

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto
storia del diritto

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Italo Birocchi, Marcello Clarich,
Aurelio Gentili, Fausto Giunta,
Mario Jori, Vito Velluzzi

Andrea Porciello

Diritto e morale: tre questioni

Scorci di teoria del diritto



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Stampato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia
(UMG di Catanzaro) - Centro di ricerca "Autonomie territoriali europee"*

© Copyright 2021

EDIZIONI ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884676209-2

INDICE

Premessa [di <i>Francisco Javier Ansuátegui Roig</i>]	11
Introduzione	17

PARTE PRIMA L'INDIVIDUAZIONE DI TRE QUESTIONI

La relazione tra diritto e morale	23
1. I termini del problema: quale morale? Per quale diritto?	23
2. Diritto, morale e metodo: la questione della neutralità della scienza giuridica	31
3. Diritto, morale e oggetto: la questione del diritto ingiusto	39
4. Diritto, morale e contesto (sociale): la questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto	44
5. Considerazioni conclusive: diritto, morale e sistema costituzionale	49

PARTE SECONDA LA QUESTIONE METODOLOGICA

H. L. A. Hart e il metodo positivista nel paradigma costituzionale	53
1. Introduzione	53
2. Neutralità e avalutatività della scienza giuridica positivista	60
3. L'approccio metodologico neocostituzionalista di Dworkin	66
4. Considerazioni conclusive: impossibilità e indesiderabilità di un metodo	69
Alf Ross e l'epistemologia giuridica	77
1. Introduzione	77
2. Ross e il problema della demarcazione: l'eredità di John Austin	79
3. Ross verificazionista: l'eredità di Wittgenstein e del positivismo logico	82
4. La metafora degli scacchi: una critica all'idea di "ideologia normativa"	88

Norberto Bobbio e la giurisprudenza come “vera” scienza	101
1. Introduzione	101
2. Definizione di scienza	102
3. Alcuni spunti di riflessione	107

PARTE TERZA
LA QUESTIONE DEFINITORIA

Robert Alexy e la dimensione ideale di diritto	115
1. Introduzione	115
2. Paradigma costituzionale e teoria del diritto: l’incompatibilità tra punto di vista interno e descrizione avalutativa del fenomeno giuridico	116
3. Cosa significa descrivere un concetto: la confusione tra modello e concetto	120
4. La formula di Radbruch nei sistemi democratico-costituzionali ed in quelli dispotici	122
5. Conclusioni	127
Lon L. Fuller e la moralità del diritto	131
1. Introduzione	131
2. Le leggi naturali dell’ordine sociale	134
3. Il diritto implicito	139
4. L’interazione sociale: l’idea di reciprocità e di partecipazione	142
5. La natura morale della “Inner Morality of Law”	145
6. Procedure e valori morali: un approfondimento critico della “Moralità del diritto”	147
7. Tre possibili spiegazioni della moralità degli otto canoni della Rule of Law	154

PARTE QUARTA
LA QUESTIONE SOCIALE

Taylor, Rawls e i rischi dell’omologazione sociale	167
1. Introduzione	167
2. Il concetto di persona come prodotto comunitario	169
3. Concetto di persona e dimensione pre-comunitaria	174
4. La soluzione procedurale di Jürgen Habermas	178
5. Conclusioni	181

Patrick Devlin e il populismo penale contemporaneo	183
1. Il dibattito Mill-Stephens e l'Emendamento Bouchelère	183
2. Il dibattito Hart-Devlin e la questione del populismo penale	189
3. Il populismo penale di oggi	199
Riferimenti bibliografici	207

PREMESSA

Andrea Porciello ha ragione quando afferma in modo esplicito che la relazione tra diritto e morale costituisce una delle questioni fondamentali della filosofia del diritto. La sua centralità dipende, quantomeno, da due ragioni principali. In primo luogo, dal fatto che assumere una posizione a riguardo costituisce un'esigenza primaria della riflessione sul concetto di diritto. Dal momento che il diritto concorre alla regolazione della vita sociale insieme ad altri ordinamenti normativi, tra i quali quello morale emerge per importanza e forza normativa, la riflessione relativa alle differenze, alle convergenze e alle reciproche influenze che ricorrono tra il diritto e la morale costituisce un indispensabile passaggio propedeutico alla concettualizzazione del diritto. Con le parole di Jhering, essa costituisce il Capo Horn di fronte al quale prima o poi il filosofo del diritto deve transitare. In secondo luogo, è bene tener presente che alla questione della relazione tra il diritto e la morale è del tutto possibile riconoscere un qualche carattere orizzontale o trasversale. In effetti, le conseguenze che derivano dalla posizione teorica assunta in merito trascendono il ristretto ambito concettuale, ricadendo, in maniera più o meno esplicita, su quegli ambiti in cui il giurista pratico svolge il suo lavoro, quelli dell'interpretazione, dell'applicazione o dell'argomentazione giuridica che, quando diventano oggetto della riflessione del filosofo del diritto, hanno conseguenze che vanno molto al di là della sua sfera di competenza. Mi sembra che questo carattere trasversale della questione della relazione tra il diritto e la morale spieghi il perché sia realmente difficile delimitare in modo definitivo i confini della riflessione proposta in questo libro. In effetti, siamo davanti ad un libro in cui non ci si limita ad esaminare esclusivamente la relazione in parola, si affrontano, bensì, anche problemi collaterali quali quelli relativi allo statuto scientifico e alla neutralità della scienza giuridica, alla caratterizzazione del compito del giurista o anche alla dimensione interpretativa e argomentativa del diritto. E tutto questo, attraverso figure centrali come quelle di Hart, Ross, Bobbio, Alexy, Fuller, Taylor, Rawls, Mill e Devlin. In definitiva, ci troviamo di fronte a uno dei problemi che attengono al cuore della filosofia del diritto, e della teoria del diritto in particolare, a prescindere dalle tesi che si possono assumere a riguardo.

Ciò premesso, il libro di Andrea Porciello costituisce un'esposizione e un'analisi critica di alcuni dei più importanti approcci alla relazione tra il diritto e la morale proposti nella riflessione filosofica dei nostri giorni. È molto più di un libro destinato agli studenti, sebbene i futuri giuristi potranno certamente

trovare al suo interno elementi di utilità quando si confronteranno con importanti posizioni assunte nel dibattito contemporaneo. Alla chiarezza con la quale l'Autore espone gli approcci altrui, si affianca la delicatezza attraverso la quale analizza gli stessi criticamente. Parlo di "delicatezza" facendo riferimento al fatto che gli approcci degli autori presi in considerazione vengono rappresentati in conformità all'imperativo che John Rawls impone a se stesso nelle sue lezioni di storia della filosofia politica e morale: mostrare gli autori nella loro luce migliore, traendo il meglio dal loro pensiero e offrendo il loro profilo migliore e l'interpretazione più soddisfacente. Credo si tratti di un aspetto che è bene sottolineare, tra gli altri, perchè costituisce un pregio dell'attività di ricerca di Andrea Porciello, il quale dimostra, in tal senso, un atteggiamento di indipendenza rispetto alle tante etichette che popolano e condizionano la riflessione filosofica dei nostri giorni. Con questo non voglio dire che Andrea Porciello non condivida determinate posizioni degli approcci trattati, credo solo che non sia affatto preoccupato di essere etichettato in questo o in quell'altro modo. Un buon esempio di tale atteggiamento è costituito dal fatto di riconoscere che in merito alla questione esaminata non esistono approcci intrinsecamente corretti o non corretti, e che la loro maggiore o minore accettabilità dipende in ultima analisi dalle finalità che il teorico intende perseguire.

L'ampiezza delle riflessioni relative alla discussione contemporanea sulla relazione tra diritto e morale di fronte alle quali ci troviamo rende il mio compito particolarmente difficile, in primo luogo in quanto non intendo cadere nell'errore di rendere conto di tutte le dimensioni trattate, ciò convertirebbe il mio lavoro più in una recensione che in una vera e propria premessa. Per cui, in quest'occasione voglio resistere alla tentazione di riflettere sui discorsi e sulle analisi proposte da Andrea Porciello – con le quali, peraltro, il lettore si confronterà a breve – per proporre, invece, alcune mie riflessioni generali sollecitate dalla lettura dei vari capitoli.

Prima di andare avanti, mi sembra importante sottolineare che la struttura del libro è certamente ben riuscita. In effetti, come d'altronde viene spiegato nella prima parte (che di certo ha carattere introduttivo), la proposta di Andrea Porciello si articola intorno a tre centri focali: problemi di metodo; questioni relative alla regolazione normativa, ossia al contenuto del diritto che si presenta come diritto ingiusto e alle conseguenze concettuali della identificazione delle sue norme; e questioni relative all'imposizione della morale attraverso il diritto in un determinato contesto sociale. Come ho detto, questa struttura mi sembra ben riuscita dal momento che riesce a mostrare tre modi distinti di approcciare la questione centrale, quella della relazione tra il diritto e la morale. Non si tratta, però, solo di tre modi di approcciare il problema, ma anche di tre forme attraverso le quali tale questione si manifesta nel discorso e nella pratica giuridica. In questo senso, mi sembra particolarmente significativa la parte dedicata all'imposizione giuridica della morale all'interno di un dato contesto sociale, il che non significa ovviamente sottostimare le altre parti del libro. L'interesse

nasce dal fatto che quella parte mostra in maniera assai esplicita le ricadute pratiche delle singole questioni affrontate nei capitoli precedenti. In effetti, affrontare le questioni del pluralismo e del conflitto morale interno alle nostre società, nonché della qualificazione morale e giuridica di determinate pratiche, come quella omosessuale ad esempio, dopo aver mostrato nei capitoli precedenti aspetti teorici e metodologici della questione, mi sembra costituisca una magnifica strategia al fine di mettere in evidenza la rilevanza pratica dei problemi di cui si occupa la filosofia del diritto. In definitiva, si tratta di un modo di intendere tale disciplina che condivido pienamente e che serve a sottolineare l'incidenza del discorso giusfilosofico al momento di gestire quei problemi pratici con i quali si confrontano i cittadini nella loro quotidianità. Nonché, un modo per porre l'attenzione sulla rilevanza delle conseguenze anche pratiche di ciò di cui si discute in aula e si scrive nei libri.

Ciò premesso, come ho già anticipato, intendo adesso concentrarmi in particolare su due dei temi che emergono dalla lettura del libro. Innanzitutto, sulla questione del posto che il costituzionalismo ha occupato (e tuttora occupa) in quanto quadro di riferimento in cui il discorso filosofico elabora le sue tesi, in particolare quelle relative alla relazione tra il diritto e la morale. E poi, sulla questione relativa a ciò che potremmo considerare come l'identificazione del discorso morale nelle società complesse, quali sono le nostre. Tra tali questioni esiste una connessione implicita dal momento che il modello costituzionale si svolge nel quadro segnato da un determinato modello sociale, che è precisamente l'ambito in cui hanno sede i problemi presi in considerazione nell'ultima parte del libro.

Il costituzionalismo costituisce il contesto che buona parte della riflessione giusfilosofica dei nostri giorni sceglie come proprio riferimento. È in chiave costituzionalista che siamo tenuti ad interpretare proposte come quelle di Dworkin, di Alexy o di Nino, giusto per fare gli esempi più rilevanti. Ed è questo l'ambito in cui vengono testate le proposte giusfilosofiche, in particolare quelle relative alla relazione tra il diritto e la morale. Ad esempio, le dinamiche del costituzionalismo hanno provocato la riformulazione della proposta positivista sulla validità a partire dalla constatazione della presenza di contenuti morali nei criteri utilizzati per la identificazione delle norme. È in questo modo che si è avviato lo sviluppo del positivismo inclusivo.

Ma il fatto di prendere come riferimento ciò che avviene all'interno del contesto costituzionale al momento di elaborare una proposta sulla relazione tra il diritto e la morale ci spinge a porre la questione della misura in cui ciò determini un vero e proprio allontanamento dalla filosofia e dalla teoria del diritto, che per principio non sono legate in modo esclusivo ed escludente ad alcuna esperienza giuridica particolare e neanche ad alcuno specifico modello di diritto. Con questo non sto dicendo che la filosofia del diritto possa permettersi il lusso di ignorare la realtà giuridica, ma che le sue proposte devono quantomeno provare a trascendere le situazioni giuridiche concrete. E certamente, il costituzionalismo

costituisce una situazione giuridica concreta.

In effetti, non tutta l'esperienza giuridica è ridicibile al costituzionalismo, nè in termini diacronici nè in termini sincronici. Il modello giuridico e politico costituzionale deve essere identificato nei termini di un'esperienza concreta, come il risultato di lunghi processi storici, che possiede una precisa giustificazione (la necessità di limitare il potere attraverso il diritto come forma di garanzia della libertà), e che è dotato di un meccanismo interno funzionale a garantire la Costituzione (che si presenta come Costituzione dei diritti). È importante tenere a mente ciò perchè quando, ad esempio, si segnala che il costituzionalismo ha dimostrato l'invalidità della tesi positivista della separazione tra il diritto e la morale, sembra legittimo chiedersi cosa sarebbe successo se non si fossero diffuse le democrazie costituzionali dopo la Seconda guerra mondiale, ossia se non si fosse imposto questo specifico modello giuridico, quello in cui si sottopongono a revisione e a discussione determinate tesi. In questo caso, avremmo dovuto forse dare ragione al positivismo giuridico?

In definitiva, quello che sto cercando di sottolineare è che, probabilmente, spesso si confondono due piani differenti, quello teorico e quello riferito ad un particolare modello teorico. Il primo, che è quello proprio della filosofia e della teoria del diritto, tende, come già si è segnalato, a trascendere il particolare, perchè le sue conclusioni non devono essere collegate in modo specifico ad alcuna realtà concreta. Il secondo è costituito da una manifestazione specifica del giuridico, quale certamente è il costituzionalismo. Questa differenza di piani e prospettive non deve essere dimenticata, ciò al fine di non incorrere nell'errore di presentare come tesi generali quelle che in realtà sono tesi che hanno ad oggetto una determinata esperienza giuridica, presa come riferimento. In definitiva, possiamo affermare che c'è diritto oltre il costituzionalismo. E di ciò deve essere cosciente la filosofia del diritto. Il che, d'altro canto, contribuisce a complicare il suo discorso dal momento in cui si deve assumere il compromesso di elaborare proposte generali che siano capaci di costituire allo stesso tempo guide per la comprensione e l'analisi di modelli concreti nella loro applicazione.

Quanto detto non deve essere inteso nel senso che l'attenzione che la filosofia del diritto, o quantomeno una certa filosofia del diritto, presta al modello costituzionale, assumendolo come paradigma, non abbia giustificazione alcuna. Si deve riconoscere l'utilità di questo modo di procedere, anche se la si guarda da un punto di vista formativo, ossia al fine di aiutare il futuro giurista a comprendere la realtà giuridica in cui lavorerà. Quello che ci stiamo chiedendo, in realtà, è se la filosofia diritto debba fermarsi qui. La difficoltà sta nel fatto che a volte possiamo avere la tentazione di dimenticare che, sebbene l'esperienza giuridica concreta, in questo caso di natura costituzionale, esercita su di noi un'importante forza attrattiva, il discorso della teoria e della filosofia del diritto non dovrebbe fermarsi su questo piano, spingendosi a costruire concetti e ad elaborare proposte che permettano di valutare criticamente i dati che l'esperienza ci sottopone. Si tratta, dopotutto, di non confondere l'ambito del costitu-

zionalismo con l'ambito della filosofia del diritto. Per fare un esempio di cui mi sembra Andrea Porciello sia del tutto cosciente, ci si deve chiedere se la teoria di Alexy vada intesa come una teoria del modello costituzionale o come una teoria generale del diritto. In funzione della risposta che si offre, la conclusione relativa all'operatività della pretesa di correttezza, al di là del modello costituzionale, sarà differente. Alla fine, possiamo cadere nell'errore di confondere la riflessione che ha ad oggetto un modello giuridico paradigmatico, qual è quello costituzionale, e quella che, invece, condotta da un punto di vista teorico, ha ad oggetto il concetto di diritto. In altre parole, si può confondere il diritto e il buon diritto. Le conseguenze di questa possibilità sono particolarmente rilevanti con riferimento alla questione della relazione tra il diritto e la morale: il modello giuridico paradigmatico, quello costituzionale, è considerato tale, tra le altre cose, per l'inclusione di contenuti morali, inclusione che mette in discussione tesi come quelle della separabilità o dell'indipendenza concettuale del diritto e della morale.

La riflessione che sto portando avanti non deve essere intesa, pertanto, come una rivendicazione del "cielo dei concetti giuridici" (torniamo a Jhering) in quanto unico luogo idoneo per la filosofia del diritto. Al contrario, deve essere intesa come il riconoscimento della tensione tra il generale e il particolare che interessa la filosofia del diritto. Tensione, cui se ne accompagna un'altra, quella tra piano descrittivo e piano prescrittivo, tra essere e dover essere, alla quale non mi sembra facile rinunciare. Entrambe queste tensioni condizionano senza dubbio il modo di approcciare la relazione tra il diritto e la morale.

Proprio per tali ragioni, mi sembra interessante il fatto che Andrea Porciello utilizzi i due ultimi capitoli al fine di mostrare come alcune dimensioni del problema teorico, esaminate nelle parti precedenti del libro, si manifestino nel concreto funzionamento dei gruppi sociali. In effetti, credo che in questa prospettiva sia possibile mettere a fuoco tanto l'analisi della relazione tra individuo e comunità, al momento di proporre la migliore struttura della società, quanto la riflessione sulla imposizione da parte del diritto della morale sociale dominante. Di certo, si tratta di questioni che dimostrano quanto sia fragile e delicata la linea che separa la filosofia del diritto dalla filosofia morale e da quella politica, soprattutto quando si affrontano determinate questioni.

Il punto è che le società pluraliste e multiculturali, quali sono quelle nelle quali noi viviamo (quantomeno nel contesto occidentale) ci pongono di fronte alla sfida di identificare il protagonista del discorso morale. In questo caso, la tensione che viene a crearsi è quella tra l'individuo e la comunità. Si tratta di chiarire se la titolarità della decisione e la valorizzazione morale appartengano al singolo oppure al gruppo del quale questo fa parte. Oppure, detto diversamente, ci si chiede se l'individuo sia titolare di diritti in quanto tale o in quanto membro di un gruppo. Porre la questione in termini di diritti mi sembra importante visto che i diritti possono essere considerati come un elemento centrale del discorso morale. In questo ambito, posizioni come quelle che si difendono

in questo libro e che riconoscono il valore morale dell'individuo senza disconoscere la componente eteronoma determinata dalla necessaria inclusione nel gruppo, devono essere apprezzate (innanzitutto quella di Habermas in quanto posizione intermedia tra il liberalismo ed il comunitarismo).

D'altra parte, la natura plurale, in termini morali, dei nostri gruppi sociali condiziona l'identificazione della morale sociale che in alcuni casi il diritto pretende d'imporre. In questa occasione, Andrea Porciello approccia la questione prendendo come riferimento il populismo penale (il cui legame con il populismo politico mi sembra sia palese). Considerando i problemi relativi, ad esempio, al ruolo del giudice come rappresentante del senso comune della comunità e alla concezione di un diritto penale funzionale alla difesa della società, sorge la difficoltà d'identificare in modo preciso il senso comune collettivo, in quanto contraltare del senso morale particolare. La difficoltà, sempre più evidente, consiste nel dare un contenuto al senso morale collettivo, visto che nelle nostre società è riscontrabile una dinamica caratterizzata da tendenze centrifughe, certamente espressione di pluralismo. È qui che il ricorso alla distinzione tra etica pubblica ed etica privata può tornarci utile. La prima intesa come luogo di incontro, se si vuole tendenzialmente formale e minimo, a partire dal quale è possibile lo sviluppo delle convinzioni morali particolari in condizione di autonomia.

In conclusione, il lettore ha per le mani una guida che lo aiuterà ad attraversare le acque insidiose della riflessione sulla relazione tra il diritto e la morale. E considerando me stesso come il primo lettore del libro di Andrea Porciello, non mi resta che ringraziarlo per l'opportunità che mi ha offerto di continuare a riflettere insieme sui problemi della filosofia del diritto che più ci preoccupano e a cui dedichiamo buona parte del nostro tempo.

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Majadahonda, 26 Aprile 2021

Jura

Volume sottoposto a revisione.

Il regolamento della collana sulle regole di revisione è reperibile
insieme all'elenco completo delle pubblicazioni sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

filosofia del diritto

- Andrea Porciello, *Diritto e morale: tre questioni. Scorsi di teoria del diritto*, 2021
- Vito Velluzzi, *Tra teoria e dogmatica II. Altri sei studi sull'interpretazione giuridica*, 2020
- Adriano Zambon, *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, 2020
- Francesca Poggi, *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, 2020
- Gianmarco Gometz, *Democrazia elettronica. Teorie e tecniche*, 2017
- Andrea Porciello, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, 2016
- Giorgio Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, 2015
- Pierluigi Perri, Silvia Zorzetto (a cura di), *Diritto e linguaggio: il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico giuridica*, 2015
- Francesco V. Albertini, Luigi Cominelli, Vito Velluzzi (a cura di), *Fisco, efficienza ed equità*, 2015
- Luca Pelliccioli, *Natura delle cose e metodo giuridico. Il «diritto naturale» dei giuristi*, 2015
- Guglielmo Feis, *Impossibilità nel diritto*, 2015
- Corrado Del Bò, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, 2014
- Francesco Ferraro, *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista*, 2013
- Lorenzo Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, 2012
- Vito Velluzzi, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, 2012
- Vito Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, 2012
- Francesco Ferraro, *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, 2011
- Silvia Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, 2010
- Mario Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, 2010
- Aldo Schiavello, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, 2010
- Anna Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, 2010
- Gianmarco Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, 2008
- Silvia Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, 2008
- Mario Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, 2008

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021