

MAURO BARBERIS

Metaetica del costituzionalismo

ABSTRACT:

Today's metaethics faces more specific questions than moral objectivity debated in XX Century: e. g., the problem of constitutional interpretation discussed in this work. First section, on the tracks of David Hume, Friedrich Nietzsche and Michel Foucault, tries to imagine an other metaethics: an evolutionary, genealogic, and legally oriented one. Second section criticizes the idea, often shared by moral philosophers and legal theorists, that the role of law and constitution in division of ethical work must be only application of morals. Third section, finally, sketches a constitutional metaethics: an objectivist, pluralistic and relativistic answer to methodological questions on constitutional interpretation.

Il grande dibattito novecentesco sull'oggettività dell'etica ci ha lasciato questioni molto più specifiche: come i problemi etici del costituzionalismo discussi in questo lavoro. Nella prima sezione, ripartendo da David Hume, Friedrich Nietzsche e Michel Foucault, provo a immaginare una metaetica diversa da quella novecentesca: evolutzionista, genealogica, e giuridicamente orientata. Nella seconda, ipotizzo che nella storia dell'etica il diritto in genere, e oggi le costituzioni rigide e garantite, abbiano sempre giocato un ruolo maggiore di quello attribuito loro da filosofi morali e teorici del diritto: ossia applicare la morale. Nella terza sezione, infine, abbozzo una metaetica del costituzionalismo: una risposta oggettivista, pluralista e relativista alle domande sullo statuto etico dell'interpretazione costituzionale.

KEYWORDS:

constitutionalism, metaethics, law, morals, values, principles, constitutional interpretation

costituzionalismo, metaetica, diritto, morale, valori, principi, interpretazione costituzionale

MAURO BARBERIS *

Metaetica del costituzionalismo

1. Un sogno metaetico a occhi aperti – 2. Il diritto nella divisione del lavoro etico – 3. Metaetica del costituzionalismo

Il grande dibattito novecentesco sull'oggettività dell'etica ci ha lasciato questioni molto più specifiche¹: come i problemi etici del costituzionalismo discussi in questo lavoro. Nella prima sezione, ripartendo da David Hume, Friedrich Nietzsche e Michel Foucault, provo a immaginare una metaetica diversa da quella novecentesca: evolucionista, genealogica, e giuridicamente orientata. Nella seconda, ipotizzo che nella storia dell'etica il diritto in genere, e oggi le costituzioni rigide e garantite, abbiano sempre giocato un ruolo maggiore di quello attribuito loro da filosofi morali e teorici del diritto: ossia applicare la morale. Nella terza sezione, infine,

¹ Cfr. J. COUTURE, K. NIELSEN, *The Ages of Metaethics*, in ID (eds.), *On the Relevance of Metaethics. New Essays in Metaethics*, Calgary, University of Calgary Press, 1995, pp. 1-30; S. DARWALL, A. GIBBARD, P. RAILTON, *Toward Fin de Siècle Ethics: Some Trends*, in ID. (eds.), *Moral Discourse and Practice. Some Philosophical Approaches*, New York, Oxford U.P., 1997, pp. 3-47; G. SAYRE-MCCORD, *Metaethics* (2007), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/metaethics>.

abbozzo una metaetica del costituzionalismo: una risposta oggettivista, pluralista e relativista alle domande sullo statuto etico dell'interpretazione costituzionale.

1. *Un sogno metaetico a occhi aperti*

Per metaetica intendo né più né meno della metodologia dell'etica o pratica: la riflessione su concetti, metodi e rapporti reciproci di morale, politica, diritto... La metaetica non può fondare l'etica, come si è spesso pensato nel Novecento; può però indagare sulla possibilità di accordo e disaccordo etici: compito non da poco, perché se non fosse possibile l'accordo, in etica, non sarebbe possibile neppure il disaccordo (cfr. qui, 3.1). Non vorrei insistere ulteriormente, come in molti lavori precedenti², sulla triplice dimensione della metaetica: analitico-concettuale, conoscitivo-esplicativa, e normativo-valutativa. Vorrei invece provare a immaginare una metaetica che: 1) si muova entro un orizzonte evoluzionista; 2) coltivi un metodo genealogico; 3) attribuisca al diritto un ruolo etico attivo, o almeno non meramente applicativo.

1.1. Anzitutto, immagino una metaetica *che si muova in un orizzonte evoluzionista*: che prenda le mosse da, ma accetti anche i vincoli di una sorta di storia naturale dell'etica, per usare l'espressione humiana poi ripresa da Nietzsche. Hume scrisse una *Natural History of Religion* (1757), e si sforzò di spiegare scientificamente la morale; una storia naturale della morale fu progettata da Nietzsche

² Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, e ID., *La strana coppia: relativismo etico e pluralismo dei valori*, in V. VILLA et alii (a cura di), *Il relativismo. Temi e prospettive*, Roma, Aracne, 2010, pp. 251-270.

nel capitolo così intitolato di *Jenseits vom Gut und Böse* (1885): programma poi solo parzialmente realizzato in *Genealogie der Moral* (1887). Parlo, genericamente, di metaetica che si muova «in un orizzonte evoluzionista» perché non ignoro che l'evoluzionismo è un'intera galassia di teorie di cui possono farsi applicazioni molto differenti, e che le sue prime applicazioni etiche sono state concettualmente fallaci e moralmente ripugnanti³.

Per sfuggire ai sospetti di vacuità inevitabilmente prodotti da proposte del genere, vorrei indicare una possibile conseguenza di un evoluzionismo (meta)etico. Chi, come il sottoscritto, aderisce al principio di avalutatività, almeno nel senso debole di distinguere sistematicamente discorsi conoscitivi e normativi, adotta spesso un approccio conoscitivo al diritto (positivo) e uno normativo alla morale (critica): come se non fosse possibile fare il contrario, o applicare il medesimo accostamento a entrambi gli oggetti. In particolare, perché non applicare uno stesso approccio conoscitivo, avalutativo ed evoluzionista sia al diritto sia alla morale? Perché continuare a interrogarsi sui rapporti concettuali fra diritto e morale, come fanno i teorici del diritto, e ignorare i loro rapporti effettivi: quella che chiamerò *divisione del lavoro etico*⁴?

Fra morale positiva, morale critica, diritto positivo e ideale del governo del diritto (*rule of law*) si danno rapporti

³ Particolarmente illuminanti, a questo proposito, alcuni dei saggi raccolti in B. WILLIAMS, *Making Sense of Humanity* (1995), trad. it. parz. *Comprendere l'umanità*, Bologna, il Mulino, 2006.

⁴ La critica è rivolta all'ormai ultradecennale discussione fra giuspositivismo inclusivo, esclusivo e normativo (cfr. qui, § 2); un'idea vagamente simile si trova in J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), trad. it. *Fatti e norme*, Milano, Guerini, 1993, p. 130 (corsivo nel testo): «la morale autonoma, da un lato, e il diritto positivo [...] dall'altro, stanno in un rapporto di *complementarità*».

complessi; il diritto, in particolare non nasce semplicemente dalla morale: semmai, entrambi si sviluppano dal costume, differenziandosi da questo, e tra loro⁵. La storia naturale dell'etica richiesta da una metaetica evoluzionista deve appunto indagare i ruoli giocati da diritto e morale nella divisione del lavoro etico: senza dare per scontato che, com'è avvenuto nell'etica moderna e contemporanea, il diritto possa ridursi a strumento applicativo della morale. Più precisamente, una metaetica evoluzionista, nel senso di Friedrich Hayek, può concepire il diritto in particolare moderno come momento intenzionale di un'etica evolutasi non intenzionalmente⁶: come vedremo nella § 2.

1.2. Poi, immagino una metaetica che impieghi *un metodo genealogico*: una critica storica dei rapporti di potere, à la Nietzsche e Foucault⁷. Anche qui non ignoro che, sotto queste etichette, entrambi hanno finito per produrre *metafisiche* (discorsi che confondono analisi, conoscenza e valutazione) e *mitologie* (spiegazioni in forma di racconto, più attraenti esteticamente che scientificamente): come le rispettive dottrine della volontà di potenza e l'ubiquità del potere. Neppure ignoro che la critica formulata da entrambi

⁵ Cfr. N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), trad. it. *la differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990.

⁶ Quando si evoca l'opposizione intenzionale/non intenzionale, tracciata da F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty* (1982), trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1989, occorre sempre insistere sul suo carattere non assoluto ma relativo: si tratta sempre di effetti non intenzionali di azioni umane, intenzionali per definizione.

⁷ Cfr. almeno F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral* (1887), trad. it. *Genealogia della morale*, Milano, Adelphi, 1968, e M. FOUCAULT, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire* (1971), trad. it. *Nietzsche, la genealogia, la storia* in ID., *Microfisica del potere*, Torino, Einaudi, 1977, pp. 29-54.

contro la (filosofia) morale tradizionale ha indotto a scambiarli per immoralisti⁸: com'è capitato ad altri “maestri del sospetto” otto-novecenteschi. Eppure, credo che il metodo genealogico sia il loro maggiore contributo all'etica: anche all'etica normativa.

Che il metodo genealogico costituisca il maggiore contributo di Nietzsche e Foucault all'etica conoscitiva è ovvio: le loro osservazioni sui motivi effettivi di molti comportamenti morali forniscono più conoscenze all'etica che secoli di prediche edificanti. Come ha sostenuto Bruno Celano per la critica dell'ideologia⁹, smascherare le motivazioni inconfessabili di molte tesi morali non è solo un'arma per screditare l'avversario: è uno strumento indispensabile per affinare la nostra sensibilità etica. La consapevolezza dei motivi per cui si sostengono certe posizioni etico-normative è condizione necessaria per adottarle, benché non sia condizione sufficiente: dopotutto, anche una posizione oggettivamente giusta, ossia sostenuta da buone ragioni, può essere sostenuta per motivi soggettivi inconfessabili.

Meno ovvia può apparire la tesi che il metodo genealogico sia il maggiore contributo di Nietzsche e Foucault all'etica normativa; eppure, come nota Bernard Williams, questa deve rispettare un vincolo più stringente della legge di Hume: il principio “dovere implica potere”¹⁰. Mentre qualsiasi pretesa deduzione di norme da proposizioni può sempre riformularsi in modo da rispettare la legge di Hume, il principio *ought implies can* delimita lo spazio di norme e valutazioni etiche;

⁸ Cfr., sin dal titolo, B. LEITER, *Nietzsche and the Morality Critics*, in «*Ethics*», 107, 1997, pp. 250-285.

⁹ Cfr. B. CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, il Mulino, 2007, specie pp. 378-385.

¹⁰ Cfr. B. WILLIAMS, *Comprendere l'umanità*, trad. it. cit., pp. 50-51.

si possono avanzare soluzioni a problemi etici solo a condizione che siano praticabili. Il metodo genealogico può evidenziare cause dei sentimenti morali abbastanza potenti da togliere senso a interi sistemi etici; insomma, non è vero che in etica bisogna mettere da parte tutti i fatti: al contrario, bisogna conoscere per poter valutare¹¹.

1.3. Infine, immagino una metaetica *giuridicamente orientata*: l'aspetto più problematico di questo sogno metaetico a occhi aperti, cui sarà dedicata la prossima sezione. Qui mi limito a criticare quella che chiamerò *concezione del diritto come braccio secolare della morale*: idea su cui sembrano concordare, oggi, non solo i filosofi morali, ma persino i teorici del diritto, senza troppe differenze fra giuripositivisti e neocostituzionalisti¹². I teorici del diritto, in particolare, sembrano concordare almeno su questo: genuini valori etico-normativi potrebbero essere prodotti solo dalla discussione morale, sicché al diritto resterebbe solo il compito di applicarli. Secondo la concezione del diritto come braccio secolare della morale, insomma, la morale è l'unica fonte dei valori etici, e il diritto si riduce a un fatto: uno strumento per applicare la morale¹³.

¹¹ Cfr. M. BARBERIS, *Facta sunt observanda. Sulla metodologia etica «modenese»*, in «Ragion pratica», 23, 2004, pp. 573-588.

¹² Uso 'neocostituzionalismo' nel senso chiarito in M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in «Analisi e diritto», 2011, pp. 3-20, e 'giuripositivismo' nel senso (non teorico o ideologico, ma) metodologico; come accennerò in seguito, a questo accordo sfuggono soprattutto filosofie politiche come l'*internal morality of law* o il giuripositivismo normativo.

¹³ L'esempio paradigmatico di questa soluzione non è tanto, come lascerebbe pensare il titolo della traduzione italiana, C. S. Nino, *Derecho, moral y política* (1994), trad. it. *Il diritto come morale*

Il punto sul quale questo accordo s'incrina è la costituzione, o più precisamente la dichiarazione dei diritti: documento giuridico per i giuspositivisti, carta dei valori per i neocostituzionalisti. A me, giuspositivista, pare che la vera novità delle costituzioni rigide e garantite dello Stato costituzionale stia proprio nel fatto che si tratta di documenti *giuridici*: e non di carte morali o politiche, com'erano le costituzioni flessibili dello Stato legislativo. Che si tratti di documenti giuridici equivale a dire che le dichiarazioni dei diritti sono divenute oggetto d'interpretazione giuridica, benché l'interpretazione costituzionale presenti poi molte specificità argomentative; le carte costituzionali, comunque, *non* sono divenute, o rimaste, oggetto di *moral reading*: 'interpretazione morale', anzi, è un ossimoro, una contraddizione in termini.

I teorici del diritto giuspositivisti tendono però a banalizzare la conversione della morale in diritto compiuta tramite le costituzioni: come se fosse identica a quella compiuta con la legislazione¹⁴. Nella prossima sezione cerco di problematizzare anche questo luogo comune; nella divisione del lavoro etico, sosterrò più in generale, il diritto non è mai stato il braccio secolare della morale: né nelle società tradizionali, per le quali ha ancora senso parlare di *una* morale condivisa, né nelle odierne società pluraliste, scisse fra diverse morali. In realtà non c'è mai stata *iustitia* – ossia morale o etica pubblica – se non in relazione al *ius*; l'unica morale davvero autonoma dal diritto, semmai, è stata

applicata, Milano, Giuffrè, 1999, quanto l'opera precedente di Nino, in particolare il suo teorema fondamentale della filosofia del diritto.

¹⁴ In particolare, varianti dell'argomento del Re Mida di Hans Kelsen – il diritto trasforma in diritto tutto quello che tocca – sono state riproposte contro il neocostituzionalismo da Riccardo Guastini e Luigi Ferrajoli.

la morale *privata*, inter-personale o intra-familiare¹⁵: cui oggi torna a minacciare di estendersi, in nome dei valori, l'impero del diritto.

2. *Il diritto nella divisione del lavoro etico*

Il problema metaetico della divisione del lavoro etico fa capolino nell'attuale teoria del diritto quasi esclusivamente sotto la rubrica dei rapporti fra diritto e morale: cui è dedicata gran parte dell'attuale discussione fra neocostituzionalisti e giuspositivisti (inclusivi, esclusivi e normativi)¹⁶. In conformità alle proposte avanzate nella prima sezione, invece, azzardo qui una sorta di storia congetturale dell'evoluzione dei rapporti – empirici, analitici e normativi – fra diritto e morale: rispettivamente prima della codificazione del diritto, dopo di essa, e dopo l'odierna costituzionalizzazione. Questa storia congetturale, beninteso, non ha altra ambizione che fornire argomenti alla tesi anticipata nella sezione precedente: il diritto ha sempre giocato un ruolo attivo all'interno dell'etica, anche quando si confondeva con la morale; e certamente può giocarlo oggi, distinguendosene.

2.1. *Prima della codificazione* sette-ottocentesca del diritto, il diritto è stato per millenni indistinguibile dalla morale, dalla quale avrebbe potuto distinguersi solo

¹⁵ Qui credo resti ancora esemplare, per chiarezza, il capitolo ottavo di H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965.

¹⁶ Qui posso solo rinviare ai miei volumi *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, specie cap. 1, e *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2011, capp. 1 e 6.

concettualmente: come avviene oggi nella comparazione giuridica, quando si parla di un “diritto” extra-occidentale in realtà indistinguibile da religione, morale, costume...¹⁷. Di fatto, anche i latini *ius*, *mos* e *fas* erano inestricabilmente intrecciati; nel *ius civile* romano, però, cominciano a differenziarsi dal costume le stesse aree della condotta sociale poi etichettate come giuridiche anche dal *common law*: proprietà, contratto, illecito, sia civile sia penale. In queste aree emergono prima, e vengono deliberatamente prodotti poi, rimedi e metodi di composizione delle controversie distinti, più rigorosi e più efficaci, di quelli impiegati nel resto della vita sociale.

Il *ius civile* è certamente il paradigma storico del diritto occidentale; per trovare il paradigma storico della *morale* occidentale, invece, bisogna rivolgersi a quel *mix* di filosofia greca e religione ebraica che è la teologia morale medievale. Ma parlare di rapporti diritto-morale nell'antichità resta problematico¹⁸; le due cose sono indicate con lo stesso nome in greco, e anche in latino si parla di rapporti fra *ius civile* e *ius naturale*, comune a tutte le genti: rapporti sempre interni al *ius*, dunque. Il diritto antico era distinguibile solo concettualmente dalla morale, applicandogli concetti di diritto e di morale elaborati successivamente; una qualche subordinazione del diritto *positivo* alla morale (il diritto *naturale*) e di entrambe alla religione (il diritto

¹⁷ C'è chi distingue fra natura universale e concetto particolare del diritto, come fa Joseph Raz nei primi tre saggi *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press., 2009; io preferisco parlare di più concetti o definizioni del diritto: cfr. M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. 2.

¹⁸ Cfr. M.C. MURPHY, *Natural Law Jurisprudence*, in «Legal Theory», 9, 2003, specie p. 244.

divino) si ha solo in epoca medievale: ma non sfuggirà che per tutti e tre si parla sempre di *diritto*.

L'ipotesi, insomma, è che nell'etica antica il diritto romano abbia giocato un ruolo almeno equivalente alla filosofia greca prima e alla religione ebraica poi; che la subordinazione di un diritto appositamente qualificato come positivo alla morale (diritto naturale) e alla religione (diritto divino) sia solo un prodotto della teologia morale cristiana: della quale la *scientia iuris* romana è stata il modello. Ancor oggi, del resto, giuristi come Richard Epstein possono riproporre gli istituti giuridici selezionati dall'evoluzione del diritto occidentale come nucleo di un'etica per il mondo globalizzato: il *common law*, per lui, fornisce «un ampio deposito di dati grezzi, che nessun filosofo morale potrebbe mai sperare di riprodurre nelle sue riflessioni solitarie, e che paiono indispensabili per forgiare un insieme stabile di norme giuridiche per le nostre istituzioni politiche e sociali»¹⁹.

2.2. *Dopo la codificazione*, il diritto lascia alla morale la sfera dell'etica privata, acquisendo il quasi-monopolio dell'etica pubblica. Si impone cioè questa divisione del lavoro etico, proposta dal giusrazionalismo volontarista protestante dopo le guerre civili di religione: il diritto positivo regola la condotta esterna, la (teologia) morale la condotta interna. Il diritto diviene oggettivamente conoscibile in quanto positivo: conoscerlo comporta solo accertare la volontà del legislatore. John Austin teorizza la positività della morale: ma si tratta solo delle materie giuridiche che non rientrano in una definizione troppo

¹⁹ Cfr. R.A. EPSTEIN, *Skepticism and Liberty. A Modern Case for Classical Liberalism* (2003), trad. it. (qui mod.), *Scetticismo e libertà. Una difesa moderna del liberalismo classico*, Macerata, Liberilibri, 2010, pp. 37-38 (trad. it. mod.).

stretta di diritto. Persino la morale critica utilitarista, oggettiva benché non positiva – immune da mutamenti deliberati, per dirla con Hart²⁰ – viene concepita in termini giuridici: come il diritto che deve essere.

Ma può ancora ritenersi oggettiva una morale critica, non-positiva per definizione? A questa domanda – cui la metaetica soggettivista primo-novecentesca risponde negativamente – una metaetica evoluzionista può rispondere come segue. La morale positiva è una delle tante istituzioni sociali, come il linguaggio, il mercato, la religione, che si producono come effetto non intenzionale di azioni umane intenzionali²¹: da valutazioni soggettive in conflitto si generano valori oggettivi (cfr. 3.1). Ogni morale critica può essere solo – per dirlo combinando i lessici di Hart e di Hayek – una costruzione deliberata (effetto intenzionale di atti intenzionali) edificata a partire da una morale positiva non deliberata (effetto non intenzionale di atti intenzionali).

La morale è conoscibile più o meno oggettivamente come prodotto non intenzionale di azioni umane intenzionali; è il mancato riconoscimento di questo “terzo regno” fra natura e artificio a generare le concezioni oggettiviste antiche e moderne, naturalistiche e razionalistiche, e anche le concezioni soggettiviste primo-novecentesche. Si pensi solo alla tesi di Hans Kelsen che il diritto positivo sia l’unica parte oggettivamente conoscibile dell’etica: che tutti

²⁰ Cfr. ancora H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. cit., pp. 205-208.

²¹ Cfr. già K. MENGER, *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften* (1883), trad. it. *Sul metodo delle scienze sociali*, Macerata, Liberilibri, 1996, p. 150, che elenca, oltre al mercato e alla moneta, linguaggio, religione, diritto, «persino lo Stato»; F. Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. cit., p. 542, aggiunge la morale, ma toglie lo Stato.

i valori etici siano soggettivi, tranne le norme giuridiche positive, e in ragione della loro positività²². Il giuspositivismo dello Stato legislativo rivendica qui una sorta di imperialismo del diritto positivo, come unica e ultima fonte di valori oggettivi; ma, si potrebbe forse già aggiungere, il diritto non è mai stato una semplice appendice dell'etica, la sua parte terminale e applicativa.

2.3. *Dopo la costituzionalizzazione* – l'irradiazione nell'intero diritto positivo dei valori morali e dei principi costituzionali compiutasi nel *new constitutionalism* a partire da Auschwitz²³ – la morale sembra prendersi una rivincita sul diritto, registrata dalla stessa teoria del diritto. Il maggiore teorico analitico, il solito Hart, ridefinisce la posizione giuspositivista in termini – più che di separabilità – di connessione contingente fra diritto e morale: connessione che diviene poi necessaria, e comunque terribilmente importante, nei critici neocostituzionalisti dello stesso Hart. Fra questi ultimi, Carlos Nino affonda il colpo finale contro la rilevanza etica del diritto, opponendo al kelseniano imperialismo del diritto il proprio imperialismo della morale²⁴: quella che qui si è chiamata concezione del diritto come braccio secolare della morale.

Si innesca così, fra gli stessi giuspositivisti odierni, una estenuante discussione sui rapporti diritto-morale. Hart

²² Così H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. *Dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, pp. 29 ss.

²³ 'New constitutionalism' è l'espressione usata ormai anche in inglese, da autori come Ran Hirschl e Alec Stone Sweet, per il costituzionalismo post-bellico, oggetto delle teorie giuridiche del neocostituzionalismo e caratterizzato da rigidità della costituzione, controllo di legittimità costituzionale e appunto dal processo di costituzionalizzazione.

²⁴ Cfr. C.S. NINO, *Il diritto come morale applicata*, cit., p. 67.

concede ai neocostituzionalisti che il diritto *può* incorporare la morale, anzi che lo fa quasi sempre (giuspositivismo inclusivo); Joseph Raz, benché a sua volta disposto a concedere tutte le possibili connessioni necessarie fra diritto e morale, reclama che il primo *non può* incorporare la seconda senza perdere la propria autorità e farsi colonizzare dalla seconda (giuspositivismo esclusivo); Jeremy Waldron, riformulando l'imperialismo giuridico in termini esplicitamente normativi, rivendica al diritto prodotto democraticamente, e rispettando i diritti, il carattere di migliore morale possibile, che in quanto tale *non deve* incorporarne altre (giuspositivismo normativo).

Il vero tema di questa disputa esoterica non sono i rapporti concettuali fra diritto e morale: i quali, di per sé, dipendono solo da come si sceglie di definire 'diritto'. Il vero tema è la divisione del lavoro all'interno dell'etica: i rapporti concettuali, empirici e normativi fra diritto e morale. Gli opposti imperialismi non sono plausibili: qui e oggi – ma forse, come si è visto, neppure ieri e altrove – né filosofi morali né giuristi possono pretendere di monopolizzare l'etica. Nell'Occidente odierno, ma forse anche nel mondo globalizzato, il terreno strategico sul quale si giocano i rispettivi rapporti, e si definisce il ruolo che diritto e morale stanno assumendo nella divisione del lavoro etico, sono la costituzione, la dichiarazione dei diritti, insomma l'interpretazione costituzionale: e proprio a questo il tema è dedicata la prossima e conclusiva sezione.

3. *Metaetica del costituzionalismo*

La principale novità del *new constitutionalism*, checché ne dicano i teorici del diritto neocostituzionalisti, è proprio la giuridicità delle costituzioni rigide e garantite: la loro soggezione a un'interpretazione giuridica. In altri termini:

nato per comporre conflitti di interessi, il diritto pretende oggi anche di dirimere conflitti fra valori²⁵. Qui di seguito si distinguono tre ingredienti dell'interpretazione costituzionale: valori morali, principi costituzionali, interessi giuridici. Per i problemi sollevati da ognuno di essi s'immaginano soluzioni metaetiche differenti, benché compatibili: per i valori morali si propone una versione evoluzionista dell'oggettivismo metaetico; per i principi costituzionali, la metaetica nota come pluralismo dei valori; per gli interessi giuridici, una forma giuridica di relativismo metaetico.

3.1. A parlare di *valori* (*Werte*) hanno cominciato, due secoli fa, gli economisti, seguiti dai filosofi morali; i giuristi si sono aggiunti solo negli ultimi cinquant'anni, e lo hanno fatto in modo particolarmente equivoco. Quando i giudici costituzionali tedeschi, nella sentenza *Luth* (1959), parlano di un ordine oggettivo dei valori (*Objektive Wertordnung*), intendono poco più di questo: a differenza che nello Stato legislativo, nello Stato costituzionale (non i valori morali, ma) i *principi* costituzionali sono giuridicamente vincolanti. Quando il principale sostenitore di un'interpretazione "per valori" della Costituzione italiana, Antonio Baldassarre, parla di valori, intende a sua volta solo i principi costituzionali: che poi concepisce come norme giuridiche positive, le cui micro-gerarchie sarebbero ricostruibili a partire dallo stesso testo costituzionale²⁶.

²⁵ Così, quasi letteralmente, F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. x.

²⁶ Cfr. in particolare A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione del diritto costituzionale*, in I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale: principi fondamentali, Napoli, Esi, 2007, pp. 367-416.

Per valori etici, in generale, possono intendersi beni assunti a parametro di valutazioni etiche²⁷. I valori possono dirsi oggettivi se e nella misura in cui sono adottati come parametro di giudizi di valore; i giudizi di valori sono invece soggettivi, anche quando sembrano adottare lo stesso parametro²⁸. L'oggettività dei valori, o più precisamente la convergenza nell'adozione degli stessi parametri, si spiega sempre sulla base dell'evoluzionismo metaetico (cfr. 2.2); secondo il solito meccanismo a mano invisibile, da secoli di valutazioni intenzionali, anche confliggenti, possono emergere, come effetto non intenzionale, parametri oggettivi comuni²⁹. Come si diceva all'inizio (cfr. 1.), del resto, il disaccordo sulle valutazioni presuppone un qualche accordo sui parametri; nel gioco della valutazione etica, non avrebbe senso dissentire se non si adottassero, non si fingessero di adottare, parametri comuni.

L'accordo sui parametri, e quindi l'oggettività dei valori, è peraltro generico; nei caso dei valori morali cui fanno appello le costituzioni, anzi, si tratta spesso di accordo parzialmente teorizzato, che cela dissensi sui giudizi di valore specifici³⁰. Si pensi ai diritti umani, le cui dichiarazioni costituzionali (nazionali, sovranazionali e internazionali) convergono – appaiono cioè mere varianti, e

²⁷ Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Valuations – Or How to Say the Insayable*, in «Ratio Juris», 13, 2000, pp. 347-357.

²⁸ Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 167-17.

²⁹ Il riferimento è qui, in particolare, alla teoria del valore soggettivo della Scuola economica austriaca, da Menger a Hayek e oltre: per la quale i giudizi di valore sono semplicemente preferenze.

³⁰ Cfr. da ultimo C. SUNSTEIN, *Designing Democracy* (2001), trad. it. *A cosa servono le costituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009, cap. 2.

successive estensioni, di una stessa lista³¹ – nonostante, o forse proprio in ragione delle discussioni che li riguardano. Come valori morali, dichiarati nelle costituzioni come base generica per successivi accordi più specifici, essi tendono a convergere; come principi costituzionali, formulati dal costituente e soggetti a interpretazioni e specificazioni differenti, essi possono divergere (cfr. 3.2).

L'accordo sui valori generici, in etica, lascia spazio al disaccordo sui giudizi di valore specifici: disaccordo appena mascherato dalla formulazione in termini di giudizi, apparentemente comune ai giudizi di fatto. I filosofi morali evolucionisti hanno cercato spiegazioni evolutive profonde per formulazioni siffatte³²: ma forse basta una spiegazione più superficiale. In culture chiuse e tradizionali, che non distinguono neppure fra proposizioni e norme, i giudizi di valore si distinguono a malapena dai giudizi di fatto, essendo ugualmente condivisi; nelle società aperte e pluraliste contemporanee, dove proposizioni e norme sono invece distinte, i giudizi di valore continuano a mimare strategicamente l'oggettività dei giudizi di fatto: la formulazione normativa più forte, infatti, è proprio quella assertiva³³.

3.2. I valori morali acquistano un ruolo giuridico tramite la loro formulazione come *principi* costituzionali: tipo di

³¹ Cfr. R. DWORKIN, *Justice in Robes* (2006), trad. it. *La giustizia in toga*, Roma-Bari, Laterza, 2010, specie p. 13, ma soprattutto l'intera parte seconda di M. Barberis, *Europa del diritto*, cit.

³² Cfr. A. GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, specie pp. 64-80 e 293-300.

³³ È una vecchia tesi di M. VILLEY, *L'indicatif dans le droit*, in «Archives de Philosophie du droit», 19, 1974, p. 33-61: tesi largamente accettata, senza conoscerla, sia da filosofi morali espressivisti e quasi-realisti come Simon Blackburn, sia dagli studi sul *drafting* legislativo.

norme giuridiche distinte dalle regole. Benché il lessico nelle diverse lingue assuma significati differenti, dei quali sono possibili ricostruzioni teoriche diverse³⁴, ‘valori’ e ‘principi’ possono ridefinirsi attribuendo loro la stessa denotazione e connotazioni diverse, rispettivamente morali e giuridiche. Si parla di principi, in particolare, a proposito delle disposizioni costituzionali formulate in termini di valori; le costituzioni contengono disposizioni interpretabili diversamente, e che esprimono norme giuridiche raffigurabili in modo differente secondo la teoria delle norme che si adotta: ad esempio, come un *mix* di regole specifiche e di principi generici, la cui stratificazione nella storia del costituzionalismo si presta a essere ricostruita e anche criticata genealogicamente (cfr. 1.1).

Si pensi solo all’art. 13 Cost. it., in cui la formulazione di principio del primo comma («La libertà individuale è inviolabile») viene specificata già dal costituente in un regola che vieta di detenere le persone senza autorizzazione motivata dell’autorità giudiziaria: regola che risale a propria volta alla lunga storia dei diritti di *habeas corpus*. Qui è la regola a essere antica, e il principio recente, ma può darsi l’inverso; l’inflazione dei diritti comporta la formulazione di principi costituzionali che attendono specificazione. Ma le costituzioni del *new constitutionalism* possono comunque considerarsi documenti giuridici; la loro formulazione di valori morali ne comporta l’istituzionalizzazione: la delega o comunque la dislocazione della loro interpretazione e

³⁴ Cfr., ad esempio, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 123-142, e G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, specie pp. 85-101.

applicazione a istituzioni giuridiche come Parlamento e giudici, rispettando certe procedure³⁵.

Questa nuova divisione del lavoro etico può essere raffigurata molto diversamente, a seconda che si aderisca all'imperialismo della morale o all'imperialismo del diritto; due cose, però, credo non si possano negare. Da un lato, oggi ricade sul diritto, e in particolare sui giudici, costituzionali e ordinari, la soluzione delle questioni morali più sensibili; dall'altro, gli stessi giudici, e più in generale i giuristi, ricorrono sempre più spesso a tecniche argomentative studiate dai filosofi morali. La stessa interpretazione costituzionale, come interpretazione (attribuzione di significato) non si distingue granché dall'interpretazione della legge; come argomentazione (giustificazione dell'attribuzione di significato), peraltro, essa ricorre a tecniche argomentative, quali specificazione o bilanciamento dei principi, studiate dai filosofi morali sotto le etichette del pluralismo dei valori³⁶ e dello specificazionismo³⁷.

³⁵ Cfr. almeno B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 101-141.

³⁶ Alcuni testi classici del *value pluralism* si trovano in M. WEBER, *Il politeismo dei valori*, Brescia, Morcelliana, 2010 e soprattutto in I. BERLIN, *Libertà*, Milano, Adelphi, 2005; per una prima parziale applicazione all'interpretazione costituzionale, cfr. I. Porat, *The Plural Implications of Value Pluralism: a Comment on Maimon Schwrschild's On This Side of the Law and on That Side of the Law*, in «San Diego Law Review», 46, 2009, pp. 909-924.

³⁷ Cfr. A. KOLNAI, *Deliberation is of Ends. Ethics, Value and Reality*, Indianapolis, Hackett, 1978; D. WIGGINS, *Deliberation and Practical Reason. Needs, Value, Truth*, Oxford, Blackwell, 1991; H. RICHARDSON, *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

Si prenda la questione etica dell'aborto: sulla quale confliggono valori morali apparentemente non negoziabili quali, da un lato, sacralità della vita del concepito, dall'altro, privacy, dignità personale e/o salute della donna. Questioni del genere, per millenni lasciate a una morale privata che oscillava fra rigore di principio e tolleranza di fatto, sono oggi di fatto decise dalle corti costituzionali: chiamate a fornire una soluzione giuridica cui il legislatore democratico spesso si adegua. La soluzione adottata è stata spesso di questo tipo: entro il caso astratto dell'aborto si sono distinti due sottocasi meno astratti – i primi tre mesi di gravidanza e gli ulteriori sei mesi – per il primo dei quali si sono specificate regole che privilegiano la salute della donna, per il secondo regole che privilegiano la vita del concepito.

Soluzioni cosiffatte sono teorizzate anzitutto dal *pluralismo dei valori*, metaetica che concepisce i valori etici, e anche i principi costituzionali, come *plurali*, *generici* e potenzialmente *confliggenti*, ossia tali da richiedere, rispettivamente, scelte, specificazioni e bilanciamenti³⁸: metaetica opposta al monismo dei valori, che li concepisce come plurali, generici e confliggenti solo *prima facie* (ad esempio, nella morale positiva, o in una disciplina costituzionale agli inizi) e non *all things considered* (ad esempio, in una morale critica, o in una disciplina costituzionale sviluppata)³⁹. Le stesse soluzioni,

³⁸ Altre ricostruzioni del *value pluralism*, e paradigmaticamente G. CROWDER, *Liberalism and Value Pluralism*, London, Continuum, 2002, trascurano la genericità e insistono sull'incommensurabilità dei valori.

³⁹ Cfr. J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, 2002, pp. 201-220, e D. MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto e balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2005, per esempi di microsistemi costituzionali sviluppati dalla giurisprudenza. Il sistema assiomatico di Ferrajoli in *Principia Iuris* (2008) può

peraltro, sono teorizzate anche dallo specificazionismo metaetico; per l'aborto, ad esempio, la ponderazione pare risolversi nella specificazione del caso in due sotto-casi, per ognuno dei quali prevale uno dei due principi confliggenti.

3.3. Nella ponderazione, i valori morali riformulati come principi costituzionali vengono interpretati, commisurati e conciliati convertendoli in *interessi* giuridici: com'era già ovvio per le prime tematizzazioni giuridiche del bilanciamento. Per la verità, utilitarismo, giurisprudenza degli interessi e *sociological jurisprudence* hanno tentato di ridurre l'intero ragionamento etico o giuridico a gestione di utilità o interessi: mentre qui si parla di un appello agli interessi molto più ridotto. 'Ponderazione', infatti, non indica se non per metonimia tutte le forme di ragionamento distinte dalla deduzione; di fatto, i giudici ricorrono a questa tecnica argomentativa solo dopo aver interpretato le disposizioni, ammesso un conflitto fra principi, e optato per una loro conciliazione nella forma della specificazione di più regole: sempre come nel caso dell'aborto.

Si hanno però almeno due usi di 'interesse' (in Italia, anche di 'interesse legittimo'): uno esterno, l'altro interno al bilanciamento. Si ha uso *esterno* quando si parla di conflitto fra interessi e diritti proprio al fine di escludere la ponderazione; qualificare una situazione soggettiva come interesse, anche legittimo, e l'altra come diritto soggettivo, cioè, serve a privilegiare la prima, non a conciliarle⁴⁰. Qui, invece, si

considerarsi non solo un modello di macrosistema costituzionale, ma un esempio di monismo dei valori.

⁴⁰ R. POUND, *A Survey of Social Interests*, in «Harvard Law Review», 57, 1945, pp. 1-39, proponeva di bilanciare interessi e interessi; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1978), trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010, cap. 2, di privilegiare i diritti; tenta una

parla di un uso di ‘interesse’ *interno* al bilanciamento: concepito appunto come conciliazione fra interessi giuridicamente rilevanti, di regola ottenuta sacrificandoli entrambi in modo da minimizzare il danno. Filosofi morali e costituzionalisti hanno elaborato modelli di ragionamenti siffatti, al fine di spiegarli, giustificarli e razionalizzarli; gli ovvi esempi, qui, sono i modelli tripartiti del giudizio di proporzionalità e della quantificazione del peso nel bilanciamento⁴¹.

Le critiche rivolte da filosofi e giuristi a questi modelli hanno finito per diventare più note dei modelli stessi: Carl Schmitt li ha accusati di voler rendere commensurabile l’incommensurabile, Jürgen Habermas di risolversi in un luogo comune dei giuristi, Riccardo Guastini di servire solo a occultare la discrezionalità giudiziale, Luigi Ferrajoli di ridursi a un tema alla moda. Eppure – rispetto alla soluzione di conflitti fra valori-principi, e nei limiti in cui i giudici si esprimono effettivamente così – l’unica alternativa seria a questa considerazione giudiziale esplicita degli interessi sembra il ritorno a considerazioni implicite che servirebbero solo a occultare il conflitto: meglio una ponderazione di interessi ben motivata che pretese deduzioni dall’intenzione originaria dei costituenti⁴².

conciliazione fra le due soluzioni I. PORAT, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, in «Cardozo Law Review», 27, 2006, pp. 1393-1441.

⁴¹ Per un primo confronto fra modelli continentali e nordamericani, cfr. I. PORAT, M. COHEN-ELIYA, *American Balancing and German Proportionality*, <http://ssrn.com/abstract=127263>; per l’ultimo e il più ambizioso di questi modelli, cfr. R. ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in «Ars Interpretandi», 2005, pp. 97-124.

⁴² Cfr. esemplarmente R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 482-489.

Non mancano certo i paradossi: conflitti deontologici vengono risolti consequenzialisticamente; l'utilitarismo, monista, fornisce il criterio per risolvere i conflitti, ammessi dal pluralismo; valori dichiarati incommensurabili, non negoziabili e assoluti dai filosofi morali sono quotidianamente commisurati, negoziati e relativizzati dai giuristi. Qui trova spazio l'unica forma di relativismo – nel senso stretto di contestualismo delineato altrove⁴³ – pacificamente ammesso nella storia dell'etica occidentale: la conciliazione di interessi da millenni affidata ai giuristi. Ma soprattutto il diritto tende ad accrescere il proprio ruolo nella divisione del lavoro etico regolando condotte a malapena contemplate dalla morale; e almeno nel caso di molti temi bioetici – si pensi solo alla fine della vita – ciò non comporta necessariamente un progresso.

⁴³ Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, cit., pp. 162-167, e ID., *La strana coppia*, cit.