I temi su cui concentrerò l'attenzione sono, nell'ordine, il compito della filosofia del diritto nell'insegnamento universitario e nel dibattito pubblico (§. 1), la tesi della dipendenza dei conflitti pratici dalle concezioni del diritto e dalle concezioni della morale (§. 2), la distinzione tra giuspositivismo e non-giuspositivismo (§. 3), il carattere interno o esterno al diritto dei conflitti tra diritto e morale (§. 4), il ruolo della metaetica nella giustificazione delle scelte d'azione (§. 5), la natura dei conflitti pratici esaminati nella seconda parte del libro (§. 6), e, da ultimo, il rapporto tra norme e valori (§. 7).

1. QUALE COMPITO PER LA FILOSOFIA DEL DIRITTO?

È noto come lo statuto della filosofia del diritto, intesa come disciplina accademica, sia da sempre controverso. Fin dalla sua nascita, che risale ad appena due secoli fa, questa disciplina ha assunto le sembianze di un Giano bifronte, con una faccia che volge lo sguardo alla filosofia e l'altra al diritto, ovvero sia ai saperi giuridici particolari e alla prassi giuridica. Il doppio volto della filosofia del diritto si manifesta ancor oggi in tutta la sua evidenza qualora si dia uno sguardo ai programmi dei corsi universitari che portano questo nome o si sfogli una qualsiasi rivista di settore. La varietà di temi, di approcci di ricerca, di apparati concettuali utilizzati appare sorprendente anche agli addetti

ai lavori, con l'ovvia conseguenza che l'identità di questa disciplina diventa sfuggente, contribuendo a pregiudicare la sua autorevolezza in ambito accademico così come la sua rilevanza nel dibattito pubblico. Questo non è in realtà un fenomeno nuovo. Già Hegel, nel 1820, lamentava che il discorso filosofico attorno al diritto era considerato dai più come cosa da ciarlatani, al punto da essere sistematicamente ignorato da chi esercitava poteri pubblici². Ora, la celebre distinzione tracciata da Norberto Bobbio tra "filosofia del diritto dei filosofi" e "filosofia del diritto dei giuristi", lungi dal ridursi a una mera ricognizione storica degli approcci prevalenti in questa disciplina, costituiva innanzitutto un'indicazione programmatica, tesa a superare la difficoltà a cui ho fatto cenno. Occorrerebbe cioè separare i due volti della filosofia del diritto e conservare ad essa soltanto il secondo, focalizzando l'attenzione sull'analisi del linguaggio di cui i giuristi si servono nel loro lavoro quotidiano. Secondo Bobbio una scelta di questo tipo offrirebbe il vantaggio di innalzare la qualità generale degli studi filosofico-giuridici e di garantire un loro pieno riconoscimento da parte dei giuristi, che dei filosofi del diritto sono i veri interlocutori nelle facoltà di giurisprudenza³. Questa celebre presa di posizione è fermamente criticata da Alberto Andronico e Tommaso Greco nei loro saggi. Secondo il primo, "la filosofia del diritto non è fatta per riflettere sul (discorso del) diritto", fosse solo perché i giuristi non hanno bisogno di qualcun altro per riflettere sul proprio oggetto di studio e sulle loro pratiche, che conoscono molto meglio di chiunque altro. Seguire la strada indicata da Bobbio conduce piuttosto a ridurre la filosofia a teoria generale del diritto e a condannare questa disciplina a una completa irrilevanza. Di più: è la stessa distinzione tra "filosofia del diritto dei filosofi" e "filosofia del diritto dei giuristi" a risultare fuorviante, poiché sottrae alla disciplina qualsiasi autonomia. Del medesimo avviso è Tommaso Greco, secondo il quale abbracciare la proposta di Bobbio equivale a ribadire la subalternità della filosofia del diritto rispetto ai saperi giuridici particolari, e a svuotarla dunque del ruolo che le è proprio nell'insegnamento universitario.

Conflitti pratici muove dalla convinzione che il doppio volto della filosofia del diritto possa costituire non un limite ma piuttosto una virtù di questa disciplina; a patto, tuttavia, che i suoi due volti si pongano in dialogo tra loro, trasformandosi in un tramite per porre in relazione problemi, concetti e stili di ricerca tradizionalmente considerati indipendenti. E questo non facendo prevalere una voce di Giano sull'altra, sia essa quella che parla alla filosofia o

² G.W.F. Hegel, *Prefazione ai Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di G. Marini, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 10.

³ N. Bobbio, *Natura e funzione della filosofia del diritto* (1962), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 37 ss.

quella che parla al diritto, ma riconoscendo loro pari dignità e individuando temi di interesse comune sui quali dialogare⁴. Mi sembra che questa posizione sia coerente con quella difesa da Francisco Ansuátegui nel momento in cui questi rivendica l'esigenza, da parte della filosofia del diritto, di conservare un equilibrio tra analisi concettuale, da un lato, e vicinanza alla prassi giuridica, dall'altro. L'analisi concettuale, nelle sue diverse declinazioni, consente di assumere un atteggiamento critico nei confronti del diritto e dei discorsi attorno ad esso; la vicinanza alla prassi permette all'analisi concettuale di operare sul diritto così come esso concretamente si declina in un dato momento storico, non su un diritto soltanto pensato. Con riguardo all'insegnamento universitario, il mantenimento di questo equilibrio serve a formare un "giurista critico", capace certo di svolgere con perizia tecnica il suo lavoro quotidiano ma al contempo di coglierne la rilevanza sociale, politica e morale. Uno scopo che anche *Conflitti pratici*, seppur in modo peculiare, tenta di perseguire.

Ora, se si riconosce alla filosofia del diritto la funzione di "tramite" appena indicata, va da sé che tale funzione può essere svolta in modi diversi. Tommaso Greco rivendica l'importanza del "retaggio culturale" di cui la filosofia del diritto è portatrice, fatto di "sforzo teorico, dialogo con la tradizione classica, moderna e contemporanea, approfondimento consapevole delle radici sociali e politiche delle norme e dei discorsi che si fanno intorno alle norme". Anche Alberto Andronico sottolinea l'importanza dell'incontro coi "classici", orientato tuttavia a "capire come si possano costruire e decostruire intere architetture concettuali e forme di vita", per risalire poi "all'ordine del discorso" del diritto contemporaneo e alle sue aporie. Ulderico Pomarici, da parte sua, ricorda l'importanza delle dinamiche sociali entro le quali il diritto opera, dinamiche che condizionano i contenuti e le forme che il diritto assume, oltre che la sua capacità di conseguire gli scopi che gli sono propri. Questi approcci sono sicuramente interessanti e degni della massima attenzione. *Conflitti pratici* propone tuttavia un percorso diverso, che prescinde, apparentemente, dalla dimensione storica, da quella sociale, come pure dal confronto diretto coi "classici". Si tratta di un percorso che concentra piuttosto l'attenzione sulle *ragioni* che giustificano, del dibattito filosofico contemporaneo, le rivendicazioni individuali e collettive, le scelte del legislatore, le decisioni dei giudici, le convinzioni morali diffuse. Come si giustifica un percorso di questo tipo?

4 Anche secondo Bobbio la filosofia del diritto ha una funzione di "tramite", non tuttavia tra filosofia e diritto ma tra le scienze giuridiche particolari: "in fondo il compito della filosofia del diritto, dal punto di vista didattico, è quello di rompere gli argini che trattengono le discipline giuridiche tradizionali nel bacino artificiale di un sistema positivo" (Bobbio, *Natura e funzione della filosofia del diritto*, cit., p. 51).

Non occorre scomodare Hegel per riconoscere che il discorso della filosofia del diritto è figlio del suo tempo e, dunque, storicamente situato⁵. Se prendiamo sul serio questa considerazione, tuttavia, vi è un aspetto della realtà sociale in cui viviamo che credo vada considerato. È evidente come la facoltà di giudicare le opinioni altrui, di discernere il vero dal falso, di distinguere le buone dalle cattive ragioni a sostegno di una scelta pratica, risulti oggi fortemente indebolita, dentro e fuori le aule universitarie. Le cause sono ben note. Nel mondo dell'ipercomunicazione, l'inflazione delle informazioni, monopolizzate dai social media, rende assai difficile distinguere ciò che è attendibile e rilevante da ciò che non lo è. Di più: si tratta di un mondo nel quale asserire il falso o incorrere in contraddizioni è diventata la moneta corrente della comunicazione politica e sociale. A questo si aggiunge il fatto che qualsiasi scambio pubblico di opinioni tende a trasformarsi in una lotta senza quartiere, nella quale l'insulto, la denigrazione dell'avversario o la ridicolizzazione dell'opinione altrui prende il posto della discussione critica delle ragioni a sostegno di una tesi, qualunque essa sia. Tutto ciò riduce drasticamente non solo la qualità delle scelte collettive ma anche la capacità di esprimere un giudizio ponderato su molti temi importanti per le nostre vite. Se così stanno le cose, le voci provenienti dalla testa di Giano della filosofia del diritto, quand'anche riuscissero a dialogare tra loro, rischiano fatalmente di non trovare alcun interlocutore. Tanto il tentativo di ricostruire il retaggio culturale dei fenomeni giuridici, quanto quello di decostruire l'ordine del discorso che intesse il diritto o di risalire alle determinanti sociali di quest'ultimo, cadono nel vuoto nel momento in cui viene meno la capacità dello studente, o del non addetto ai lavori, di rielaborare, mediante l'uso di concetti e di ragionamenti, qualsiasi tipo di discorso.

Conflitti pratici si propone in tal senso un obiettivo assai modesto: stimolare la capacità del lettore di giustificare una tesi, di individuare i punti deboli delle tesi altrui, di ricercare le premesse implicite di un ragionamento, di valutare le ragioni a sostegno di un'affermazione, e questo con riguardo ad alcuni temi classici della filosofia del diritto e a scelte pratiche di stretta attualità. Tale obiettivo viene perseguito non prendendo le mosse da testi sacri, dogmi metafisici o apparati concettuali precostituiti, ma facendo leva sulle nostre intuizioni, sulle credenze diffuse, sui problemi che ci troviamo ad affrontare nella vita di tutti i giorni, per rielaborarli poi attingendo al linguaggio della filosofia del diritto e a quello della filosofia morale. Sono convinto che riattivare la capacità di chiedere e dare ragioni sia una preconditione per intraprendere i percorsi di indagine suggeriti da Andronico,

⁵ Cfr. Hegel, *Prefazione*, cit., p. 15.

Greco e Pomarici, i quali possono essere visti come possibili sviluppi dell'approccio scelto nel libro e non invece come percorsi di indagine ad esso alternativi.

L'appello alle ragioni che fa da sfondo a *Conflitti pratici* non va tuttavia confuso come una forma di razionalismo, per il quale una ragione è tale soltanto se costituisce la premessa di un argomento valido. Il tentativo di risalire alle ragioni che giustificano una scelta pratica ha piuttosto lo scopo di condurre il lettore a scoprire il proprio punto di vista sulle questioni trattate: la pratica di dare e chiedere ragioni è vista cioè come un modo per conoscere se stessi⁶. Un po' come in un dialogo platonico, *Conflitti pratici* tenta di inscenare un confronto tra pretendenti al vero, una competizione che ha per oggetto la natura del diritto, la natura della morale, il rapporto che il diritto intrattiene con la morale, come pure la scelta da compiere nei casi di conflitto considerati nella seconda parte del libro. I protagonisti di questo confronto sono ragioni che si articolano in argomenti, teorie, concezioni, mentre lo scopo della competizione non è individuare la ragione che sopravanza tutte le altre quanto piuttosto condurre chi assiste alla scena ad acquisire consapevolezza dei problemi in gioco quando si ha a che fare con un conflitto pratico⁷. Il mio auspicio è cioè che il lettore finisca col rivolgere a sé stesso gli interrogativi che il libro solleva, usando le risposte che egli solo può dare a tali interrogativi per orientare, nel modo che più gli è congeniale, le sue scelte pratiche.

Questo spiega perché *Conflitti pratici* non fornisca alcuna risposta alla domanda "cosa devo fare?" ma si proponga, semplicemente, di stimolare il lettore a porre a se stesso questo quesito, fornendo strumenti per scoprire i presupposti e le implicazioni di un'interrogazione siffatta. Ciò è considerato, da alcuni partecipanti al forum, come un limite del libro. Tale limite si manifesterebbe, ad esempio, in un "eccesso di teoria" che conduce a non fornire alcuna soluzione ai conflitti pratici considerati (Viola), o nel non indicare al lettore come l'autore pensa (Andronico). Nella prospettiva difesa dal libro, tuttavia, non è certo la filosofia a poter fornire una soluzione determinata a un conflitto pratico, come se vi fossero, con riguardo a tali conflitti, conoscenze già compiute buone per tutti allo stesso modo. Se la filosofia del diritto facesse propria questa pretesa, si trasformerebbe in una forma di dogmatismo, venendo al contempo meno al suo ruolo di "tramite" tra prospettive e linguaggi diversi. Il modo in cui l'autore del libro pensa, inoltre, si manifesta proprio nell'inscenare un confronto tra ragioni, partecipando al quale

⁶ Vedi A. Biral, *Platone e la conoscenza di sé*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

⁷ Questo intento generale del libro è ben colto da Eugenio Lecaldano nel momento in cui questi osserva che la presentazione delle concezioni generali dell'etica ha lo scopo di "mostrare la loro fertilità nel fare emergere ciò che conta quando abbiamo a che fare con conflitti pratici".

il lettore è spinto a ricercare il proprio punto di vista sulle questioni trattate, non a far proprio il punto di vista di qualcun altro. Sotto questo profilo, *Conflitti pratici* riserva alla filosofia del diritto un ruolo assai più modesto di quello che alcuni partecipanti al forum sembrano attribuirle, un ruolo che ritengo tuttavia non meno importante alla luce delle forme che ha assunto il dibattito pubblico contemporaneo.

2. LA TESI DELLA DIPENDENZA

Per mostrare il ruolo che la filosofia del diritto può svolgere nel dibattito pubblico e nella formazione di un giurista critico, ho scelto nel libro di puntare l'attenzione su alcune situazioni di conflitto, oggi al centro del dibattito pubblico, sulle quali ciascuno di noi potrebbe essere chiamato a prendere posizione. Quindi ho tentato di evidenziare come il discorso filosofico-giuridico consenta di rendere esplicite le ragioni di fondo che giustificano, in situazioni di questo tipo, una scelta d'azione.

La tesi che sorregge la struttura del libro è la seguente: l'esistenza, le caratteristiche distintive e il modo in cui viene affrontato un conflitto pratico dipendono dalle concezioni del diritto e della morale di chi agisce, con particolare riguardo alle decisioni dei giudici. Due precisazioni sono qui opportune.

(1) Biasetti riformula questa tesi nel modo seguente: "a) per giungere a una decisione giuridica su un caso di [conflitto pratico], 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". Questa ricostruzione rischia di essere fuorviante poiché presuppone il primato delle ragioni morali sulle ragioni di altro tipo in sede di giustificazione di una scelta pratica. Questa tesi contraddistingue alcune concezioni del diritto esaminate nel libro ma non altre. Nel caso l'avessi fatta mia in *Conflitti pratici*, avrei ridotto arbitrariamente il campo della discussione filosofico-giuridica odierna, così come le opzioni che essa offre ai processi di giustificazione dell'azione. Secondo il giusnaturalismo esclusivo, ad esempio, l'operatore giuridico non può che far uso di ragioni morali per individuare le ragioni giuridiche pertinenti nella soluzione di un caso, come indicato da Biasetti. Nella prospettiva del realismo giuridico, tuttavia, le concezioni della morale non influenzano in alcun modo le concezioni del diritto meritevoli di questo nome ma si limitano talora a condizionare le scelte discrezionali compiute dal giudice in sede interpretativa, oltre ovviamente alle condotte dei consociati. Allo stesso modo,

secondo alcune versioni del positivismo giuridico esclusivo, le ragioni giuridiche sono indipendenti dalle ragioni morali, e hanno non di meno la capacità di motivare e giustificare in modo concludente l'azione, come avremo modo di vedere più avanti. Ciò mostra come il rapporto tra ragioni giuridiche e ragioni morali, e il prevalere delle une sulle altre di fronte a un conflitto pratico, costituisce il punto del contendere nel dibattito filosofico-giuridico, non un assunto condiviso da cui prendere le mosse.

(2) Francesco Viola osserva che la tesi enunciata in precedenza è fortemente indeterminata ed eccessivamente prudente. Cosa significa che il modo in cui un conflitto pratico viene rappresentato e affrontato dipende dalle concezioni del diritto e della morale fatte proprie da chi agisce? Il termine “dipende” è inteso qui come sinonimo di “è influenzato”, “è condizionato”, oppure di “è determinato”, “è causato”? Il quesito sollevato da Viola è sicuramente pertinente nel contesto di un discorso teso a individuare quale sia il rapporto tra concezioni del diritto e della morale, da un lato, e ragionamento pratico, dall'altro, escludendo al contempo la plausibilità di ricostruzioni alternative. Ma, come evidenziato nel paragrafo precedente, non è questo l'intento di *Conflitti pratici*. La funzione svolta dalla tesi della dipendenza è quella di inscenare un confronto tra ragioni, non di incanalare tale confronto entro coordinate determinate a priori. Il fatto dunque che Viola giudichi la tesi della dipendenza non dubitabile da nessuno conferma che essa svolge il ruolo che l'autore ha inteso attribuirle nello sviluppo del libro. Va da sé che le diverse concezioni del diritto precisano la tesi della dipendenza in modi diversi, ma è proprio tale pluralità di posizioni che il libro tenta di salvaguardare, per offrirle al giudizio del lettore.

3. CONCEZIONI DEL DIRITTO A CONFRONTO

A prescindere dalle precisazioni appena formulate, resta il fatto che il modo in cui è viene inscenato il rapporto tra concezioni del diritto e concezioni della morale in *Conflitti pratici* è di per sé problematico. Un primo aspetto meritevole di attenzione riguarda l'individuazione delle principali concezioni del diritto contemporanee. A parte il caso in cui queste si riducano alle tesi di singoli autori, la mappatura del dibattito filosofico-giuridico è frutto di generalizzazioni che finiscono col mettere in ombra taluni aspetti del percorso filosofico di un autore o di una corrente di pensiero, privilegiandone al contempo altri. In molti casi, inoltre, le concezioni del diritto vengono delineate a fini polemici – celebri in tal senso le critiche di Hart al formalismo e quella di Dworkin al positivismo; una scelta, questa, che si accompagna a una

ricostruzione spesso non caritatevole, o addirittura caricaturale, delle posizioni del proprio avversario. Fatte salve queste difficoltà di fondo, nel dibattito interno alla filosofia del diritto sembra oggi prevalere, con riguardo al problema del rapporto tra diritto e morale, la posizione di chi individua due grandi concezioni del diritto contrapposte: il positivismo giuridico e il non-positivismo giuridico⁸. Positivista sarebbe la posizione di chi fa propria la tesi della separazione, in base alla quale non vi è una connessione necessaria tra la validità delle norme giuridiche, da un lato, e i loro meriti o demeriti morali, dall'altro. Non-positivista sarebbe invece la posizione di chi ritiene che tale connessione sussista necessariamente. Questa distinzione, qualora si accettino i suoi assunti di partenza, ha il vantaggio di esaurire lo spazio logico delle posizioni disponibili, consentendo una mappatura completa del dibattito e dei suoi possibili sviluppi. Essa ha tuttavia molti difetti. In primo luogo, si tratta di una distinzione ambigua. Nel linguaggio giuridico, il termine "validità" assume tradizionalmente significati diversi. Esso viene talora inteso come sinonimo di "esistenza" di una norma, altre volte di "appartenenza" di una norma a un ordinamento, altre volte ancora di "applicabilità" o "obbligatorietà" di una norma. Va da sé che a seconda del significato che a tale termine viene attribuito, la distinzione tra positivismo e non-positivismo assume connotati assai diversi, alternativi tra loro. In secondo luogo, i "non-positivisti" vengono definiti per negazione, ovverosia come la classe complementare a quella dei positivisti, col risultato che il non-positivismo arriva ad includere posizioni filosofiche molto eterogenee o addirittura inconciliabili, come il giusnaturalismo metafisico di ispirazione kantiana e il realismo giuridico naturalista. In terzo luogo, la tesi della separazione, nell'accezione fornita sopra, è stata revocata in dubbio dagli stessi giuspositivisti, sulla scorta della formulazione molto debole che ne ha fornito Hart nel *Postscript a The Concept of Law*⁹. Una soluzione alternativa a quella appena ricordata è quella di mappare il dibattito attorno al rapporto tra diritto e morale ricorrendo alla classica distinzione tra positivismo e giusnaturalismo, intesi come concezioni comprensive del diritto non riducibili, rispettivamente, alla tesi della separazione e a quella della connessione¹⁰. Ma anche questa strategia offre il fianco a critiche. I giuspositivismi e i giusnaturalismi contemporanei, se intesi

8 Cfr., ad esempio, R. Alexy, *On the Concept and Nature of Law*, "Ratio Juris", 21, 2008, pp. 284 ss.; S. Perry, *Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism*, "Ratio Juris", 22, 2009, pp. 311-325.

9 Cfr. L. Green, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, "New York University Law Review", 83, 2008, in particolare pp. 1040 ss. Vedi anche J. Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

10 È questa la proposta, ad esempio, di J. Coleman, *The Architecture of Jurisprudence*, "Yale Law Journal", 121, 2011, pp. 2-80.

come concezioni comprensive del diritto, focalizzano l'attenzione su temi e problemi filosofici diversi, utilizzando stili di indagine e linguaggi spesso assai eterogenei, come notato, tra gli altri, da Ansuátegui e Viola. Ne segue che risulta assai difficile individuare una piano comune del discorso che renda la distinzione tra positivismo e giusnaturalismo informativa e illuminante con riguardo al rapporto tra diritto e morale.

Alla luce di tutto questo, in *Conflitti pratici* ho seguito una via intermedia, giustificata dalle finalità del libro. Ho preso le mosse da una tripartizione – quella tra giusnaturalismo, giuspositivismo e neo-costituzionalismo – ampiamente diffusa nel discorso dei giuristi e ormai fatta propria dalla manualistica filosofico-giuridica, perlomeno in Europa continentale e in Sudamerica. Una tripartizione, dunque, che semplicemente registra alcune scansioni del dibattito attorno al rapporto tra diritto e morale entrate a far parte del lessico comune dei giuristi. Ho tentato poi di caratterizzare le tre concezioni non solo mediante le tesi della separazione e della connessione ma considerando il modo in cui esse declinano il concetto di diritto e il problema dell'interpretazione giuridica, temi che consentono di attribuire a queste tesi un contenuto più ricco e determinato. Da ultimo, ho declinato le tre concezioni al plurale, in modo da salvaguardare alcune specificità dei percorsi filosofici degli autori discussi. Si tratta di una strategia che, non diversamente dalle precedenti, è suscettibile di critica laddove pretenda di fornire una mappa dettagliata del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, oppure di cogliere il ruolo che il diritto svolge nei rapporti sociali, come sottolineato da Pomarici. Non di meno, mi è sembrata la strategia da preferire nello sviluppo di un discorso che per un verso intende essere informativo e, per altro verso, tenta di stimolare il lettore a porsi interrogativi filosoficamente interessanti con riguardo al rapporto tra diritto e morale.

4. I CONFLITTI PRATICI SONO INTERNI AL DIRITTO?

Sempre con riguardo al rapporto tra concezioni del diritto e concezioni della morale, un secondo aspetto meritevole di discussione concerne la tesi, sostenuta da Ansuátegui e Viola, secondo la quale i conflitti pratici considerati nel libro sarebbero in realtà *interni* al diritto. Ad opinione di Ansuátegui, la positivizzazione di un catalogo di principi morali entro gli ordinamenti democratico-costituzionali contemporanei ha fatto sì che i conflitti tra diverse concezioni del bene possano essere tematizzati entro la cornice della costituzione, la quale apre il campo a una pluralità di “mondi costituzionalmente possibili” in un contesto democratico e pluralista. In questa

prospettiva, i conflitti tra diritto e morale non rinviano a sistemi normativi indipendenti – la morale da un lato e il diritto dall’altro – ma si configurano come conflitti che il diritto incorpora in sé stesso e che il giudice governa mediante l’interpretazione dei principi costituzionali. Anche Viola sottolinea come l’istanza etica permei necessariamente la pratica giuridica, e dunque anche la decisione del giudice. Si tratta tuttavia di un’etica interna al diritto, espressione del valore morale dell’impresa giuridica considerata nel suo complesso, la quale nulla ha a che fare con le dottrine comprensive del diritto e della morale descritte nel libro, che andrebbero invece lasciate “fuori dal diritto”. Questa istanza etica si manifesterebbe, in tutta la sua pregnanza, nella ragionevolezza delle scelte pratiche compiute dagli operatori giuridici, le quali non sono predeterminate dalle concezioni del diritto né tanto meno dalle concezioni della morale.

Con riguardo alle considerazioni critiche di Ansuátegui, mi sembra che esse tendano ad idealizzare gli Stati costituzionali di diritto, facendone uno spazio nel quale le diverse concezioni del bene presenti nella società, sebbene in tensione tra loro, possono convivere armoniosamente sotto l’egida del diritto. Una posizione, questa, tipicamente difesa dal neo-costituzionalismo. Questa tesi si espone tuttavia perlomeno a due critiche. In primo luogo, i mondi costituzionalmente possibili di cui parla Ansuátegui non sono con-possibili: il concretizzarsi dell’uno, per iniziativa del legislatore o del giudice costituzionale, di fatto impedisce il concretizzarsi di tutti gli altri in un dato momento storico¹¹. Ne segue che il diritto può fungere da strumento di radicalizzazione del conflitto, nel momento in cui privilegia una certa concezione del bene a scapito delle altre. La convivenza armoniosa tra visioni del bene dipende in realtà dalle virtù democratiche dei cittadini e di chi esercita poteri pubblici, oltre che dall’interiorizzazione del valore del pluralismo in seno alla società. In secondo luogo, l’architettura delle democrazie costituzionali contemporanee è compatibile con concezioni del diritto diverse dal neo-costituzionalismo. Ad esempio, la positivizzazione di principi morali all’interno delle costituzioni può essere descritta come la trasformazione di questi ultimi in norme giuridiche di per sé prive di rilievo morale, coerentemente con alcune versioni del positivismo¹². Con la conseguenza che le ragioni morali a favore o contro le

11 Non va infatti dimenticato che i principi costituzionali, così come si configurano negli ordinamenti contemporanei, sono costitutivamente antinomici, col risultato che i conflitti tra visioni del bene che hanno luogo nella società tendono semplicemente a riprodursi nell’ordinamento sotto forma di conflitti tra principi. Cfr. B. Celano, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, “Analisi e diritto”, 2005, pp. 53-74.

12 Vedi ad esempio E. Bulygin, *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 69 ss.

scelte interpretative del giudice perdono qualsiasi rilevanza nel contesto dell'ordinamento. Per converso, i conflitti pratici che coinvolgono norme giuridiche possono essere concepiti come conflitti tra ragioni morali, la cui soluzione pone le ragioni giuridiche, comprese quelle di rango costituzionale, in una posizione strumentale e subalterna, come sostenuto da alcuni esponenti del giusnaturalismo¹³. In base a queste ricostruzioni, dunque, negli Stati costituzionali di diritto i conflitti tra diritto e morale non sono interni al diritto e si configurano, piuttosto, come conflitti tra sistemi distinti di norme. Quest'ultima tesi, inoltre, non è incompatibile con la prospettiva neo-costituzionalista, la quale si limita a sostenere che in contesti storici e istituzionali determinati l'insieme delle norme morali interseca l'insieme delle norme giuridiche, senza giungere a sostenere che non vi sia distinzione alcuna tra diritto e morale, posizione che appare, per altro, del tutto controintuitiva.

Per quanto riguarda invece le osservazioni di Francesco Viola, l'invito a lasciare le concezioni comprensive del diritto e della morale fuori dalla pratica giuridica e dal suo studio, mi sembra incoerente. Tale invito trova infatti giustificazione in una concezione comprensiva del diritto. Come traspare dalle pagine del suo saggio, Viola formula questa tesi riprendendo per un verso il giusnaturalismo di John Finnis – secondo il quale le pratiche sociali avrebbero una finalità intrinseca, che ne individua il “caso centrale” e le orienta naturalmente alla “fioritura umana” – e per altro verso l'idea di moralità interna del diritto elaborata da Lon Fuller; posizioni, per altro, considerate in *Conflitti pratici*. La circostanza che, sulla base di una concezione comprensiva del diritto, si sostenga che concezioni di questo tipo non dovrebbero essere prese in considerazione nello studio dei conflitti pratici, pone tale prescrizione metodologica in conflitto con se stessa, ovvero la configura come una forma di dogmatismo. Vi sarebbe un insieme di dogmi filosofici autoevidenti, non suscettibili di ulteriore interrogazione, dai quali il filosofo del diritto dovrebbe prendere le mosse per accostarsi a un conflitto pratico, al fine di indicare la via che conduce alla sua soluzione. Nella prospettiva difesa nel libro, un atteggiamento di questo tipo equivale a rinunciare all'aspetto genuinamente filosofico della filosofia del diritto: il costituire una forma di interrogazione radicale che non cessa mai di revocare in dubbio i presupposti del proprio procedere¹⁴.

13 Cfr. M. Moore, *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*, “Fordham Law Review”, 69, 2001, pp. 2087-2117.

14 Questo aspetto distintivo di qualsivoglia pratica filosofica e efficacemente richiamato da Ansuátegui nel saggio pubblicato in questo numero della rivista.

5. ETICA NORMATIVA E METAETICA

Un ulteriore aspetto meritevole di attenzione, sempre in relazione alla struttura generale del libro, concerne la scelta di esaminare il modo in cui la metaetica entra in gioco nella giustificazione di una scelta d'azione, trascurando invece il ruolo svolto dalle etiche normative. Questa mancanza è sottolineata tanto da Ansuátegui quanto da Pomarici e da Viola, i quali osservano, correttamente, che le etiche normative svolgono un ruolo molto importante nei contesti di conflitto considerati. È questa senz'altro una lacuna di *Conflitti pratici*, motivata in realtà da esigenze editoriali. Il manoscritto originario del libro conteneva un capitolo dedicato alle etiche normative, considerate a partire dalla classica distinzione tra etiche consequenzialiste ed etiche deontologiche (tra le quali venivano ricomprese anche le etiche della virtù). L'esigenza di contenere il numero di pagine mi ha portato a sacrificare questa parte, come pure a tagliare due capitoli nei quali esaminavo altri casi di conflitto pratico: il primo legato al problema della regolamentazione dei flussi migratori in Italia e il secondo alla giustificazione della tortura nel contesto della guerra contro il terrorismo. Ma perché ho scelto di sacrificare il capitolo dedicato alle etiche normative e di conservare invece, nella versione definitiva del libro, quello dedicato al dibattito metaetico? Non era forse preferibile compiere la scelta opposta? In primo luogo, per garantire simmetria all'architettura del lavoro. Le concezioni del diritto trovano infatti la loro controparte discorsiva nelle concezioni della morale e non nell'etica normativa. Così come le prime rispondono al quesito "che cos'è il diritto?", delineando lo spazio concettuale in cui si colloca il discorso attorno a quest'ultimo, allo stesso modo le seconde rispondono al quesito "cos'è la morale?", svolgendo la medesima funzione con riguardo al discorso etico. Sotto il profilo architettonico, le etiche normative svolgono invece un ruolo analogo a quello svolto dai sistemi di norme giuridiche (gli ordinamenti giuridici particolari), i quali sarebbero altrettanto meritevoli di considerazione nello studio dei conflitti tra diritto e morale, soprattutto in chiave comparatistica. Una seconda ragione che giustifica questa scelta sta nel fatto che non mancano, nella letteratura in lingua italiana, indagini approfondite sulle grandi questioni di etica normativa sollevate dal diritto: si pensi, ad esempio, ai lavori di Carlos Nino e di Mauro Barberis¹⁵. Del tutto marginale è invece l'attenzione riservata al dibattito metaetico da parte dei filosofi del diritto italiani, un dibattito che sta invece diventando centrale nella *jurisprudence* anglosassone per effetto, soprattutto, della discussione attorno al problema della normatività del diritto: la capacità

¹⁵ C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996; M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

riconosciuta a quest'ultimo di guidare le condotte sociali. Come si spiega e giustifica tale capacità? Ora, il problema della normatività costituisce uno dei temi di elezione della metaetica¹⁶, la quale ha accumulato nel tempo un bagaglio di riflessioni e conoscenze alle quali i filosofi del diritto cominciano ad attingere¹⁷. Allo stesso modo, i filosofi morali – sebbene, come nota giustamente Pomarici, tradizionalmente non molto interessati al diritto – cominciano a guardare a quest'ultimo con maggiore attenzione, in quanto caso del tutto *sui generis* di normatività pratica¹⁸. Alla luce di tutto questo, credo che il dialogo tra filosofia del diritto e metaetica costituirà, negli anni a venire, un terreno fertile di riflessione che potrebbe guadagnare il centro del dibattito filosofico-giuridico¹⁹. Portare questo dialogo all'attenzione del lettore, seppur in modo assai sommario, mi è sembrato dunque opportuno. Secondo Ansuátegui e Biasetti, tuttavia, questa mossa non appare comunque giustificata nell'economia del libro, dal momento che, secondo il primo, non vi sarebbe una connessione necessaria tra concezioni del diritto e concezioni della morale, o comunque, come sostiene il secondo, tale connessione sarebbe assai debole e dunque priva di rilevanza.

Con riguardo alla prima osservazione, concordo senz'altro con Ansuátegui: nel dibattito contemporaneo chi abbraccia una concezione del diritto non si impegna, necessariamente, a una concezione della morale determinata, né l'adesione a una concezione della morale impegna necessariamente a una certa concezione del diritto e non ad altre²⁰. Tuttavia, in taluni casi questo accade. Ad esempio, chi si dichiara giusnaturalista o neo-costituzionalista non può non impegnarsi a una qualche forma del realismo morale, ovvero sia non può non credere, pena l'incorrere in contraddizione, che esistano proprietà normative e

16 Per un quadro d'insieme vedi, da ultimo, D. Star (ed.), *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

17 Cfr. M. Greenberg, *How Facts Make Law*, "Legal Theory", 10, 2004, pp. 157-198; S. Hershovitz, *The End of Jurisprudence*, "Yale Law Journal", 124, 2015, pp. 1160-1204; B. Bix, *Kelsen, Hart, and Legal Normativity*, "Revus", 34, 2018, pp. 1-17; K. Himma, *Morality and the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

18 Vedi D. Enoch, *Reason-Giving and the Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

19 Cfr. D. Plunkett, S. Shapiro, K. Toh (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

20 Non trovo pertanto condivisibile l'obiezione avanzata da Viola secondo cui, in *Conflitti pratici*, sosterrai che l'adesione a una certa concezione della morale *determina* l'adesione a una corrispondente concezione del diritto, la quale a sua volta *determina* la soluzione di un certo conflitto pratico; tesi, questa, ovviamente erronea. La metaetica e le concezioni comprensive del diritto si limitano a fornire ragioni *pro tanto* idonee a giustificare le premesse del ragionamento pratico, ragioni dunque che meritano di essere prese in considerazione, dal punto di vista filosofico, nel momento in cui si tratta di valutare una scelta d'azione, e questo a prescindere dal fatto che tali ragioni siano concludenti oppure no.

che queste siano conoscibili. In virtù della tesi della separazione, il giuspositivista non assume direttamente impegni di questa natura, fatta eccezione per il giusrealista, il quale fa implicitamente propria una qualche forma di anti-realismo morale. In taluni casi, dunque, l'adesione a una certa concezione del diritto comporta, necessariamente, l'adesione a una certa concezione della morale e viceversa (ad esempio, non è possibile essere anti-realisti in metaetica e al contempo giusnaturalisti). Le relazioni tra concezioni del diritto e concezioni della morale sono dunque di tipo diverso; un pluralismo che mostra, a mio modo di vedere, la ricchezza del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo. Né la rilevanza filosofica di queste relazioni mi sembra compromessa, come sembra invece ritenere Biasetti, dal fatto che non vi è sempre una corrispondenza biunivoca tra concezioni della morale e concezioni del diritto. La possibilità che questo non accada, e che una scelta d'azione possa trovare giustificazione giuridica a prescindere da qualsivoglia ragione morale, costituisce semplicemente una delle opzioni al centro del dibattito.

Più radicale è invece la critica formulata in questo contesto da Francesco Viola, secondo il quale la metaetica nulla avrebbe a che fare coi conflitti pratici: "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. (...) 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". Ha ragione Viola nel sottolineare che i conflitti pratici affondano le loro radici nel "mondo della vita" e non nei discorsi accademici. Richiamando un'immagine nietzschiana, si potrebbe dire che nei contesti di conflitto le scelte d'azione sono intrise di carne e sangue. Non è casuale, dunque, che lo studio di ciascun conflitto esaminato nel libro – a partire dalla vicenda delle guardie del muro per arrivare alla condanna a morte di William Furman – prenda le mosse dalla descrizione di un caso nel quale la dimensione esistenziale ed emotiva delle persone coinvolte svolge un ruolo preponderante. Mi sarebbe piaciuto, alla fine della discussione di ciascun caso, riconsiderare questa dimensione alla luce dell'intervento operato dal giudice o dal legislatore, proprio perché la ritengo di fondamentale importanza nello studio dei conflitti pratici. Purtroppo i limiti posti alla lunghezza del libro l'hanno consentito in modo assai ridotto. Non di meno, non trovo condivisibile l'obiezione di Viola secondo la quale le concezioni del diritto e della morale nulla hanno da dire in merito ai conflitti pratici, o addirittura conducono a fraintenderne la natura. Come già osservato in precedenza, queste concezioni non avanzano la pretesa di offrire una soluzione a buon mercato a un caso di conflitto, ammesso e non concesso ve ne sia una. Come direbbe Winfried

Sellars, esse sono parte dello “spazio della ragioni” che contraddistingue il contesto storico in cui viviamo, e consentono di chiarire i presupposti dei nostri ragionamenti pratici e di quelli dei soggetti istituzionali²¹. Rinunciare a interrogare tali presupposti equivale, come ricordavo prima, a rinunciare alla filosofia o a travisarne la funzione nel dibattito pubblico.

6. LA NATURA DEI CONFLITTI PRATICI

Ma se quanto appena osservato coglie nel segno, qual è allora la natura dei conflitti pratici considerati nel libro?

Secondo Pierfrancesco Biasetti, sebbene i casi analizzati presentino la forma superficiale di un conflitto pratico, la loro struttura profonda è quella di un disaccordo morale. L'argomento di Biasetti può essere riassunto nel modo seguente. Nella prospettiva adottata nel libro, si dà il caso di un conflitto pratico tra diritto e morale qualora l'agente X abbia una ragione morale *pro tanto* per fare φ , una ragione giuridica *pro tanto* per fare χ , ma i φ e χ sono incompatibili tra loro (due corsi di azione sono incompatibili se la realizzazione dell'uno impedisce la realizzazione dell'altro). I conflitti di questo tipo tendono ad assumere la forma del dilemma pratico dal momento che tanto le ragioni morali quanto le ragioni giuridiche esprimono la pretesa di motivare o giustificare in modo concludente l'azione. Le prime sono infatti ragioni incondizionate (*overriding reasons*)²², mentre le seconde sono ragioni escludenti (*exclusionary reasons*)²³. Da qui la problematicità dei conflitti tra diritto e morale, dovuto alla difficoltà di ordinare gerarchicamente le ragioni in gioco. Osserva tuttavia Biasetti che “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 (...). Questa forza prescrittiva è presente nelle ragioni prodotte dalle norme giuridiche soltanto *indirettamente*: non ne è, in pratica, una caratteristica essenziale”. Secondo questa prospettiva, le ragioni giuridiche possono cioè motivare l'azione dei loro destinatari soltanto se questi credono che le condotte che esse giustificano realizzino un fine buono o giusto, oppure se credono che sia moralmente doveroso osservare le norme giuridiche, oppure ancora se credono sia prudente farlo sulla base del loro *self-interest*.

21 W. Sellars, *In the Space of Reasons. Selected Essays*, ed. by K. Sharp and R. Brandom, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2007.

22 H. Sidwick, *The Methods of Ethics*, London, Macmillan, 1907, p. 25-26; R.M. Hare, *Moral Thinking: Its Methods, Levels, and Point*, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 53; B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana, 1986, p. 6.

23 J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

Orbene, poiché le ragioni giuridiche non sono in grado di fornire un movente diretto all'azione, la forza concludente che viene loro attribuita dipenderà giocoforza da ragioni ulteriori. Nei caso dei conflitti tra diritto e morale, tali ragioni sono evidentemente di tipo morale: ragioni ricavate dalla morale positiva che il legislatore ha convertito in norme giuridiche. La conclusione dell'argomento è la seguente: i conflitti tra diritto e morale si configurano in realtà come disaccordi morali: X crede che in una data situazione vi sia una ragione morale per fare φ , una o più norme giuridiche hanno cristallizzato nell'ordinamento una ragione morale per fare χ in quella situazione, ma i φ e χ sono incompatibili tra loro. Detto altrimenti, i conflitti trattati nel libro si collocano nello spazio delle ragioni morali, e sorgono di riflesso a un conflitto tra morali positive che ha luogo all'interno della società.

L'argomento di Biasetti è molto interessante e ricco di spunti che meriterebbero un approfondimento ben maggiore di quello che questa mia replica consente. Mi limiterò qui a considerarne un passaggio chiave. Biasetti muove dall'assunto secondo il quale le ragioni giuridiche non sono di per sé idonee a motivare una condotta o a giustificarla in modo concludente. Questa tesi è tuttavia controversa nel dibattito filosofico-giuridico. Ad esempio, tra i giuspositivisti prevale l'opinione secondo la quale le ragioni giuridiche sono concludenti a prescindere da ragioni di altro tipo²⁴. Il modo più diffuso per giustificare questa tesi consiste nel qualificare le ragioni giuridiche come convenzioni. Ora, è noto che nel linguaggio filosofico contemporaneo il termine "convenzione" è ambiguo. Fatte salve le indagini pionieristiche di David Lewis sul tema, secondo Ruth Millikan, ad esempio, una convenzione è un *pattern* di comportamento che si riproduce all'interno di una comunità umana semplicemente perché tenuto in precedenza, a prescindere dai suoi meriti morali o prudenziali²⁵. Secondo Margareth Gilbert, gli individui talora agiscono per perseguire fini comuni costituendo dei "soggetti plurali" sulla base di credenze condivise; queste forme di agire collettivo generano convenzionalmente obblighi in capo agli agenti, motivando la loro azione a prescindere dai meriti morali del fine perseguito o da considerazioni di tipo

24 Questa tesi è oggi sostenuta, pur secondo accezioni diverse, da filosofi del diritto come Andrei Marmor, Scott Shapiro, Kevin Toh, David Plunkett e, in Italia, Bruno Celano. Diversa la posizione di Josef Raz, il più noto esponente del giuspositivismo esclusivo. Secondo Raz le ragioni giuridiche *sono* ragioni morali dotate di proprietà peculiari (sono ragioni morali "escludenti" o "protette"), proprietà che possono essere individuare mediante l'analisi del concetto di autorità legittima. Vedi J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 17-18.

25 Cfr. R. Millikan, *Language: a Biological Model*, Oxford, Clarendon Press, 2005.

prudenziale²⁶. Analogamente, secondo Michael Bratman i piani di azione che governano l'agire collettivo hanno un'intrinseca forza motivazionale che trova fondamento esclusivamente nella razionalità strumentale dell'agente, a prescindere da motivazioni di tipo morale²⁷. Ancora, lo stesso John Rawls negli anni '60 del secolo scorso tentò di ritagliare agli obblighi giuridici una forza concludente che non dipende necessariamente da obblighi morali o da ragioni prudenziali sottostanti, puntando l'attenzione sul carattere istituzionale del diritto e sull'adesione volontaria dei consociati alla comunità politica²⁸. È importante notare che queste linee di indagine si sottraggono all'obiezione secondo cui le concezioni sociali sarebbero in ultima istanza giustificate da esigenze morali. Le ragioni per agire di natura convenzionale possono infatti essere concludenti anche se giustificano comportamenti profondamente immorali²⁹.

Sulla base di quanto appena osservato, mi sembra che la possibilità di descrivere i conflitti tra diritto e morale come disaccordi morali dipenda dalla concezione del diritto adottata. Generalmente, il positivista nega che ciò sia possibile mentre il non-positivista lo ammette. In *Conflitti pratici* ho preferito non parteggiare per l'una o per l'altra posizione e lasciare il dibattito aperto, sebbene sia incline a ritenere corretta la prima opzione: è possibile che una ragione giuridica sia concludente indipendentemente da ragioni morali o prudenziali che ne motivino o giustifichino l'osservanza.

Resta tuttavia il problema di chiarire in che modo sorga un conflitto pratico laddove questo non consista in un disaccordo morale. L'idea sviluppata nel libro è la seguente: i conflitti pratici trovano origine nel senso di ingiustizia percepito da un individuo, che motiva la rivendicazione di una pretesa o di una libertà non riconosciuta dal diritto. Sotto il profilo psicologico, dunque, la scintilla che fa scoppiare un conflitto pratico è la credenza individuale in un

26 Interessante in tal senso è l'analisi della promessa proposta da Gilbert: M. Gilbert, *De-Moralizing Political Obligation*, in Id., *Joint Commitment. How We Make the Social World*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 389 ss.

27 Cfr. M. Bratman, *Intentions, Plans and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1988. Sul tema vedi anche J. Dutan, C. Littlejohn, *On the Normativity of Rationality and of Normative Reasons*, in corso di pubblicazione.

28 J. Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play* (1964), ora in Id., *Collected Papers*, ed. by S. Freeman, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999, pp. 117 ss. Come noto, Rawls abbandonò in seguito questa linea argomentativa anche di riflesso alle penetranti critiche formulate da Robert Nozick. La teoria del consenso quale fondamento di ragioni per agire concludenti è stata successivamente sviluppata, nel campo della filosofia politica, da autori come John Plamenatz, Peter Steinberger e Mark Murphy.

29 Cfr. S. Shapiro, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.

torto subito per effetto dell'applicazione di una norma giuridica³⁰. Le guardie del muro ritenevano ingiusto essere accusate di omicidio per aver compiuto un loro dovere; Piergiorgio Welby riteneva ingiusto vedersi negato il diritto di sospendere le cure che lo tenevano in vita contro la sua volontà; Enrico Oliari e Lorenzo Longhi ritenevano ingiusto non potersi sposare perché omosessuali, e via dicendo. Ha ragione dunque Tommaso Greco quando osserva che la questione dei conflitti pratici si collega strettamente al problema della giustizia. In un'accezione, tuttavia, "negativa". Sotto il profilo psicologico, il senso di ingiustizia precede la richiesta di giustizia e ne motiva la rivendicazione, la quale può trovare soddisfazione solo se alla pretesa o alla libertà negata arrivino a corrispondere un dovere o una non-pretesa altrui. Va da sé che il punto di vista della prima persona – "Ho il diritto di fare (o non fare) φ "³¹ – non è sufficiente per generare un conflitto pratico. Affinché ciò accada, è necessario che la richiesta di giustizia venga riconosciuta all'interno della società dal punto di vista della terza persona – "X ha il diritto di fare (o non fare) φ " – trovando fondamento in una ragione che sopravanza le ragioni di altro tipo. La credenza in un torto subito ad opera del diritto deve cioè essere giustificata da una ragione morale. Quando ciò accade, sorgono i conflitti pratici ai quali il libro è dedicato. Da ciò non segue che nelle società caratterizzate da una pluralità di visioni del bene il diritto è sempre immorale. Lo diventa quando il senso di ingiustizia individuale acquista un rilievo morale poiché vengono colpiti valori sociali ritenuti fondamentali. Ciò per certi versi ribalta lo scenario adombrato da Greco. Nelle società pluraliste i conflitti pratici non sono un fenomeno pervasivo ma costituiscono piuttosto una sorta di stato di eccezione, in occasione del quale la società, per mezzo delle sue istituzioni, è chiamata a riflettere su se stessa. E questo non a garanzia di un enigmatico "bene comune", il cui contenuto appare controverso, ma per ristabilire la "comunanza del bene", nelle diverse declinazioni che quest'ultimo assume nella società, negata dal diritto ingiusto.

7. NORME E VALORI

L'ultimo tema su cui vorrei concentrare l'attenzione è forse il più importante, poiché costituisce la chiave di volta dell'approccio al problema del rapporto tra

³⁰ Vedi su questo punto H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, a cura di G. Duso, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 78-82.

³¹ Per "diritto" intendo qui un diritto morale, ovverosia la posizione soggettiva di chi ha la libertà o la pretesa di fare φ dal punto di vista morale. Va da sé che i diritti morali possono giungere ad avere il medesimo contenuto dei diritti giuridici, attribuiti ad un individuo da norme giuridiche.

diritto e morale proposto in *Conflitti pratici*. Eugenio Lecaldano osserva come il libro offra una rappresentazione dell'esperienza pratica che non muove dai sentimenti individuali e dai valori sociali, per dar conto poi delle norme morali e della loro relazione con le norme giuridiche. L'ordine del discorso procede in senso inverso: muove dalle norme, nelle loro diverse caratterizzazioni, per dar conto poi dei ragionamenti che gli agenti morali compiono per giustificare le loro scelte d'azione nelle situazioni di conflitto pratico. Il libro privilegia cioè la giustificazione dei comportamenti rispetto alle motivazioni individuali, le ragioni rispetto ai valori, ciò che viene detto rispetto a ciò che viene creduto e desiderato. In questa prospettiva, il contenuto dei giudizi pratici (siano essi morali o giuridici) non dipende dalle credenze e dai desideri di chi agisce quanto piuttosto dai ragionamenti che vengono considerati idonei, nel discorso morale e giuridico, a giustificare l'agire.

Una scelta di questo tipo, secondo Lecaldano, genera alcune difficoltà rilevanti. In primo luogo, "i conflitti pratici che chiamano in causa moralità e immoralità della legge sono caratterizzati da una forza e pregnanza affettiva, emotiva, passionale che non sembra pienamente raccolta dalle varie concezioni normative". Detto altrimenti, i conflitti pratici non sarebbero tanto conflitti tra norme quanto piuttosto tra attitudini motivazionali (sentimenti, desideri). In secondo luogo, l'approccio proposto finisce col far emergere l'indecidibilità dei conflitti tra diritto e morale, il loro carattere dilemmatico, col risultato che la soluzione di tali conflitti sembra lasciata all'intervento autoritativo del legislatore o del giudice. Anche sotto questo profilo, l'analisi fornirebbe una rappresentazione parziale dell'esperienza pratica, che non consente di esplorare percorsi alternativi di composizione del conflitto. Seguendo una linea tracciata da Preti e Scarpelli, Lecaldano ritiene dunque preferibile un approccio che restituisca priorità alla motivazione morale nella spiegazione del funzionamento dei vari tipi di norme che guidano la condotta umana.

Come si giustifica allora il percorso proposto in *Conflitti pratici*? A mio modo di vedere, il riconoscere la priorità delle motivazioni rispetto alle ragioni genera due ordini di problemi. In primo luogo, corre il rischio di configurare il diritto come un sistema coercitivo di norme che condizionano le condotte degli individui mediante la minaccia di sanzione. Solo la dimensione sanzionatoria del diritto sembra infatti avere un impatto diretto, non mediato da ragioni, sugli stati motivazionali degli agenti, riuscendo a guidare le loro azioni. Per converso, concepire il diritto come un insieme di ragioni consente di cogliere in modo più perspicuo gli innumerevoli modi mediante i quali il diritto governa le condotte sociali, condizionando l'ordine di preferenze degli individui e le loro scelte pratiche. In secondo luogo, attribuire precedenza esplicativa alle motivazioni sulle ragioni, ai valori sulle norme, non consente di

spiegare in modo convincente alcuni aspetti importanti dell'esperienza morale. Proviamo a veder perché.

L'idea suggerita da Lecaldano è che le ragioni morali, e i giudizi che queste giustificano, esprimano le attitudini motivazionali di chi agisce: una persona consapevole di sé non formula il giudizio "è bene fare ϕ " se non approva ϕ . Ciò presuppone la capacità di conoscere, in modo trasparente, in che modo i giudizi morali, al pari delle ragioni che li giustificano, sono correlati ai motivi dell'azione. Tuttavia, questa trasparenza della mente è oggi revocata in dubbio dalle scienze cognitive, le quali hanno evidenziato come i motivi dell'azione siano spesso imperscrutabili per l'agente. In secondo luogo, la tesi di Lecaldano ha alcune implicazioni controintuitive. Spesso le nostre attitudini motivazionali (i nostri sentimenti, desideri, inclinazioni, ecc.) sono modificate dai giudizi e dalle ragioni morali. Se qualcuno mi convince che è male circolare in automobile a Milano a causa degli effetti che questo produce sull'inquinamento dell'aria, ci si aspetta che le mie attitudini motivazionali mutino di conseguenza, e che io desideri non circolare con l'auto a Milano. Dunque, a volte sono le ragioni a determinare i motivi dell'azione. Va riconosciuto che l'emotivista espressivista ha alcune frecce al suo arco per replicare a questa obiezione. Potrebbe infatti sostenere che i giudizi morali manifestano direttamente, senza intermediari, stati conativi che motivano l'azione. Non occorre dunque inferire, mediante il ragionamento, conclusioni morali da questi stati mentali. Credere che uccidere sia un male è semplicemente avere una certa attitudine che motiva a non uccidere. In una prospettiva espressivista internalista – quale quella difesa, mi sembra, da Lecaldano – i giudizi sono identici ai motivi: non si possono esprimere i primi senza avere i secondi. Ma questo crea ulteriori difficoltà. In base a questa prospettiva, sarebbe impossibile accettare un giudizio morale, considerandolo una ragione a favore di un'azione, e non essere al contempo motivati ad agire di conseguenza. La nostra esperienza quotidiana sembra tuttavia mostrare il contrario. Ad esempio, in molte occasioni riteniamo sia bene dire la verità ma non siamo poi motivati a farlo. Dunque, è possibile giudicare un'azione buona senza essere motivati a compierla. Tipica sotto questo profilo è la figura dell'individuo amorale, impersonata dal Trasimaco di Platone e dall'Uriah Heep di Dickens³². Se così stanno le cose, il rapporto tra motivi e ragioni, tra valori e norme, sembra più complesso e articolato rispetto a quanto suggerito da Lecaldano.

32 Cfr. D. Brink, *Externalist Moral Realism*, "Southern Journal of Philosophy", 24, 1986, pp. 23-41.

Da qui la mia preferenza, in *Conflitti pratici*, per un approccio quasi-realista, di tipo inferenzialista, al rapporto tra motivi e ragioni, tra valori e norme³³. Si tratta di un approccio che prende le mosse dall'analisi dalla pratica di dare e chiedere ragioni che ha luogo nel dibattito pubblico e nel discorso filosofico, al fine di individuare le condizioni alle quali una scelta d'azione è trattata come giustificata in un certo dominio del discorso. Gli stati motivazionali dell'agente, in questa prospettiva, non sono altro che impegni inferenziali che il parlante assume formulando un giudizio morale, senza che vi sia la pretesa di fornire un resoconto introspettivo della vita emotiva o cognitiva dell'agente. Si tratta, ovviamente, di un tipo di indagine che sconta molte limitazioni, come evidenzia Lecaldano. La più rilevante sta forse nel fatto che essa fornisce una rappresentazione incompleta dell'esperienza pratica. Quando l'agente si trova in situazioni di conflitto che tendono ad assumere la forma del dilemma pratico, la sua scelta d'azione si situa in uno spazio cieco – o comporta un “salto”, come direbbe Simon Blackburn³⁴ – che non può essere tematizzato mediante il ragionamento pratico³⁵. Al contempo, credo che il riconoscimento di questo limite costituisca un salutare antidoto contro l'irrefrenabile impulso della filosofia giuridica e morale contemporanee a razionalizzare la sfera pratica, senza per questo rinunciare ai contributi che la filosofia può fornire per orientarci nella nostra vita. Come ebbe a dire Bernard Williams,

non vi può essere una teoria interessante, ben ordinata e autosufficiente di cosa sia la morale, né vi può essere (...) una teoria dell'etica che fornisca una procedura decisionale nel ragionamento morale. (...) Prima o poi la moralità finisce con l'essere riconosciuta come qualcosa la cui vera esistenza consiste nell'esperienza personale e nelle istituzioni sociali, non in un insieme di proposizioni³⁶.

Quanto Williams sosteneva con riguardo alla morale credo possa essere esteso al diritto e alla comprensione che ne può offrire la filosofia.

33 Cfr. R. Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2000, pp. 79 ss.; S. Blackburn, *Essays in Quasi-realism*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1993. L'approccio adottato in *Conflitti pratici* è di stampo quasi-realista poiché tratta i fatti morali al modo di assunzioni concettuali diffusamente utilizzate per giustificare i comportamenti umani, senza per questo assumere impegni ontologici con riguardo alla natura del mentale o all'esistenza di proprietà morali.

34 S. Blackburn, *Dilemmas: Dithering, Plomping, and Grief*, in H.-E. Mason (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, pp. 127 ss.

35 Ciò non esclude che questa lacuna possa essere in parte colmata mediante l'apporto delle scienze cognitive e della filosofia della mente. Lo studio delle ragioni per agire si presta anzi ad essere integrato da percorsi di ricerca di tipo diverso.

36 B. Williams, *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. viii-ix (traduzione mia).