

secolarizzato. Il processo europeo di modernizzazione, la genesi del moderno assetto costituzionale dell'Occidente si trovano di fronte a una realtà nuova e a un tempo antica con la quale debbono misurarsi.

Questi sono i panorami che la teologia morale deve avere presenti affrontando i temi emergenti della bioetica, dell'ambiente, della conservazione del pianeta: come si definisce il cammino della salvezza personale in queste nuove situazioni storiche, in una prospettiva in cui la persona come identità singola, come anima che può scegliere tra il bene e il male, tra la grazia e il peccato sembra non esistere più? Francamente non mi appassionano le discussioni intorno agli spermatozoi e agli embrioni (che la grande teologia medievale del resto mutuava dalla scienza medica allora vigente) ma mi interessa enormemente se un individuo oggetto di manipolazioni genetiche sempre più raffinate alla sua nascita potrà essere ritenuto fra qualche decennio ancora responsabile nella sua coscienza delle proprie azioni. Qual è il confine tra manipolazioni che vengono viste come positive in quanto tendono ad eliminare malattie di origine genetica e manipolazioni che distruggono la possibilità di scelta tra il bene e il male? Qual è il confine tra la conservazione ad ogni costo della vita e i grandi interessi delle multinazionali farmaceutiche o all'opposto qual è il rapporto tra l'abbandono delle cure possibili in anziani gravemente malati e le necessità di risparmio dettate dalla crisi del welfare? L'esistenza della Chiesa, come società istituzionale e profetica, sembra ancora quanto mai necessaria per l'incarnazione storica del dualismo cristiano in questa nuova situazione, per non lasciar soffocare la coscienza dell'individuo dal nuovo monopolio del potere; la teologia morale è un servizio intellettuale per ricercare nella nuova epoca che si sta aprendo ciò che è di Dio e ciò che è di Cesare. E quindi come l'uomo può salvarsi.

Diritto e morale: una rilettura aggiornata

Francesco Viola

Secondo il famoso giudice Holmes è un errore pensare che l'unica forza in gioco nello sviluppo del diritto è la logica, perché dietro di essa in realtà si celano grappoli di giudizi di valore. La vita del diritto non è la logica, ma l'esperienza.¹

Sempre il diritto ha dovuto tener conto di vincoli etici. Ma dobbiamo chiederci cosa ci sia oggi di nuovo, in che modo l'esperienza giuridica "contemporanea" è oggi eticamente vincolata.

Non bisogna confondere questo problema con quello tradizionale del rapporto fra diritto positivo e diritto naturale. Le differenze sono molteplici, ma le più importanti sono le seguenti: il diritto naturale fa appello ad un'etica fondata sulla natura umana, mentre la morale contemporanea sembra aver preso congedo dalla natura; la tradizione del diritto naturale (specie quella moderna) ha un carattere già "giuridico", che manca alla morale *tout-court*. In questo senso il diritto naturale si presentava piuttosto come un'interfaccia tra l'etica e il diritto positivo, come una giuridificazione della morale.

L'immissione crescente della morale nel diritto positivo è dovuta oggi soprattutto al rilievo giuridico del rispetto della dignità umana attraverso la protezione dei diritti. Per questa

¹ O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, in "Harvard Law Review", 1897, pp. 465-469. Cfr. anche R. P. GEORGE, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, Torino 2011.

via la morale inonda il diritto positivo, che perde quasi ogni appiglio per difendere la propria tradizionale neutralità etica. Anche la stessa scienza giuridica (specie quella costituzionalistica e internazionalistica) è invasa dai giudizi di valore. Ma questo fenomeno, accanto agli aspetti indubbiamente positivi, ha anche profili inquietanti, perché mette in crisi il concetto di legalità inteso come mero rispetto della legge e lo riscrive nei termini della legittimità, cioè della conformità ai valori fondamentali della costituzione che a loro volta sono soggetti a interpretazioni conflittuali. Conseguentemente, la legalità perde quella certezza che era il suo punto di forza.

Bisogna qui ricordare che la separazione tra diritto e morale è il criterio centrale per distinguere il giuspositivismo dal giusnaturalismo. Com'è noto, è una tesi centrale del giuspositivismo quella della separazione tra diritto e morale. Questa tesi può essere intesa in senso concettuale o in senso normativo. La tesi della separabilità tra diritto e morale riguarda l'aspetto concettuale, perché sostiene che per il concetto di diritto non è necessario includere l'aspetto morale, anche se esso è di fatto presente. La tesi della separazione ha, invece, un carattere normativo, perché ritiene che per una serie di ragioni normative il diritto deve essere separato dalla morale, anche se non lo è di fatto. Per il principio di legalità sarebbero necessari solo due elementi, cioè la conformità all'ordinamento, e l'efficacia sociale delle norme. È superfluo notare che la tesi normativa, per cui è bene che il diritto sia separato dalla morale, mette in serio pericolo il carattere scientifico del giuspositivismo, poiché si basa su un giudizio di valore, cioè sul valore che deve essere conferito al diritto rispetto alle altre sfere della vita pratica. Il giuspositivismo stesso diventa una concezione etica del diritto sullo stesso piano della concezione opposta del giusnaturalismo².

² Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965.

Qui non siamo interessati all'atavica disputa fra giuspositivismo e giusnaturalismo, che spesso diventa una questione di etichette. Siamo interessati, invece, ad osservare in che modo oggi la morale è presente nel diritto positivo sì da rendere sempre più porosi i confini tra l'una e l'altro. Dobbiamo però avvertire che, quando parleremo di morale, s'intende riferirsi all'istanza etica in generale e non già ad una morale in particolare, quale ad esempio quella cristiana. Allo stesso modo, quando parleremo di diritto positivo, non s'intende riferirsi ad una forma in particolare, qual è, ad esempio, quella del diritto codificato della modernità che lo identifica con la legge generale e astratta. Per questo il nostro discorso assumerà un carattere stratosferico, che permette di osservare le cose da lontano per vederne di più, anche senza metterle a fuoco adeguatamente.

I vincoli etici che il diritto positivo incontra nella sua strada possono essere racchiusi in tre categorie: dal punto di vista della giustificazione del perché obbedire al diritto, dal punto di vista del contenuto delle norme giuridiche, dal punto di vista della forma o struttura delle regole giuridiche. Per ognuno di questi tre profili si può porre la questione di cosa ci sia di nuovo.

1. Perché obbedire al diritto

La risposta alla domanda "perché obbedire al diritto?" è morale. La giustificazione dell'obbedienza alla legge non può riposare sulla legge stessa, altrimenti avremmo un processo all'infinito. Tutte le teorie contrattualistiche si basano sul principio non contrattuale "pacta sunt servanda". Tutto il diritto posto dall'uomo si basa sulla validità di norme morali che precedono il diritto. Anche se il diritto è concepito come tutto artificiale, bisogna far ricorso a ragioni morali per giustificare l'obbedienza a questo artificio.

La teoria positivista contemporanea, dopo il fallimento del tentativo kelseniano di separare l'obbligatorietà giuridica

dai contenuti normativi e per non allontanarsi dall'empirismo, si è rivolta al convenzionalismo. La sua origine si trova nel pensiero di Hart e nel suo modo di concepire le regole di riconoscimento delle norme giuridiche. Il fatto stesso che si usino le regole giuridiche per giustificare la propria azione o per criticare quella di altri mette in luce all'interno di una comunità politica l'esistenza di convenzioni per cui certi fatti o eventi sono assunti per indicare i modi di creare, modificare e applicare-gli standards giuridici.

Il convenzionalismo vorrebbe superare l'alternativa tra la mera fattualità, per cui il diritto sarebbe fondato sulla forza d'imposizione (come riteneva il vecchio imperativismo) e il normativismo giusnaturalistico o kelseniano. La normatività risiederebbe, invece, nel fatto che i partecipanti ad una pratica sociale aderiscono ad essa, tra l'altro, per il motivo che tutti gli altri vi aderiscono. È ovvio che la radice ultima di questa normatività è il consenso.

La morale, a cui fa riferimento il convenzionalismo, è chiaramente la morale positiva e non già quella critica. Queste convenzioni giuridiche sono sostenute dalle più diverse ragioni, tra cui anche quelle della paura delle sanzioni o dell'acquiescenza all'autorità, e si consolidano nel tempo, divenendo il criterio d'identificazione delle norme giuridiche. Ma non si tratta dei tradizionali *mores* a cui si aderiva anche in ragione del loro contenuto. Qui la ragione fondamentale dell'adesione consiste nel fatto che anche gli altri aderiscono alle stesse regole di riconoscimento e che ciò permette un ordine sociale in cui è possibile prevedere le conseguenze delle proprie azioni. Questo esclude che il diritto possa avere a che fare con una moralità critica e ciò è in totale contrasto non solo con il giusnaturalismo tradizionale, ma anche con il paradigma etico della modernità. Di fronte all'obiezione che in tal modo viene meno la critica morale ai sistemi giuridici e alla loro giustizia il convenzionalismo si sforza di dare una risposta anche all'istanza critica. Possiamo, dunque, distinguere un convenzionalismo sociologico e un convenzionalismo critico.

Ronald Dworkin ha sostenuto che le decisioni giudiziali fanno anche ricorso a principi di una moralità critica in qualche modo collegati con le tradizioni istituzionali. Questi principi possono, dunque, ben essere interni alla stessa pratica sociale o alle convenzioni giuridiche, ma al contempo non sono giustificati dal mero fatto che si aderisce ad essi quanto piuttosto dalla richiesta normativa che si deve obbedire ad essi per ragioni morali. I giudici non partono dal presupposto che il diritto sia quello che i cittadini pensano che sia, ma intendono indicare cosa essi *debbono* pensare che sia. Di conseguenza sostenere – come ritiene Marmor – che le convenzioni giuridiche non possono fornire ragioni per agire che siano differenti da quelle interne alla pratica giuridica stessa, non vale ad escludere che il diritto sia identificato anche sulla base di considerazioni morali e politiche interne al diritto positivo stesso.

Un altro argomento del convenzionalismo, sempre addotto da Marmor, è il seguente: se si dovesse obbedire all'autorità per altre ragioni che non siano quelle dipendenti dall'autorità stessa, allora questa sarebbe superflua. Ciò escluderebbe che il riferimento ai valori morali sia un elemento essenziale per l'identificazione del diritto. Tuttavia, anche ammettendo (e non concedendo) che i dettami dell'autorità siano indiscutibili, bisogna riconoscere che le norme di competenza, che legittimano determinate persone o organi ad esercitare autorità, hanno uno spiccato carattere morale, perché autorizzano a produrre normatività per i cittadini. La loro adozione non chiude il discorso, ma è soggetta ad una disanima da parte della moralità critica³. Questa si pone il problema delle regole di competenza più giuste e dei limiti dell'esercizio dell'autorità. Tutta la problematica del titolo e dell'esercizio del potere legittimo è a tutti gli effetti "morale".

³ Cfr. C.S. NINO, *Diritto come morale applicata*, Milano 1999.

Se consideriamo la natura degli obblighi dei funzionari nei confronti di queste *secondary rules*, dobbiamo riconoscere che sono più vicini a quelli morali che a quelli strettamente giuridici, poiché sono fondati sul principio della fedeltà o lealtà nei confronti del diritto inteso come impresa cooperativa il cui bene interno è quello di realizzare con i materiali giuridici disponibili nel modo migliore la giustizia.

Alcuni esempi dimostrano chiaramente il carattere morale delle norme di competenza e di organizzazione. Il dibattito sui rapporti tra diritto internazionale e nazionale mostra chiaramente che la validità di un certo sistema giuridico non può fondarsi sulle regole di questo stesso sistema, ma deve far ricorso a principi esterni ad esso. Un sistema giuridico non fornisce di per se stesso un sistema chiuso di giustificazione delle soluzioni. Inoltre, nel caso della questione della validità delle norme *de facto*, emanate da autorità incompetenti o da poteri rivoluzionari, si pone il problema se si debba far ricorso al principio di legittimità democratica o a quello della certezza giuridica o ad altri valori, cioè in ogni caso si fa ricorso non già al mero fatto, ma a principi e valori extragiuridici e, in ogni caso, si apre lo spazio di una discussione critica. Infine, è da notare che non v'è alcuna necessità logica per cui l'aver una costituzione come norma suprema implichi l'esistenza di un sindacato di costituzionalità da parte di una corte costituzionale. Per affermarlo bisogna far ricorso a considerazioni di valore relative ai fondamenti della democrazia e al riconoscimento dei diritti fondamentali, considerazioni che non possono essere fondate sulle stesse norme giuridiche che appartengono al sistema. In generale, si deve riconoscere che la costituzione non è la pratica più basilare di una società, ma essa poggia a sua volta su una pratica più fondamentale che determina l'osservanza della costituzione anche quand'essa è modificata in modo regolare. Questa è nella sostanza l'intuizione di Kelsen relativa alla norma fondamentale, anche se essa è erroneamente configurata in senso ipotetico. In realtà essa, che dà validità alle

successive costituzioni, non è una norma giuridica secondo il concetto descrittivo e istituzionalizzato di diritto positivo, ma un principio extragiuridico di carattere morale. Dunque, il concetto di validità, usato dal punto di vista interno, è un concetto normativo che presuppone norme extragiuridiche⁴. È inevitabile, pertanto, ricorrere ad un sistema di giustificazione ben più ampio di quello su cui si basano le prescrizioni delle autorità.

Se si vuole riconoscere al diritto un'obbligatorietà vera e propria che in certo qual modo appartiene alla sfera della moralità e non già un mero esercizio della forza e della coercizione, allora bisogna abbandonare una *concezione insulare del diritto* per cui esso sarebbe appeso a se stesso. L'argomentazione giuridica usa le regole generali dell'argomentazione etica con l'aggiunta di alcune regole speciali. Il diritto, pertanto, è parte di un discorso giustificatorio più ampio di cui rappresenta un settore specifico ma non autonomo⁵. Esso ha a che fare con le pratiche sociali correnti che, da una parte, devono essere custodite per garantire l'affidabilità delle aspettative, ma che, dall'altra, devono essere sottoposte a valutazione critica verso una sempre maggiore adeguatezza agli ideali di giustizia.

In conclusione, è molto dubbio che, se intesa in senso meramente sociologico, la prospettiva convenzionalista, con il ricorso all'uso e alle credenze dei consociati, riesca a fondare l'obbligatorietà della regola giuridica meglio della teoria normativa, che vede nel diritto ragioni per agire indipendenti. La teoria giuridica contemporanea è segnata dal dibattito sul modo d'intendere la pratica sociale in cui il diritto consiste. Fermo restando il carattere convenzionalistico delle regole giuridiche, la questione capitale riguarda il modo d'intendere i beni interni ad una pratica sociale, cioè

⁴ Ibidem, p. 63.

⁵ Questa linea di pensiero è stata sviluppata in modo perspicuo, tra gli altri, da Robert Alexy, Ronald Dworkin e Carlos Nino.

se questi sono finalità essenziali o valori fondamentali che si devono in qualche modo assicurare per le persone umane⁶ oppure sono meramente contingenti e convenzionali essi stessi. Se questi beni fossero del tutto contingenti, allora tutta la pratica giuridica, e il diritto stesso nel suo insieme, sarebbe contingente e privo di obbligatorietà vera e propria.

Come si è visto, la questione dell'obbligatorietà del diritto è alla fin dei conti quella del modo di concepire l'autorità da cui scaturisce. Nel nostro tempo quest'autorità è prevalentemente di carattere politico. Sappiamo che si possono distinguere due concezioni dell'autorità politica: quella sostanziale e quella formale⁷. La prima ritiene che le autorità debbano avere la saggezza (o la competenza) necessaria per dirigere i consociati verso il bene comune; la seconda, invece, richiede solo che esse siano legittimamente costituite sulla base di regole preventivamente stabilite. L'esempio di scuola delle concezioni del primo tipo è quello del re-filosofo di Platone; mentre per le concezioni del secondo tipo basta pensare alla democrazia in cui ogni cittadino in linea di principio può assumere ruoli di autorità se è eletto secondo regole e procedure stabilite. In generale le concezioni sostanziali sono state prevalenti nell'epoca antica e medioevale, mentre quelle formali nella modernità. Nello sfondo c'è il conflitto fra il cognitivismo in tema di verità pratica e lo scetticismo. Di fatto anche per le concezioni sostanziali c'è bisogno di un riconoscimento e di un'accettazione da parte dei consociati della competenza dell'autorità e questa è una condizione formale. A loro volta le concezioni formali, specie se applicate ai grandi numeri delle moderne democrazie, favoriscono il sorgere di un ceto politico, entro cui scegliere i detentori di autorità, e questo rimanda ad una concezione sostanziale. Si può, dunque, affermare che l'ideale verso cui ci si dovrebbe

⁶ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 2011.

⁷ Rinvio in generale a F. VIOLA, *Autorità*, voce in "Enciclopedia filosofica", 1, Milano 2006, pp. 918-924.

dirigere è quello di una qualche composizione delle due esigenze: bisogna, cioè, che le regole formali per l'individuazione delle autorità permettano di scegliere i più competenti nella determinazione del bene comune. Ma questa si è rivelata spesso null'altro che una deludente utopia. Di fatto sono prevalse le concezioni formalistiche e il bene comune ha perso ogni consistenza oggettiva. Nei confronti di un'autorità intesa in senso meramente procedurale l'obbligo giuridico ha un carattere esclusivamente funzionale, cioè richiesto per l'ordine sociale, e con ciò il suo aspetto propriamente morale si vanifica.

Oggi, tuttavia, da vari indizi appare sempre più evidente che il mero proceduralismo è insufficiente, poiché non assicura che le decisioni politiche, che si esprimono nelle forme del diritto, siano giuste o ragionevoli, cioè accettabili da tutti. Paradossalmente è lo stesso pluralismo, sempre più presente all'interno delle comunità politiche, a richiedere che i dettami dell'autorità sia dotati di ragionevolezza, cioè di un qualche rapporto con la verità pratica. Infatti non si può chiedere dei sacrifici alle identità culturali o religiose e alle stesse preferenze degli individui senza un'adeguata giustificazione e con ciò riemerge inevitabilmente l'esigenza propria delle concezioni sostanziali dell'autorità.

Secondo Tommaso d'Aquino nel campo della verità pratica il più competente a giudicare di un fine e dei mezzi per raggiungerlo è colui che ha quel fine come proprio⁸. S. Tommaso non dice che il più competente è il più saggio, ma colui che è legittimato a proporsi il fine di cui si tratta e deve agire per quel fine. In una democrazia costui è il cittadino, il cui ruolo è quello di proporsi il bene comune come proprio fine d'azione. I molti sono migliori giudici non tanto in materia di fatto, cioè di utilità sociale, ma soprattutto in materia di valore. In più, poiché la politica – come ha notato Aristotele –

⁸ *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 3.

è una di quelle arti (come il costruire una casa o cucinare un cibo) di cui sono migliori giudici i consumatori e non soltanto gli artefici, si può dire che i cittadini abbiano una doppia legittimazione riguardo al giudizio sul bene comune, come artefici e come fruitori. Ed in una democrazia il bene comune è il fine proprio di ogni cittadino, che – come tale – è il primo funzionario della vita comune⁹. La cittadinanza implica un ruolo pubblico, che conduce ad assumere una responsabilità nei confronti del bene comune.

Questo è un punto d'incontro tra le concezioni formalistiche e quelle sostanzialistiche in riferimento alla democrazia. Entrambe ritengono necessario e giusto che sia data la possibilità a tutti i cittadini di contribuire alla determinazione del bene comune. Ciò non significa che venga meno la distinzione tra le une e le altre. Se non c'è una verità pratica, allora, per rispettare il principio di eguaglianza, non resta che aggregare le preferenze di coloro che dovranno conformarsi a regole comuni. Al contrario, le concezioni sostanzialistiche, convinte dell'esistenza della verità pratica, cioè che vi sono decisioni comuni giuste o ingiuste, vedono proprio per questo nella partecipazione di tutti i cittadini la via migliore per determinare il bene comune, in quanto – come s'è detto – consente di attingere una pluralità più vasta di prospettive. Di conseguenza, lo stesso metodo democratico non appare più come una mera tecnica aggregativa, ma come il modo migliore per avanzare le proprie visioni del bene comune, discuterle e deliberare in comune. Si dovrebbe trattare, pertanto, di una democrazia "deliberativa" piuttosto che "aggregativa". Ciò implica ovviamente l'accentuazione di un'etica pubblica di tipo discorsivo.

Quindi, il punto d'incontro attuale tra le concezioni formalistiche e quelle sostanzialistiche sta pur sempre nel

⁹ «We are all officials in a democracy». J. WALDRON, *Religious Contributions in Public Deliberation*, in "San Diego Law Review", 30 (1993), p. 829. Naturalmente bisogna distinguere tra *non professional* e *professional officials*.

consenso dei cittadini¹⁰. Ma esse si rifanno a due modi ben diversi d'intendere il consenso politico: per le prime, in virtù dello scetticismo pratico, esso si realizza mediante l'aggregazione dei voti, rappresentativi delle preferenze¹¹; per le seconde, che sono alla ricerca del giusto da determinare e dell'ingiusto da evitare, il consenso è il risultato di un discorso comune tra opinioni ragionevoli, cioè che siano in grado, in linea di principio, di essere accettate da tutti (e in questo si distinguono dalle mere preferenze soggettive).

In conclusione, si può affermare che l'orientamento deliberativo della democrazia contemporanea favorisce l'idea che l'obbligo giuridico debba essere fondato su ragioni morali piuttosto che su regole meramente procedurali.

2. Il contenuto delle norme giuridiche

Il secondo profilo da considerare è quello del rapporto tra diritto e morale in relazione al contenuto delle regole giuridiche. Ovviamente si deve trattare di una connessione necessaria, in quanto anche il giuspositivismo ammette l'ampia presenza di connessioni contingenti tra diritto e morale per quanto riguarda il contenuto delle regole. Non si tratta ovviamente di una questione di fatto, ma di una questione normativa, cioè si tratta di sapere se un diritto positivo valido può in linea di principio avere qualsiasi contenuto – come pensa Kelsen, che aveva indicato nel bene formale della pace l'unico fine generale del diritto – oppure se vi sono vincoli contentutistici di carattere etico. I giuristi del passato hanno

¹⁰ In generale cfr. M. RHONHEIMER, *Consenso*, in *Enciclopedia filosofica*, 3, Milano 2006, pp. 2213-2215.

¹¹ È quella che Dworkin opportunamente chiama "democrazia statistica" (*statistical democracy*). Cfr. R. DWORKIN, *The Moral Reading and The Majoritarian Premise*, in H. HONGJU KOH - R. C. SLYE (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven 1999, p. 94 ss.

ammesso che il diritto richiede un "minimo etico", da alcuni inteso piuttosto come moralità positiva (Jellinek) e da altri come morale naturale. Più di recente è stato affermato che il diritto avanza necessariamente una «pretesa di correttezza»¹².

Da questo punto di vista il diritto contemporaneo appare particolarmente pervaso e assediato dall'etica: i valori costituzionali innanzi tutto, e poi il *ius cogens* nel campo internazionalistico, i codici deontologici, l'obiezione di coscienza e così via.

La tesi che le norme giuridiche possano avere qualsiasi contenuto, anche il più ingiusto e il più gravemente offensivo per la dignità umana, è inaccettabile anche per molti giuspositivisti. La dottrina del "minimo etico" conserva ancora oggi la sua attrattiva per molti giuspositivisti. La dottrina di Hart del "contenuto minimo del diritto naturale" è uno di più famosi indizi della persistenza di quest'orientamento. Ma tutto questo appare oggi molto superato e comunque inadeguato rispetto ad un fatto centrale del diritto positivo contemporaneo, che indicherò come "costituzionalizzazione della dignità della persona", di cui i diritti umani non sono altro che una esplicitazione. Si può anche parlare di una "internazionalizzazione della dignità della persona".

Il fatto della positivizzazione della dignità della persona umana, che domina sia il diritto nazionale sia quello internazionale, presenta due aspetti estremamente problematici e potenzialmente contraddittori: da una parte, vi sono comportamenti che sono in sé una violazione della dignità della persona, sono cioè mali assoluti; dall'altra, anche la stessa coscienza della persona è costituzionalizzata nel senso che le richieste di riconoscimento d'identità e di libertà di scelta attraverso l'attribuzione di diritti appartengono almeno *prima facie* al rispetto della dignità della persona. La libertà di coscienza è stata definita come uno dei pilastri dell'or-

dinamento costituzionale. La prima prospettiva può essere ricondotta in qualche modo nell'ambito della tradizione della legge naturale e dei valori fondamentali della persona. La seconda prospettiva, cioè quella del rispetto della coscienza delle persone, può contrastare con la prima e mettere la persona in conflitto con l'*ethos* della comunità e con gli stessi principi di una moralità critica. Tuttavia appartiene al rispetto delle persone il dare loro la possibilità di essere se stessi in una società giusta.

Vorrei notare che queste due prospettive, congiuntamente considerate, spingono ad un'evoluzione sia della tradizione della legge naturale sia del liberalismo individualista. La prima deve prestare maggiore attenzione ai fatti di coscienza in cui ogni persona, a torto o a ragione, ripone il senso della propria vita (cfr., ad esempio, la problematica sul diritto di fare le cose sbagliate). Ma il liberalismo deve rendersi conto di quanto sia erronea l'identificazione della coscienza con le preferenze individuali. In questo, infatti, la persona differisce dall'individuo atomistico della tradizione liberale, nel fatto di avanzare concezioni che non difendono propri interessi particolari, ma visioni universali del bene comune. In questo la coscienza è ben diversa dalla preferenza. La persona in quanto tale non è volta in primo luogo al bene *per sé*, ma guarda al bene *in sé*. E tuttavia, spesso, proprio su questo piano le persone sono in disaccordo tra loro.

Per ciò che hanno in comune le persone costituiscono una comunità, ma questa è necessariamente il luogo d'incontro e di scontro di tanti universalismi, cioè di differenti visioni dei valori comuni. Di conseguenza il rispetto per la persona può collidere con l'imposizione di un ordinamento pubblico di valori, l'ordine nell'anima con l'ordine nella città. E tuttavia, se la persona è un essere in relazione, la sua visione della comunanza non può essere solipsistica, poiché per definizione riguarda anche ciò che gli altri dovrebbero condividere e praticare e, conseguentemente, dovrà essere alla fin dei conti il risultato di una interazione discorsiva al fine di raggiunge-

¹² Cfr. R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, München 1994.

re un'intesa comune. Pertanto, la centralità del valore della persona, mentre indebolisce la stabilità dell'ordine costituito, al contempo attiva una ricerca di nuovi e più adeguati ordinamenti pubblici di valori.

Lo Stato non è padrone della persona e neppure essa è padrona di se stessa. Ci si può persino chiedere se Dio stesso sia padrone della persona. Sembra che il Dio cristiano abbia preferito alla fin dei conti considerarla con amicizia piuttosto che nell'orizzonte del dominio e della padronanza.

La differenza fra il costituzionalismo del passato e quello contemporaneo, che alcuni chiamano "neocostituzionalismo", sta principalmente nel fatto che, mentre il punto focale del primo è l'assetto istituzionale, nel secondo al centro sta il valore della persona, che racchiude in sé sia il rispetto dell'irripetibilità di ogni singolo individuo sia quello dei valori fondamentali di ogni essere umano. Ciò fa sì che il concetto di cittadinanza sia in qualche modo trasceso e che ogni costituzione intenda rivolgersi, almeno per una sua parte significativa, ad ogni uomo. Fare riferimento alla persona significa necessariamente chiamare in causa l'universalità dei valori morali. Conseguentemente lo stesso diritto positivo, nella misura in cui si fonda sulla persona, acquista una proiezione universale o, comunque, tende a superare il particolarismo.

Sia lo Stato etico sia lo Stato neutrale vedono il conflitto come un male sociale e si adoperano di evitarlo anche se in modo diverso, o con l'imposizione di una visione dei valori fondamentali o con la rinuncia ad ogni concezione di essi. Quando la dignità della persona è l'obiettivo fondamentale di una comunità politica, sono al contempo messi al centro sia i valori comuni delle persone sia le loro differenti visioni del bene comune. Lo Stato personalistico è insieme comunitario e conflittuale. Sappiamo che il comunitarismo e il liberalismo hanno cercato, ognuno a suo modo, di evitare questo paradosso, ma per farlo bisognerebbe rinunciare alla persona come valore politico centrale. Il paradosso riposa nella per-

sona stessa, che è legata ad una natura umana e al contempo capace di prendere le distanze da essa¹³.

Di conseguenza l'ordinamento giuridico è in realtà non già un assetto stabile, ma un incessante ordinarsi dei valori della persona, poiché senza ordine, nell'anima come nella città, essa non potrebbe né realizzarsi né sopravvivere come tale.

La costituzionalizzazione della persona, intesa in questi termini, ha come effetto la destabilizzazione del diritto come ordinamento o assetto concreto. Il conflitto delle concezioni universali del bene comune non può essere lasciato fuori della porta del diritto, che diviene perciò sempre meno certo, sempre più effimero, sempre più mutevole. Le questioni cruciali relative all'interpretazione dei valori fondamentali non sono e non possono essere decise una volta per tutte e restano questioni aperte, anche se provvisoriamente sono affidate alle decisioni della maggioranza. Ma questo è il prezzo che è necessario pagare per il fatto che la moralità positiva ha perso di uniformità e di stabilità e la moralità critica è divenuta un elemento essenziale del contenuto delle norme giuridiche.

Che si mantenga aperto il conflitto morale è essenziale per le società multiculturali e pluralistiche. Ciò implica che non si criminalizzi la posizione opposta per escluderla a priori dal dibattito morale. E questo è ciò che tenta di fare il "diritto razionale" della tradizione illuministica. Ma, se apriamo – come non possiamo non fare – il diritto al conflitto tra le concezioni della vita buona, allora – come s'è detto – la stabilità del diritto diventa molto precaria, almeno

¹³ "Nessun ordinamento giuridico può garantire se stesso in modo definitivo, in quanto l'elemento comune, che in esso prende forma, è anche il contenuto di coscienza di ogni singolo membro di quest'ordinamento, cosicché ogni membro può metterne in questione la forma, potendo fare, delle regole di composizione dei conflitti, una materia di conflitto. L'erbaccia che fosse cresciuta su questo terreno potrebbe soffocare l'essere persona e trasformare gli uomini in animali razionali. Le persone sono e restano pericolose". R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"*, Roma-Bari 2005, p. 184.

per una parte di esso. Questo è un problema serio, perché, mentre la morale deve essere critica, riflessiva e dialogante, il diritto deve essere certo e dotato di una qualche stabilità, altrimenti non risponde alle ragioni della sua esistenza.

Quando il diritto è messo a contatto diretto con la moralità critica, si produce inevitabilmente l'instabilità del diritto, segno della presenza del pungolo morale. Frammentarietà della morale positiva e instabilità del diritto sono una sola cosa, cioè appartengono alla stessa fenomenologia sociale.

Questo è un problema a cui non so dare una risposta. Prendendo sul serio l'irripetibilità della persona fino alle sue estremi espressioni, allora essa diventa una minaccia per la comunità e per ogni appartenenza identitaria.

Se ora riconsideriamo i rapporti attuali tra morale e diritto, dobbiamo escludere come inadeguata sia la teoria giuspositivistica della separazione sia la teoria riduttiva del "minimo etico" presente in tutti gli ordinamenti giuridici. Il diritto artificiale non è né un mondo insulare, né un'isola collegata con la terraferma da un esile ponte. La costituzionalizzazione della persona ha riaffermato e consolidato ciò che sempre è avvenuto, cioè che nessuna attività o relazione umana è in linea di principio sottratta all'interesse del diritto. In questo senso (e solo in questo) ha ragione Kelsen quando dice che il diritto può avere qualsiasi contenuto. Tuttavia il diritto non si limita a registrare l'esistente. Il suo compito è quello di far valere "valori giuridici" all'interno delle più diverse relazioni umane. Questi valori sono in senso lato "moralì", pur non costituendo una morale o una particolare concezione della vita buona. Tutto il diritto è morale, pur non essendo una morale. Quindi la distinzione corretta non è tanto quella tra "diritto e morale", ma piuttosto quella tra "diritto e moralì". La moralità del diritto non s'identifica con nessuna concezione particolare della vita buona.

Il diritto non sceglie il tipo d'uomo da trattare. S'interessa dell'egoista e del benevolente allo stesso modo, degli affari e delle relazioni amorose, dei traffici e delle donazioni. In

un recente trattato sull'etica del diritto privato¹⁴ è interessante constatare quanto sia cresciuto l'interesse del diritto per le relazioni oblativo, per l'uomo cortese (prestazioni di cortesia) e donatore persino di se stesso e dei propri organi (problematica dei trapianti), non avido di guadagno (enti no profit), sollecito nei confronti delle persone svantaggiate (cooperative sociali) e dei soggetti deboli (trust), custode della vita umana (tutela del principio della vita), dell'infanzia e della salute, attento a non arrecare danno di qualsiasi genere al prossimo (danno biologico), e persino difensore dei consumatori nei confronti dei produttori capitalisti (etica del diritto commerciale). Tutto il contrario dell'individuo rapace e possessivo, che rivendica lo *ius utendi et abutendi* del proprietario e che succhia il sangue del suo debitore, a cui eravamo abituati dalle tradizionali istituzioni del diritto privato e dalle critiche ideologiche ad esse rivolte.

Con ciò acquista senso e fondamento sostenere che il diritto mira piuttosto al massimo comun denominatore tanto da interessarsi a suo modo della stessa "vita buona". La dottrina del "minimo etico" necessario si richiamava alla morale positiva, quella del "massimo etico" possibile si rifà alla morale critica.

Al contrario, il pericolo maggiore che oggi si presenta è quello di una totale riduzione della morale critica al diritto, già per molti versi anticipata dalla dimensione legale-razionale di Weber. La separazione, oggi più di prima, è insostenibile, ma la connessione tra diritto e morale può prendere la forma di una sorta di giusnaturalismo legalistico per cui una morale razionalistica sterilizzata, su cui tutti dovrebbero convenire, s'identifica con un diritto razionale o illuministico. Ogni rappresentazione della vita buona che vada al di là di questo limite deve essere confinata nella sfera privata in quanto irrazionale o, il che è la stessa cosa, incomunica-

¹⁴ Cfr. A. PALAZZO - I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova 2002.

bile. Questa è la tesi di Habermas e nasconde il pericolo di un totalitarismo liberale. Di fatto, se questo minimo comun denominatore di moralità critica vuole essere unanimemente condiviso, finirà per escludere in linea di principio qualche concezione della vita buona almeno sotto alcuni aspetti. In tal modo la morale viene giuridificata e perde il suo carattere controverso e aperto che le consente di svolgere il suo ruolo fondativo e critico nei confronti del diritto.

La mia constatazione è dunque la seguente: crescono i vincoli etici provenienti da una moralità critica, ma diminuiscono quelli provenienti da una moralità positiva. Cresce la consapevolezza personale e questo è bene, ma diminuisce la stabilità culturale e questo è male. Quest'instabilità culturale o del costume (*mores*) è una delle ragioni del risorgere del valore dell'identità culturale, della crescente richiesta di protezione dei diritti culturali e della nuova contrapposizione delle culture.

Se ora ci spostiamo sul concetto di "moralità critica", dobbiamo constatare che anch'esso risulta vago e ondivago. Notoriamente esso ha un'origine illuministica e, tuttavia, non si può disconoscere che anche la tradizione della legge naturale, nella misura in cui essa è intesa come legge della ragione, abbia un carattere non certamente fideistico. Il punto cruciale è proprio quello di partenza: la morale critica deve essere concepita come una costruzione esclusivamente razionale basata su assiomi evidenti oppure come un'opera di purificazione razionale e di verifica delle convinzioni morali più diffuse, quelle che Aristotele chiamava *éndoxa*?

3. La forma e l'uso della regola giuridica

Il terzo profilo è quello del rapporto tra diritto e morale in relazione alla forma e all'uso della regola giuridica.

Non è qui il caso di dimostrare che la struttura della regola giuridica ha avuto sempre giustificazioni morali. Le

tradizionali caratteristiche della legge nei regimi di diritto codificato, legate alla generalità e all'astrattezza, altro non sono che la traduzione sul piano formale di un valore morale fondamentale, quello dell'eguaglianza degli esseri umani. Ma, se osserviamo meglio la struttura di una regola giuridica, si possono scoprire altri aspetti vincolati sul piano etico che oggi vanno assumendo un'importanza ancora maggiore.

Se si vuole che una regola giuridica non sia altro che un meccanismo psicologico produttivo degli effetti voluti in virtù della minaccia di svantaggi o di sanzioni, allora è necessario presupporre un'antropologia minima. Dobbiamo chiederci come può essere "guidata"¹⁵ (e non già "causata") l'azione di esseri dotati di determinate caratteristiche, quali quella dell'auto-determinazione, della libertà di scelta, della consapevolezza e della responsabilità. Evidentemente, ciò implica un certo modo di concepire la struttura e l'uso della regola giuridica.

Il giurista americano Lon Fuller ha tratto la conclusione che il diritto dovrebbe modellarsi a quest'immagine elementare dell'essere umano ed essere concepito come impresa umana di carattere intenzionale e finalistico (*law is a purposive human undertaking*), avente una propria moralità interna di cui ha individuato alcuni principi essenziali. Infatti, per svolgere tale funzione una regola giuridica deve essere pubblicamente promulgata, chiaramente formulata, non contraddittoria, non retroattiva e deve essere applicata in modo imparziale e secondo i principi processuali del contraddittorio e del diritto alla difesa.

Ovviamente le tesi di Fuller sono più complesse, ma ciò basta per avere un'idea generale della loro portata. Ogni violazione dei principi della "moralità interna del diritto" implica un'offesa alla dignità dell'uomo così concepito. Se perdessimo di vista l'uomo come centro responsabile

¹⁵ Tommaso d'Aquino ha distinto la "*vis directiva*" dalla "*vis coactiva*" di una regola.

di azione, tutta l'impresa del diritto perderebbe di senso e si trasformerebbe in qualcosa di minaccioso per la dignità umana. Questi vincoli interni ed esterni delle procedure sono stati opportunamente configurati come «*a natural law of institutions and procedures*»¹⁶. Ciò significa che il contenuto del diritto positivo, almeno nella sua parte procedurale, non è né arbitrario né eticamente irrilevante.

Un esempio può forse essere utile per comprendere meglio il concetto di procedura di Fuller. L'ordine del giorno è una procedura che è solitamente prevista quando s'indica un'assemblea. Questa procedura non è arbitraria, perché ha una sua giustificazione razionale e fors'anche morale. Infatti, è un diritto dei partecipanti dell'assemblea conoscere prima i temi intorno a cui dovranno deliberare per informarsi adeguatamente ed è anche un loro diritto non trovarsi coinvolti in decisioni su argomenti imprevedibili o estemporanei.

La formula usata per indicare questa moralità interna del diritto è – notoriamente – quella del *rule of law*, cioè del governo della legge. Quando governa la legge e non l'uomo, allora è più probabile che si eviti l'arbitrio del potere. È un'idea risalente ad Aristotele.

La concezione di Fuller si mantiene sul piano strettamente formale, poiché la “moralità interna del diritto” non intende indicare determinati contenuti che la legge dovrebbe avere, ma solo la sua struttura e le forme della sua applicazione¹⁷. Con l'avvento dei diritti umani s'è voluto arricchire questa concezione introducendo tra le caratteristiche del *rule of law* anche alcuni diritti fondamentali. Ma questa concezione sostanziale del *rule of law* tradisce la sua ispirazione originaria e, semmai, dovrebbe essere trattata nell'ambito del secondo profilo dei rapporti fra diritto e morale, che abbiamo

affrontato sopra. Qui, pertanto, ci limitiamo a considerare la concezione formale del *rule of law*¹⁸.

Possiamo dire che il *rule of law* sia una meta-regola, cioè una regolamentazione del modo d'intendere e di praticare le regole giuridiche e, al contempo, un criterio d'identificazione di una pratica giuridica. Si potrebbe definirlo pomposamente come il trascendentale del diritto positivo o, più modestamente, come un insieme di prescrizioni sulla forma e l'uso del diritto positivo, cioè come deve essere il diritto per essere pienamente “diritto”. Se, infatti, le norme giuridiche non danno luogo ad una pratica sociale a cui possono partecipare esseri liberi, consapevoli e responsabili, allora il diritto ha fallito il proprio obiettivo e diventa uno strumento di dominio. Ciò non vuol dire per nulla che il *rule of law* assicuri la giustizia della legge, ma soltanto che pone alcune delle condizioni di possibilità di un diritto giusto. Infatti, anche una norma in astratto giusta per il suo contenuto, se non è praticabile dai destinatari, non può generare un diritto giusto. Solo una *buona legge*, cioè capace di fornire ragioni per le azioni sociali, potrà dar luogo ad una *legge buona* (o giusta).

L'identificazione del diritto avviene più sulla base del modo in cui una regola è (o deve essere) praticata che sulla base della sua origine autoritativa. Ed allora la legalità non deve intendersi come mera conformità alla regola, ma come un agire guidati dalla regola con spirito di lealtà nei confronti del diritto.

Ciò è facilmente comprensibile se si guarda alle ragioni per cui abbiamo bisogno del diritto. Possiamo dire che queste ragioni non risiedono soltanto nella necessità di coordinare le azioni sociali, ma soprattutto nel farlo in modo che i consociati non siano del tutto spogliati della capacità di determinare da sé i propri comportamenti e restino in qualche

¹⁶ L.L. FULLER, *The Principles of Social Order*, Durham N.C. 1981, p. 32.

¹⁷ IDEM, *La moralità interna del diritto*, Milano 1986.

¹⁸ F. VIOLA, *Rule of law. Il governo della legge ieri e oggi*, Torino 2011.

modo responsabili delle proprie scelte e decisioni. I metodi di cui necessariamente si serve il diritto, primariamente la presenza di regole prodotte da un'autorità e l'uso della coercizione per renderle effettive, si prestano ad uno sfruttamento in termini di dominio a spese del governo della legge. Il *rule of law* è volto a custodire almeno alcune delle finalità proprie del diritto, difendendolo dai suoi stessi metodi.

Sono incline a considerare queste finalità come appartenenti in senso generale all'impresa della giustizia, anche se questa nel suo complesso richiede risposte ben più ampie e sostanziali di quelle assicurate dal *rule of law*. La legalità intende fornire ragioni, e non già cause, delle azioni sociali, consente di prevedere in modo affidabile le conseguenze delle proprie azioni, è volta a conferire certezza alle aspettative dei consociati ed a difendere il valore dell'eguaglianza di trattamento e dell'equità. Si tratta pur sempre di condizioni puramente formali, che tuttavia, poiché nessuno può ragionevolmente rigettarle, stabiliscono quel minimo di comunicazione tra le diversità necessario per la ricerca comune della giustizia in senso sostanziale, soprattutto nel regime del pluralismo¹⁹. In quest'ottica si può ben dire che il *rule of law*, e con esso il diritto in quanto tale, contiene in sé una promessa di giustizia che richiede di essere in qualche modo soddisfatta. Il *rule of law* è il principio o il punto di partenza del cammino del diritto verso la giustizia, ma non è certamente il suo punto di arrivo obbligato.

Dalle cose già dette appare evidente quanto la morale, oggi più che mai, irrompa all'interno del diritto. Il problema non è più quello della connessione o meno fra diritto e morale, ma semmai quello di evitare la loro confusione.

Quale risposta all'agire negativo? La pena come problema giuridico e teologico

Luciano Eusebi

Il contributo del pensiero religioso per la costruzione della pace e della giustizia nel mondo, ma altresì la stessa comprensibilità, oggi, dell'annuncio cristiano nel suo nucleo essenziale, esigono che venga chiarito in che cosa consista, alla luce del sentire religioso, l'alternativa al manifestarsi del male e, in radice, l'alternativa al suo manifestarsi estremo rappresentato dalla morte.

Se, in tal senso, si vuole esprimere la fede nella risurrezione di Gesù quale cardine del cristianesimo, non la si potrà proporre, dunque, (solo) come credenza in una sorta di miracolo, tanto straordinario quanto incomprensibile fuori da un preciso contesto. Bisognerà saper dire, ben più profondamente, che essa manifesta come l'amore speso dinnanzi al male, in quanto corrisponde all'essere stesso di Dio (alla sua *giustizia* che si rivela in Gesù), apre alla pienezza della vita in Dio, nonostante la morte e anche nel momento in cui proprio la testimonianza dell'amore conosca, umanamente, la sconfitta della morte.

Eppure per secoli s'è fatto uso del riferimento religioso, attraverso citazioni affrettate di determinati passi della Bibbia¹, a supporto di un modello ben diverso: quello *retributivo*

¹⁹ Cfr. il mio *Rawls e il Rule of Law*, in "Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto", n. 4, Milano 2004, pp. 179-210.

¹ Cfr., in proposito, E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, Milano 1987, che, in particolare, evidenzia ampiamente la componente salvifica, spesso dimenticata, della giustizia quale si manifesta anche nell'Antico Testamento (p. 11 ss.). Sulla