

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

PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Definizioni e concetti giuridici



1. I concetti giuridici

2

- Abbiamo visto che una norma giuridica è una proposizione prescrittiva conforme ai criteri di appartenenza stabiliti da un ordinamento giuridico, ossia da altre (meta)norme giuridiche.
- Ciò pone il problema: quando un ordinamento (insieme di norme) è giuridico? E dunque, quando, dato un insieme di norme, può parlarsi di **diritto**?
- Si arriva così a quello che molti autori chiamano il **problema ontologico** del diritto, o problema del **quid ius** (distinto dal *quid iuris*): **che cos'è il diritto?**



1. I concetti giuridici

3

- Esempi di problemi ontologici:
 - ▣ Che cos'è una norma giuridica?
 - ▣ Che cos'è il diritto?
 - ▣ Che cos'è un gatto?
- Due approcci possibili per risolvere i problemi ontologici:
 1. Le metafisiche **essenzialiste**: si basano sulla ricerca dell'**essenza propria delle cose**, ossia ciò che distingue e qualifica le cose in quanto tali.
 - Secondo questo approccio, le norme giuridiche, i diritti, i gatti sono quegli oggetti che presentano le caratteristiche essenziali, rispettivamente, della normatività giuridica, della giuridicità e della «gattosità».
 - L'essenza è considerata come un attributo reale delle cose (o *de re* o *immanente*).
 2. Le metafisiche **analitiche**: si basano sul chiarimento del significato dei termini che fanno riferimento alle cose.
 - Secondo questo approccio, le norme giuridiche, i diritti, i gatti sono quegli oggetti a cui fanno riferimento i termini «norma giuridica», «diritto», «gatto».
 - Il significato è un attributo convenzionale delle parole (o *de dicto*).



1. I concetti giuridici

4

- Un problema delle metafisiche essenzialiste
 - ▣ Quali siano le caratteristiche essenziali delle cose è spesso questione che dipende dai particolari punti di vista (o meglio: dalle disposizioni pratiche e teoretiche) degli osservatori.
 - ▣ Es. quali sono le caratteristiche essenziali dell'oggetto che vi sto mostrando?
 - L'essere fatto di pietra → è un sasso
 - L'essere un frammento di materia allo stato solido → è un corpo solido
 - L'essere un manufatto litico del periodo Aurignaziano → è un reperto archeologico
 - L'essere stato raccolto in una giornata indimenticabile → è un ricordo
 - L'essere relativamente pesante e dunque atto a trattenere oggetti piatti sottostanti → è un fermacarte
 - L'essere atto a offendere → è un'arma (quella preferita da chi è senza peccato)
 - L'essere stato usato per compiere il Massacro del Circeo (1975) → è un corpo di reato
 - ...
 - ▣ Es. quali sono le caratteristiche essenziali del matrimonio?
 - L'essere l'alleanza sacra e indissolubile tra un uomo e una donna
 - L'essere l'unione religiosa tra un uomo e fino a quattro donne
 - L'essere l'atto giuridico che ha per effetto la costituzione dello stato coniugale tra due persone di qualsiasi sesso, ecc.
 - ...



1. I concetti giuridici

5

- Per le metafisiche analitiche, i problemi ontologici si affrontano principalmente chiarendo il significato dei termini che usiamo per riferirci alle cose (materiali o immateriali).
 - Domandarsi che cosa sia la norma giuridica, il diritto, il gatto, il matrimonio equivale a esplicitare il significato dei termini «norma giuridica», «diritto», «gatto», «matrimonio», e dunque a istituire dei **concetti**.
- Per «**concetto**» si intende il **significato di un termine**, significato che è possibile indicare tramite una **definizione**.
 - Il concetto di gatto non è che il significato del termine «gatto», il concetto di norma non è altro che il significato del termine «norma» ecc.
 - Es: l'«insegna» è il segno distintivo del locale nel quale si svolge l'attività dell'imprenditore.
- Un concetto è **giuridico** quando il termine corrispondente si trova adoperato in uno dei vari tipi di discorsi giuridici (formulati dal legislatore, dalla giurisprudenza, dai funzionari, dalla dottrina, dai privati ecc.).



2. Definizioni giuridiche (elementi di teoria analitica delle definizioni giuridiche)

6

- Le definizioni sono **enunciati tramite i quali si indica un concetto**, ossia il significato di un'espressione linguistica.
- Presentano due elementi:
 - L'espressione da definire viene chiamata **definiendum**
 - L'espressione che definisce in quanto addotta come sinonimo del definiendum viene chiamata **definiens**
- Es. Il «**genocidio**» è un **atto commesso con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso come tale**. (Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948, ripresa dalla legge italiana del 9 ottobre 1967, n. 962)
- Es. La «**dissezione**» è la **pratica di sezionamento di un organismo operata per analizzarne la struttura interna**.

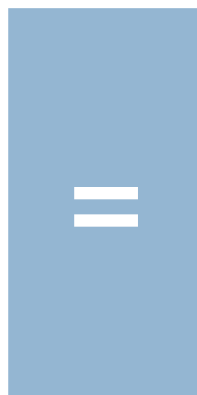


2. definizioni giuridiche : Definizioni nominali e reali

7

- Le definizioni secondo la filosofia analitica vertono sempre su **parole** e si chiamano per questo definizioni **nominali**

La «dissezione» è la pratica di sezionamento di un organismo operata per analizzarne la struttura interna



Per «dissezione» si intende la pratica di sezionamento di un organismo operata per analizzarne la struttura interna

- Le definizioni nominali definiscono **parole** che si riferiscono a cose
 - Definizione → Parole → Cose
- Nelle filosofie ispirate a una metafisica analitica, il rapporto tra le **definizioni** e le **cose** designate da esse è **indiretto** perché mediato dal linguaggio. La definizione «piccolo felino che fa 'miao'» verte direttamente sulla parola «gatto» e solo indirettamente sugli esseri viventi a cui quel termine si riferisce.
 - Ciò implica che il metodo analitico affronta domande come «che cosa è X» chiedendosi innanzitutto «che cosa significa il termine 'X'»

2. definizioni giuridiche:

Definizioni nominali e reali



8

- Molte filosofie non analitiche ritengono invece di poter fornire definizioni che riguardano **direttamente** le cose designate dalle parole e ci portano addirittura a conoscere la loro **essenza**. Si tratterebbe quindi di **definizioni reali**, che sarebbero **vere o false**.

➤ ~~Definizione~~ → ~~Parole~~ → ~~Cose~~

➤ Definizione → Cose

- Esempio di definizione (proposta come) reale: «La **famiglia** è la società naturale in cui l'uomo e la donna sono chiamati al dono di sé nell'amore e nel dono della vita» (Catechismo della Chiesa Cattolica).

2. Definizioni giuridiche :

Definizioni nominali lessicali, stipulative e esplicative



9

- Una definizione è **lessicale** quando viene formulata per **descrivere** un uso linguistico diffuso presso una data comunità (più o meno estesa) di parlanti.
 - Es: Per «**vivisezione**» si intende **un metodo di studio e ricerca consistente in operazioni di dissezione effettuate su animali vivi.**
- Una definizione è **stipulativa** quando viene formulata per **prescrivere** un significato più o meno radicalmente innovativo rispetto all'uso corrente presso una data comunità di parlanti.
 - Es. nel libro *Il gene egoista*, edito nel 1976, l'etologo Richard Dawkins definisce il «**meme**» come **un'unità di informazione capace di propagarsi per trasmissione culturale.**
- Una definizione è **esplicativa** (o ridefinizione) quando si distacca **solo parzialmente** dagli usi linguistici correnti presso una data comunità di parlanti.
 - Es: Dicesi «**democrazia elettronica**» **l'uso delle tecnologie digitali come mezzo per l'esercizio delle procedure egualitarie di autogoverno del demos**

2. Definizioni giuridiche:

Criteri di valutazione delle definizioni



10

- Una definizione lessicale può essere valutata in ragione della sua **fedeltà** agli usi linguistici che pretende di riprodurre.
- Esempi di definizione lessicale **fedele** (dunque buona):
 - La «**discriminazione**» è una pratica che determina uno svantaggio relativo subito da taluni soggetti in quanto portatori di certe caratteristiche protette ricomprese in un catalogo non tassativo, aperto e storicamente variabile che nell'Occidente contemporaneo include il sesso, la razza, la lingua, la religione, l'orientamento sessuale ecc., a patto che non ricorrano idonee giustificazioni.
 - La «**vivisezione**» è un metodo di studio e ricerca consistente in operazioni di dissezione effettuate su animali vivi.
- Esempi di definizione lessicale **infedele** (dunque cattiva):
 - La «**discriminazione**» è qualsiasi pratica che determina uno svantaggio relativo subito da taluni soggetti, comunque raggruppati.
 - La «**sperimentazione animale**» è un metodo di studio e ricerca consistente in operazioni di dissezione effettuate su animali vivi.

2. Definizioni giuridiche:

Criteri di valutazione delle definizioni



11

- Una definizione stipulativa può essere valutata in ragione della sua **opportunità rispetto agli scopi** che si prefigge chi la formula
 - Es. di definizione stipulativa opportunamente introdotta a suo tempo in vista dello scopo di incrementare la **precisione** del discorso:
 - Che cos'è l'accelerazione?
 1. È l'aumento della velocità
 2. È una grandezza fisica che misura la rapidità con cui la velocità varia col tempo.
 3. È una grandezza vettoriale che rappresenta la variazione della velocità nell'unità di tempo
 4.
$$\bar{a} = \frac{v_2 - v_1}{t_2 - t_1} = \frac{\Delta v}{\Delta t}$$

2. Definizioni giuridiche:

Criteri di valutazione delle definizioni



12

- Talora, per vari motivi (spesso politici o economici), certe definizioni stipulative vengono «contrabbandate» per definizioni lessicali.
- Ad esempio, vengono indebitamente spacciate per definizioni lessicali delle definizioni stipulative quali:
 - La «**sperimentazione animale**» [e non la vivisezione] è un metodo di studio e ricerca consistente in operazioni di dissezione effettuate su animali vivi.
 - Il «**genocidio**» è un atto che risulta nella distruzione, in tutto o in parte, di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. [omettendo ogni riferimento all'intenzione e la locuzione «come tale»]



2. Definizioni giuridiche:

Tecniche di definizione

13

- una celebre tecnica definitoria è quella per **genere prossimo** e **differenza specifica**
 - ▣ es. il testamento è un **negozio giuridico unilaterale mortis causa**
 - ▣ es. il gatto è un **felide di piccole dimensioni**
 - ▣ es. i quark sono **particelle elementari dotate di massa**
- Una definizione è **diretta** quando indica una parola o un'espressione *sinonimi* del termine da definire.
 - Es. il **testamento** è un **negozio giuridico unilaterale mortis causa**
 - Una definizione è **indiretta** (o contestuale) quando definisce **non il definiendum considerato isolatamente**, bensì **un enunciato** in cui tale definiendum compare
 - Es. di definizione indiretta del termine «idrosolubile»:
 - «'Lo **zucchero è idrosolubile**' vuol dire che **se lo zucchero viene posto in acqua, allora vi si dissolve**»
 - Secondo alcuni autori, concetti giuridici come «diritto soggettivo» sarebbero definibili solo tramite definizioni indirette che illustrano il significato di enunciati quali «Tizio ha un diritto soggettivo».



2. Definizioni giuridiche:

Definizioni esplicite e implicite

14

- Una definizione è **esplicita** quando è dotata di una espressa formulazione linguistica.
- Una definizione è **implicita** quando il significato di un termine viene ricavato dal suo uso nei discorsi.
 - Ad esempio, si può avere un'idea del concetto di «**muzhik**» nella lingua russa frequentando per qualche tempo dei russi e rilevando l'uso che essi fanno di quel termine.
 - (i bambini imparano a parlare ricavando dai discorsi che ascoltano delle definizioni implicite)
- Altre definizioni sovente sprovviste di formulazione linguistica espressa sono le definizioni **ostensive**, ove il definiens viene sostituito dalla presentazione (ostensione) di un oggetto denotato dal definiendum.
 - es.: che cos'è una cornacchia? Ecco, quella lì è una cornacchia.



2.1. Definizioni legislative

15

- Le definizioni legislative sono determinazioni autoritative che **prescrivono** il significato di espressioni usate in altre disposizioni di legge. Sono perlopiù definizioni **esplicative**.
- Es. art. 812, 1° c. del Codice Civile: «Sono **beni immobili** il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.»
- Secondo alcuni autori, le definizioni legislative vanno lette in congiunzione con gli enunciati normativi che adoperano i termini definiti. Esprimerebbero cioè **frammenti di norme** che acquistano significato normativo compiuto solo in connessione con altre disposizioni in cui il termine definito compare.
- ad esempio, la definizione di bene immobile qui sopra andrebbe letta in congiunzione con ciascuna delle disposizioni che disciplinano le vicende giuridiche di tali beni.
- Secondo altri autori, le definizioni legislative sono determinazioni autoritative e compiutamente vincolanti del significato di un termine, e dunque **norme dotate di senso prescrittivo compiuto**.
- In ogni caso, le definizioni legislative sono dirette a **circoscrivere la discrezionalità** dell'interprete, ma non la azzerano mai del tutto giacché anche il definiens va a sua volta interpretato e può risultare di significato incerto.
- Es: I gazebo fissati al suolo sono beni immobili? E le capanne?

2.1. Definizioni legislative: Definizioni vere oppure vincolanti?



16

- Come tutte le definizioni, anche **le definizioni legislative non sono vere o false**. Veri o falsi sono casomai gli **enunciati descrittivi eventualmente formati con le parole definite**.
 - es. «Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio» non è un enunciato né vero né falso, ma prescrive un certo significato della parola «beni immobili»
 - es. «Questo sasso è un bene immobile» è un enunciato che è possibile invece verificare e falsificare.
- Contra: le definizioni reali care a certe filosofie non analitiche sono assunte, e talora imposte, come **vere**.
 - Es. definizione di matrimonio come unione tra due persone di sesso diverso
 - Es. definizione di aborto come specie del genere omicidio; «un un delitto di cui non è lecito diventare complici»

2.1. Definizioni legislative: Definizioni vere oppure vincolanti?



17

- Nessun diritto riesce a ridefinire tutti i termini che adopera. I termini definiti legislativamente sono sempre una minoranza.
- Può talora essere difficile per l'interprete stabilire se un enunciato legislativo abbia o meno una funzione propriamente definitoria.
- Es. art. 833 C.C.: «Atti di emulazione - Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri».
- ART. 832 C.C. «Contenuto del diritto [di proprietà] - Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

2.1. Definizioni legislative: Definizioni vere oppure vincolanti?



18

- Nella cultura giuridica del continente europeo ha tuttora un certo successo un **orientamento che tende a negare il carattere vincolante delle definizioni legislative**: si afferma che l'attività definitoria è di pertinenza della scienza giuridica e non del legislatore, che definendo i termini del diritto svolgerebbe un'attività indebita di riflessione teorica sulla disciplina da lui stesso dettata.
- Spesso posizioni del genere sono legate a metafisiche essenzialiste
- questa posizione è rifiutata da chi nota che **attraverso le definizioni legislative il legislatore non teorizza alcunché, ma prescrive** all'interprete come vadano intesi certi termini: **le definizioni legislative sono dunque norme o frammenti di norme vincolanti per chi accetta il diritto in questione**
- La teoria secondo cui le definizioni legislative non sono vincolanti in quanto sono appannaggio della scienza giuridica è stata denunciata come **ideologia** che sollecita l'interprete a liberarsi dai vincoli concettuali posti dal legislatore.

3. Concetti giuridici



19

- Per «concetto giuridico» si intende il **significato di un termine appartenente al linguaggio giuridico** (che è il linguaggio adoperato in uno dei vari tipi di discorsi giuridici, come quelli del legislatore, della dottrina, della giurisprudenza ecc.)
- Nell'uso corrente sono considerati giuridici:
 - i (significati dei) termini tecnici peculiari del linguaggio giuridico (es. anatocismo, peculato, enfiteusi)
 - i (significati dei) termini appartenenti **anche** al linguaggio ordinario **ridefiniti** dal diritto o dalla giurisprudenza (es. possesso, bene, persona, interesse, danno, furto, insegna, omicidio, percosse)

3. Concetti giuridici



20

- Alcuni teorici sostengono che laddove il diritto o la scienza giuridica non definiscano esplicitamente i termini che adoperano, essi vanno intesi secondo il loro **significato ordinario** (**tesi della continuità del linguaggio giuridico** rispetto al linguaggio ordinario).
- A supporto di tale tesi, viene spesso citato l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale inteso come prescrizione rivolta all'interprete di ricorrere ai **significati ordinari** ogni qual volta manchi una definizione esplicita: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che **quello fatto palese dal significato proprio** delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.»
- Altri teorici sostengono che nel diritto vale invece una sorta di **principio di incorporazione**: quando un termine compare in una disposizione giuridica esso assume un **significato peculiarmente giuridico** che può non coincidere col suo significato ordinario (**tesi del diritto come sistema semiotico autonomo e autosufficiente**, con aperture possibili ma non necessarie rispetto al linguaggio ordinario).
- Questa tesi suggerisce di risolvere tutti i problemi interpretativi con le risorse fornite dal sistema e dalla scienza giuridica.

3. Concetti giuridici



21

- La scelta tra queste due posizioni ha importanti conseguenze pratiche:
 - Es. Art. 540 c.c.: A favore del coniuge è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni dell'articolo 542 per il caso di concorso con i figli.
 - Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui **mobili** che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni.
 - Se il termine “mobili” si intende nel **significato ordinario** ricavato dalla lingua italiana, esso denoterà **oggetti compresi nel settore merceologico dell'arredamento** quali i letti, gli armadi, i tavoli, le sedie ecc.;
 - se invece il termine si intende nel **significato tecnico-giuridico** di “bene mobile”, allora denoterà non solo gli arredi, ma **qualsiasi altro bene non immobile** corredi la casa adibita ad abitazione familiare (es. le suppellettili, le tende, i quadri, gli elettrodomestici, piatti e posate ecc.)

3. Concetti giuridici: Il problema del riferimento



22

- Termini come «Diritto soggettivo», «persona», «negozio giuridico», «reato», «possesso» ecc. a che cosa si riferiscono?
- Il riferimento empirico della parola «fiume» è dato dai fiumi reali; ma qual è il riferimento empirico di un'espressione come «diritto soggettivo?»
- Tesi *riduzioniste*: Tali concetti sono comunque **riducibili** a rappresentazioni di fatti od oggetti
- tesi *non riduzioniste*: tali concetti **non sono riducibili** a mere rappresentazioni di fatti od oggetti, ma devono includere un richiamo a *norme* (sono cioè **concetti normativi**)

3. Concetti giuridici: Il problema del riferimento



23

- Le tesi riduzioniste estreme della **mancaanza di significato** dei concetti giuridici
 - Karl Olivecrona - i concetti giuridici sono **privi di significato** (e i relativi termini sono «parole vuote») ma svolgono una **importante funzione psicologica di suggestione**: essi funzionerebbero da segnale evocativo di ciò che gli individui possono o devono fare secondo il diritto.
 - Sono in grado di influenzare la gente poiché questa è abituata a comportarsi come se esistessero davvero entità quali i diritti soggettivi e i doveri (allo stesso modo, nelle culture primitive, gli individui si comportano come se esistesse e funzionasse davvero la magia).
 - Critiche: se i discorsi sui diritti funzionassero come guida del comportamento solo per via delle convinzioni *erronee* e *illusorie* che la gente nutre correntemente, il teorico del diritto, per non compromettere l'utile funzione sociale di tali credenze, dovrebbe farsi complice di un inganno.
- Giusrealismo americano: le affermazioni che fanno uso dei concetti giuridici sarebbero riducibili a **previsioni** del futuro comportamento dei giudici.
 - In questa prospettiva, la titolarità di un diritto soggettivo non è altro che l'alta **probabilità** di ottenere una decisione giudiziaria favorevole; la commissione di un fatto qualificato come «reato» sarebbe riducibile alla **probabilità** di essere condannati a una sanzione penale ecc.

3. Concetti giuridici: Il problema del riferimento



24

- Secondo altre tesi riduzioniste, i concetti giuridici sono comunque *riducibili* a rappresentazioni di fatti od oggetti in quanto sono **concetti sistematici**.
- Per Alf Ross, ad esempio, i concetti giuridici non servono a designare alcun fatto, ma solamente a indicare la connessione tra fattispecie (classi di fatti) e conseguenze giuridiche (altre classi di fatti).
 - Il termine «proprietà», ad esempio, serve a indicare in modo sintetico il **complesso collegamento** tra i **modi d'acquisto** della proprietà (fatti-fattispecie) e le **conseguenze** della proprietà (fatti-effetti).
 - Dire che io sono il proprietario di questo cellulare, in questa prospettiva, equivale a dire che io ho compiuto alcuni atti previsti da certe norme (pagato un prezzo ecc.) a cui conseguono alcune conseguenze previste da altre norme (ad esempio quelle a cui va incontro chi mi sottragga tale bene).
 - I concetti giuridici sarebbero dunque un'indicazione abbreviata dei collegamenti tra i fatti e i loro effetti giuridici, utile per fare discorsi più brevi.



3.1. Concetti giuridici fattuali e normativi

25

- Le tesi non riduzioniste: i concetti giuridici hanno un significato **non** riducibile alle rappresentazioni di fatti od oggetti
- Herbert Hart - i concetti giuridici andrebbero definiti tramite **definizioni indirette**: più che concentrarsi su espressioni come «diritto soggettivo», ci si dovrebbe concentrare sugli enunciati in cui questa espressione ricorre, ad esempio: «Tizio ha un diritto soggettivo». Enunciati di questo tipo designerebbero non una situazione di mero fatto, bensì **una situazione di fatto qualificata dalle norme giuridiche**, che vi annetterebbero determinate conseguenze.
- Dire che qualcuno ha un diritto soggettivo o ha commesso un reato, in questa prospettiva, equivale a designare una **situazione di fatto qualificata dal diritto** che vi annette determinate conseguenze.
 - Dire che Tizio è proprietario di un certo bene equivale a dire che si siano verificati certi fatti che le norme del diritto considerano come modi di acquisto della proprietà di quel bene.
 - Dire che Caio ha commesso un reato equivale a dire che ha compiuto certi atti che le norme del diritto considerano come condizione di imputazione di una sanzione penale.

3.1. Concetti giuridici fattuali e normativi



26

- Questa tesi assume che i concetti giuridici siano concetti **normativi** e come tali distinti rispetto ai concetti **fattuali** (come chiaramente teorizzato da Uberto Scarpelli).
- I concetti **fattuali** sono quelli che designano entità, proprietà o relazioni di **puro fatto**, individuabili cioè **indipendentemente** da ogni riferimento a norme (ad esempio «bosco», «notte», «frana»)
- I concetti **normativi** sono quelli che designano: 1) fatti attuali o eventuali qualificati in base a **norme** (ad es. «negozio giuridico», «proprietà», «persona giuridica», «omicidio»); 2) la relazione esistente tra **norme** e: a) comportamenti umani (ad es. «obbligatorio»), b) accadimenti naturali (es. «rilevante»), c) altre norme, (es. «valido»).
- **Conclusioni:**
 - I concetti giuridici sono dotati di significato in quanto **concetti normativi**;
 - Il significato dei concetti normativi comprende sempre un rimando alle **norme giuridiche** che disciplinano dei fatti collegando ad essi conseguenze giuridiche più o meno complesse in termini di qualificazione del comportamento umano (obbligatorio, vietato, permesso ecc.).



4. Qualificazione giuridica

27

- La **qualificazione** è la **relazione semiotica tra una norma giuridica e la materia da essa regolata**: comportamenti, oggetti, fatti, stati di cose o altre norme **acquistano attraverso la qualificazione uno specifico significato giuridico**.
 - Ad es., una norma può qualificare un certo comportamento come **obbligatorio, permesso o vietato**.
- Lo stesso termine «qualificazione» è però talora adoperato per designare il risultato della c.d. **sussunzione di casi concreti entro fattispecie astratte (= classi di atti, fatti, oggetti ecc. oggetto di previsione normativa)**.
 - Es. Un foglio che reca alcune particolari scritte può essere qualificato come *cambiale*; certe azioni lesive possono essere qualificate come un *reato*; la pronuncia di certe parole di fronte a un pubblico ufficiale può essere qualificata come *matrimonio*; la consegna di un bene in cambio di denaro può essere qualificata come *compravendita* ecc.
- Esempio: art. 575 c.p. (Omicidio)
 - **Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni 21**


Fattispecie astratta


Conseguenza giuridica



4. Qualificazione giuridica

28

- Le qualificazioni giuridiche elementari della condotta umana sono dette **modalità giuridiche**, e possono essere operate sia alla luce di **norme di condotta** sia alla luce di **norme di competenza**.
 - Le **norme di condotta** qualificano comportamenti privi di effetti normativi, ossia che **non producono** a loro volta norme giuridiche (es: guidare, pescare, sottrarre una cosa mobile altrui).
 - Es. di modalità stabilite da norme di condotta: obbligo, pretesa, non-pretesa, permesso
 - Le **(meta)norme di competenza** qualificano comportamenti, spesso denominati «atti giuridici» che hanno effetti normativi in quanto **producono** norme giuridiche generali o individuali (es. promulgare una legge, stipulare un contratto, emettere una sentenza).
 - Es. di modalità stabilite da norme di competenza: soggezione, competenza, immunità, incapacità
- Concetti fondamentali usati per esprimere la qualificazione di **fatti** e **atti** da parte di norme sono quelle di **«rilevante»** e **«irrilevante»** (**rilevanza**).
- Concetti fondamentali usati per esprimere la qualificazione di **norme** da parte di altre (meta)norme sono quelle di **«valido»** e **«invalido»** (**validità**).
- Per gli atti giuridici sono importanti anche i concetti generali di **«efficace»** e **«inefficace»** (**efficacia**, termine però polisenso).

5. Diritto soggettivo (problema centrale del diritto)



29

- il concetto di diritto soggettivo rappresenta un tipico problema centrale del diritto, ossia un problema la cui soluzione dipende da tesi metafisiche ultime sulla natura dei valori e sulla natura del diritto .
- Due nozioni alternative di diritto soggettivo diffuse nella cultura giuridica odierna:
 - 1) **Signoria (o potestà) del volere** (Will Theory): Il diritto soggettivo conferisce al suo titolare il **potere** di controllare secondo la sua volontà un obbligo attribuito a qualcun altro.
 - 2) **Interesse protetto dall'ordinamento** (Interest Theory): Il diritto soggettivo protegge o favorisce sotto qualche aspetto un **interesse** di chi lo detiene, offrendo quindi un qualche vantaggio e beneficio.
 - Questa distinzione è superata sulla scorta dell'osservazione che quelli che i giuristi chiamano «diritti soggettivi» sono in realtà **situazioni giuridiche soggettive assai eterogenee, costituite da varie combinazioni di modalità giuridiche elementari quali pretese, poteri, libertà e immunità** (non a caso la maggior parte dei diritti soggettivi possono essere descritti come **posizioni giuridiche molecolari**; vedi infra).

5. Diritto soggettivo (problema centrale del diritto)



30

- La distinzione tra diritti soggettivi (rights), e diritto oggettivo (law): vengono prima i diritti soggettivi o il diritto oggettivo?
- I diritti *naturali* sarebbero quelli che gli esseri umani posseggono **per natura**, per il solo fatto di essere tali. Sono spesso considerati inalienabili, inconculcabili e irrinunciabili.
- I diritti *umani* sarebbero i diritti volti a soddisfare i **bisogni essenziali degli esseri umani**, e come tali reputati appartenenti a ogni individuo umano anche in assenza di espliciti riconoscimenti giuridici.
 - Sono proclamati in innumerevoli carte dei diritti, a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.



5. Diritto soggettivo

31

- Problema: quali sono i bisogni «essenziali» degli esseri umani? Nel 1954 lo psicologo Abraham Maslow propose un modello dello sviluppo umano basato su una gerarchia di bisogni, disposti a piramide, in base alla quale la soddisfazione dei bisogni più basilari è condizione necessaria per soddisfare quelli di ordine superiore.





5. Diritto soggettivo

32

- I diritti ***fondamentali*** sono quelli riconosciuti nei vari ordinamenti statali da norme giuridiche di carattere apicale.
 - Il problema del fondamento ultimo dei diritti: costituzioni/diritto positivo? Natura umana? Bisogni umani essenziali? Funzionalità alla piena espressione dell'autonomia individuale?...
 - Il consenso quasi universale sopra i diritti è favorito dalla notevole indeterminatezza delle loro formulazioni normative.



5. Diritto soggettivo

33

- Secondo l'approccio c.d. *giusnaturalista*, i diritti soggettivi sono un elemento costitutivo del concetto di **persona umana** (intesa come persona fisica) tradizionalmente considerata appunto come **soggetto giuridico**, ossia centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive
 - La categoria delle persone comprende peraltro anche le persone giuridiche – complessi organizzati di persone e di beni - e, secondo alcuni, gli enti di fatto privi di riconoscimento formale. La cultura giuridica odierna riconosce che anche le persone giuridiche possano essere titolari di diritti soggettivi.
- **Problema ontologico: che cosa sono le persone umane? Ossia: qual è la denotazione del termine «persona umana»? Si tratta di una questione *de re* o *de dicto*?**
 - **Sottoproblemi:**
 - Siamo persone titolari di diritti soggettivi se e in quanto lo stabilisce il diritto oggettivo, o siamo persone titolari di diritti soggettivi indipendentemente da qualsiasi diritto oggettivo?
 - Quali sono gli attributi determinanti per decidere se siamo o no persone umane? Sono stabiliti dal diritto (sono cioè *de dicto*) o sono immanenti alla nostra essenza (*de re*)?

Persona umana. Un concetto de re o de dicto? (viene prima la persona o il diritto?)



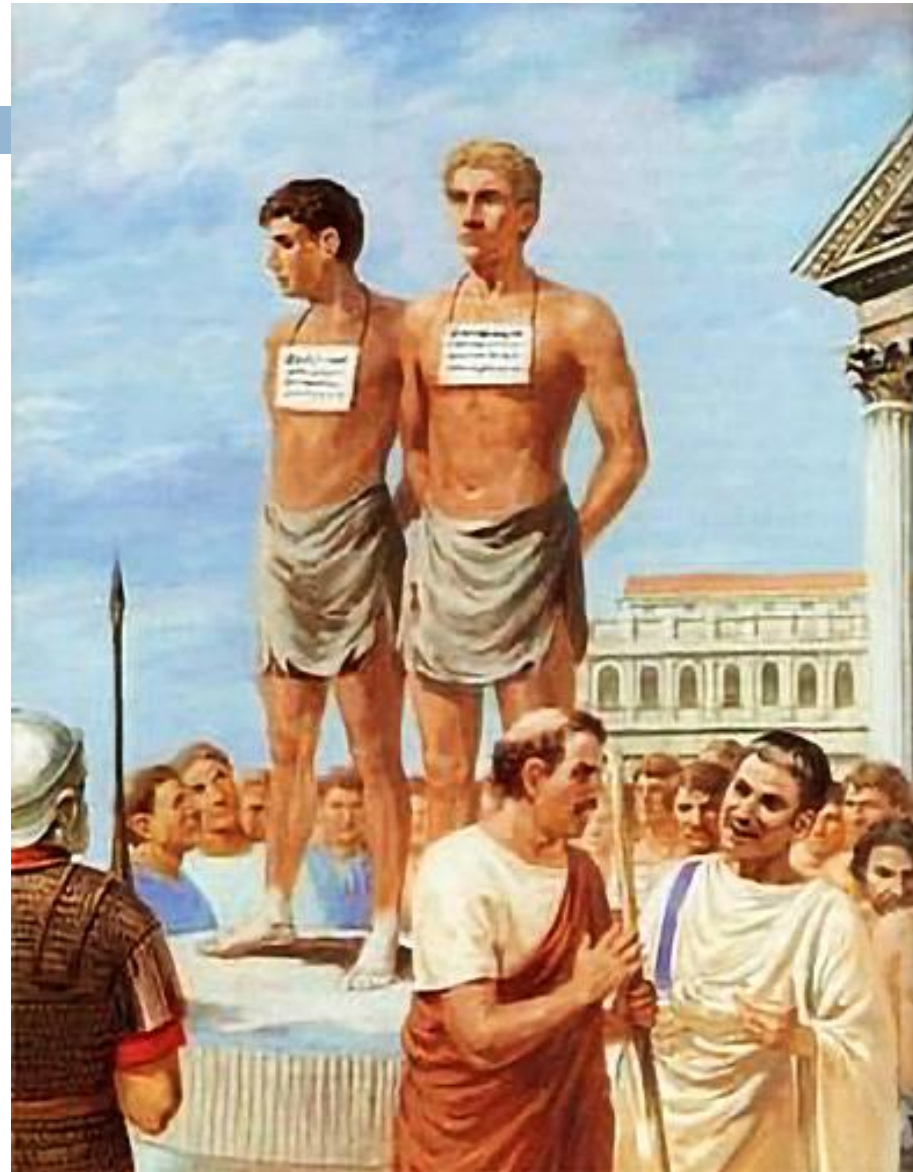
34



Persona umana. Un concetto de re o de dicto?

35

Il diritto romano attribuiva agli **schia**vi una condizione giuridica sub-umana , catalogandoli come *res*, cose, ossia come beni patrimoniali, sui quali i padroni avevano diritto di vita e di morte. A Roma si era schiavi per nascita, per debiti o in quanto prigionieri di guerra: **Esseri umani come oggetti giuridici (nel senso di oggetto di diritti soggettivi altrui), non soggetti giuridici**



Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



36



Uomo di Neanderthal, Europa e medio oriente, 200.000-30.000 anni fa. Il DNA derivato dai Neanderthal si attesta attorno al 1-4% del genoma delle popolazioni eurasiatiche, meno nelle popolazioni sub-sahariane.

Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



37



Ricostruzione di un esemplare di Australopithecus afarensis noto come Lucy, il cui scheletro risale a 3.2 milioni di anni fa. Pare usasse dei manufatti litici o lignei

Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



38

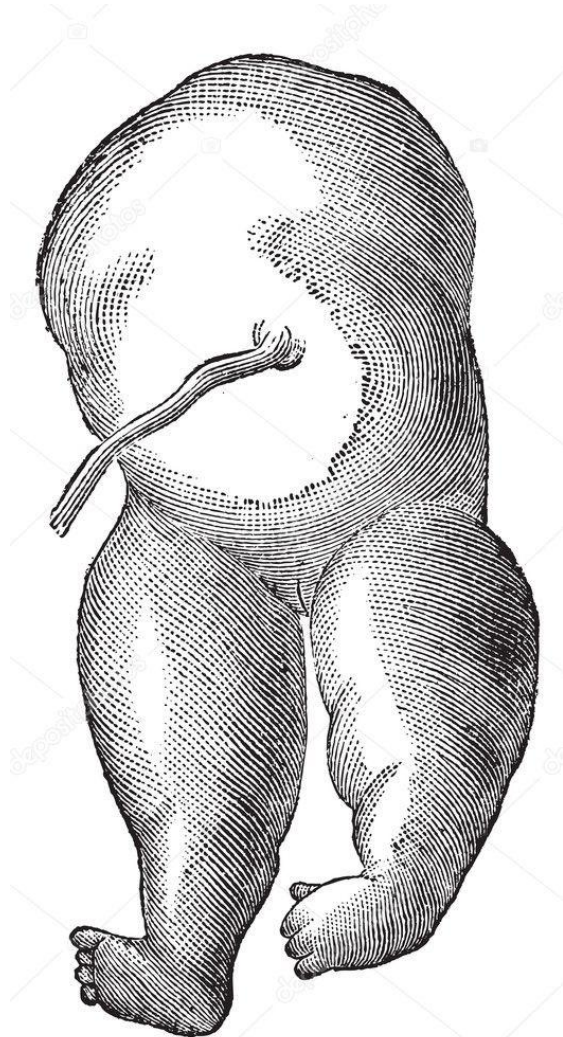


Al termine dell'ottava settimana dopo la fecondazione (dieci settimane di gravidanza), l'embrione è considerato feto. Nel diritto italiano, il feto è titolare di «diritti del nascituro» o «concepito»: un soggetto di diritto in quanto titolare, in via diretta, di alcuni interessi personali quali il diritto alla vita e alla integrità psico-fisica. La piena capacità giuridica, per il c.c. italiano, si acquista però solo dal momento della nascita.

Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



39



Da un trattato di
teratologia: feto di 37
settimane affetto da
anencefalia.

Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



40



Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



41



Persona umana. Un concetto de re o de dicto?



42

- Una conclusione provvisoria: il concetto di «persona umana» si riferisce agli individui che, in una certa cultura, vengono considerati come **persone in senso morale**, ossia entità dotate di **valore morale finale**, e perciò meritevoli di protezione.



5. Diritto soggettivo

43

- I diritti soggettivi secondo il **giusnaturalismo** moderno
 - Secondo il giusnaturalismo, i diritti soggettivi vengono **prima** del diritto oggettivo perché sono realtà preesistenti che il diritto si limita a riconoscere e tutelare. Il diritto oggettivo non può mai limitare o togliere i diritti soggettivi: per essere davvero «diritto», meritevole di obbedienza, deve incorporare i diritti soggettivi preesistenti.
 - Meta-etica oggettivista. Etica oggettiva imperniata sul concetto di diritto soggettivo;
 - **L'eccedenza deontologica dei diritti (concezione sintetica del diritto soggettivo):**
 - In questa prospettiva, i diritti soggettivi giuridici sono entità dotate di **capacità espansiva** in quanto dalle **disposizioni giuridiche** che li ascrivono è possibile ricavare innumerevoli posizioni giuridiche di vantaggio per gli individui.
 - Es: La Costituzione non contiene una disciplina esplicita del **diritto alla privacy**, ma il fondamento costituzionale di tale diritto è reperito, da un lato, in disposizioni di carattere generale come gli articoli 2 [La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale] e 3 della Costituzione e, dall'altra, in fattispecie di tutela singole e specifiche (come gli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost.: libertà personale, di domicilio, corrispondenza, circolazione e soggiorno, manifestazione del pensiero).



5. Diritto soggettivo

44

➤ I diritti secondo il **giuspositivismo**:

- Tesi meta-etica del **non-oggettivismo**, da cui discende che l'attribuzione di valore agli individui ha carattere costitutivo e non ricognitivo: quali diritti hanno le persone è questione di scelte, non di natura.
- **Separazione tra diritto e morale**: la descrizione del diritto deve essere indipendente dalla sua valutazione e deve lasciare impregiudicata la questione dell'obbedienza al diritto.
 - Il diritto può dunque negare o violare quelli la morale considera diritti soggettivi, pur restando diritto.
- Kelsen: quali diritti abbiamo è questione che dipende interamente dal diritto oggettivo, e sono diritti soggettivi tutti e solo quelli che il diritto oggettivo considera come tali.
- Un caso eccezionale di etica oggettivista ostile ai diritti naturali è l'utilitarismo di Bentham, che qualifica i diritti come *nonsense upon stilts*
- I diritti soggettivi hanno contenuto predeterminato e circoscrivibile (**la concezione analitica del diritto soggettivo**):

5. Diritto soggettivo: I diritti soggettivi come posizioni giuridiche molecolari



45

- Quelli che i giuristi chiamano «diritti soggettivi» sono in realtà situazioni giuridiche soggettive assai eterogenee, costituite spesso **da una combinazione di modalità giuridiche elementari** – pretese, permessi, poteri, immunità ecc. - (non a caso la maggior parte dei diritti soggettivi possono essere descritti come **posizioni giuridiche molecolari**).
- Ad esempio la **libertà di manifestazione del pensiero** comprende quantomeno: 1) la **libertà** di manifestare il proprio pensiero, 2) la **libertà** di non manifestare il proprio pensiero, 3) la **pretesa** che terzi non interferiscano con l'esercizio di tale libertà e 4) l'**immunità** contro determinati atti volti a sopprimere tale libertà.
- Altro esempio: Il diritto di credito include: 1) la **pretesa** di percepire la prestazione dovuta, 2) il **potere** di citare il debitore inadempiente in giudizio, 3) il **potere** di estinguere l'obbligo del debitore, 4) la **libertà** di non esigere la prestazione, 5) la **pretesa** di ottenere un risarcimento da parte di terzi che abbiano interferito con la corretta esecuzione della prestazione ecc.

5. Diritto soggettivo: I diritti soggettivi come posizioni giuridiche molecolari



46

- L'espressione «diritto soggettivo» viene insomma spesso adoperata per designare degli agglomerati di modalità giuridiche elementari (o per così dire 'atomiche') di vario tipo:
1. **Pretese**, ossia posizioni soggettive giuridiche di vantaggio correlate a obblighi (ad esempio, la pretesa del creditore di percepire la prestazione dovuta dal debitore);
 2. **Permessi** (o libertà in senso stretto, o privilegi), ossia posizioni giuridiche soggettive correlate alla mancanza di pretese altrui (ad esempio la libertà di passeggiare per strada);
 3. **Poteri** (o competenze), ossia capacità attribuite dal diritto di alterare la situazione giuridica di un'altra persona (ad esempio il potere di stipulare contratti);
 4. **Immunità**, ossia non assoggettabilità al mutamento della propria situazione giuridica per iniziativa unilaterale altrui.

6. Modalità giuridiche (Hohfeld, Ross)

47

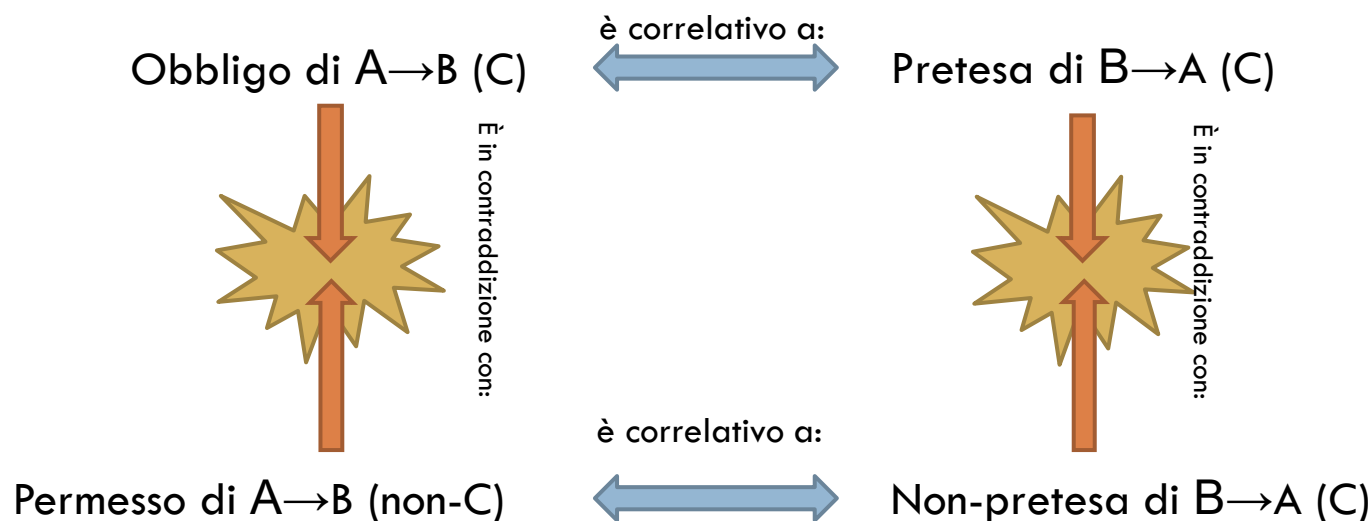
- Sono chiamate «modalità giuridiche» le qualificazioni normative elementari (o 'atomiche') della condotta umana operate dal diritto; per esempio «obbligatorio», «permesso», «vietato».
- Alle modalità giuridiche possono essere ricondotti tutti i vari termini usati per esprimere la parte propriamente prescrittiva di una norma giuridica.
- Nel significato degli enunciati adoperati per esprimere norme giuridiche si possono infatti isolare due elementi:
 - una parte referenziale, che raffigura l'azione prescritta e include la determinazione del destinatario della norma (**frastico**)
 - un'altra parte funzionale, che qualifica deonticamente tale azione (**neustico**)
- Le modalità giuridiche sono quindi concetti usati per specificare il *neustico* di una norma; un esempio di norme che esprime la modalità dell'obbligo (negativo):
 - **Vietato calpestare le aiuole**
 - ↓
 - neustico**
 - ↓
 - frastico**



6. Modalità giuridiche

48

- Per costruire una tavola di modalità deontiche si assume convenzionalmente una modalità come fondamentale.
- Questa è ad esempio la tavola delle modalità giuridiche (suggerita da W. N. Hohfeld e sviluppata da A. Ross) relativa alle **norme di condotta** basata sul concetto di **obbligo**:





6. Modalità giuridiche

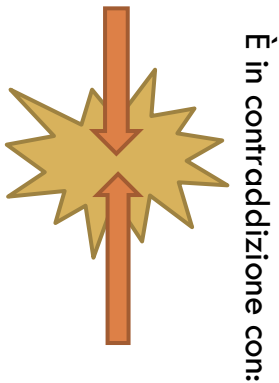
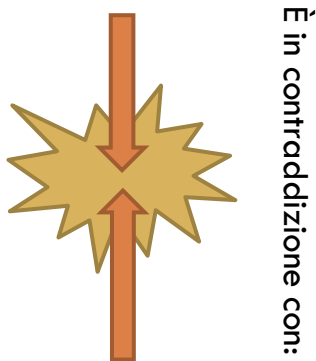
49

➤Tavola delle modalità giuridiche secondo le norme di condotta (esempio: le obbligazioni)

Obbligo del debitore di eseguire una prestazione a favore del creditore

è correlativo a:

Pretesa del creditore all'esecuzione della prestazione da parte del debitore



Permesso del debitore di **non** eseguire una prestazione a favore del creditore

è correlativo a:

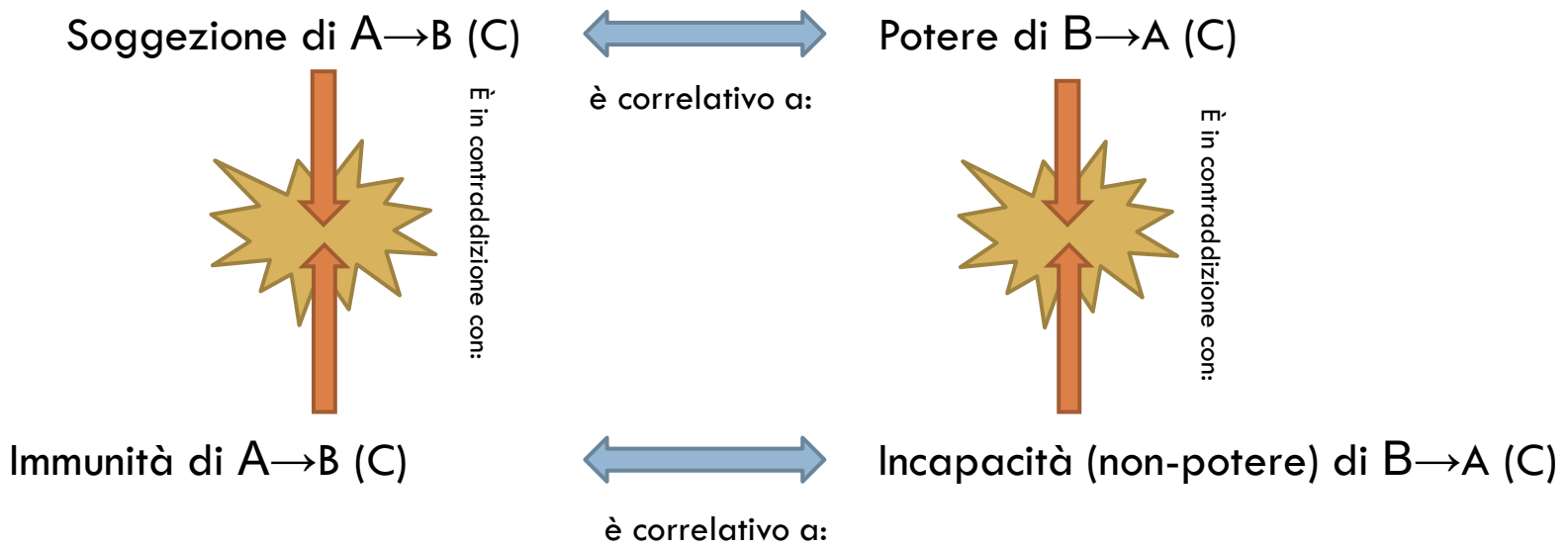
Non-pretesa del creditore all'esecuzione della prestazione da parte del debitore



6. Modalità giuridiche

50

- Tavola delle modalità giuridiche secondo le norme di **competenza** (C indica non un comportamento ma una sfera di competenza)

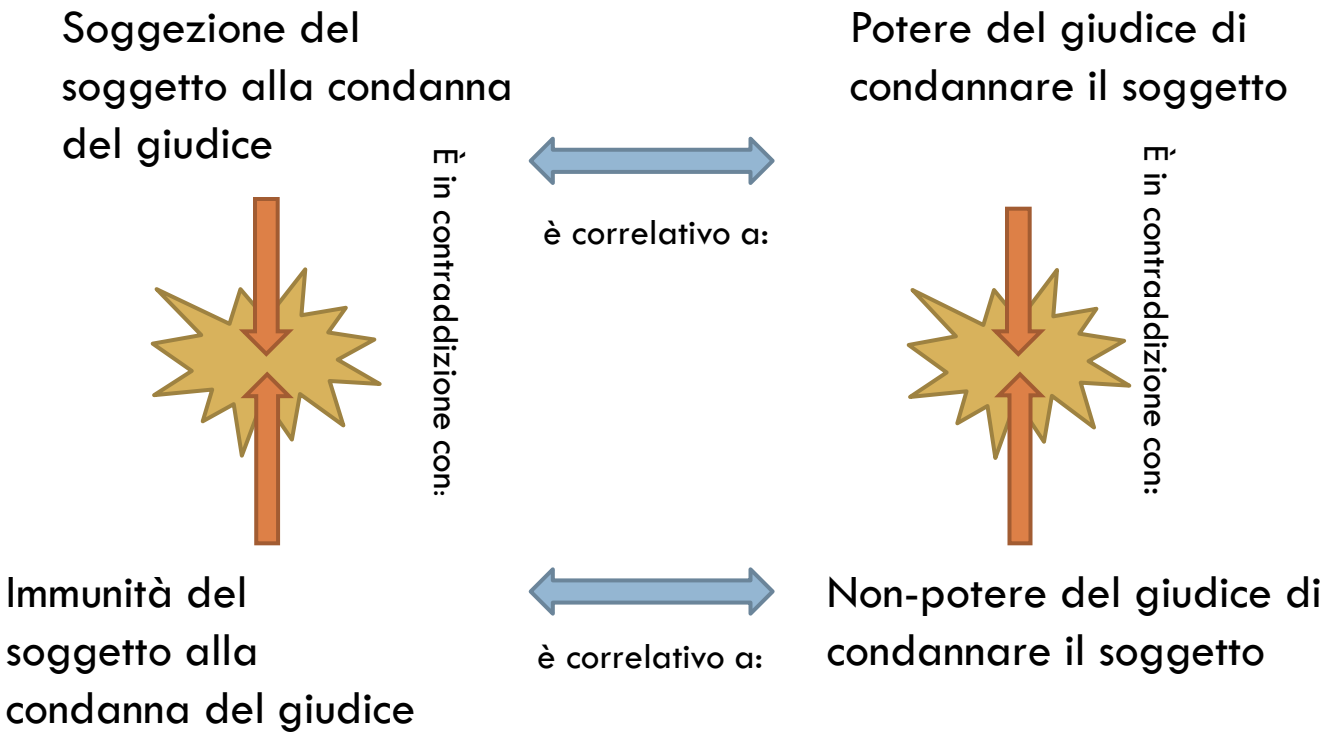




6. Modalità giuridiche

51

➤ Tavola delle modalità giuridiche secondo le norme di competenza (esempio)





6. Modalità giuridiche: L'ambiguità del termine «libertà»

52

1. «Libertà» come **permesso di fare o non fare**, contraddittoria all'obbligo, e dunque l'assenza del dovere di fare o non fare.
 - ▣ Comprende :
 - a) le condotte non regolate dal diritto;
 - b) le condotte regolate ma non vietate né obbligatorie, dunque permesse.
 - ▣ Es. possiamo passeggiare «liberamente» nei luoghi pubblici.
 - ▣ Questo senso del termine «libertà» è alla base di molte nozioni filosofico-politiche di libertà c.d. «negativa», Nella classica trattazione di Isaiah Berlin, ad esempio, la libertà negativa, o libertà “da”, è **l'area entro cui una persona può agire senza subire interferenze da parte di altri**
2. «Libertà» che aggiunge al permesso positivo o negativo **l'obbligo**, in capo ad altri soggetti, di non interferire con l'esercizio della libertà, oppure di rendere possibile l'esercizio della libertà.
 - ▣ Es. la libertà di riunione o di associazione, la libertà di manifestazione del pensiero negli USA ecc.



Alcune conclusioni

53

- Vengono insomma chiamati «diritti soggettivi»:
 - Singole modalità giuridiche intese dal lato attivo (pretese, permessi, poteri, immunità ecc.), oppure...
 - Agglomerati complessi di diverse modalità giuridiche, di cui non sempre è facile stabilire quali siano le componenti elementari
 - Ad esempio, il diritto di proprietà comprende varie pretese, permessi, poteri e immunità
- Questo vale in particolar modo per i **diritti fondamentali**, il cui esatto contenuto normativo **non è determinato nelle loro formulazioni autoritative canoniche**, che spesso si limitano ad affermare **principi** di protezione di un certo interesse o bene, bensì dal legislatore e dalla giurisprudenza, specie quella costituzionale.
 - Es: art. 32 Cost: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti
 - Art. 4. Cost: La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.
 - Art. 34 Cost: La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi.



Alcune conclusioni

54

- L'approccio sintetico ai diritti ha almeno una controindicazione: se ogni situazione giuridica di vantaggio per qualcuno ha come contropartita una situazione di svantaggio per qualcun altro, moltiplicare i diritti non è sempre una buona cosa.
 - La pretesa di qualcuno implica l'obbligo di qualcun altro
 - Il potere di qualcuno implica la soggezione di qualcun altro
 - Il permesso di qualcuno implica la non pretesa di qualcun altro
 - L'immunità di qualcuno implica il non-potere di qualcun altro
- L'approccio sintetico ai diritti risente inoltre di un diffuso bias cognitivo: tendiamo inconsapevolmente a collocarci sempre sul lato attivo dei rapporti giuridici
- Il costo economico dei diritti (non solo i diritti c.d. «sociali», ma tutti): G. Pino, Il costituzionalismo dei diritti.