

Prof. G. Gometz, Cattedra di Filosofia del diritto - corsi 1, 3 e Informatica giuridica e Principi di Filosofia del diritto

INFORMATICA GIURIDICA E PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Giustizia



1. Nozione e problemi

2

- Che cos'è la giustizia? = che cosa si intende per «giustizia»?
 - ▣ Per «giustizia» si intende un **valore positivo** che può essere riferito sia ai **comportamenti** e alle **scelte** pratiche sia alle **ragioni** addotte per giustificare questi e quelle.
 - ▣ Chiamiamo giusta una scelta o un'azione, ma anche la loro **giustificazione**
 - ▣ Nel diritto qualifichiamo inoltre **giuste** alcune **norme, decisioni, sanzioni e istituzioni**.
 - Il senso comune qualifica come «giusti» alcune persone (es. «Giovanni è un uomo giusto») e perfino alcuni accadimenti (es. la caduta in disgrazia del lestofante).
 - ▣ La giustizia **non** comprende tutti i valori della morale: è **intesa come un tipo speciale di bene (una specie del genere bene)**.
- Ma quali sono i criteri in base ai quali esprimiamo i nostri giudizi in termini di giustizia (e, dunque, di ingiustizia), anziché di altri valori positivi (es. «buono», «benefico», «rispettoso», «compassionevole» ecc.)?
 - ▣ Esiste un aspetto comune ai casi ai quali ricollegiamo i nostri giudizi di *ingiustizia*?



1. Nozione e problemi: Esempi di ingiustizia

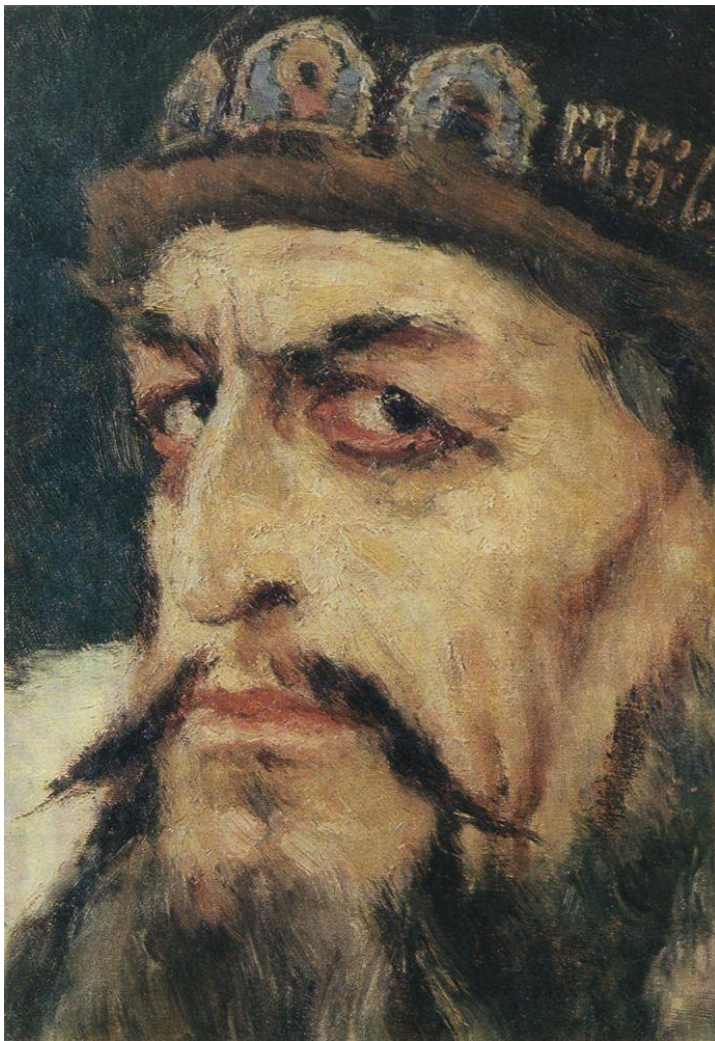
3

1. **Oltre la metà di tutta la ricchezza mondiale è nelle mani del 2% della popolazione** (Fonte: World Institute for Development Economics Research delle Nazioni Unite (UNU-WIDER).
2. Il versetto 11 della sura An-Nissa del Corano recita: «Ecco che Allah ingiunge riguardo ai figli: al maschio andrà una parte equivalente a quella di due femmine». Secondo la sharia, dunque, **la femmina (sorella, figlia, ecc.) eredita la metà di quanto spetta al maschio (figlio, fratello, ecc.)**.
3. La convivente di un uomo lo denuncia per una violenza sessuale che lui in realtà non ha mai commesso, al culmine di una crisi nel rapporto. **Condannato con sentenza definitiva**, l'uomo sconta 535 giorni di carcere e riesce a riaprire il caso solo grazie al test del Dna (che nessuno aveva fatto in diciassette anni di processi). (da www.errorigiudiziari.com)
4. La moglie del sig. Giovanni Bianca, la bielorusa Galina, è solita dare la **fetta più grande di torta al suo secondo figlio**, il prediletto Oleg, mentre gli altri tre figli Jura, Pasha e Misha devono accontentarsi di porzioni di gran lunga ridotte.

1. Nozione e problemi: Esempi di ingiustizia



4



5. Ivan IV “Groznyj”

Russia, 1570. Lo zar Ivan IV, avendo saputo che i capi d'una rivolta ordita contro di lui erano alcuni nobili di Novgorod, **invia milizie con l'ordine di saccheggiare quella città e di uccidere tutti i suoi abitanti.**

Alcune fonti riferiscono che il numero dei morti oscillerebbe tra trentamila e quarantamila.

1. Nozione e problemi: Alla ricerca della (in)giustizia



5

- Il tratto comune al quale ricollegiamo molti nostri giudizi di ingiustizia è dato o dalla **differenza di trattamento di casi che dovrebbero essere trattati allo stesso modo**, o dall'**eguale trattamento di casi che dovrebbero essere trattati in modo diverso**.
- 1. Nell'esempio della distribuzione della ricchezza mondiale taluni rilevano un'ingiustizia collegata al fatto che **soggetti che dovrebbero ritenersi uguali nei diritti hanno diverso accesso ai beni e alle risorse**.
- 2. Nell'esempio della sharia si rileva un'ingiustizia collegata al fatto che **la erede femmina viene trattata diversamente dall'erede maschio anziché nello stesso modo**.

1. Nozione e problemi: Alla ricerca della (in)giustizia



6

3. Nell'esempio del condannato innocente si rileva un'ingiustizia collegata al fatto che **costui è stato trattato diversamente dagli altri innocenti**, e che è stato invece **trattato allo stesso modo di soggetti che innocenti non sono, poiché hanno commesso violenza sessuale**.
4. Nell'esempio della torta si rileva un'ingiustizia collegata al fatto che **non tutti i figli di Galina Bianca vengono trattati allo stesso modo**.
5. Nell'esempio dell'eccidio di Novgorod si rileva un'ingiustizia collegata al fatto che i cittadini di quella città, che nulla avevano fatto contro Ivan il Terribile, **subiscono lo stesso trattamento di coloro che avevano ordito la rivolta contro lo zar**.



1. Nozione e problemi: La giustizia formale e quella sostanziale

7

- Nel valore della giustizia è di solito ricompreso quello della **uguaglianza**: giusto è solo il **trattamento uguale di casi uguali** (sotto gli aspetti rilevanti per giustificare quel trattamento).
- Ciò comporta che sia giusto altresì **trattare in maniera diseguale i casi diseguali**
- la giustizia coincidente con l'uguaglianza è nota come **giustizia formale**.
Esempi:
 - è **giusto** dare **lo stesso voto** a studenti che all'esame hanno dimostrato lo stesso livello di preparazione.
 - è **giusto** dare **voti diversi** a studenti che all'esame hanno dimostrato livelli diversi di preparazione.
 - per converso, sarebbe **ingiusto** dare lo **stesso voto** a studenti che all'esame hanno dimostrato **livelli diversi** di preparazione.
- In **un senso più largo e generico**, anch'esso diffuso tra i giuristi, la giustizia è intesa come **giustizia sostanziale**, ossia come il **risultato positivo di qualunque valutazione morale** nel campo del diritto: si dice che è giusta una azione o norma che abbia conseguenze moralmente buone (concezioni **teleologiche** della giustizia) o che sia buona «in sé» (concezioni **deontologiche** della giustizia)



2. Formule di giustizia: Il problema assiologico

8

- In filosofia del diritto, la definizione del concetto di giustizia dà luogo al c.d. **problema assiologico**. Dal punto di vista teorico, può scindersi in due sottoproblemi:
 1. Il problema delle condizioni della descrivibilità obiettiva e scientifica del diritto: **può il diritto descriversi e applicarsi senza compiere valutazioni di giustizia?**
 2. Il problema della **fondazione**, ossia della giustificazione ultima, dei giudizi di giustizia e in genere dei giudizi morali.
- Per i giusnaturalisti è possibile cogliere l'essenza della giustizia e formularne la **definizione reale**; la giustizia è dunque una caratteristica dei diritti suscettibile di **accertamento obiettivo**.



2. Formule di giustizia: Il problema assiologico

9

- Per la filosofia analitica **la pretesa di cogliere l'essenza** della giustizia tramite una definizione reale è invece inesorabilmente **destinata al fallimento**. Infatti:
 - ▣ Le definizioni tradizionali del concetto di giustizia, a partire da quelle classiche del Digesto (non cagionare danno ad altri, vivi onestamente, da' a ciascuno il suo), sono formule **carenti di contenuto prescrittivo** e atte pertanto a fungere da strumenti di giustificazione o critica di qualsiasi diritto, quale che sia il suo contenuto.
 - ▣ L'impressione di autoevidenza che tali formule di giustizia suscitano dipende dalla loro **indeterminatezza** e genericità.
 - In che cosa consiste esattamente il danno?
 - Che cosa significa «vivere onestamente»?
 - Come determinare il «suo»?
 - Stesso discorso per molte altre formule di giustizia più recenti.



2. Formule di giustizia: Concetto, concezioni e teorie della giustizia

10

- Abbiamo visto tuttavia che vi è qualcosa in comune a tutte le formule di giustizia storicamente proposte: **un significato minimo e costante del termine “giustizia”** in tutti i suoi infiniti e storicamente mutevoli usi.
- **Questo significato minimo e costante è il concetto di giustizia**, ciò che ci consente di comprendere il senso della domanda «che cos'è la giustizia?», indipendentemente dalle nostre variabili risposte personali, e può essere identificato appunto con l'idea di «**uguaglianza**», cioè di **trattamento uguale di casi uguali**, conseguenza dell'applicazione di un criterio predeterminato.
- Ma quando dei casi distinti sono «uguali» in questo senso?
 - Dei casi distinti sono «**uguali**» quando **presentano le stesse caratteristiche rilevanti** ai fini della giustificazione di un dato trattamento normativo.



2. Formule di giustizia: Concetto, concezioni e teorie della giustizia

11

- Ciò che **eccede** dal significato minimo (concetto) caratterizza le diverse **concezioni** della giustizia, che non si limitano a stabilire che i casi uguali devono essere trattati in modo uguale, ma specificano i **criteri di uguaglianza**, ossia:
 1. **L'indicazione delle classi di casi** (individui, comportamenti, situazioni) da sottoporre all'uguale trattamento
 2. **La determinazione dei trattamenti** da dare a certe classi di casi (individui, comportamenti, situazioni)
- In altri termini, le concezioni della giustizia **specificano i criteri in base ai quali casi distinti vanno considerati «uguali»**, ossia **meritevoli dello stesso trattamento**.
- Le c.d. «**teorie della giustizia**» sono dottrine che **giustificano** tali criteri, costituendo dunque dei compiuti sistemi normativi alla luce dei quali si può giudicare la giustizia di un dato diritto positivo (o di una sua specifica disciplina, o norma).



2. Formule di giustizia: Il conflitto tra le diverse concezioni della giustizia

12

- Le diverse **concezioni** della giustizia, e le **teorie della giustizia** costituite a partire da esse, confliggono sia su **come determinare le classi** di situazioni, comportamenti e persone da sottoporre ad un certo uguale trattamento sia su **come giustificare tale trattamento**.
- La giustizia come uguaglianza, o formale, **ci dice infatti soltanto che dobbiamo applicare lo stesso trattamento ai casi ricompresi in una medesima classe**, ma non ci dice **quali caratteristiche** dobbiamo considerare irrilevanti o rilevanti ai fini della formazione delle classi di casi, né ai fini della **determinazione e giustificazione del trattamento ad essi attribuito**.
- Determinare **le classi di trattamento** equivale a identificare le **caratteristiche rilevanti** atte a giustificare:
 - ▣ a) l'inclusione degli individui/situazioni/comportamenti che le presentano nell'ambito della medesima classe;
 - ▣ b) la loro giusta distinzione di trattamento rispetto ai non appartenenti alla classe.



2. Formule di giustizia: Il conflitto tra le diverse concezioni della giustizia

13

- Si tratta in altri termini di riempire la «forma» di «contenuti» o «sostanza», dando conto del **perché una certa caratteristica debba essere considerata rilevante ai fini di un certo trattamento normativo.**
 - Ecco perché si parla a questo proposito di considerazioni di giustizia «sostanziale».
 - Es. quali elementi rilevano per giustificare l'attribuzione del voto d'esame?
 - Quali elementi rilevano per giustificare l'ammissione delle persone alle competizioni sportive femminili?
- Problema: sul piano fattuale, individui e situazioni possono essere considerati simili o dissimili sotto un'infinità di profili; la scelta di dar rilievo a certe loro caratteristiche e di considerare irrilevanti tutte le altre è sempre una **scelta di valore.**
 - Es. è una scelta di valore quella che considera rilevante ai fini dell'ammissione alle competizioni sportive femminili l'auto-identificazione di genere delle persone piuttosto che il loro sesso biologico e/o il possesso di vantaggi biologici tipicamente maschili (livelli di testosterone endogeno ecc.).



2. Formule di giustizia: Giustizia formale e giustizia sostanziale

14

- Intesa nel significato minimo di uguaglianza, cioè come **giustizia formale**, la giustizia rappresenta anche una **tecnica di scelta pratica di carattere generalizzante** basata sulla applicazione di standard predeterminati (**formalismo pratico**) anziché sulla valutazione delle peculiarità irripetibili di ogni singolo caso.
 - ▣ Si fa riferimento a questo significato minimo quando si parla di giustizia come **legalità**, ossia come corretta applicazione di una norma giuridica predeterminata.
 - ▣ La legalità è considerata come un **valore interno** ai diritti che operano con norme generali e astratte o comunque con standard predeterminati.



2. Formule di giustizia: Giustizia formale e giustizia sostanziale

15

- La giustizia formale è un elemento **necessario** ma **non sufficiente** a connotare la nozione di giustizia intesa in senso sostanziale.
- La giustizia formale può infatti senz'altro coesistere con (l'asserita) **l'ingiustizia sostanziale** del contenuto prescrittivo delle norme.
 - ▣ Tale ingiustizia sostanziale può discendere:
 - o da un'ingiusta determinazione delle classi di eguale trattamento (vengano ricompresi nella stessa classe casi che dovrebbero essere trattati in modo diverso, oppure ricompresi in diverse classi di trattamento casi che dovrebbero trattarsi in modo uguale);
 - o da un'ingiusta determinazione del trattamento da dare a una certa classe di casi.



2. Formule di giustizia: Giustizia formale e giustizia sostanziale

16

- Es.: una norma che riserva il diritto di voto a tutti i maschi che abbiano compiuto 21 anni o abbiano prestato il servizio militare.
 - essa può essere detta giusta nel senso della legalità, perché tratta in maniera uguale tutti i membri della classe cui si riferisce.
 - Essa tuttavia non è oggi considerata giusta nel senso sostanziale perché tratta in modo diverso individui che devono essere trattati in modo eguale (donne e uomini).
- Caso inverso: una norma che prevede pensioni anticipate per le lavoratrici.
 - essa può essere detta giusta nel senso della legalità, perché tratta in maniera uguale tutti i membri della classe cui si riferisce.
 - viene solitamente considerata giusta anche nel senso sostanziale della determinazione delle classi di eguale trattamento, perché discrimina gli individui base al sesso ma avvantaggia quello ritenuto più svantaggiato (sulla base dell'argomento secondo cui le donne spesso assumono vari oneri di cura e responsabilità familiari).



2. Formule di giustizia: Giustizia formale e giustizia sostanziale

17

- La giustizia come uguaglianza ci dice che dobbiamo applicare lo stesso trattamento ai casi (persone, situazioni, comportamenti ecc.) che rientrano in una medesima classe, ma **non ci dice quali caratteristiche dobbiamo considerare irrilevanti o rilevanti al fine di costituire le classi, e per quali ragioni, e neppure ci dice quale trattamento dobbiamo applicare.**
- I criteri sostanziali sono quelli sulla base dei quali vengono determinate le classi, ossia **identificate le caratteristiche rilevanti atte a giustificare l'inclusione dei casi che le presentano nell'ambito della medesima classe** per un certo trattamento e la loro giusta distinzione dai casi non appartenenti alla classe.
- L'uguale trattamento dei casi che rientrano in una classe **ha sempre come suo necessario complemento il trattamento diseguale dei casi che non vi rientrano.**
 - Trattare in modo uguale i casi che rientrano in una certa classe significa trattare in modo diverso i casi che non vi rientrano.



2. Formule di giustizia: Due tendenze opposte nella determinazione delle classi di uguale trattamento

18

- **La spinta verso l'uguaglianza:** Nell'ultimo secolo, la tendenza dei diritti occidentali è stata quella di **considerare come rilevanti un numero sempre minore di differenze** fra gli individui, un tempo considerate giustificanti un trattamento differenziato: razza, sesso, religione, capacità patrimoniale ecc.
- Es. Art. 3 primo comma Cost: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.
- Es.: solo nel 1945-46, in Italia, il suffragio viene esteso alle donne.



2. Formule di giustizia: Due tendenze opposte nella determinazione delle classi di uguale trattamento

19

- **La (più recente) spinta verso la valorizzazione delle differenze:** si richiede una **sempre maggiore valorizzazione delle differenze**, sia pure al fine di trattare più favorevolmente gli individui portatori di caratteristiche ritenute socialmente svantaggiose.
- Es. Art. 3 secondo comma Cost.: E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.
- Es. Facoltà di pensionamento anticipato per le donne; c.d. «quote rosa»; accessi all'università o esenzioni dalle tasse universitarie riservati a certe minoranze; posti riservati ai disabili nei parcheggi, nei mezzi pubblici e nell'impiego pubblico ecc.
- Ovviamente, **un trattamento differenziato più favorevole di alcuni implica un trattamento differenziato sfavorevole di altri** (es. studenti con più alti punteggi nei test di ingresso alle università che vengono esclusi per far posto a studenti con punteggi più bassi ma appartenenti a certe minoranze).



2. Formule di giustizia: Le azioni positive e la discriminazione alla rovescia

20

- **Azioni positive:** interventi pubblici tesi a favorire esclusivamente gli appartenenti a categorie socialmente svantaggiate, per neutralizzare il perdurante stato di inferiorità sociale (o, secondo taluni, per compensare ingiustizie storiche).
- Il problema della c.d. **discriminazione alla rovescia** riguarda la giustificabilità di quell'insieme di interventi tesi a favorire individui o gruppi socialmente svantaggiati.
 - Il problema che la discriminazione alla rovescia pone è il seguente: è moralmente accettabile trattare come irrilevanti le differenze di razza, di religione o di sesso **quando è in questione il trattamento sfavorevole** dei membri dei gruppi socialmente svantaggiati e contemporaneamente considerare le medesime differenze come rilevanti ai fini del trattamento di favore dei medesimi individui?
 - Se sì, perché?
 - Problemi: si rischia in molte situazioni di frustrare il principio liberale del **merito** individuale (declinato come bravura, capacità di produrre risultati ecc.)
 - Lettura utile: Marco Santambrogio, *Il complotto contro il merito*, Laterza, 2021



2. Formule di giustizia:

L'argomento culturale

21

- Si pone il problema assiologico del trattamento di pratiche che nel mondo occidentale sono fortemente disapprovate e quindi generalmente vietate o punite, ma che sono considerate lecite o addirittura doverose in altre culture.
 - ▣ obbligo rituale dei Sikh di portare un pugnale vs. art. 699 c.p.
 - ▣ mutilazioni genitali femminili vs. art. 583 bis c.p.
 - ▣ poligamia vs. art. 556 c.p.
- L'attenuante culturale: sostiene che l'illecito commesso andrebbe punito meno severamente oppure nemmeno andrebbe considerato tale.
 - ▣ Il caso Pusceddu (2006): un sardo immigrato in Germania sevizia la sua convivente lituana per punirla di un presunto tradimento e il giudice tedesco lo condanna a una pena ridotta in quanto l'imputato risentirebbe «di una particolare cultura, quella sarda, notoriamente patriarcale e primitiva, ancorata attorno al ruolo e alla figura del "pater familias", e che vede la condizione della donna fortemente sottomessa».
- L'attenuante culturale è sovente un portato di alcune radicalizzazioni del **multiculturalismo** (valorizzazione prioritaria della cultura, della mentalità, dei costumi sociali e degli usi tradizionali di chi proviene dall'esterno).
- Vi si contrappone l'**assimilazionismo** (valorizzazione prioritaria della necessità di conformarsi alle norme di condotta vigenti nella società di arrivo).



2. Formule di giustizia: Non-oggettivismo e determinazione delle classi di uguale trattamento

22

□ La risposta del **non-oggettivista radicale**:

- La determinazione delle classi al cui interno applicare l'eguale trattamento dipende sempre da criteri che discendono da **scelte di valore in ultima analisi arbitrarie e non dimostrabili**
- Si può dimostrare la giustizia *nel* diritto (ossia la corretta applicazione di una norma generale) ma non la giustizia *del* diritto:
- **Kelsen** afferma che non è possibile discutere sensatamente della giustizia del diritto giacché essa è un ideale irrazionale.
- **Ross** afferma che invocare la giustizia è come battere il pugno sul tavolo: una mera espressione di emozioni.



2. Formule di giustizia: Due risposte al problema della determinazione delle classi di uguale trattamento

23

- La risposta del **non-oggettivista moderato** contro l'irrazionalismo etico di Kelsen e Ross:
 - ▣ È possibile, entro certi limiti, **un controllo di correttezza fattuale e logica degli argomenti assiologici**. Infatti:
 1. L'argomentazione pratica, compresa quella etico-politica, include sempre, oltreché elementi prescrittivi, anche **elementi fattuali descrittivi**, che in quanto tali possono essere verificati o falsificati. Un esempio:
 - ▣ è giusto mandare in pensione prima chi sopporta ingenti oneri di cura familiare (premessa prescrittiva)
 - ▣ Le donne sopportano oneri di cura familiare assai più spesso degli uomini (premessa descrittiva)
 - ▣ Dunque è giusto mandare in pensione prima le donne (conclusione prescrittiva)



2. Formule di giustizia: Non-oggettivismo e determinazione delle classi di uguale trattamento

24

2. Si può appurare la **corretta concatenazione**, l'**assenza di contraddizioni**, la **congruenza** complessiva degli argomenti.

- Nell'esempio di cui sopra, sarebbe giudicabile come scorretto, in quanto incoerente, l'argomento che nega la pensione anticipata all'uomo in grado di provare di aver sostenuto ingenti oneri di cura familiare (padre con figli a carico ecc.)

- Dunque, per il non-oggettivista moderato, è vero che i principi ultimi su cui si fondano le premesse normative degli argomenti assiologici sono frutto di scelta arbitraria, tuttavia, **una volta che due interlocutori abbiano individuato tali principi ultimi, è possibile tra loro una discussione genuinamente razionale.**
- Problema: non sempre, nel diritto, risultano chiare le ragioni normative e fattuali che giustificano le scelte politiche alla base di una data disciplina giuridica. Si pensi a:
 - La disciplina del contrasto alla produzione e commercio delle sostanze stupefacenti.
 - L'omicidio del consenziente.



3. L'equità

25

- L'equità è definita come la **giustizia del caso concreto**.
- ▣ Mentre la giustizia, intesa in senso formale, caratterizza le scelte operate secondo criteri predeterminati, l'**equità** è una virtù della scelta basata sulla **valutazione, fatta volta per volta, delle peculiarità di ogni singolo caso**.
- Non a caso, la giustizia intesa come trattamento generalizzante è considerata prima di tutto una **virtù del legislatore** e un **valore della legge**, mentre l'equità viene considerata come una **virtù del giudice** e un valore della **decisione giudiziaria**.



3. L'equità: Il trattamento individualizzante

la giustizia come equità

26

□ Giustizia vs. equità = Formalismo pratico vs scelta individualizzante/equitativa.

□ Formalismo pratico:

- Si decide secondo standard predeterminati, cioè sussumendo i casi entro fattispecie normative;
 - Es. Voti d'esame dati secondo il livello di preparazione determinato secondo parametri oggettivi prestabiliti (proprietà di linguaggio, livello di dettaglio nell'esposizione degli argomenti ecc.).
 - Es. Pene quantificate sulla base di criteri prestabiliti da norme.

□ Decisione secondo equità (favorita dall'esistenzialismo e da varie forme di irrazionalismo):

- si decide volta per volta in base a quelle che vengono individuate come peculiarità rilevanti di ogni singolo caso;
 - es. Voti d'esame dati valutando anche le caratteristiche soggettive dello studente per come ritenute rilevanti dal singolo esaminatore (ambiente di provenienza, impegno profuso nonostante i risultati, tratti particolari come patologie, disabilità, deficit più o meno palesi ecc.)
 - es. Pene quantificate sulla base del «sano sentimento popolare» o sul presunto livello di malvagità o di pericolosità del reo (c.d. «diritto penale d'autore»).



3. L'equità: Critica dell'equità: per essere giuste, le scelte individualizzate devono essere generalizzabili a casi simili (o, meglio, *universalizzabili*)

27

- Prima critica all'equità: si decide volta per volta in base alle peculiarità rilevanti di ogni singolo caso. Ma **come distinguere, in assenza di criteri predefiniti, le caratteristiche rilevanti dei casi da quelle che non lo sono?**
- Seconda critica dell'equità: **anche le tecniche di scelta pratica individualizzanti, in realtà, devono rispettare il principio «tratta i casi uguali in modo uguale»**; altrimenti non produrranno esiti ritenuti giusti. (I «casi uguali» sono semplicemente quelli che presentano le stesse caratteristiche rilevanti).
 - es. Una volta dato un voto d'esame tenendo conto anche delle caratteristiche soggettive dello studente (ambiente di provenienza, circostanze particolari come patologie, disabilità), **altri studenti che presentassero quelle stesse caratteristiche dovrebbero esser trattati nello stesso modo**. In caso contrario, si avrebbe un'ingiustizia.
 - es. Una volta punito un dato reo in un certo modo in ragione delle sue caratteristiche di pericolosità, **occorrerebbe punire nello stesso modo altri rei che presentano le stesse caratteristiche**. In caso contrario, si avrebbe un'ingiustizia.



3. L'equità: Critica dell'equità: per essere giuste, le scelte individualizzate devono essere generalizzabili a casi simili (o, meglio, *universalizzabili*)

28

- La tecnica di scelta basata sulla valutazione fatta volta per volta delle peculiarità irripetibili di ogni singolo caso, per essere giusta, **deve anch'essa basarsi su standard (ossia essere coerente, o «universalizzabile»)**; l'unica differenza è che questi standard **non vengono predeterminati e esplicitati ex ante**, ma stabiliti dal singolo decisore (**col rischio evidente che diversi decisori adottino standard diversi, e che quindi casi che andrebbero trattati nello stesso modo vengano trattati in modo diverso, o viceversa**).
- **Conclusione: non v'è giustizia sostanziale senza coerenza-universalizzabilità:** è infatti contraddittorio dare giudizi morali diversi su situazioni di cui ammettiamo l'identità per quanto riguarda le loro proprietà descrittive universali.
- **L'universalizzabilità è** allora una forma di coerenza immanente al concetto stesso di morale e di bene, ancor prima che di giustizia, e richiede che i principi morali, qualunque contenuto abbiano, debbano essere **imparziali**.



3. L'equità: Critica dell'equità: per essere giuste, le scelte individualizzate devono essere generalizzabili a casi simili (o, meglio, *universalizzabili*)

29

- Non a caso, l'imparzialità rappresenta un potente strumento di critica dei ragionamenti morali quotidiani e di molti argomenti diffusi della morale corrente, che spesso tacitamente e nascostamente assegnano una posizione di eccezione o privilegio a colui che li formula.
 - Esempi: Tutti devono pagare le imposte ma non io perché tengo famiglia; tutti devono fare la coda davanti agli sportelli ma non io perché ho fretta; tutti devono evitare di parcheggiare in doppia fila ma non io perché ho un'urgenza; tutti devono raccogliere le deiezioni dei propri cani ma non io perché non mi piace inchinarmi ecc.
- L'alternativa tra scelta generalizzante e scelta equitativa è resa meno netta dalla ineliminabile **vaghezza** delle norme: tanto più una norma è vaga tanto meno sarà in grado di predeterminare le scelte pratiche e le decisioni.
 - Es. La norma vaghissima «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e **tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume**» (art. 21, 6° co. Cost.). L'applicatore di questa norma decide discrezionalmente e caso per caso se una certa espressione del pensiero sia qualificabile come «manifestazione contraria al buon costume».
- Il formalismo pratico risulta inoltre vanificato allorché le norme siano trattate come **defettibili**, ossia soggette eccezioni implicite, non risultanti dal testo in cui sono formulate: il che significa che l'interprete si riserva la facoltà di accantonarle ogniquale volta le ritenga inadatte a regolare il caso di specie (si pensi ai principi).



3.1. L'equità del diritto

30

- Nel diritto, il favore verso l'equità è caratteristico di tutte le correnti antiformalistiche, antipositivistiche e sociologiche, dell'idealismo, nonché di alcune varianti del giusnaturalismo.
- ▣ Molte teorie giuridiche asseriscono l'importanza della decisione particolaristica del diritto perché vogliono sottolineare **l'indeterminatezza semantica** delle norme generali e astratte, che sarebbero incapaci di predeterminare le decisioni giuridiche (scetticismo interpretativo).



3.1. L'equità del diritto

31

- ▣ Altri fautori dell'equità sostengono che sia non tanto inevitabile, quanto **preferibile** che le decisioni si fondino esclusivamente sulla valutazione delle peculiarità del caso concreto.
- ▣ critica al **legalismo** inteso come degenerazione del principio di legalità: La certezza e l'uguaglianza di trattamento che si accompagnano alla normazione generale e astratta avrebbero l'inconveniente di non consentire di tener conto delle peculiarità infinite dei casi reali, con l'effetto di essere spesso produttive di iniquità.
- ▣ Si sostiene che le rigidità dello strumento normativo andrebbero temperate tramite un largo ricorso all'equità (da qui i frequenti appelli a considerare gli standard normativi come sempre *defettibili*).
- ▣ Nella sua forma più estrema, la rivendicazione dell'equità implica che ci si affidi interamente al giudizio individualizzante del giudice.
- ▣ Il favore per l'equità implica un favore per lo svincolamento del giudizio del giudice da criteri generali e preconfezionati e per la libertà giudiziaria.



3.1. L'equità del diritto: La critica all'equità

32

- Ci si chiede su che cosa esattamente si fondi il giudizio di equità e che cosa assicuri che la soluzione equitativa sia moralmente soddisfacente, **piuttosto che il risultato delle preferenze di ciascun giudice**. Ciò di rado viene precisato.
- Secondo alcuni, i criteri del giudizio di equità non sarebbero arbitrari perché sono forniti al giudice della **propria coscienza morale**, la quale sarebbe un **rispecchiamento della coscienza sociale**.
 - Critica: nelle nostre società pluraliste e relativamente conflittuali **non v'è alcuna unanimità di giudizio morale**, perciò questa tesi reintroduce nascostamente l'elemento soggettivo e **arbitrario** nel ragionamento del giudice e degli altri applicatori del diritto.
- Secondo altri autori, i criteri di giudizio equitativo vanno ricavati dalle peculiarità del caso in esame. In quest'ultima ipotesi il ricorso all'equità coinciderebbe col ricorso al cosiddetto criterio della **natura della cosa**, ossia alla regola che sarebbe desumibile dall'osservazione del caso da giudicare.
 - Critica: fallacia naturalistica.

3.1. L'equità del diritto: La critica all'equità



33

- Gli ordinamenti giuridici come il nostro ammettono espressamente il ricorso al giudizio di equità solo in un ambito circoscritto e a certe condizioni.
- es. Il Giudice di pace decide secondo equità, a norma degli artt. 113 e 114 c.p.c., o quando la causa non eccede un certo modico valore o su concorde richiesta delle parti quando la causa riguarda diritti disponibili.
- il tribunale, in sede di appello avverso sentenza del giudice di pace, pronunciata in controversia di valore inferiore al suddetto limite, è tenuto a verificare soltanto l'inosservanza dei principi superiori di diritto, che non possono essere violati nemmeno in un giudizio di equità.



4. Teorie della giustizia

34

- Sono dei sistemi valutativi e normativi utilizzati come metro della giustizia di un certo diritto (che, come sappiamo, può a sua volta essere inteso come sistema normativo).
- Forniscono dunque i criteri per determinare le classi di uguale trattamento e per giustificare l'adeguatezza morale di quel trattamento.
- Sviluppano il **concetto** di giustizia adottando una qualche **concezione** della giustizia (definizione che arricchisce di nuovi connotati il contenuto minimo di significato del termine «giustizia»).



4. Teorie della giustizia

35

- Le teorie della giustizia più articolate non si limitano a proporre un modello di diritto giusto ma fungono anche da **criterio di giustificazione o di critica di un intero assetto sociale**, proponendo criteri di allocazione delle risorse, economiche e non.
- Sono «teorie» soltanto in senso largo: non sono dei discorsi conoscitivi o scientifici bensì **prescrittivi e valutativi**.
 - Secondo la filosofia analitica, infatti, nessuna teoria della giustizia può aspirare a una fondazione ultima oggettiva.
 - Le filosofie non analitiche, invece, ritengono che i principi regolativi di una società e di un diritto giusti possono essere ricavati dalla descrizione della natura (umana), della ragione o delle tendenze umane e su di esse possono essere oggettivamente fondati.
 - Per il filosofo analitico, che è solitamente un non-oggettivista etico, tutte le teorie della giustizia hanno dignità soltanto come dottrine *normative* e in quanto tali dovrebbero dichiarare apertamente la loro natura pratica e prescrittiva.



4. Teorie della giustizia

36

- Vi sono stati comunque recenti tentativi di elaborare una teoria non-oggettivista della giustizia che possa essere considerata **migliore** in base a considerazioni non arbitrarie.
- Le teorie della giustizia **semplici**, basate **su un unico criterio** per giudicare della giustizia delle nostre azioni o società, sono problematiche perché non tengono conto dell'enorme complessità delle istituzioni esistenti e dei nostri ordinari giudizi morali.
- Si tenta quindi di elaborare delle teorie della giustizia **complesse** o **miste**, **basate su più criteri o valori**, anche in potenziale conflitto reciproco , da coordinare in modi appropriati .
 - un esempio celebre è dato dalla teoria della giustizia di John Rawls, che si basa su un modello di ragionamento morale chiamato «equilibrio riflessivo» imperniato sull'influenza reciproca tra intuizioni morali, principi morali e valutazione delle conseguenze dell'applicazione dei principi.



I valori morali

37

- Un modo per risolvere il problema della giustizia sostanziale del diritto (determinare le classi di situazioni/soggetti/comportamenti da sottoporre a un certo trattamento giuridico e giustificare tale trattamento) è fare riferimento a dei principi o valori etico-politici.
- Elencare i valori etico-politici importanti



Due tipi di giustificazione pratica

38

- Giustificare i seguenti precetti etici generali:
 - ▣ Le promesse vanno mantenute
 - ▣ Non uccidere



4.1. Utilitarismo. Dottrine morali deontologiche e teleologiche

39

- Le dottrine morali **deontologiche** fanno dipendere la bontà o la giustezza di un'azione da **proprietà intrinseche dell'azione medesima in sé considerata** (compresa la **conformità a norme o principi** assunti come intrinsecamente buoni o giusti).
- Le dottrine morali **teleologiche** (o consequenzialiste) fanno dipendere la bontà o la giustezza di un'azione **dalle sue conseguenze**.



4.1. Utilitarismo

40

- **È la dottrina morale teleologica per eccellenza:** assume la massimizzazione dell'**utilità** (o benessere, o felicità) come criterio di valutazione della giustezza (ossia del grado di giustizia) delle azioni individuali o sociali.
- Distinzione dall'**egoismo etico**, che bada esclusivamente alle conseguenze delle azioni **sul soggetto agente**:
 - Le morali utilitariste si oppongono all'egoismo etico perché sono **universaliste**, ossia fanno dipendere la giustezza di un'azione dalle conseguenze che essa produce **su ogni essere umano**.
- L'utilitarismo fornisce infatti una teoria della giustizia secondo la quale è "giusta" la scelta pratica che, tra le scelte alternative, massimizza la **utilità generale** (e non quella del soggetto agente).



4.1. Utilitarismo: Diverse varianti di utilitarismo

41

- Possono distinguersi da un punto di vista **quantitativo** (come si calcola l'utilità)
 - ▣ somma o media ponderata delle utilità dei consociati.
 - ▣ massimizzazione dell'utilità o minimizzazione delle disutilità, ecc.
- Possono distinguersi da un punto di vista **qualitativo** (in cosa consiste l'utilità)
 - ▣ J. Bentham: utilitarismo **edonista** (l'utilità è la felicità soggettivamente intesa)
 - ▣ G. E. Moore: utilitarismo **ideale** (l'utilità è il raggiungimento di uno stato intellettuale definito indipendentemente dalle preferenze individuali).
- utilitarismo dell'atto e utilitarismo della regola
 - ▣ Per **l'utilitarismo dell'atto** un'azione è giusta se è **quella che ha come conseguenza la massimizzazione dell'utilità**.
 - ▣ Per **l'utilitarismo della regola** un'azione è giusta se, indipendentemente dalle sue conseguenze, è **compiuta in applicazione di una regola giusta**, intendendosi per regola giusta quella, tra le possibili regole alternative, **la cui applicazione generalizzata produce come conseguenza la massimizzazione dell'utilità**.
 - Questa seconda forma di utilitarismo è adatta a giustificare un sistema di convivenza sociale basato su regole come il diritto.



4.1. Utilitarismo: Critiche all'utilitarismo

42

- Intende dare all'idea di giustizia una fondazione descrittiva ed empirica basata **sull'accertamento fattuale degli interessi e delle preferenze individuali** piuttosto che una fondazione **metafisica**.
- È tuttavia pur sempre una teoria **oggettivista** della morale.
 - ▣ come tale, si espone alle accuse di **fallacia naturalistica**: dall'accertamento fattuale ed empirico (descrizioni) degli interessi e delle preferenze si pretende di derivare delle prescrizioni di condotta.
 - Neppure il principio di utilità può essere ricavato esclusivamente dall'esperienza.



4.1. Utilitarismo: Critiche all'utilitarismo

43

- L'utilitarismo inoltre contravverrebbe al precetto kantiano di trattare gli **individui sempre** come **fini** e **mai solo come mezzi**.
- ▣ Almeno in casi limite, infatti, l'utilitarismo ammetterebbe di adoperare gli individui come mezzi al servizio dell'utilità generale e pertanto di perpetrare le più aberranti violazioni dei diritti individuali.
- Es. lo scenario della c.d. «ticking bomb»: Supponiamo che una persona a conoscenza di un imminente attacco terroristico, che ucciderà molte persone, sia nelle mani delle autorità e che riveli le informazioni necessarie per prevenire l'attacco solo se torturata. Dovrebbe essere torturata? Alcune dottrine utilitariste affermano di sì.



4.1. Utilitarismo: Critiche all'utilitarismo

44

- Forme più recenti e sofisticate di utilitarismo si difendono da questa critica ammettendo che l'utilità sociale, almeno quella a lungo termine, risulta incrementata quando si riconosce ai singoli **un certo catalogo di diritti fondamentali**.
 - Secondo queste dottrine, anche se un certo particolare sacrificio dei diritti individuali, a breve termine, può determinare un incremento dell'utilità sociale, nel lungo termine e in generale la violazione dei diritti umani produce disutilità.
- Non a caso, l'utilitarismo si è storicamente presentato in forme liberali e individualiste (n.b.: **non** egoiste) ed ha contribuito all'evoluzione in senso garantista degli ordinamenti giuridici specialmente nel campo del diritto penale.



4.2. Contrattualismo

45

- Con questa espressione vengono genericamente indicate tutte quelle dottrine filosofico-politiche che pongono a fondamento della società e del potere politico un **contratto** espresso o tacito fra i consociati
- Il contratto sociale segna il passaggio da uno **stato di natura** presociale alla **società civile**, soggetta a un potere politico e istituzioni giuridiche.
- il contratto sociale contempla un *pactum unionis* e un *pactum subiectionis*.
 - Il **pactum unionis** è il patto tramite il quale gli individui decidono di costituire una società.
 - Il **pactum subiectionis** è il patto attraverso il quale gli individui decidono di assoggettarsi a un potere.
- L'obbligo dell'obbedienza al diritto viene fatto dipendere dal **consenso** degli individui, esplicito o implicito.
 - Qualsiasi potere giuridico si fonda dunque sul consenso eguale e individuale dei cittadini: il contrattualismo moderno ha un fondamento individualistico ed egualitaristico.



4.2. Contrattualismo

46

- Il contrattualismo nasce con la scuola moderna del diritto naturale nei secoli XVII e XVIII
- Il contrattualismo di **Thomas Hobbes** (1588-1679): lo Stato è la conseguenza del patto sociale con cui **gli individui si spogliano** quasi totalmente, definitivamente e irrevocabilmente **dei propri diritti naturali posseduti nello stato di natura**.
- Lo stato di natura è infatti dominato dalla sola legge della **guerra di tutti contro tutti**: soltanto sottraendosi ad esso attraverso la società civile, gli individui possono soddisfare il proprio interesse primario a sopravvivere.
- Hobbes è il principale teorico dell'*assolutismo politico*.



4.2. Contrattualismo

47

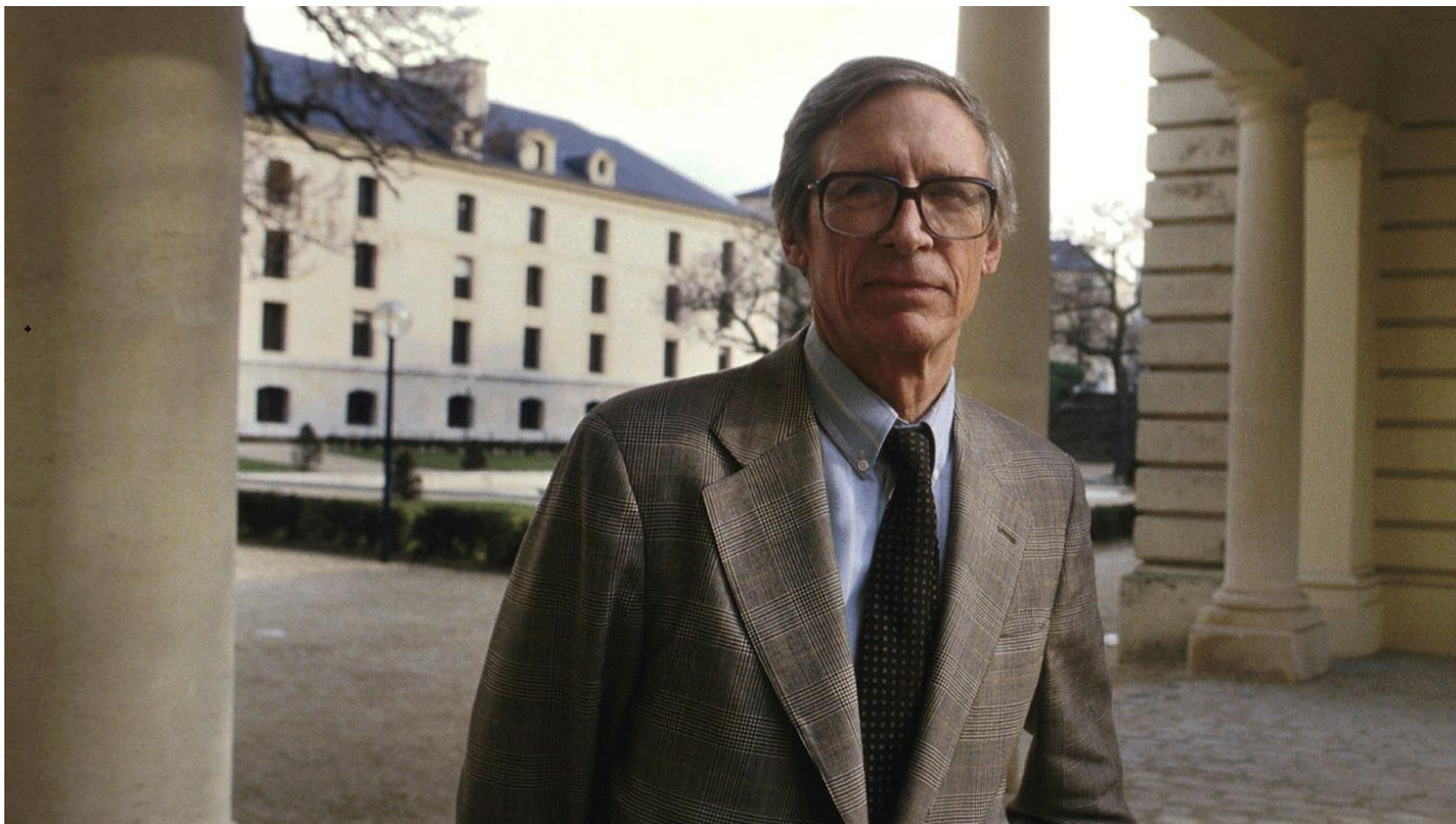
□ Altre varianti del contrattualismo classico.

- Lo stato di natura è sempre una condizione in cui manca il potere politico e quello giuridico, in cui gli uomini si trovano in una posizione di uguaglianza. Talvolta viene concepito come **fatto storico**, altre volte come **mera ipotesi** o **una metafora** concernente la condizione umana al di fuori della società.
- Lo stato di natura viene valutato talora positivamente o addirittura idealizzato come una sorta di età dell'oro, mentre altre volte viene valutato negativamente come una situazione mostruosa .
- Gli esiti del contratto: una società **assolutista** secondo Hobbes, **liberale** secondo Locke e Kant, **democratica** secondo Rousseau.
- Le conseguenze della violazione del patto da parte di chi detiene il potere.
 - Si va dalla mancanza di qualunque conseguenza come nella teoria di Hobbes al diritto di resistenza come nella teoria di Locke.



4.2. Contrattualismo: Il contrattualismo contemporaneo di John Rawls

48





4.2. Contrattualismo: Il contrattualismo contemporaneo di John Rawls

49

- La teoria della giustizia di John Rawls
 - Il contratto sociale come artificio espositivo in cui degli ipotetici e astratti individui razionali sono chiamati a scegliere le regole fondamentali di una **società giusta**, ossia **le regole di distribuzione dei beni sociali principali** (diritti, libertà, poteri e cariche, reddito, ricchezza ecc.)
 - Il problema fondamentale di un'impresa del genere è che i soggetti che immaginiamo impegnati a sottoscrivere il contratto sociale abbracciano **concezioni del bene/della giustizia «particolari» e piani di vita tra loro diversi e inconciliabili**.
 - Per superare questo problema, Rawls chiede di immaginare una **situazione ipotetica** chiamata **posizione originaria**, in cui tutte le parti sono soggetti razionali caratterizzati da un «**velo di ignoranza**» circa il proprio **posto nella società, posizione o status sociale, doti naturali, concezione del bene, condizioni psicologiche e via dicendo**. Essi ignorano inoltre la contingente situazione politica ed economica o il livello di civilizzazione che la società è stata in grado di raggiungere.



4.2. Contrattualismo: Il contrattualismo contemporaneo di John Rawls

50

- In queste circostanze, i principi di giustizia che delle persone razionali sceglieranno saranno quelli che **riducono al minimo il rischio di trovarsi in una condizione svantaggiata** quando sarà sollevato il velo di ignoranza.
- Secondo Rawls, pertanto, i contraenti sceglierebbero per ragioni egoistiche ma prudenziali una struttura sociale informata a due principi:
 1. il **principio di uguaglianza**: Ogni persona ha **un eguale diritto** alla più estesa libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri.
 2. il **principio di differenza**, secondo cui le ineguaglianze sociali ed economiche devono tendere al più grande beneficio dei meno avvantaggiati ed essere collegate a posizioni e cariche aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza delle opportunità.
- Rawls riassume questi due principi affermando che «tutti i beni principali - libertà e opportunità, reddito e ricchezza, e le basi per il rispetto di sé - devono essere distribuiti in modo uguale a meno che una distribuzione ineguale di uno o più di questi beni non vada a vantaggio dei meno avvantaggiati».



4.2. Contrattualismo: Critiche al contrattualismo di Rawls

51

1. È stato sostenuto che anche il contratto ipotetico di Rawls presuppone una certa concezione della natura umana e un certo patrimonio di conoscenze economiche, sociologiche, ecc. Mutando queste, muterà anche il modello di società che sembra razionale prescegliere.
- Ma soprattutto, quello di Rawls appare come un **contrattualismo fasullo**: la pluralità degli individui che concorrono alla scelta dei principi di giustizia nella posizione originaria è **ridondante** nell'economia del discorso di Rawls, dato che tra costoro non esistono differenze significative quanto a razionalità e motivazioni, oltre che a conoscenze del mondo e della società. **Essi non sono che la replica di un identico modello di individuo.**



4.2. Contrattualismo: Critiche al contrattualismo di Rawls

52

2. Si è pure sostenuto che non si vede perché una società si debba reggere su un contratto stipulato una volta per tutte, e gli individui non siano invece liberi di rimettere via via in discussione le clausole contrattuali.
3. I due principi di giustizia proposti da Rawls sono poi talmente indeterminati da poter essere declinati in un'ampissima varietà di modi, dando vita ad assetti sociali molto diversi tra loro.
4. Altri critici, infine, sono insoddisfatti dal fatto che il contrattualismo di Rawls è uno strumento di legittimazione del potere più che uno strumento di critica etico-politica: esso sarebbe fatto apposta per fornire una giustificazione delle moderne società occidentali, del loro assetto politico e del loro diritto.
5. Si è infine osservato che l'attribuzione di un valore decisivo allo strumento del contratto presuppone che si attribuisca ai contraenti un valore ancora più elevato: dunque sarebbero pur sempre i diritti soggettivi individuali, più che il contratto, a fondare la società politica e a fissare i limiti del potere.



5. Divisionismo etico

53

- Premessa concettuale: per «**etica**» può intendersi, in breve, **l'individuazione di ciò che va fatto in un certo ambito.**
- Secondo Uberto Scarpelli, le tre dimensioni dell'etica sono date dalla **morale**, dalla **politica** e dal **diritto**.
 - Queste dimensioni dell'etica corrispondono, rispettivamente, a tre categorie di qualificazione dei comportamenti: **il dovere morale**, **l'impegno politico** e **l'obbligo giuridico**.
 - Il discorso sul divisionismo, che segue, riguarda principalmente la dimensione etico-morale e quella etico-politica del discorso pratico.
- Col termine “**divisionismo**” si designa **la posizione di chi aderisce ad entrambe le tesi note come “non-oggettivismo etico” e “non cognitivismo etico”.**
 - **Divisionismo etico = non oggettivismo etico + non cognitivismo etico**



5. Divisionismo etico

54

- Secondo il **non oggettivismo etico**, valori e norme etico-politiche o etico-morali **non hanno carattere oggettivo**, ma «ci sono» e **valgono solo per chi li sceglie**.
- Norme e giudizi etico-morali ed etico-politici **non possono essere considerati veri o falsi**, dato che manca un parametro oggettivo per predicare la loro verità o falsità. **L'etica è pertanto senza verità**
 - Attenzione: **che non si dia un'etica vera non implica che la verità, in etica, sia irrilevante**: nell'argomentazione pratica rilevano infatti anche premesse descrittive. «Non-oggettivismo etico» **non è sinonimo di «irrazionalismo etico»**.



5. Divisionismo etico

55

- **L'oggettivismo etico** è invece l'idea secondo cui i valori e norme etico-politiche o etico-morali hanno **carattere oggettivo**: esistono indipendentemente da qualsiasi “osservatore” particolare. I giudizi etici sarebbero **veri** o **falsi**. Vi sono varie versioni di questa tesi:
 - Un **oggettivismo “naturalista”**, per cui il valore etico è **una qualità naturale delle cose**, percepibile dagli individui, come la dolcezza di un gelato.
 - Un **oggettivismo “non naturalista”**, per cui il valore morale **non è una qualità naturale né è percepibile dai sensi**, eppure ha un'esistenza oggettiva (si pensi all'etica kantiana).



5. Divisionismo etico

56

- L'oggettivismo è quindi una tesi che **dice qualcosa sull'ESISTENZA di valori** morali **OGGETTIVI**. Sostiene che una certa tesi etica possa essere la migliore possibile e dare una risposta corretta e dunque intersoggettivamente valida.
- Il **cognitivismo etico** è invece una teoria della **CONOSCENZA** morale. Risponde (positivamente) alla domanda: si possono conoscere i valori etico-politici o etico-morali?
 - Si ritiene che questi valori possono conoscersi **perché esistono in natura**, e dunque **sono accessibili alla nostra conoscenza attraverso i mezzi ordinari** forniti dall'esperienza empirica (per i naturalisti); **oppure** (per i non naturalisti), **sono accessibili alla conoscenza con mezzi diversi dall'esperienza empirica**, ad esempio con l'intuizione morale.
- **Di solito l'oggettivismo si accompagna al cognitivismo etico.** Può però darsi un oggettivismo etico non cognitivista: è il caso di chi affermi che taluni valori etico-politici o etico-morali hanno esistenza oggettiva ma non sono accessibili alla conoscenza umana.



5. Divisionismo etico

57

- Non va confuso con il non-oggettivismo il **relativismo etico**, che è la tesi filosofica **per cui i valori etico-politici o etico-morali non sarebbero validi in ogni situazione ma relativi soltanto a mutevoli condizioni rilevanti**.
 - Il non-oggettivista afferma: «io ho questi valori prioritari, anche se sono consapevole di non poterli fondare oggettivamente».
 - Ad es. «sono un liberale e rifuggo dall'integralismo religioso liberticida tipico di alcune culture. Riconosco la facoltà altrui di propugnare valori diversi dai miei, ma mi adopero per far prevalere la mia etica» (punto di vista interno).
 - Il relativista afferma invece: «tutti i valori contano solo se si presuppongono certe condizioni rilevanti (culturali, storiche ecc.). Al mutare di queste condizioni, devono mutare anche i valori».
 - il relativista, qual piuma al vento, ritiene che i valori etico-politici o etico-morali **debbono** mutare a seconda delle circostanze di tempo e di luogo.



5. Divisionismo etico

58

- Il non oggettivismo e non cognitivismo etico presuppongono due tesi distinte ancorché connesse:
 - la tesi *semiotica* nota come **Grande Divisione**, ossia la distinzione semantico- pragmatica tra i discorsi e le funzioni linguistiche descrittive e prescrittive.
 - La tesi *metaetica* nota come **Legge di Hume** ossia la convinzione che non sia possibile transitare con mezzi puramente logici dal descrittivo al prescrittivo e viceversa.



5.1. Fallacia naturalistica

59

- Premessa concettuale: Un **"argomento"** è un **insieme di enunciati formulato per accreditare o screditare una conclusione controversa o controvertibile**.
 - Gli argomenti logico-deduttivi sono quelli che derivano un enunciato, detto "conclusione", a partire da altri enunciati, detti "premesse".
 - Nella pratica, è d'uso corrente l'argomento deduttivo noto come «sillogismo pratico».
- La **Legge di Hume** è una tesi meta-etica che esprime la convinzione che non sia possibile transitare logicamente da premesse prescrittive a conclusioni descrittive e viceversa.
 - L'errore di chi compie questo passaggio è denominato **fallacia naturalistica**
 - La fallacia naturalistica è dunque il vizio di ragionamento consistente nel derivare conclusioni prescrittive da **SOLE** premesse descrittive o nel derivare conclusioni descrittive da **SOLE** premesse prescrittive.
 - È un vizio di ragionamento imputato a qualsiasi variante di oggettivismo etico.

5.1. Fallacia naturalistica: Esempi di fallacia naturalistica



60

- Esempi di argomenti naturalisticamente fallaci:
 - «È sempre stato così, quindi è giusto che sia così»
 - Premessa descrittiva, conclusione prescrittiva.
 - «Lo fanno tutti, quindi dovremmo farlo anche noi»
 - Premessa descrittiva, conclusione prescrittiva.
 - «Questo principio è oggettivamente giusto, quindi sarà osservato per sempre».
 - Premessa prescrittiva/valutativa, conclusione descrittiva (del futuro, cioè predittiva).
- Tra i numerosi tentativi di confutare la legge di Hume debbono essere ricordati almeno quelli basati sulle nozioni di **fatto istituzionale** e di **implicazione pragmatica**.



5.1. Fallacia naturalistica: Il fatto istituzionale

61

- **Fatto istituzionale:** Una conclusione prescrittiva sarebbe correttamente derivabile da premesse descrittive che vertano su **fatti istituzionali**.
- I fatti istituzionali sono fatti che possono essere descritti e compresi solo considerando le regole che li costituiscono (le c.d. norme costitutive), come ad esempio la promessa, o il matrimonio.
- Al contrario, i c.d. «fatti naturali, o bruti» sono quelli che possono essere descritti indipendentemente dalle norme che li regolano).
- La **promessa**, secondo alcuni filosofi, è il tipico esempio di fatto istituzionale che ricollega all'enunciazione di determinate parole la nascita di determinati obblighi.
 - Se io dico “prometto che x”, obbligo me stesso al compimento dell'azione x. Dunque, dalla **descrizione** del fatto che io abbia compiuto una promessa seguirebbe la **prescrizione** secondo cui io devo adempiere alla promessa fatta.
 - La struttura dell'argomento sarebbe: **hai promesso x, quindi devi fare x**



5.1. Fallacia naturalistica: Critica del fatto istituzionale

62

- Premessa: Tizio ha promesso di sposare Caia; Conclusione: Tizio deve sposare Caia.
- Premessa: Tizio ha sposato Caia; conclusione: Tizio deve essere fedele a Caia.
- Sul piano puramente logico, l'argomento funziona solo a patto di esplicitare una premessa implicita, accettata dal punto di vista interno, ossia:
 - Premesse implicite: Le promesse debbono essere mantenute; i coniugi sono obbligati alla fedeltà
- La derivazione del dover essere dall'essere è dunque solo **apparente**, perché le premesse sono **esclusivamente** descrittive solo in apparenza: le locuzioni «ha promesso» o «ha sposato» incorporano infatti un riferimento a **norme** (premesse prescrittive).



5.1. Fallacia naturalistica:

L'implicazione pragmatica

63

- Si dice che l'**enunciazione** (ossia l'atto con cui si enuncia) di una proposizione come "piove" presuppone (implica) sul piano pragmatico che chi la enuncia creda davvero al fatto che stia piovendo, talché sarebbe strano, ancorché non strettamente contraddittorio, dire: "piove, ma io non credo che stia piovendo".
- Allo stesso modo, l'**enunciazione** da parte di qualcuno del proprio atteggiamento morale, ad esempio una certa valutazione di giustizia circa l'aborto, implicherebbe sul piano pragmatico il corrispondente giudizio di valore, talché suonerebbe strano asserire ad esempio: «l'aborto è giusto, ma io non ritengo che sia giusto».
- In sintesi, dunque, la forma dell'argomento dell'implicazione pragmatica è la seguente:
- **Tizio ha detto che x è giusto, quindi (per Tizio) x è giusto**
 - La premessa è descrittiva, la conclusione è prescrittiva (valutativa).



5.1. Fallacia naturalistica: Critica all'implicazione pragmatica

64

- ❑ Questa implicazione pragmatica **non è affatto un'implicazione in senso strettamente logico**: in logica, o almeno, nella logica deduttiva "classica", le inferenze hanno sempre carattere **tautologico** o analitico. Ciò significa che la conclusione di un'inferenza, se questa è corretta, non può contenere nulla che non sia implicato dalle sue premesse.
- ❑ Secondo gli assertori della legge di Hume, affinché una conclusione abbia carattere prescrittivo è necessario che almeno una delle premesse abbia carattere prescrittivo; da premesse non prescrittive non potrà mai ricavarsi una conclusione prescrittiva.
- ❑ E, in effetti, l'asserzione «ho detto che X è giusto» non implica affatto la conclusione «per me X è giusto»: potrei aver dichiarato che X è giusto, per vari motivi, anche se non credo davvero che lo sia.



5.1. Fallacia naturalistica: La fallacia naturalistica come postulato filosofico

65

- la tesi del salto logico tra descrizioni e prescrizioni deve insomma essere considerata come il frutto di un'opzione ultimativa, ossia non ulteriormente giustificabile, in favore della **scelta e della responsabilità individuali** come valori supremi e fondamentali nel mondo delle scelte pratiche.
 - ▣ La tesi postula infatti che **non siamo determinati**, nelle nostre scelte circa ciò che dobbiamo fare, soltanto in base a (la descrizione di) ciò che accade.
- La Legge di Hume assume cioè che l'etica si **fondi** su scelte ultimative non necessitate, ineluttabili o determinate, ma **optate** liberamente dagli individui.
 - ▣ Come tali, esse implicano **responsabilità**.
 - ▣ Si tratta chiaramente di una tesi antideterministica fondata sul **libero arbitrio**.

Josef K.

66



“Qualcuno doveva aver calunniato Josef K., perché senza che avesse fatto niente di male, una mattina fu arrestato”.

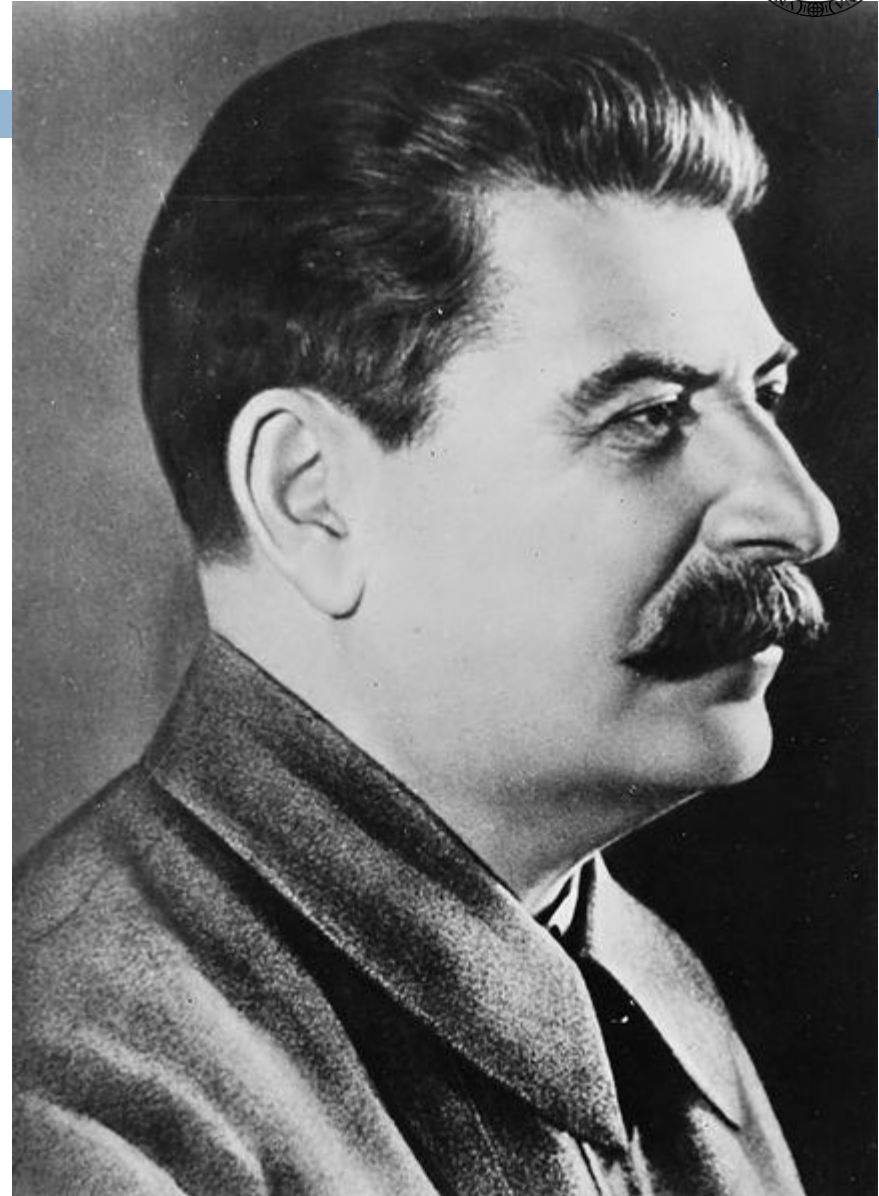
Franz Kafka, *Il processo*

Arcipelago gulag (Aleksandr Solženicyn)



67

- “Gli arresti politici di alcuni decenni erano contraddistinti, dalle nostre parti, appunto dal fatto che venivano **presi uomini assolutamente innocenti**, impreparati a qualsiasi resistenza. Si creava un senso generale di condanna. Anche in piena epidemia di arresti, quando ognuno dava l’addio alla famiglia uscendo di casa per recarsi al lavoro, perché non poteva avere la certezza di tornare la sera, anche allora quasi nessuno fuggiva (e rari erano i suicidi). Era quanto si voleva ottenere. Al lupo fa comodo la pecora docile”.



L'indulto

68



- L'indulto è una causa di estinzione della pena prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 174 del Codice penale. Si tratta di un provvedimento generale di clemenza, ispirato, almeno originariamente, a ragioni di opportunità politica e pacificazione sociale, ma a volte degenerato nella prassi in strumento di periodico sffollamento delle carceri.



6. Certezza del diritto

69

- Consiste nella possibilità di conoscere la valutazione che il diritto dà delle proprie azioni e di prevedere le reazioni degli organi giuridici alla propria condotta
- Una definizione più articolata di «certezza del diritto»: possibilità diffusa di prevedere più o meno accuratamente, attendibilmente e a lungo termine, la gamma delle conseguenze giuridiche effettivamente suscettibili di essere spontaneamente o coattivamente ricondotte ad atti o fatti, nonché l'ambito temporale in cui tali conseguenze giuridiche verranno in essere
- La certezza come **questione di grado**: dipende dalla **diffusione della capacità predittiva** e dal grado di **attendibilità, accuratezza ed estensione nel tempo** delle previsioni che essa consente



6. Certezza del diritto

70

- La certezza è solitamente considerata come un **valore positivo**, se non altro perché una sua realizzazione in gradi elevati consente agli individui di **pianificare la propria vita tenendo conto delle conseguenze giuridiche ricollegabili ad ogni corso d'azione**, e dunque di meglio programmare la propria condotta alla luce degli obiettivi che ci si pone.
- È pertanto un valore sia per il «buon cittadino» che per il «cattivo cittadino».
- è inoltre una condizione di fondamentale importanza per lo sviluppo economico.

6. Certezza del diritto

71

- La certezza è particolarmente importante nel campo del diritto **penale**.
 - ▣ Da ciò discendono il **divieto di interpretazione analogica delle leggi penali incriminatrici** e le varie articolazioni del principio di legalità in ambito penale tra cui il **principio di tassatività** o sufficiente determinatezza delle fattispecie
 - ▣ Diminuiscono il grado di certezza del diritto penale:
 - Le «norme penali in bianco», ossia quelle che demandano a fonti subordinati alla legge la determinazione delle fattispecie di reato della sanzione
 - Art. 650 c.p.: Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206.
 - Le clausole indeterminate come «comune senso del pudore», «pubblica decenza»; «pubblico scandalo», «ordine pubblico», ecc.
 - Le espressioni vaghe come «pericolo» e «pericoloso».

6. Certezza del diritto

72

- Certezza e giustizia sostanziale (giustizia del *contenuto* del diritto)
 - Un diritto (considerato) sostanzialmente ingiusto ben può essere certo, in quanto prevedibile nelle sue applicazioni concrete, in particolare quando gli organi giuridici operino con rigore ed efficienza. Quando il diritto è iniquo, la certezza del diritto è pertanto certezza di iniquità.
 - Si immagini un ordinamento giuridico schiavistico, classista ecc. ma applicato in modo assai prevedibile e rigoroso.
 - Se si vuole attribuire un contenuto assiologico alla nozione di certezza, esso deve essere ricercato appunto nella sua **correlazione rispetto alla miglior pianificabilità delle scelte pratiche individuali**, o comunque rispetto ad altri obiettivi personali (scientifici, professionali ecc.). Solo in questo senso, la certezza può essere considerata un valore.
 - Problemi:
 - può darsi un diritto **molto incerto** ma **giusto**?
 - È meglio un sistema giuridico iniquo ma certo o un sistema giuridico iniquo e incerto?

6. Certezza del diritto: La certezza del diritto nella letteratura giusfilosofica



73

- L'idea della certezza come caratteristica essenziale e costitutiva del concetto stesso di diritto: il diritto o è certo o non merita neppure di essere chiamato diritto.
 - ▣ L'affermazione va corretta: il diritto o è **in qualche misura** certo o non merita neppure di essere chiamato diritto.
- Secondo Kelsen la certezza (assoluta) è un'illusione;
- Secondo Jerome Frank la certezza è un mito che tradisce il carattere infantile di chi la difende;
- Tutte queste posizioni sono superate dalla considerazione della certezza come concetto **di grado** piuttosto che tutto-o-niente;
 - ▣ Tale grado dipende:
 - Dalla disciplina giuridica di cui si valuta la certezza (tutto il diritto o solo una sua branca, una specifica normativa ecc.).
 - Da chi prevede le conseguenze giuridiche della condotta (ad es. i giuristi le prevedono meglio dei non giuristi).
 - Dal grado di attendibilità, accuratezza e lungimiranza delle previsioni.

6. Certezza del diritto: 11 Fattori di certezza



74

1. La supremazia della fonte legislativa sulle altre fonti del diritto (giacché le leggi sono solitamente pubbliche, generali, astratte e non retroattive).
2. La chiarezza, precisione e intelligibilità della regolamentazione giuridica (riduzione della vaghezza, dell'ambiguità delle disposizioni normative e del loro combinato disposto)
3. La tendenziale coerenza dell'ordinamento considerato come sistema di qualificazioni giuridiche, dunque tendenziale assenza di antinomie
4. L'effettività/osservanza del diritto
5. La sussistenza di regolarità decisionali *de facto*
6. La diffusione delle conoscenze giuridiche rilevanti per la previsione

6. Certezza del diritto: 11 Fattori di certezza



75

7. La stabilità della regolamentazione giuridica o almeno la congruenza tra normative susseguentisi nel tempo
8. L'irretroattività della regolamentazione giuridica e la stabilità del giudicato (con l'incontestabilità dei rapporti giuridici esauriti)
9. La conformità delle decisioni giudiziarie a determinati standard di giustizia o di correttezza
10. La certezza sulla certezza
11. La diffusione di un'ideologia favorevole alla certezza

6. Certezza del diritto: Certezza, codificazione e decodificazione



76

- Secondo il giuspositivismo illuminista e liberale il diritto legislativo codificato tende all'attuazione dell'ideale della certezza in quanto chiaro, completo, coerente, razionalmente sistemato, agevolmente comprensibile e applicabile.
 - ▣ Il mito di un diritto funzionante come meccanismo a molla, col giudice semplice «bocca della legge».
- Oggi, più realisticamente, si rappresenta il valore della certezza come un ideale-limite, a cui i diritti storici possono cercare di approssimarsi in misura maggiore o minore, senza realizzarlo completamente.
 - ▣ Occorre casomai disporre di indici e parametri che consentano di misurare il grado della certezza del diritto, eventualmente col proposito di incrementarlo.

6. Certezza del diritto: Certezza, codificazione e decodificazione



77

- Secondo molti critici, i diritti dell'Europa continentale si troverebbero attualmente in una sorta di **«età della decodificazione»** in cui i codici hanno perso la loro centralità sistematica e sono ormai sommersi dall'alluvione di leggi speciali e dal disordine della decretazione d'urgenza.
- ▣ Il diritto legislativo si discosta invero dall'ideale della certezza quando la sua produzione normativa è caotica e alluvionale, caratterizzata da **scarsa cura della tecnica legislativa** e da **vaghezza e ambiguità, assenza di sistematicità** della produzione normativa, alta probabilità di **antinomie, incomprensibilità** delle prescrizioni giuridiche da parte dei cittadini, normazione **retroattiva**.

6. Certezza del diritto: Certezza, codificazione e decodificazione



78

- L'argomento della «crisi» del diritto: fenomeni entropici caratterizzati dalla **diminuzione o perdita dell'unità e della coerenza delle fonti del diritto**, dalla **fine del monopolio statale delle stesse**, dalla **coesistenza e sovrapposizione di più ordinamenti concorrenti**, **dall'ipertrofia e pervasività della regolamentazione giuridica** (contestuale peraltro al collasso della sua capacità regolativa e ordinatrice), dal **ritorno al ruolo creativo della giurisdizione**, o, per meglio dire, delle varie giurisdizioni di settore, **dal ruolo nomopoietico dei poteri privati e dei mercati globali ecc.**
- L'argomento della degenerazione del diritto legislativo non è peraltro nuovo, essendo stato già rappresentato dalle dottrine antiformaliste di inizio Novecento, che contrapponevano a un diritto legislativo comunque incerto un modello di diritto che si doveva presentare apertamente come tale, in quanto elastico e adattabile alle esigenze sociali: il diritto «libero».



7. Ideologia

79

- Tardo settecento: «ideologia» come **studio sistematico e scientifico delle idee**.
- Da Marx in poi, il termine è usato in tre sensi:
 1. **Qualunque idea o complesso di idee considerate come fattori sociali**, in grado di influenzare la società o esserne influenzati.
 - È un'ideologia in questo senso ogni visione del mondo di un individuo o gruppo sociale, ossia il complesso di credenze e atteggiamenti che influenzano la realtà sociale.
 2. **Falsa coscienza o falsa scienza**, ossia un complesso di discorsi solo apparentemente neutrali, conoscitivi e scientifici, che in realtà suggeriscono o rafforzano valori, norme o una determinata distribuzione di poteri e ricchezze.
 - Per fare ideologia in questo senso, carico di connotazioni etico-politiche negative, non è necessario che si sia consapevoli della natura ingannevole del proprio discorso.
 3. **La concezione globale e onnicomprensiva del mondo presupposta da ogni discorso**, che determina sia giudizi di valore che metodi di conoscenza.
 - In questo senso, utilizzato soprattutto nel contesto dei *critical legal studies*, ogni discorso può essere valutato solo sulla base dei suoi effetti e delle sue cause sociali, dei valori pratici che promuove o lo promuovono. Si nega sia possibile o conveniente ricostruire la struttura interna di giustificazione di un discorso, e si nega la distinzione tra il contesto di giustificazione e quello sociologico.



7. Ideologia: Ideologia e diritto

80

1. Dire che il diritto è ideologia nel primo senso è affermazione tutto sommato pacifica. Il diritto influenza la società e ne è influenzato.
2. Dire che il diritto, o la cultura giuridica ufficiale, è falsa scienza/coscienza è invece una critica molto grave.
 - Marx la muove contro il diritto borghese, che dietro una facciata neutrale, scientifica e solo formalmente ugualitaria maschera la sua natura di strumento di dominio della classe dominante.
 - Kelsen muove quest'accusa nei confronti della scienza giuridica tradizionale, influenzata da elementi giusnaturalisti, secondo cui il diritto, per essere «vero», deve avere certi limiti e contenuti.
 - Kelsen a sua volta subisce questa critica, da parte di chi lo accusa di favorire surrettiziamente l'accettazione di fondo del diritto effettivo, che quindi non sarebbe affatto accostato in modo distaccato e «scientifico».



8. Morale e diritto

81

- È del tutto pacifico che il diritto subisca l'influenza della morale positiva.
- Ma anche il diritto, a sua volta, può influenzare la morale positiva.
- Specialmente nei totalitarismi, esso è inteso non solo come mezzo di guida della condotta, ma anche come strumento di mutamento delle convinzioni morali diffuse.
- Quando si tratta dei rapporti tra diritto e morale occorre distinguere problemi **metodologici, teorici ed etico-politici**.



8. Morale e diritto

82

- Un problema **metodologico**: Il diritto può essere descritto indipendentemente dalla sua giustizia?
- Giuspositivismo: sì, e indipendentemente dal fatto che si ritenga di dovervi prestare obbedienza. **Il nesso tra morale e diritto non è concettuale, ma al più fattuale** (il diritto può di fatto influenzare ed essere influenzato da idee morali), **oppure è un problema etico-politico** (riguardante cioè la proposta dei principi morali a cui un diritto positivo dovrebbe ispirarsi).
 - Il diritto **può dunque essere descritto** in quanto tale **indipendentemente dal fatto che lo si consideri giusto e ingiusto**, e indipendentemente dal fatto che si ritenga di dovervi prestare **obbedienza** o meno.
 - Il giuspositivismo, di solito, abbraccia una **metaetica non-oggettivista e non-cognitivista**.
 - Ci sono delle eccezioni: Bentham e Austin, sono convinti di poter derivare la morale dalla descrizione di fatti, ma propugnano la separazione tra diritto e morale: la commistione tra diritto e morale potrebbe infatti portare gli individui a considerare sempre giuridiche le norme morali giuste e non giuridiche le leggi ingiuste, con risultati negativi.



8. Morale e diritto

83

- Giusnaturalismo: no, poiché v'è una **connessione necessaria e concettuale tra il diritto e la morale**; se un ordinamento non rispecchia e salvaguarda certi valori non può essere considerato giuridico, e non vi si deve prestare **obbedienza**.
 - Al contrario le norme che non contrastano col diritto naturale meritano obbedienza.
 - Il giusnaturalismo **abbraccia una concezione metaetica oggettivistica o quantomeno cognitivistica della morale**.
- Divergenze di carattere **teorico** tra giusnaturalismo e giuspositivismo sull'elenco delle fonti e sui confini del giuridico.
 - Il **giusnaturalista** tende a includere tra le fonti del diritto la **morale positiva**, l'**equità**, la **coscienza sociale**, la **natura della cosa**, la **consuetudine** e i **diritti soggettivi** in quanto preesistenti e prevalenti rispetto al diritto oggettivo.
 - il **giuspositivista** tende invece ad adottare un atteggiamento **più restrittivo** e comprende nel catalogo delle fonti i rimandi alla morale solo quando siano espressamente operati dalle fonti stesse.



8. Morale e diritto

84

- Dissensi **etico-politici** tra giuspositivismo e giusnaturalismo su come i rapporti tra diritto e morale devono atteggiarsi.
- Tali dissensi si acutizzano soprattutto quando diritto e morale danno valutazioni incompatibili o divergenti dello stesso atto o situazione. Ciò accade:
 - **Quando una morale permette o prescrive ciò che per il diritto è vietato:** es. i *reati di pura creazione legislativa*, rispetto ai quali manca un contenuto di disvalore etico evidente e da tutti percepibile.
 - **Quando il diritto permette o prescrive ciò che una morale vieta:** si pensi alle resistenze dei cattolici contro la disciplina giuridica del divorzio, dell'aborto e di certi trattamenti eutanasici.
 - Un «cedimento» del diritto alla morale è data dalle discipline giuridiche dell'obiezione di coscienza.
- Altri casi critici sono quelli in cui un diritto dà valutazioni su una morale nel suo complesso o la protegge, diffonde, prescrive, vieta, oppure rende obbligatori o vietati i relativi comportamenti.
 - Es.: idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico.



8. Morale e diritto

85

- Le costituzioni rigide del '900 includono copiosi riferimenti a valori morali (uguaglianza, dignità, libertà, pieno sviluppo della persona umana ecc.), e ciò ha portato i neocostituzionalisti a proclamare il superamento della tradizionale separazione tra diritto e morale.
- Per la verità, **che ci siano richiami a idee e principi morali non è affatto una peculiarità del diritto occidentale contemporaneo**, dato che qualunque diritto positivo passato e presente ha sempre incluso, in varia misura e con varie modalità, rimandi a singole idee morali o a una qualche morale ideale o positiva più o meno precisamente identificata.
- I rimandi del diritto alla morale non impongono dunque alcuna rivoluzione metodologica. In particolare, **non precludono affatto di distinguere tra la descrizione del diritto** (comprensiva delle idee morali più o meno determinate che esso incorpora) e **valutazione del diritto**.