

1.

Diritto e morale

Giorgio Pino
Diritto e morale

SOMMARIO: 1. Lo sfondo del problema. – 2. Alcuni chiarimenti necessari. – 3. L'influenza della morale sul diritto. – 4. L'influenza del diritto sulla morale.

1. Lo sfondo del problema

Il problema dei rapporti tra diritto e morale è, senza esagerazione alcuna, *il problema fondamentale* della filosofia del diritto. A dire il vero, questo problema ha attraversato la storia della riflessione critica sul diritto generalmente intesa, cioè anche della riflessione non condotta da filosofi (o filosofi del diritto) di professione: si pensi all'ovvio esempio dell'Antigone di Sofocle, che nella sua decisione di disobbedire a Creonte rappresenta vividamente – e tragicamente – il possibile conflitto tra obblighi giuridici e obblighi morali¹.

Sui rapporti tra diritto e morale (o giustizia) si consuma la distinzione e contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo, cioè tra le due famiglie di filosofie del diritto che da alcuni secoli si contendono il campo della riflessione giusfilosofica. E la questione stessa della definizione del concetto di diritto viene spesso imposta come (o anche come) una questione di distinzione o di connessione tra diritto e morale².

¹ Come è ovvio, la vicenda di Antigone ha ripetutamente attirato l'attenzione dei giuristi; si vedano tra gli altri T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia* (1955), in ID., *Problemi giuridici*, t. I, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 3-15; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008, cap. II.

² Si tratta infatti di una delle tre “questioni persistenti” che affliggono e com-

Vi sono molte ragioni, alcune delle quali anche abbastanza ovvie, che determinano l'onnipresenza della questione dei rapporti tra diritto e morale³. Ad esempio, diritto e morale condividono una parte importante dei loro *vocabolari*: in entrambi gli ambiti figurano legittimamente discorsi formulati in termini di diritti, di obblighi, di divieti, di libertà, e questo – oltre al problema “superficiale” di ingenerare talvolta ambiguità nei nostri discorsi (di volta in volta stiamo parlando di un diritto, obbligo, ecc., giuridico o morale?) – può far sorgere il sospetto che in realtà ciò segnali una profonda connessione tra i due ambiti. Oltre al vocabolario in senso stretto, diritto e morale condividono anche parte dei loro *universi simbolici*: basti pensare all'uso pervasivo, e secondo alcuni imprescindibile⁴, che nel diritto viene fatto della virtù morale per eccellenza, la giustizia (*ius est ars boni et aequi*)⁵, e dell'immaginario simbolico ad essa associato: il Palazzo *di giustizia*, le statue della dea con la spada e la bilancia ...⁶. Diritto e morale, poi, condividono anche buona parte dei loro *contenuti*: molte cose sono proibite, o comandate, o permesse, tanto dal diritto quanto dalla morale (regolazione dell'uso della violenza, garanzia del rispetto delle promesse, dare a ciascuno il suo...). Inoltre, sia il diritto sia la morale impongono sacrifici sui loro destinatari, anche contro le loro preferenze e interessi immediati, e in entrambi i casi si ritiene che tali sacrifici siano (non possano che essere) richiesti in vista di obiettivi importanti. Infine, il diritto sembra un oggetto particolarmente adatto alla critica e in generale alla valutazione morale⁷: nel senso che sembra

plicano il problema della definizione del diritto, indicate da H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, 1994², pp. 6-13.

³ Cfr. *Ibidem*, cap. VIII.

⁴ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997.

⁵ Celso, riportato da ULPIANO D. 1.1.1.

⁶ R. JACOB, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen âge à l'âge classique*, Leopard d'or, Paris, 1994; A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2008; J. RESNIK, D. CURTIS, *Representing Justice. Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, Yale University Press, New Haven, 2011.

⁷ L. GREEN, *Legal Positivism*, in “Stanford Encyclopedia of Philosophy”, 2003, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, par. 4.2; J. GARDNER,

particolarmente appropriato assoggettare il diritto ad una valutazione di questo tipo, a differenza, ad esempio di una valutazione di tipo estetico.

Ma il problema del rapporto tra diritto e morale diventa ancora più visibile e drammatico non tanto nei casi di *affinità* o di sovrapposizione tra i due ambiti, quanto nei possibili casi di *conflitto* tra essi. Infatti, anche se diritto e morale esibiscono le affinità sopra sommariamente indicate, è pur sempre vero che il diritto e la morale possono avanzare richieste differenti, e contrastanti, su uno stesso soggetto: ad esempio, una condotta potrebbe essere giuridicamente obbligatoria, e allo stesso tempo contraria ai valori morali del soggetto che quella condotta deve giuridicamente tenere (il cittadino), o valutare (il giudice). Si parla talvolta, a questo proposito, di questioni “eticamente sensibili”, specialmente in campo bioetico (questioni legate soprattutto alla riproduzione e alla fine della vita, e alla salute); un altro esempio, non più attuale in Europa, ma molto dibattuto ad esempio negli Stati Uniti, riguarda la (moralità della) pena di morte⁸; ma più in generale un conflitto di questo tipo si può presentare anche in casi assai meno visibili e su temi assai meno “caldi”, allorquando una qualunque norma che in astratto sembri perfettamente sensata (o non palesemente insensata) possa dare luogo nella sua applicazione a specifici casi concreti, ad esiti irragionevoli, assurdi, immorali.

La questione del contrasto tra obblighi giuridici e obblighi morali viene notevolmente complicata, fino ad esiti potenzialmente paradossali, quantomeno dalle seguenti considerazioni. Per un verso, il “cittadino”, o il giudice, non si spogliano dei loro valori morali per il solo fatto di far parte di una società civile o di un ordinamento giuridico: i nostri valori morali esercitano su di noi una presa della quale non ci liberiamo per il sol fatto di ricoprire qualche tipo di ruolo, ufficiale o meno; è certamente possibile che in virtù di qualche tipo di ruolo (giudice, medico, ecc.) acquisiamo

Hart on Law, Justice, and Morality (2010), in ID., *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 221-237 (p. 222).

⁸ G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, il Mulino, Bologna, 2013, cap. III.

obblighi morali aggiuntivi, ma questi non cancellano i nostri obblighi morali “generalisti” – piuttosto, se è il caso, confliggono con essi. Dunque, la presenza di obblighi giuridici non cancella né rende irrilevanti gli obblighi morali nella nostra deliberazione pratica⁹. Per altro verso, a differenza di altre pratiche sociali, il diritto reclama *supremazia*¹⁰: ciò significa che là dove c’è un obbligo giuridico, esso pretende di prevalere su qualunque obbligo di altra natura vi possa essere e che spinga in direzione diversa – a meno che non sia il diritto stesso a prevedere la propria derogabilità in favore di obblighi di tipo diverso¹¹. E inoltre, una caratteristica precipua degli obblighi giuridici, e che li rende particolarmente sospetti specialmente quando confliggano con un obbligo morale, è il loro essere “indipendenti dal contenuto”¹²: assumendo che il diritto sia obbligatorio, che gli obblighi giuridici debbano essere adempiuti (come vedremo tra poco, questo è tutt’altro che scontato: *infra*, par. 3.4), il diritto obbliga non in virtù di ciò che dice, del suo contenuto (come invece la morale), ma in virtù della sua provenienza. Ciò significa che, ponendoci in ipotesi nella prospettiva di un ordinamento a diritto legislativo (e assumendo, ripeto, che il diritto sia obbligatorio), un obbligo giuridico è vincolante non perché intrinsecamente giusto o perché condiviso nel merito dal suo destinatario – cosa che di fatto può ben accadere, ovviamente – ma perché promana da una fonte autorizzata a creare obblighi giuridici, in questo caso la legislazione. Un obbligo giuridico, dunque, sussiste per il solo fatto di

⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, cap. 61; ID., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 25-26; J. RAZ, *Incorporation by Law* (2004), in ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 182-202.

¹⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1993, p. 203 (par. 38); e ancor più chiaramente J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1975, 1990², pp. 151-152.

¹¹ In generale su questo punto, J. RAZ, *Incorporation by Law*, cit.

¹² H.L.A. HART, *Legal and Moral Obligation*, in A.I. MELDEN (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Washington, 1958; ID., *Commands and Authoritative Legal Reasons*, in ID., *Essays on Bentham*, Clarendon, Oxford, 1982, pp. 243-268.

promanare da una fonte autorizzata a produrre diritto, e non perché intrinsecamente giusto o condivisibile. Se così non fosse, peraltro, gli obblighi giuridici sarebbero indistinguibili da quelli morali – un obbligo giuridico sarebbe realmente tale solo se coincidesse con un obbligo morale – e non sarebbe concepibile alcun reale conflitto tra obblighi giuridici e obblighi morali. Questo aspetto di indipendenza dal contenuto, dunque, dà al diritto un'aura inquietante, e moralmente sospetta: perché il diritto sembra richiederci una quanto-meno parziale rinuncia o sospensione della nostra autonomia di giudizio morale, in favore delle decisioni prese da una autorità e per il solo fatto che provengono da quella autorità.

Nelle pagine precedenti ho inteso semplicemente enunciare lo sfondo delle questioni più importanti e interessanti relative al rapporto tra diritto e morale. A partire da questo sfondo, nel seguito di questo contributo indicherò due possibili ordini di rapporti o di interazioni tra diritto e morale, che potrebbero essere sintetizzati nel seguente modo: le influenze della morale sul diritto (par. 3), e le influenze del diritto sulla morale (par. 4). Prima però è opportuno premettere qualche chiarimento sul tipo di analisi che svolgerò e sui concetti che utilizzerò.

2. Alcuni chiarimenti necessari

La mia trattazione cercherà di guardare, per così dire, ai problemi in sé considerati, e non necessariamente al modo in cui tali problemi sono stati studiati, dibattuti, risolti, ecc., nel corso della storia plurisecolare della filosofia del diritto, e nemmeno nell'ambito del dibattito filosofico-giuridico più recente. In altre parole, anziché ricostruire le posizioni di singoli autori o di particolari correnti di pensiero sul problema dei rapporti tra diritto e morale, cercherò di delineare il profilo del problema in sé (nella variante di volta in volta considerata). È certamente possibile che quanto dirò sia influenzato in maniera più o meno determinante dal fatto che le mie preferenze filosofico-giuridiche si ascrivano all'ambito del positivismo giuridico analitico; ma ciò che *non* cercherò di fare, qui, sarà proporre una difesa del positivismo giuridico, o di qualche sua versione, in relazione alla que-

stione dei rapporti tra diritto e morale.

Inoltre, in questa sede non mi porrò (né cercherò di risolvere) il problema se i vari rapporti tra diritto e morale che prenderò in considerazione nei prossimi due paragrafi siano necessari oppure solo contingenti. Questa precisazione è collegata, in effetti, a quanto detto poco sopra, perché un modo abbastanza comune di intendere sia la contrapposizione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico, sia le varie recenti articolazioni interne al positivismo giuridico (positivismo “inclusivo” ed “esclusivo”), si basa proprio sull’alternativa tra concepire la relazione tra diritto e morale come una relazione necessaria oppure contingente. Per parte mia, eviterò di prendere posizione sul punto specifico del carattere necessario oppure contingente di questi rapporti tra diritto e morale, assumendo invece come criterio-guida l’idea che alcuni rapporti tra diritto e morale siano *importanti*, o *interessanti*, e che quindi siano oggetto in maniera più che legittima di una indagine filosofico-giuridica, a prescindere dalla circostanza che essi abbiano carattere necessario o contingente.

È opportuno poi chiarire la nozione di morale che verrà qui utilizzata. Infatti “morale” è concetto ambiguo, che può riferirsi a cose almeno parzialmente diverse. In primo luogo, si deve distinguere tra morale sociale (o morale positiva) e morale critica (o morale ideale). La morale sociale è l’insieme delle idee, convinzioni e atteggiamenti morali che sono di fatto diffusi in un certo contesto sociale e in un certo momento storico; ovviamente è del tutto possibile che in un certo contesto sociale e in un certo momento storico non si registri un’unica, monolitica, morale sociale, ma più posizioni tra le quali si potrà distinguere una morale sociale dominante, maggioritaria, e poi altre posizioni pure presenti nel gruppo sociale di riferimento ma con un grado inferiore di diffusione e accettazione. La morale critica, invece, compendia le convinzioni morali di ciascuno di noi, indipendentemente dal fatto che tali convinzioni siano diffuse e condivise a livello sociale; in effetti, di solito la morale critica è il punto di vista da cui vengono criticate, per l’appunto, le istituzioni sociali esistenti, ivi inclusa la morale sociale. In secondo luogo, poi, occorre tenere presente che, nelle discussioni sul problema della separazione tra diritto e morale, “morale” figura con sfumature di significato differenti a seconda che venga contrap-

posto a, rispettivamente: “immorale”, “prudenziale”, “fattuale”¹³. La contrapposizione *morale vs. immorale* è utilizzata in riferimento alle condizioni di validità delle norme giuridiche (oltre che ovviamente in riferimento alla valutazione di esse in termini di giustizia), o perfino alle condizioni di esistenza di un intero ordinamento giuridico; così, ad esempio, i giuspositivisti, in forza della tesi della separazione o separabilità tra diritto e morale, ammettono la possibilità di norme giuridiche valide ma dal contenuto immorale; possibilità questa che, seppure in modi diversi, è tendenzialmente negata dai giusnaturalisti e da alcuni anti-positivisti (non strettamente giusnaturalisti)¹⁴. La contrapposizione *morale vs. prudenziale* si riferisce agli atteggiamenti degli operatori giuridici, o anche dei cittadini: un atteggiamento morale consiste nella piena accettazione dell’ordinamento giuridico e delle norme che lo compongono, mentre un atteggiamento prudenziale consiste nel prestare obbedienza all’ordinamento giuridico per ragioni strategiche, per conformismo, o per evitare di incorrere nelle sanzioni previste per l’inosservanza delle norme. La contrapposizione *morale vs. fattuale* si riferisce nuovamente al fondamento di validità delle norme giuridiche, o al fondamento ultimo di validità del sistema: i giusnaturalisti (e alcuni anti-positivisti come Ronald Dworkin) sostengono che tale fondamento riposi su valori morali, mentre i giuspositivisti affermano che il fondamento della validità delle norme giuridiche, e in ultima analisi dell’intero ordinamento, sia di tipo fattuale – un insieme più o meno complesso di fatti sociali.

Infine, un ultimo chiarimento riguarda la natura dei valori mora-

¹³ Per queste distinzioni, cfr. M. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford, 2004, cap. 7.

¹⁴ Una trasposizione recente del motto agostiniano “lex iniusta non est lex” è rappresentato dalla c.d. “formula di Radbruch”: cfr. G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* (1946), in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2013, pp. 162-173. La formula di Radbruch è ampiamente utilizzata in R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., ed è al centro del famoso dibattito tra Hart e Fuller sul positivismo giuridico (v. *infra*, nota 16). Si veda poi l’analisi di J. DICKSON, *Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?*, in M. DEL MAR, Z. BANKOWSKI (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, Farnham, 2009, pp. 161-183 (su Alexy, Dworkin, Finnis e MacCormick).

li. Da questo punto di vista si contrappongono da una parte il realismo o cognitivismo etico, secondo cui i valori morali hanno una esistenza oggettiva e possono essere appresi tramite un'attività di conoscenza (i giudizi morali hanno valore di verità); e dall'altra il soggettivismo etico o non-cognitivismo, secondo cui i valori morali non esistono "là fuori" nel mondo ma fanno parte delle preferenze soggettive degli esseri umani, sono oggetto non di conoscenza, ma di adesione. Di solito, il giusnaturalismo e l'anti-positivismo sono associati a qualche forma di cognitivismo etico, e il positivismo giuridico a qualche forma di non-cognitivismo. Anche se *di fatto* questo modo di raffigurare la contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo è in linea di massima corretto, si deve notare *a)* che alcuni importanti giuspositivisti hanno sostenuto qualche forma di oggettivismo etico (Jeremy Bentham, John Austin, e più recentemente Joseph Raz e José Juan Moreso); e *b)* che è del tutto possibile che, quantomeno dal punto di vista del positivismo giuridico (e del modo in cui esso concepisce le relazioni tra diritto e morale), la scelta tra cognitivismo e non-cognitivismo sia del tutto irrilevante¹⁵. Qui si prenderà per buona quest'ultima possibilità, e dunque la trattazione che segue resterà del tutto agnostica riguardo alla natura oggettiva o soggettiva dei valori morali.

3. L'influenza della morale sul diritto

Il primo gruppo di rapporti tra diritto e morale di cui mi occuperò consiste nei vari modi in cui la morale influenza il diritto, o lo determina, o viene incorporato in esso. Tradizionalmente, tali questioni sono state trattate sotto l'etichetta unificante del problema della separazione (o della connessione) tra diritto e morale – con il

¹⁵ In tal senso, P. COMANDUCCI, *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, in M. BIANCHINI, G. VIARENGO (a cura di), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 125-34 (a p. 128); J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, cap. 8. Per l'opinione opposta, A. SCHIAVELLO, *Due argomenti a favore dell'incompatibilità tra positivismo giuridico e realismo morale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, 2010, pp. 227-252.

positivismo giuridico schierato a difendere la tesi della separazione (o separabilità) tra diritto e morale, e il giusnaturalismo o qualche altra forma di anti- o non-positivismo fermo nel rivendicare una connessione necessaria tra diritto e morale. La questione, come è noto, aveva acquistato una sua vivacità e – a suo modo – una sua urgenza dopo la caduta dei totalitarismi fascisti e nazisti della prima metà del Novecento, con i loro orrori perpetrati anche all’ombra di organizzazioni statali e apparati giuridici, e con il processo di Norimberga (vero e proprio evento fondativo del diritto contemporaneo, insieme e accanto alle costituzioni della metà del ‘900). In quel clima, il positivismo giuridico veniva accusato di pavido (o interessato) amoralismo e tecnicismo giuridico, di feticismo legislativo e statolatria, e in sostanza di aver educato più di una generazione di giuristi e di cittadini all’obbedienza miope al legislatore di turno, dimenticando che il “diritto” non è riducibile alla “legge”, e che esiste una dimensione della giuridicità più profonda, dove il diritto si fonde con i valori morali e di civiltà¹⁶. Sul versante opposto, si evidenziava invece che la separazione concettuale tra diritto e morale serve non solo a predisporre la possibilità di una conoscenza scientifica del diritto, ma anche ad evitare che venga riconosciuta al diritto una intrinseca autorità morale, su cui fondare un obbligo di obbedire al diritto in quanto tale. Dunque, per vari decenni nel corso del ‘900, “la separazione tra diritto e morale” ha rappresentato una sorta di slogan, attorno al quale si è sviluppata una porzione non trascurabile del dibattito filosofico-giuridico mondiale – tra chi quello slogan impugnava come arma di battaglia, e chi invece lo attaccava come feticcio passatista da abbattere a tutti i costi.

¹⁶ Per limitarci solo ad un paio di riferimenti rappresentativi di questo dibattito e del clima che lo ha influenzato si vedano, sul versante positivista, H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, pp. 49-87; N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 84-106; e sul versante non-positivista, L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, in “*Harvard Law Review*”, 4, 1958, pp. 630-672; N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, 3, 1963, pp. 1083 ss.

Ora, dopo alcuni decenni di dibattito, almeno una cosa è diventata sempre più chiara: è cioè che la questione della “separazione tra diritto e morale”, oltre ad essere centrale e addirittura strategica per la rappresentazione che alcune correnti filosofiche danno di sé, è anche irrimediabilmente *ambigua*, e sotto vari punti di vista. Questo perché, *in primo luogo*, dietro quello slogan si nascondono e si intrecciano problemi distinti, che possono e devono essere trattati separatamente; di conseguenza, è del tutto possibile sostenere, senza contraddizione alcuna, che *alcuni* tipi di rapporti tra diritto e morale siano non necessari ma solo contingenti (e dunque che diritto e morale siano, sotto il profilo rilevante, entità concettualmente separabili), e riconoscere che *altri* tipi di rapporti siano invece necessari¹⁷. Peraltro, *in secondo luogo*, il “contingente” e il “necessario” non esauriscono la gamma delle possibili posizioni che possono essere prese su questi tipi di rapporti; infatti, contingente e necessario sono entrambe modalità che appartengono per così dire all’ambito definitorio, concettuale, descrittivo, del “come stanno le cose”; ma su alcuni dei rapporti che indicherò è possibile anche adottare una posizione normativa, prescrittiva, relativa cioè al ruolo che la morale deve o dovrebbe svolgere rispetto al diritto, alla sua identificazione, o alla sua applicazione (anziché al ruolo che essa concettualmente, necessariamente o contingentemente, svolge)¹⁸. E

¹⁷ Oppure insistere, come ha fatto Hart, che *tutti* questi rapporti siano in definitiva solo contingenti: cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 202, 268.

¹⁸ Alcune varianti prescrittive della tesi della separazione tra diritto e morale sono ora note sotto l’etichetta “normative positivism”, e sono generalmente riconducibili all’idea secondo cui è bene (è moralmente e politicamente opportuno) che il diritto sia identificabile senza far ricorso a criteri morali, ma solo fattuali: cfr. U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965; N. MACCORMICK, *A Moralistic Case for A-moralistic Law?*, in “Valparaiso University Law Review”, 1, 1985, pp. 1-41; G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 328-336; T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., cap. 8; ID., *Normative (or Ethical) Positivism*, in J. COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 410-433; B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. FERRER BELTRÁN, J.J. MORESO, D. PAPAYANNIS (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 175-202.

poi, *in terzo luogo*, le due ambiguità a cui si è appena fatto cenno si combinano con l'altra ambiguità menzionata prima (*supra*, par. 2), quella relativa ai differenti significati di "morale", e in particolare alla distinzione tra morale critica e morale sociale: le distinzioni e le alternative qui sopra accennate possono infatti replicarsi sia per l'una che per l'altra accezione di morale.

Come ho detto poco sopra, non approfondirò la questione del carattere necessario oppure contingente dei singoli tipi di rapporti tra diritto e morale. Piuttosto, quello che farò qui di seguito sarà un tentativo di disambiguazione, di distinzione dei vari modi in cui la morale interagisce con il diritto. Alcuni dei rapporti tra diritto e morale che passerò in rassegna sono parzialmente sovrapposti e intrecciati, ma per comodità proverò comunque a trattarne partitamente, anche per rendere più visibili le loro possibili interazioni. Passerò in rassegna, dunque, le seguenti possibili relazioni tra diritto e morale (si ricordi che in questo paragrafo stiamo trattando delle possibili influenze *della morale sul diritto*): a) la morale *nell'identificazione* del diritto; b) la morale *nella produzione* del diritto; c) la morale *nell'interpretazione e applicazione* del diritto; d) la morale *nell'obbedienza* al diritto; e) la morale *nel* diritto.

Ognuno di questi tipi di relazione tra diritto e morale è oggetto di discussioni assai estese, oltre che divergenti, e qui se ne potrà dare solo una trattazione introduttiva¹⁹.

¹⁹ Per alcune ricognizioni dei differenti tipi di rapporti tra diritto e morale, parzialmente analoghe a quella a qui svolta, cfr. ad es. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 200-212; ID., *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963, pp. 1-6; C. NINO, *Diritto, morale e politica*, in "Analisi e diritto", 1993, pp. 105-131; ID., *Diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milano, 1999; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino 1998, cap. I; R. SHINER, *Law and Morality*, in D. PATTERSON (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 436-449; M. MOORE, *Four Reflections on Law and Morality*, in "William and Mary Law Review", 48, 2007, pp. 1523-1569; J. RAZ, *About Morality and the Nature of Law* (2008), in ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 166-181; L. GREEN, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in "New York University Law Review", 83, 2008, pp. 1035-1058; G. PINO, *Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*, in "Ratio Juris", 2, 2014, pp. 190-217; J.J. MORESO, *Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral*, in C. HERMIDA, J.A. SANTOS (a cura di),

3.1. Relazioni identificative: la morale nell'identificazione del diritto

Al primo tipo di relazioni tra diritto e morale che passerò in rassegna appartengono le relazioni che possono essere definite *identificative*, e per l'appunto riguardano il problema dell'identificazione del diritto²⁰.

Si tratta del problema *concettualmente* prioritario (non è detto che, riguardo alle relazioni tra diritto e morale, questo sia il problema più importante da tutti i punti di vista): riguarda infatti la possibilità stessa di definire e configurare il diritto come un ambito (sociale, normativa) ontologicamente distinto rispetto ad altri ambiti, come la morale, ma anche la politica, l'economia, la religione. È questa la relazione che viene in rilievo quando si afferma, ad esempio, che occorre distinguere il diritto come di fatto è dal diritto come si vorrebbe che fosse (o come dovrebbe essere alla luce di qualche valore morale)²¹; o che la validità giuridica di una norma non implica la giustizia di quella norma, e viceversa che una norma moralmente giusta non è di per sé giuridicamente valida.

Ora, a ben vedere questo problema può porsi, a sua volta, su almeno tre livelli distinti²². Tra questi livelli possono darsi certamen-

Una filosofia del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero, Congreso de los Diputados/ Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, pp. 67-82.

²⁰ Talvolta questo tipo di relazione è indicato come “concettuale” o “definitorio” (cfr. C. NINO, *Diritto come morale applicata*, cit.; M. BARBERIS, *Una disputa quasi oxoniense. Raz vs. Alexy sul positivismo giuridico*, in “Ragion pratica”, 34, 2010, pp. 203-220); io preferisco usare “identificativa” (come fa anche P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, cit.; ID., *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, cit.) perché, come si vedrà tra breve, relazioni di questo tipo non pertengono esclusivamente alla definizione del concetto di diritto, ma anche all'individuazione delle norme giuridiche valide.

²¹ J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), il Mulino, Bologna, 1995, p. 228.

²² Una analoga distinzione tra varie forme di relazione identificativa è evidenziata da M. BARBERIS, *Una disputa quasi oxoniense*, cit., pp. 216-220; e M.C. REDONDO, *Some Remarks on the Connection between Law and Morality*, in “Law and Philosophy”, 33, 2014, pp. 773-793; un cenno in tal senso già in L. GIANFOMAGGIO, *Rapporti tra etica e diritto* (1990), in EAD., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 43 ss. (spec. p. 45). Di contro, si vedano le

te delle relazioni, ma si tratta comunque di livelli distinti.

1) Un primo livello è quello dell'identificazione *del concetto di diritto*: in questo senso, si tratta del problema della definizione del diritto, del problema del *quid ius*. Si tratta di capire, in altri termini, se per definire il diritto sia necessario fare ricorso a concetti e caratteristiche morali (ad esempio all'idea di giustizia), di modo che qualcosa non possa essere qualificato come diritto se non esibisca anche quelle caratteristiche morali. Questo è tradizionalmente considerato come un, o forse *il*, campo di battaglia su cui si consuma la distinzione tra giusnaturalismo e positivismo giuridico: il primo affermerebbe che questo tipo di relazione tra diritto e morale è necessaria, il secondo sostenerrebbe invece che postulare una relazione di questo tipo tra diritto e morale non è concettualmente necessario, e anzi è scientificamente e politicamente dannoso²³.

In realtà, che la contrapposizione tra positivismo giuridico e giusnaturalismo passi esattamente da questo punto è cosa abbastanza dubbia, per varie ragioni. Innanzitutto, perché impostare la contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo in questi termini dà l'idea che si tratti di due dottrine che si occupano esattamente dello stesso problema (risolvendolo in modo opposto), anziché come tradizioni di pensiero che si sono sviluppate in periodi e

frequenti oscillazioni tra la questione dell'identificazione del diritto (valido) e del concetto di diritto in N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 134-136; ID., *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., pp. 88-89; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1962), in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 107-124 (spec. pp. 114, 121); R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 19-24.

²³ La contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo è impostata in questo modo ad es. da C. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Giappichelli, Torino, 1996, cap. 1. Spesso, la trasformazione della tesi della separazione in una questione sulla definizione del concetto di diritto è operata da autori antipositivisti, al fine di mostrare l'implausibilità sia di una versione particolarmente esigente di questa tesi sia, per derivazione, del positivismo giuridico (che questa tesi sottoscriverebbe): cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit.; K. FÜBER, *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling*, in R. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 119-162.

contesti giuspolitici diversi, e con obiettivi diversi²⁴. In secondo luogo, perché è discutibile affermare che i giuspositivisti siano *prioritariamente* impegnati in un'impresa di definizione concettuale del diritto; come vedremo tra poco, è assai più plausibile sostenere che il giuspositivismo sia maggiormente interessato all'individuazione delle condizioni fattuali, avalutative – e in questo senso distinte da considerazioni morali – per l'esistenza *delle norme giuridiche*; e questo non richiede necessariamente che il *concetto* di diritto debba a sua volta essere definito in modo da non includere alcun riferimento a caratteristiche morali. Tanto per fare un esempio, si potrebbe ipotizzare che il concetto di diritto debba essere definito includendo il riferimento a valori morali come la certezza e la pace sociale, e questo sarebbe del tutto compatibile con una definizione (positivistica) dei criteri di esistenza delle norme giuridiche puramente fattuali, nella misura in cui tali criteri fattuali siano considerati idonei ad assicurare la realizzazione di quei valori²⁵. E in terzo luogo, e più in generale, perché impostare in questi termini la questione del rapporto tra diritto e morale presuppone che ciò che è in questione qui sia la *vera* definizione del concetto di diritto, mentre quantomeno per i principali positivisti contemporanei è vero esattamente il contrario: non c'è un unico vero concetto di diritto, ma molti possibili concetti di diritto che vengono ritagliati in base al punto di vista prescelto e agli scopi del discorso di volta in volta praticato²⁶.

²⁴ M. BARBERIS, *Una disputa quasi oxoniense*, cit., p. 208.

²⁵ Un esempio meno immaginario è fornito dalla filosofia del diritto di Joseph Raz, un campione indiscusso e intransigente del positivismo giuridico contemporaneo. Ebbene, Raz include nella sua definizione del diritto un riferimento ad una caratteristica morale (il diritto avanza una pretesa di autorità legittima), ma al tempo stesso – e proprio in considerazione di questa caratteristica morale – richiede che le norme giuridiche siano identificate senza far ricorso a valutazioni morali, ma solo a caratteristiche fattuali. Cfr. J. RAZ, *Authority, Law, and Morality* (1985), in ID., *Ethics in the Public Domain*, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 210-237.

²⁶ F. SCHAUER, *Hart's Anti-Essentialism*, in A. DOLCETTI, L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS (eds.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Hart, Oxford, 2013. E più in generale sulla scelta, su basi pragmatiche, del concetto di diritto di utilizzare di volta in volta in base agli interessi e agli scopi di un certo discorso sul diritto, C. NINO, *Diritto come morale applicata*, cit., cap. I.

Parzialmente distinta dalla questione della definizione *del concetto* di diritto, è poi quella dell'individuazione *del diritto*. In altre parole, la questione adesso diventa se sia necessario il ricorso a valutazioni morali al fine dell'identificazione del diritto valido. Questo è stato effettivamente il modo in cui il problema della separazione tra diritto e morale è stato tradizionalmente posto all'interno della tradizione positivista: nei termini, cioè della distinzione tra validità giuridica e valore morale²⁷. E da questo punto di vista la tesi della separazione si associa strettamente alla tesi della avalutatività della scienza giuridica – tanto strettamente da diventare indistinguibile rispetto ad essa²⁸.

Ora, rispetto alla questione dell'identificazione del diritto valido, il problema dei rapporti tra diritto e morale si può porre su due piani diversi, a seconda che con la locuzione “diritto valido” si intenda far riferimento alle fonti del diritto, o alle norme giuridiche.

II) Al livello dell'identificazione *delle fonti del diritto*, è astrattamente possibile che le fonti, o alcune di esse, consistano in considerazioni di tipo morale (ad esempio, potrebbero essere considerate fonti del diritto: l'equità, determinati precetti morali, la natura della cosa, l'intuizione morale, ecc.). Ma è pur vero che il diritto contemporaneo, le cui fonti di produzione sono principalmente in mano ad organizzazioni statali, ricorre massicciamente a meccanismi di produzione giuridica (a fonti del diritto) altamente proceduralizzati: che cioè richiedono il verificarsi di determinati fatti, empiricamente accertabili, al fine di stabilire se la produzione normativa ha avuto buon esito.

²⁷ Cfr. ad es. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., cap. IX (e spec. pp. 208-212); N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 114; R. SHINER, *Law and Morality*, cit., p. 436; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 204; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 100; E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico* (2006), Giuffrè, Milano, 2007, p. 23; J. GARDNER, *Legal Positivism: 51/5 Myths*, in ID., *Law as a Leap of Faith*, cit., pp. 19-53 (alle pp. 49, 51, 53); B. LEITER, *The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 4, 2011, pp. 663-677.

²⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 114; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, cit., p. 12; R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 64 (che, a proposito della tesi positivista della separazione tra diritto e morale, afferma trattarsi «non di una tesi intorno al contenuto del diritto, ma di una tesi relativa alla scienza giuridica»).

Dunque sembrerebbe che di fatto, negli ordinamenti giuridici contemporanei, al livello delle fonti del diritto la tesi positivista della separazione tra diritto e morale abbia un potenziale esplicativo superiore rispetto alle possibili alternative: negli ordinamenti giuridici contemporanei la morale non è, di per sé, fonte del diritto, e le fonti del diritto hanno un carattere spiccatamente fattuale. Tuttavia questa affermazione deve riconoscere una possibile limitazione, che è la seguente: le fonti del diritto di un sistema giuridico sono tali perché così sono qualificate da qualche norma di quel sistema; e le norme, come è noto, sono frutto di interpretazione; e l'interpretazione, come vedremo tra breve, è uno dei possibili luoghi dove si annidano ulteriori relazioni tra diritto e morale (*infra*, par. 3.3). Dunque, a causa della presenza del fattore interpretativo nell'individuazione del diritto, è possibile che tanto l'interpretazione in astratto delle norme che disciplinano il funzionamento delle fonti, quanto l'accertamento in concreto se una certa fonte operi correttamente rispetto alle meta-norme rilevanti, richiedano l'intervento di scelte e valutazioni, anche di tipo morale²⁹.

III) Al livello dell'identificazione *delle norme giuridiche valide* (il problema del *quid iuris*), il problema è vedere se per accertare la validità di una norma sia necessario far ricorso a valutazioni morali, oppure se sia possibile farne a meno. Qui diventa indispensabile, però, capire in cosa consista un giudizio di validità (di norme).

Secondo una definizione (certo non univoca, ma) abbastanza diffusa, la validità (materiale) di una norma consiste nella sua compatibilità rispetto ad una o più norme ad essa sovraordinate³⁰. Ora, è evidente che così inteso il giudizio di validità dipende dall'interpretazione. Infatti, è innanzitutto necessario esperire un'attività interpretativa per individuare sia N1 sia N2; inoltre, ai fini del giudizio di validità materiale è poi necessario effettuare una valutazione sostanziale di coerenza tra l'una e l'altra. E, a causa della presenza

²⁹ Per alcuni esempi, G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Mucchi, Modena, 2014.

³⁰ Per una presentazione introduttiva di questa nozione, e opportuni riferimenti bibliografici, cfr. G. PINO, *Norma giuridica*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 144-183 (spec. pp. 169-171).

di considerazioni morali all'interno del processo interpretativo (*infra*, par. 3.3), bastano queste poche osservazioni per far sorgere il dubbio che il giudizio di validità (materiale) possa facilmente richiedere il ricorso a considerazioni valutative e anche morali.

Ma la presenza di considerazioni morali nel giudizio di validità diventa ancora più probabile ove si pensi che, negli stati costituzionali contemporanei, la norma superiore N_2 è una norma costituzionale, cioè una norma che esprime e incorpora, come vedremo tra breve, principi etico-politici. Ebbene, il punto cruciale è il seguente: non sembra possibile né interpretare una norma che esprime un principio etico-politico, né valutare la coerenza rispetto ad essa delle norme subordinate, senza con ciò esperire corpose valutazioni *sostanziali*, che avranno anche – e necessariamente – carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme (sovraordinate) in considerazione. La conclusione mi sembra scontata, e ineludibile: l'accertamento della validità materiale impone (anche) scelte e valutazioni morali. Considerazioni morali possono assai facilmente entrare nell'individuazione delle norme valide.

3.2. Relazioni causali: la morale nella produzione del diritto

Per relazioni *causali* tra diritto e morale intendo la circostanza che considerazioni morali possano influenzare la produzione del diritto, intesa questa come produzione di norme generali e astratte, ad esempio di tipo legislativo (della “produzione” del diritto che si verifica contestualmente alla sua applicazione parleremo al punto successivo).

Si tratta di relazioni abbastanza ovvie: essendo il diritto positivo frutto di atti umani di produzione normativa, è evidente che la produzione del diritto positivo tenga conto di valori morali e di esigenze diffuse nella società, o avvertite come tali dalle autorità normative: la morale del gruppo dominante, o le esigenze morali che un'autorità normativa legittimata su base rappresentativa ritenga di individuare nell'elettorato di riferimento. In altre parole, ogni ordinamento giuridico, allorché richiede ai cittadini di fare o non fare certe cose, presuppone necessariamente certe idee sul giusto e sull'ingiusto: si tratta ovviamente del punto di vista sul giusto e

sull'ingiusto di chi detiene il potere di produzione normativa, il legislatore in primo luogo³¹.

D'altronde, questo legame che abbiamo indicato come ovvio non deve far dimenticare che le considerazioni morali sono solo uno dei possibili ingredienti che entrano nella deliberazione legislativa, e nella produzione giuridica in generale: altrettanto ovviamente, la produzione giuridica è influenzata da considerazioni più strettamente politiche, da negoziazioni e compromessi tra i gruppi che amministrano la produzione normativa, da interessi di parte. Inoltre, non sarebbe nemmeno corretto assumere che il diritto positivo sia interamente frutto di scelte deliberate (di tipo morale o meno): a parte il caso del diritto consuetudinario, il diritto vigente include, talora in misura assai rilevante, anche norme prodotte alla luce di valori morali verso i quali non c'è più un consenso parimenti diffuso, e che però non vengono rimosse per pura inerzia, o perché l'organo di produzione normativa non riesce a mettere insieme il consenso necessario per modificare o eliminare quelle norme.

Ora, questa ovvia relazione causale o genetica tra diritto e morale suscita un problema altrettanto ovvio: e cioè che i valori morali di un gruppo (eventualmente della maggioranza, se si tratta di ordinamento democratico) trovino protezione all'interno del diritto, a scapito dei valori morali o più in generale degli stili di vita delle minoranze o comunque di chi non si riconosce nei valori del gruppo che controlla la produzione normativa. Questo è il problema del "moralismo giuridico", o del *legal enforcement of morals*³². La filosofia politico-giuridica di tipo liberale, e anche molti ordinamenti giuridici contemporanei, cercano la soluzione a questo problema nel c.d. principio del danno, o principio di offensività³³: vale a dire il principio secondo cui il diritto, specialmente nella sua declinazione più coercitiva, e cioè il diritto penale, non può sanzionare de-

³¹ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* (1958), in ID., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 3-155 (p. 24).

³² H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, cit.

³³ J.S. MILL, *On Liberty* (1859), Campbell Publishers, London, 1992; J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 voll., Clarendon, Oxford, 1984-1990; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., cap. 33.

terminati comportamenti *solo* perché immorali, se tali comportamenti non cagionano *anche* un danno ad altri.

3.3. Relazioni interpretative: la morale nell'interpretazione e applicazione del diritto

Che l'attività di interpretazione e applicazione del diritto, ad esempio in sede giudiziaria, non sia un procedimento puramente meccanico, è ormai unanimemente riconosciuto. L'interpretazione e l'applicazione del diritto involgono numerose scelte e valutazioni sostanziali, e queste possono ben essere anche di tipo morale.

Si tratta dunque di relazioni *interpretative* tra diritto e morale, dove "interpretazione" va inteso sia nel senso ristretto di "attribuzione di significato ad una fonte del diritto", sia nel senso più ampio della scelta della norma applicabile ad un caso, eventualmente risolvendo problemi di antinomie, lacune, applicabilità delle norme nel tempo e nello spazio, concretizzazione di principi, di clausole generali e di concetti elastici e indeterminati, bilanciamento di principi concorrenti, suscettibilità di eccezioni implicite (defettibilità), ecc.³⁴.

Orbene, nella soluzione di questioni interpretative del tipo appena accennato, l'interprete si trova inevitabilmente a far fronte a molteplici scelte. Infatti:

a) normalmente, sono disponibili più tecniche interpretative differenti e alternative, e l'interprete dunque deve fare una scelta sulla tecnica da utilizzare³⁵;

³⁴ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 204-206; C. NINO, *Diritto morale politica*, cit., cap. 2; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 97: «nell'interpretazione dei testi delle leggi e soprattutto delle costituzioni interveng[on]o inevitabilmente, a suo sostegno, scelte orientate da opzioni morali o comunque etico-politiche delle quali deve essere argomentata razionalmente la conformità ai principi costituzionali».

³⁵ Sui principi metodologici dell'interpretazione, E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 277-291, 494-539; ID., *Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1103-1134 (spec. pp. 1121 ss.); M. BAR-

b) normalmente, sono disponibili più modi di utilizzare una stessa tecnica interpretativa: ad esempio, più modi di individuare il significato letterale, o l'intenzione del legislatore, ecc.; e dunque l'interprete dovrà scegliere *come* utilizzare la singola tecnica interpretativa;

c) l'interprete ha un certo margine di manovra non solo riguardo al modo in cui colmare una lacuna (ad esempio, ricorrendo all'analogia oppure all'argomento *a contrario*; inoltre è sempre l'interprete a scegliere la norma da utilizzare come base del procedimento analogico); ma anche riguardo alla configurazione stessa di una lacuna (che ad esempio potrebbe essere evitata ricorrendo ad un'interpretazione estensiva delle disposizioni rilevanti);

d) l'interprete ha un certo margine di manovra non solo riguardo al modo in cui risolvere una antinomia, scegliendo tra vari criteri astrattamente disponibili, ma anche riguardo alla configurazione stessa di una antinomia (che ad esempio potrebbe essere evitata ricorrendo ad un'interpretazione restrittiva delle disposizioni rilevanti);

e) l'interprete può concretizzare in modi diversi i principi rilevanti, o può bilanciarli in modi diversi quando si trovino a confliggere;

f) l'interprete può decidere di introdurre eccezioni implicite nella norma da applicare, e questo soprattutto quando l'applicazione "cieca" della norma porterebbe ad un risultato incongruo, assurdo, ridicolo, immorale.

E così via.

È evidente che la presenza di tutte queste possibilità di scelta, a volte più marcate a volte meno visibili, offre altrettante occasioni per l'ingresso di considerazioni morali o più in generale etico-politiche nell'attività interpretativa e applicativa del diritto. Ciò in quanto la scelta di un metodo interpretativo, o del modo di usarlo, o della individuazione o meno di una lacuna o di una antinomia o di eccezioni implicite, e così via, di solito non sono imposte, oppure sono guidate solo blandamente, dal diritto positivo; e così tale scelta sarà influenzata non solo dal diritto vigente, ma anche da ciò che l'interprete ritiene essere la soluzione giusta, o migliore, del caso

BERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in "Etica & Politica", 1, 2006, pp. 4-5.

da decidere, e più in generale dalle sue convinzioni sulla legittimità dell'ordinamento giuridico (l'ideologia normativa, o ideologia delle fonti, di ciascun interprete)³⁶.

3.4. Relazioni giustificative: la morale nell'obbedienza al diritto

Il diritto è un fenomeno normativo: qualifica deonticamente le condotte dei suoi destinatari. Ma che il diritto qualifichi deonticamente le condotte dei suoi destinatari non significa automaticamente che i destinatari delle norme giuridiche siano anche *moralmente* tenuti a fare quanto il diritto prescrive. Questo diventa particolarmente chiaro ove si ricordi (cfr. *supra*, par. 3.2) che la produzione del diritto è condizionata (oltre che da considerazioni schiettamente politiche) dai valori morali o più in generale etico-politici dei soggetti che detengono il potere di produzione normativa, valori che facilmente possono non coincidere con quelli dei destinatari delle norme. Inoltre, se ci si pone da una prospettiva giuspositivista, in base alla quale il diritto esiste in quanto complesso fatto sociale, si deve concludere che il diritto non può essere "intrinsecamente" obbligatorio, perché un fatto, di per sé, non ha nulla di normativo³⁷.

Sotto l'etichetta delle relazioni *giustificative* tra diritto e morale, dunque, sta il problema dell'obbligo giuridico: il problema, cioè, se il diritto possa *autonomamente* giustificare decisioni (degli organi dell'applicazione) e comportamenti (dei cittadini), oppure se tale giustificazione non possa che dipendere a sua volta da una scelta morale. Per la precisione, qui "giustificazione" e "obbligatorietà" rimandano alla presenza di ragioni sostanziali, diverse dalle mere ragioni di opportunità: l'obbedienza al diritto motivata da conformismo o dal timore della sanzione non integra una giustificazione nel senso rilevante, non qualifica il diritto come obbligatorio³⁸.

³⁶ Per queste nozioni, cfr. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016, pp. 152-161, 192-200.

³⁷ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 210: «the certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience».

³⁸ Su questi temi e distinzioni, cfr. A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa, ETS, 2010, spec. capp. I e II.

Ebbene, a questo proposito è stato osservato che qui si dà in effetti non solo una relazione ma una connessione tra diritto e morale, nel senso che l'affermazione che esista un obbligo di obbedire al diritto presuppone (ed è condizionata da) una previa opzione di tipo morale a favore dell'ordinamento rilevante³⁹. Il diritto non può essere considerato obbligatorio se non in presenza di ragioni morali in favore di quel diritto: un obbligo giuridico, se c'è, è un obbligo morale.

Più precisamente, qui è in questione l'obbedienza al diritto inteso nel suo complesso, o meglio in riferimento alle norme e principi più astratti che identificano l'ordinamento e sui quali si basano via via, di specificazione in specificazione, le decisioni relative ai casi concreti. Questo, comunque, non significa che tale obbligo di obbedienza si debba necessariamente trasmettere in maniera indefettibile su ogni singola norma del sistema; ciò in quanto le ragioni morali su cui si basa la giustificazione "ultima" possono entrare in conflitto con altre ragioni morali rilevanti in casi concreti, e non prevalgono necessariamente su di esse (si parla in tal caso di un "obbligo *prima facie*" di obbedire al diritto). Quindi, secondo questa ricostruzione, l'obbligo di obbedire al diritto, *quando c'è*, è un obbligo doppiamente condizionato: da un giudizio morale favorevole sull'ordinamento nel suo complesso (o nei suoi principi fondanti), e da una valutazione in termini di non incompatibilità, o di non eccessiva incompatibilità, tra ciò che è richiesto in un caso specifico dal diritto e ciò che è richiesto da altri valori morali⁴⁰.

Connesso (anche se non identico) al problema dell'obbligo di obbedire al diritto, è quello della *valutazione* morale del diritto. Come abbiamo già visto (par. 3.2), ogni ordinamento giuridico, allor-

³⁹ Per posizioni di questo tipo, cfr. C. NINO, *Diritto come morale applicata*, cit., cap. I; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, cit., pp. 10-12; J. RAZ, *Incorporation by Law*, cit., p. 189 («in such cases [cioè quando si afferma che il diritto è legittimo, ndr] we cannot separate law from morality as two independent normative points of view, for the legal one derives what validity it has from morality»); M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 112; ID., *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 245.

⁴⁰ N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

ché richiede ai cittadini di fare o non fare certe cose, presuppone necessariamente certe idee sul giusto e sull'ingiusto – secondo il punto di vista sul giusto e sull'ingiusto di chi detiene il potere di produzione normativa. La giustizia di ogni sistema giuridico, e delle norme che lo compongono, è pertanto valutabile da due prospettive – distinte, ma che contingentemente possono anche trovarsi a coincidere: la prospettiva di una qualunque ideologia etico-politica, cioè di una qualche morale sociale o critica (ad esempio, la morale utilitarista, l'ideologia liberale, l'ideologia libertaria, la morale cattolica, l'ideologia marxista, ecc.), e la prospettiva dell'ideologia etico-politica specificamente adottata da quell'ordinamento giuridico. Una norma giuridica può dunque essere giusta o ingiusta sia da un punto di vista esterno all'ordinamento, cioè dal punto di vista di una qualsiasi ideologia della giustizia, sia da un punto di vista interno all'ordinamento, cioè dal punto di vista dei valori etico-politici propri dell'ordinamento stesso⁴¹. Come vedremo subito, in molti ordinamenti giuridici contemporanei (gli stati costituzionali) questi due punti di vista tendono ad avvicinarsi notevolmente, anche se non è affatto detto che coincidano.

3.5. Relazioni contenutistiche: la morale nel diritto

Abbiamo già avuto occasione di notare che diritto e morale hanno molti contenuti in comune. A parte questo tipo ovvio di relazioni *contenutistiche* tra diritto e morale, ve ne sono altre che meritano attenzione.

In primo luogo, la relazione contenutistica tra diritto e morale può assumere la forma di una relazione *strutturale*: è possibile cioè che alcune caratteristiche formali e strutturali del diritto, o alcune di esse, siano in grado di generare conseguenze moralmente apprezzabili. Così, la generalità delle regole giuridiche potrebbe assicurare una forma embrionale di giustizia che consiste nel trattare, in relazione alle ipotesi di applicazione della regola, tutti i casi

⁴¹ L. GIANFORMAGGIO, *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?* (1992), in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 205-222.

uguali in maniera uguale (giustizia formale)⁴². Oppure, la presenza di organi di soluzione autoritativa delle controversie permetterebbe di stabilizzare certi rapporti sociali, evitare che l'incertezza su certe relazioni si protragga all'infinito, e così via. Più in generale, esistono delle virtù spiccatamente "giuridiche", nel senso che sono destinate ad incarnarsi tipicamente in un ordinamento giuridico, e che integrano l'ideale del "governo delle leggi", o *rule of law*, o legalità, o moralità interna del diritto; questo ideale richiede che le norme siano generali, pubbliche, non retroattive, intelligibili, coerenti, praticabili (che non prescrivano l'impossibile), stabili, e che le decisioni degli organi ufficiali del sistema siano conformi alle regole generali e astratte⁴³. Quanto più un ordinamento giuridico soddisfa questi requisiti, tanto più esso è moralmente desiderabile, anche se non è affatto detto che esso sarà un ordinamento giusto in assoluto: le caratteristiche che integrano l'ideale della legalità, nel senso appena visto, sono caratteristiche formali, che non dicono nulla sul contenuto delle norme del sistema.

In secondo luogo, la relazione contenutistica tra diritto e morale può assumere la forma di una relazione *di rinvio*: il diritto può richiedere o permettere, ai cittadini, o agli organi dell'applicazione, di compiere valutazioni morali. Questo accade, ad esempio, quando una norma giuridica sia formulata in modo da includere espressamente il riferimento a standard morali (buona fede, correttezza, ecc.); oppure quando l'ordinamento consenta di formulare un giudizio basato non su norme giuridiche, ma su una valutazione morale (il giudizio di equità); oppure, quando l'ordinamento permette che un obbligo imposto da una norma giuridica sia derogato in ra-

⁴² H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., p. 81; Id., *The Concept of Law*, cit., pp. 206-207; L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza e le norme* (1997), in Id., *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 125-161. Riserve in proposito sono espresse da J. GARDNER, *The Virtue of Justice and the Character of Law* (2000), in Id., *Law as a Leap of Faith*, cit., pp. 238-269.

⁴³ Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980, p. 270; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 202-209; e J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue* (1977), in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 2009², pp. 214-219.

gione di certe convinzioni morali del destinatario di quell'obbligo (obiezione di coscienza).

In terzo luogo, la relazione contenutistica tra diritto e morale può assumere la forma di una *incorporazione* di valori morali da parte del diritto, sia a livello di norme costituzionali, sia tramite l'adesione a patti e trattati internazionali in materia di diritti umani. Si pensi, per fare un solo esempio, alla positivizzazione costituzionale del principio di uguaglianza (art. 3 cost.), che trasforma un possibile profilo di ingiustizia di una norma giuridica (l'introduzione di una non giustificata, irragionevole, disparità di trattamento tra soggetti di diritto) in una causa di incostituzionalità, e dunque di invalidità della norma stessa. Un modo leggermente diverso di spiegare quest'ultimo punto può essere nei termini seguenti. La peculiarità di molti ordinamenti giuridici contemporanei riconducibili al modello dello stato costituzionale di diritto consiste nell'aver espressamente positivizzato i valori etico-politici di fondo dell'ordinamento, codificandoli a livello costituzionale⁴⁴: lo Stato costituzionale rende il rispetto di quei principi etico-politici un requisito di validità delle norme inferiori alla costituzione. Pertanto, come abbiamo già visto (par. 3.1, sub *III*), nello Stato costituzionale la valutazione della validità delle norme giuridiche si sovrappone in qualche misura alla valutazione della loro giustizia, l'accertamento della validità giuridica consiste in parte anche in un ragionamento morale.

⁴⁴ «I *Bills of Rights* e gli insiemi di principi e valori contenuti nelle carte costituzionali odierne hanno fagocitato buona parte dell'etica occidentale degli ultimi quattro secoli» (B. CELANO, *Principi, regole, autorità*, in "Europa e diritto privato", 2006, pp. 1061-1086, a p. 1083). Cfr. anche J. HABERMAS, *Diritto e morale* (1986), in ID., *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 2007, p. 36 («la morale non sta più sospesa in aria, *al di sopra* del diritto [...]; adesso la morale si introduce nel cuore stesso del diritto positivo, senza tuttavia annullarvisi»); L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 348-351; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 157 («i principi morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo»).

4. L'influenza del diritto sulla morale

Le relazioni fin qui considerate vanno, per così dire, dalla morale al diritto. Ma possono darsi, e di fatto si danno, interessanti relazioni di segno opposto; relazioni nelle quali, cioè, non è la morale ad influenzare il diritto, ma è il diritto ad influenzare la morale. Ne indicherò principalmente due: le relazioni *funzionali* e le relazioni *psicologiche* tra diritto e morale.

4.1. Relazioni funzionali: il diritto al servizio della morale

Il diritto può svolgere importanti servizi nei confronti della morale: abbiamo già visto che il diritto può esplicitamente incorporare alcuni principi morali (par. 3.4), o può intervenire a sanzionare, ad esempio tramite il diritto penale, il rispetto di certe esigenze morali (par. 3.2). Ma vi sono anche altri modi in cui il diritto può svolgere una funzione rilevante nei riguardi della morale: ad esempio, il diritto può rendere più determinate e precise certe esigenze morali molto generiche, indeterminate, confliggenti (ad esempio, la disciplina giuridica degli obblighi risarcitori rende praticabile in concreto l'idea morale della giustizia riparativa; il codice della strada rende praticabile in concreto il principio di non arrecare danno ad altri; e così via); una volta che il diritto ha dato forma pubblica e determinata a certe esigenze morali, le rende più facili da attuare e da proteggere in pratica; le autorità di produzione normativa possono agevolare le scelte morali dei cittadini alla luce della loro expertise, della maggiore disponibilità di dati fattuali e di tempo per valutare i vari aspetti di una questione moralmente rilevante; e così via⁴⁵.

Ovviamente, dal fatto che il diritto *possa* rendere servizi di questo tipo alla morale non deriva automaticamente *che lo faccia davvero*.

⁴⁵ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 75; ID., *Incorporation by Law*, cit.; J. FINNIS, *Law as Coordination* (1989), in ID., *Philosophy of Law. Collected Essays vol. IV*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 66-73; T. HONORÉ, *The Dependence of Morality on Law*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 1, 1993, pp. 1-17; J. GARDNER, *Ethics and Law*, in J. SKORUPSKI (ed.), *The Routledge Companion to Ethics*, London, Routledge, 2010.

4.2. Relazioni psicologiche: il diritto condiziona gli atteggiamenti morali

Il fatto che il diritto vieti, obblighi o permetta certe condotte può ingenerare la convinzione, spesso anche solo subliminale, ma non per questo meno influente nella realtà, che quelle stesse condotte siano anche *moralmente* vietate, obbligatorie, o permesse. Il diritto, in altre parole, può spesso avere l'effetto (intenzionale o meno) di influire sulla mentalità diffusa, sulla conformazione della morale sociale del gruppo cui si applica, e di dare una sorta di legittimazione aggiuntiva, di certificazione ufficiale, a certe convinzioni morali – e per converso di contribuire a stigmatizzare di credenze e stili di vita oggetto di divieti o comunque restrizioni da parte del diritto.

Da questo ultimo punto di vista, si noti, la già accennata idea positivista della separazione tra diritto e morale (*supra*, par. 2) ha un'utile funzione di demistificazione: infatti, come abbiamo già avuto modo di notare, insistendo sulla natura puramente fattuale del diritto positivo il positivismo giuridico afferma che il diritto, in quanto diritto positivo, non ha niente di intrinsecamente morale, né di sacrale, a cui si debba incondizionata obbedienza o rispetto⁴⁶: il diritto positivo è un prodotto umano, una “specifico tecnica sociale” (Kelsen), uno strumento di organizzazione sociale prodotto da chi ha il potere di imporlo all'interno della società. Di conseguenza, il diritto non solo è qualcosa di moralmente fallibile, come tutto ciò che gli esseri umani fanno, ma è anche qualcosa su cui dobbiamo sempre tenere aperto il nostro scrutinio morale: perché è frutto di rapporti di potere, o delle opzioni morali di chi detiene il potere di produzione normativa (cfr. *supra*, par. 3.2).

Il positivismo giuridico dunque insegna che il punto di vista giuridico non deve mai confondersi con il punto di vista morale:

⁴⁶ Cfr. H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law* (1967), in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 88-119 (p. 118: «it seems clear that the mere existence of a legal system, irrespective of the character of its laws, is not sufficient in any intelligible theory of morality to establish that a person ought morally to do what its laws require him to do»); L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 25-40, a p. 37.

parafrasando Bobbio, potremmo chiamare questo un anti-legalismo etico, cioè il rovesciamento di quel “positivismo ideologico” che per Bobbio rappresenta in realtà una variante del giusnaturalismo. Un atteggiamento giuspositivista ha questo valore aggiunto di tipo pedagogico: “educa” i cittadini a pensare che non vi sia un obbligo intrinseco di obbedire al diritto, e li predispone alla critica morale del diritto⁴⁷.

⁴⁷ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., pp. 53-54; J. RAZ, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism* (2007), in ID., *The Authority of Law*, cit., pp. 313-335, a p. 327, nota 27 («Legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws»).