

PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Alcune concezioni del diritto

DISCORSO DI SUA SANTITÀ BENEDETTO XVI AI PARTECIPANTI AL CONGRESSO INTERNAZIONALE SULLA LEGGE MORALE NATURALE PROMOSSO DALLA PONTIFICIA UNIVERSITÀ LATERANENSE (12 febbraio 2007)

2

E' proprio alla luce di queste constatazioni che appare in tutta la sua urgenza la necessità di riflettere sul tema della **legge naturale** e di ritrovare la sua **verità comune a tutti gli uomini**. Tale legge, a cui accenna anche l'apostolo Paolo (cfr Rm 2,14-15), **è scritta nel cuore dell'uomo** ed è, di conseguenza, anche oggi non semplicemente inaccessibile. Questa legge ha come suo primo e generalissimo principio quello di **"fare il bene ed evitare il male"**. E', questa, una **verità** la cui **evidenza** si impone immediatamente a ciascuno. Da essa scaturiscono gli altri principi più particolari, che regolano il giudizio etico sui diritti e sui doveri di ciascuno. Tale è il principio del rispetto per la vita umana **dal suo concepimento fino al suo termine naturale**, non essendo questo bene della vita **proprietà dell'uomo ma dono gratuito di Dio**.



DISCORSO DI SUA SANTITÀ BENEDETTO XVI AI PARTECIPANTI AL CONGRESSO
INTERNAZIONALE SULLA LEGGE MORALE NATURALE PROMOSSO DALLA PONTIFICIA
UNIVERSITÀ LATERANENSE (12 febbraio 2007)

3

Quanto fin qui detto ha applicazioni molto concrete se si fa riferimento alla **famiglia**, cioè a quell’**“intima comunità di vita e d’amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie”** (Cost. past. Gaudium et spes, 48). Il Concilio Vaticano II ha, al riguardo, opportunamente ribadito che l’istituto del matrimonio “ha stabilità per ordinamento divino”, e perciò “questo vincolo sacro, in vista del bene sia dei coniugi e della prole che della società, non dipende dall’arbitrio dell’uomo” (ibid.). **Nessuna legge fatta dagli uomini può perciò sovvertire la norma scritta dal Creatore**, senza che la società venga drammaticamente ferita in ciò che costituisce il suo stesso fondamento basilare. Dimenticarlo significherebbe indebolire la famiglia, penalizzare i figli e rendere precario il futuro della società.

Gli ordinamenti confessionali: Il diritto islamico



4

- La rinascita dell'interesse verso lo studio di questo diritto è legata al fenomeno dei flussi migratori ma anche a una sorta di rinascita di questo diritto a causa della crisi dei **sistemi nazionali** che si erano aperti alla occidentalizzazione e che oggi **ripropongono, in tutto o in parte, il diritto musulmano classico al proprio interno.**
- La legge religiosa islamica è costituita dalla **Sharia**, legge rivelata dalla divinità che riparte in cinque categorie le azioni umane: atti obbligatori, consigliati, liberi, sconsigliati, proibiti.
- Accanto alla sharia c'è il **fiqh**, ovvero la conoscenza della legge religiosa che permette una lettura appropriata ed una corretta interpretazione della volontà divina:
 - ▣ la possibilità di una pluralità di interpretazioni deve sempre tenere conto di quel limite insormontabile che è costituito dalla non modificabilità della norma rivelata
- Fonti della Sharia sono Il **Corano**, la **Sunna** (tradizione), che comprende sei raccolte di *hadith*, ossia racconti sulla vita del Profeta, l'**igma**, una fonte orale che raccoglie il consenso della comunità in merito a questioni religiose, e il **Qiyas**, una fonte orale più controversa, consistente in forme di ragionamento analogico



Il giusnaturalismo

5

- Il **giusnaturalismo** è l'insieme delle concezioni del diritto che si fondano sull'esistenza di un **diritto naturale**.
- Esse sono molte e diverse perché diversi sono i sensi del termine «diritto naturale».
 - La «Natura» può infatti essere intesa come mera realtà fenomenica, come *entelechia* (essere compiuto), come prodotto della creazione divina, come qualità razionale dell'essere umano, come risultato dell'evoluzione degli esseri viventi, come insieme di caratteristiche contingenti ma attuali degli esseri umani ecc.
- Quella di «giusnaturalismo» è talora un'accusa: quella di avallare posizioni metodologiche ed epistemologiche che sarebbero **compromesse nascostamente e ideologicamente verso certi valori**.
- Nelle sue forme più estreme il diritto naturale è inteso come un insieme di norme assolutamente e sempre **giuste**, oggettivamente esistenti come tali, indipendentemente dalla loro recezione da parte di un ordinamento giuridico.



Il giusnaturalismo

6

- **Per il giusnaturalismo, il diritto è dunque una parte della morale, assoluta ed eterna, quella che riguarda le azioni giuridiche.**
- **Il problema della legittimità della pretesa di obbedienza avanzata dal diritto.**
 - Al diritto naturale, dunque giusto, si deve obbedire. Diritto ingiusto = non-diritto.
 - possibili atteggiamenti contro il non-diritto: rivolta e rivoluzione, resistenza attiva individuale, resistenza passiva, disobbedienza civile, obbligo morale di adoperarsi per l'abrogazione della norma ingiusta. Un caso particolare: l'obiezione di coscienza.
- **Due elementi caratteristici del giusnaturalismo:**
 1. Una concezione oggettiva, assoluta e/o statica della morale: oggettivismo etico
 2. Tendenza a giudicare la giustizia o ingiustizia dei diritti positivi attribuendo a negando loro di conseguenza, in tutto o in parte, il titolo onorifico di diritto.



I mezzi di dimostrazione dei valori

7

- L'oggettivismo etico sconta la grande variabilità delle idee morali nello spazio e nel tempo,
 - ▣ si pensi agli accesi dibattiti odierni su aborto, eutanasia, suicidio assistito, parità uomo-donna, immigrazione, solidarietà sociale e redistribuzione delle risorse ecc.: Le odierne società pluraliste scontano una grande variabilità delle idee morali.
 - ▣ Si consideri inoltre la grandissima variabilità delle idee morali nel corso della storia:
 - Si confrontino ad esempio le idee morali di un antico romano con quelle di un azteco del XIII secolo o di un illuminista del tardo Settecento: universi morali lontanissimi.
 - O si pensi a Immanuel Kant che nel 1775 pubblica un saggio «Sulle diverse razze dell'uomo» in cui giunge ad affermare fra l'altro che "gli indiani gialli posseggono scarsi talenti. I negri sono molto al di sotto di loro, ed al punto più basso vi si trova una parte del popolo dei nativi americani").



I mezzi di dimostrazione dei valori

8

- Si pone così, per i giusnaturalisti, il problema della **dimostrazione** dei principi e dei valori del diritto naturale, su cui peraltro non v'è accordo. Tra i mezzi di dimostrazione proposti figurano:
 1. **L'autoevidenza** dei principi di diritto naturale;
 2. **Intuizione morale**, o senso morale di ciascun soggetto, o della comunità;
 3. La **costanza** dei valori etici o dei principi di diritto naturale nelle diverse società.
- Alcuni giusnaturalisti riconducono questi mezzi dimostrativi alla «ragione», «ragionevolezza» o «razionalità». Si fa così riferimento alla natura razionale dell'uomo e il diritto naturale diventa **diritto razionale**, dimostrato come oggettivamente giusto dalla ragione dell'uomo.
 - Non è chiaro quali siano i passaggi dimostrativi in cui si risolve tale razionalità, specialmente nel momento chiave della fondazione dei valori primi.
 - Il diritto naturale moderno e razionale sviluppa comunque quella che abbiamo chiamato **visione sintetica dei diritti soggettivi** naturali.



Alcuni principi di diritto naturale reputati autoevidenti o intuitivi

9

- Neminem laedere
- Unicuique suum tribuere
- Honeste vivere
- ... e oggi (in ordine decrescente di popolarità):
 - Principi di eguaglianza, solidarietà, (pari) dignità, mutuo rispetto
 - Libertà
 - Meritocrazia
 - (Michael Sandel «La tirannia del merito» vs Marco Santambrogio, «il complotto contro il merito»)



Alcuni principi presentati come costanti

10

- Divieto di uccidere gli esseri umani
- Un istituto spesso asserito come costante: Il matrimonio eterosessuale monogamico
- I diritti soggettivi naturali



Il giusnaturalismo: critiche

11

➤ Critiche al giusnaturalismo

- I principi del diritto naturale reputati intuitivi e autoevidenti risultano oggettivamente validi solo perché sono **vuoti** o **formali**. Se tentiamo di precisarne il contenuto, la loro oggettività viene meno.
- Il principio del *neminem laedere* si applica anche agli agenti?
 - Ad. es. Il diritto dovrebbe vietare il fumo in modo assoluto?



Il giusnaturalismo: critiche

12

➤ Critiche al giusnaturalismo

- Il principio *neminem laedere* vieta di recar danno ad alcuno, ma che cosa si intende per «danno»? E quando un danno diventa rilevante, ingiusto e intollerabile?
- Per il diritto italiano:
 - Il **danno biologico** è la lesione **dell'integrità fisica e psichica del soggetto, medicalmente accertabile** e risarcibile a prescindere dalla capacità di produzione di reddito del danneggiato.
 - Il **danno patrimoniale** è quello arrecato dalla lesione alla sfera patrimoniale del danneggiato.
 - Il **danno morale** è rappresentato dalle **sofferenze psichiche, dalle ansie e dal patema d'animo** conseguenti alle lesioni subite. Tale danno è individuabile anche nelle ipotesi di **ingiusto turbamento dello stato d'animo del danneggiato in conseguenza dell'illecito**.
 - Si pensi allora ai danni lamentati da qualcuno in caso di: effusioni omosessuali in pubblico; nudismo praticato in spiagge frequentate da non nudisti; bestemmie e atti equiparati (ad es. vignette satiriche su Maometto ecc.); scarsa igiene personale (ad es. il caso del senzatetto che emana un fetore ributtante a cui viene impedito di entrare nell'autobus); esercizio della prostituzione in un condominio o strada di quartiere che vogliano dirsi "rispettabili"; esposizione/rimozione di simboli religiosi (ad es. il crocifisso nelle scuole), nazionali (ad es. la bandiera ucraina nel Donbass), ideologici (ad es. la svastica, il saluto romano); ecc.



Il giusnaturalismo: critiche

13

- Honeste vivere. Onestà definita in opposizione al malaffare, ma poi? Esiste il ladro onesto?
- Unicuique suum. A ciascuno il suo secondo cosa? Parti uguali? I bisogni? I meriti? Meritocrazia definita in opposizione al familismo e al clientelismo, ma secondo quali **criteri**?
- La solidarietà deve essere obbligatoria o lasciata alla libera scelta di ciascuno? Il sistema tributario deve essere informato a criteri di progressività?
- I principi costanti in ogni epoca e società coprono un'area più ristretta di quanto comunemente si ritenga
 - Eccezioni al divieto di uccidere essere umani.
 - Pena di morte;
 - Nozione più o meno ampia di «esseri umani»;
 - **legittima difesa** (art. 52 c.p.) *“non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa”*;
 - **stato di necessità** (art. 54 c.p.): *“non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*
 - Il matrimonio
 - Poligamia:
 - Poliginia (Antico Testamento, Islam ecc.)
 - Poliandria (attestata in alcune regioni del Tibet e del Nepal)
 - Matrimonio omosessuale.



Il giusnaturalismo: critiche

14

- Anche sui «diritti naturali», si registrano fra le diverse forme di giusnaturalismo profondi disaccordi su:
 - Il loro **catalogo**
 - Es. Quali sono i diritti naturali? Tutti i diritti sono naturali? I diritti soggettivi non naturali sono diritti?
 - Il loro esatto **contenuto**
 - Quali sono le modalità giuridiche atomiche (pretese, permessi, poteri, immunità) in cui si esplica, ad esempio, la libertà personale o la dignità umana?
 - La loro **gerarchia assiologica**
 - Es. La libertà di circolazione è più importante del diritto alla salute?
 - Es. La libertà di manifestazione del pensiero è più importante del diritto alla privacy?



Il giusnaturalismo: critiche

15

➤ Pro:

- risponde all'esigenza di certezza e fondazione oggettiva delle scelte morali, e per questo viene **continuamente riproposto** in forme più o meno nuove;
- Dal giusnaturalismo si sono originate idee che hanno forgiato il pensiero giuridico moderno, in primo luogo **l'idea dei diritti inalienabili dell'individuo**, sorti in polemica con i diritti vigenti che non li riconoscevano.
- L'idea dei diritti soggettivi come prioritari rispetto al diritto oggettivo è un **potente strumento di critica del diritto positivo**.

➤ Contro:

- non riesce a dar conto della grandissima variabilità delle opinioni morali nel tempo, nello spazio e perfino in seno alla stessa società, specie quando si tratta di precisare il contenuto dei principi di diritto naturale.
- Il problema della dimostrazione dei principi/valori
 - La **fallacia naturalistica**: non si possono trarre valide conclusioni prescrittive da premesse descrittive; dunque non possono darsi (o conoscersi) ricavare principi o valori oggettivi dalla mera osservazione della natura
 - Questa critica colpisce non solo il giusnaturalismo, ma qualunque dottrina che cerchi di fondare oggettivamente l'etica soltanto sulla conoscenza del mondo



Una reazione alle critiche: Il diritto naturale mutevole

16

- Secondo gli assertori del **diritto naturale mutevole** esisterebbe **un modo oggettivo di individuare il diritto naturale**: Il diritto naturale avrebbe la tendenza a identificarsi con la **morale positiva** di un certo tempo e luogo, ossia con la **morale comune o prevalente in una data società**: l'idea di giustizia di fatto maggiormente affermata.
 - Il diritto naturale sarebbe così **mutevole**, cioè di contenuto diverso nei diversi tempi e luoghi.
 - Critica: è dubbio che in società complesse come le odierne società pluraliste e multietniche sia veramente possibile individuare **una** morale positiva **determinata** con confini e fattezze abbastanza precisi e incontestati da costituire una possibile guida di comportamento e giudizio etico.
 - Al massimo, l'accordo può riguardare un catalogo fondamentale di **principi** formulati in modo assai vago e generico e le **procedure** per scegliere le concrete modalità normative di specificazione e attuazione di tali principi.
- Critica della tesi giusnaturalista per cui il diritto ingiusto non è diritto.
 - Non si vede quale differenza faccia chiamare «non-diritto» anziché «diritto ingiusto» qualcosa che anche per il giusnaturalista è indubbiamente diritto: altrimenti non si capirebbero gli sforzi che profonde per negarne la giuridicità



Una reazione alle critiche: Il diritto naturale mutevole

17

- Vi sono alcuni contesti in cui un qualche tipo di diritto naturale viene tuttora direttamente applicato dai giuristi. I più rilevanti sono dati dagli ordinamenti confessionali come:
 - Ordinamenti giuridici statali che richiamano o riconoscono la Sharia
 - Diritto canonico: costituito dall'insieme delle norme giuridiche formulate dalla Chiesa cattolica che regolano l'attività dei fedeli e delle strutture ecclesiastiche nel mondo nonché le relazioni inter-ecclesiastiche e quelle con la società esterna.
 - Rileva per l'ordinamento giuridico italiano (es. la sentenza di annullamento di un matrimonio pronunciata dalla Sacra Rota può produrre effetti per l'ordinamento italiano a seguito di un giudizio di delibazione, che si svolge dinanzi alla corte d'appello competente)
- Alcune concezioni antagoniste al giusnaturalismo ammettono che le idee etiche più diffuse possano tradursi in diritto tramite la legislazione, quantomeno negli ordinamenti giuridici in cui questa discenda da parlamenti rappresentativi e democratici.



L'imperativismo

18

- Configura la norma giuridica come **imperativo**, cioè come comando di fare o astenersi dal fare alcunché;
 - È di solito una componente di concezioni giuridiche più ampie; ne esiste ad esempio una variante giusnaturalistica per cui il fondamento del diritto sarebbe la volontà divina e non la ragione.
- John Austin (1790-1859) e il metodo analitico (da non confondere con la filosofia analitica);
 - Definisce il **diritto come norma** e la **norma come comando**, cioè manifestazione di **volontà** espressa in forma imperativa e sostenuta dalla minaccia di un male (sanzione negativa);
 - Il diritto è considerato come un insieme di comandi emanati da un **sovrano** (il «**legislatore**») viene cioè considerato come una persona o un gruppo di persone in carne e ossa dotate di volontà, e non come un concetto metaforico).
 - Il sovrano viene obbedito perché la violazione dei suoi comandi è **sanzionata**.



L'imperativismo

19

- Formalismo interpretativo: esiste sempre una interpretazione vera o corretta di qualunque norma giuridica, **essendo sufficiente far riferimento alle intenzioni (volontà)** della persona o persone che emettono gli imperativi.
- L'art. 12 delle Preleggi è imperativista?
 - «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**».
 - Risposta: NO (riferimento biblio: Vito Velluzzi, Le Preleggi e l'interpretazione, ETS)
- Legalismo: riduzione di tutto il diritto alla legge come manifestazione della volontà del sovrano politico; importanza centrale nella descrizione del diritto data dal commento o esegesi delle leggi, intese come il tramite linguistico attraverso cui si manifesta la volontà del sovrano.



L'imperativismo

20

□ Critiche:

- L'imperativismo non riesce a render conto di molti fenomeni che per il senso comune rientrano nell'area della giuridicità, come il **diritto consuetudinario**, le norme **permissive**, le norme **attributive di poteri** e in generale le norme **sprovviste di sanzione coattiva**;
- Nega la natura propriamente giuridica del **diritto internazionale**;
- La teoria della interpretazione come ricostruzione di una volontà intesa in senso psicologico è poco realistica e addirittura impossibile da applicare quando gli organi produttivi di norme **sono corpi collettivi**, o comunque **quando le norme giuridiche «sopravvivono» ai loro produttori**;
 - oggi si parla piuttosto di **motivazione** degli atti normativi e/o di **ratio legis** (giustificazione a priori/a posteriori degli atti normativi)
- In realtà il diritto è un insieme di rapporti sociali in larga misura di natura **impersonale**, tali cioè che non dipendono direttamente dalle relazioni personali dei soggetti coinvolti in un singolo momento e luogo.
- Comando, comandante, comando, legislatore, sovrano: in uno stato di diritto, sono nozioni solo metaforicamente riferibili a singole persone dotate di volontà: il legislatore è infatti oggi inteso come una **istituzione complessa e permanente retta essa stessa da (meta)norme impersonali**.



L'imperativismo

21

- Giuspositivismo non imperativista e imperativismo non giuspositivista.
 - Il giupositivismo di Kelsen e Hart è normativista ma non imperativista
 - Il diritto islamico è imperativista ma non giuspositivista
- Influenza dell'imperativismo sulle concezioni non articolate dei giuristi positivi.
- Problemi a conciliare l'idea di un sovrano come potere illimitato pre-giudirico con i limiti costituzionali dei poteri dello stato e la divisione dei poteri.
- Problematicità delle altre tesi fondamentali dell'imperativismo: La teoria della completezza e della coerenza del diritto, il legalismo, lo statualismo.



Il positivismo giuridico

22

- È la concezione del diritto come **diritto positivo**.
 - «diritto positivo» significa innanzitutto **diritto posto**, prodotto da individui umani. Un diritto dunque **artificiale**, piuttosto che naturale.
 - Il positivismo giuridico non deve essere confuso con il positivismo filosofico, movimento di pensiero che tenta di **estendere allo studio della società i metodi delle scienze naturali**, il quale conduce perlopiù alla *sociologia del diritto* o alla *giurisprudenza sociologica* (giusrealismo).
- Il positivismo giuridico ha un **approccio scientifico al diritto**: intende limitarsi a **studiare il diritto come è**, evitando di prescrivere **come si vorrebbe che fosse** (compito lasciato alla *politica del diritto*, che può e deve essere *distinta dalla scienza giuridica*).
 - La distinzione di Bentham tra **giurisprudenza censoria** (valutativa, che si occupa della critica etico-politica del diritto) e **giurisprudenza espositiva** (descrittiva del diritto).



Il positivismo giuridico

23

- L'aspirazione del positivismo giuridico e la scientificità implica la tesi centrale della **separazione tra diritto e morale: dire che qualcosa è diritto non implica che sia buono o giusto.**
 - Divengono perfettamente coerenti giudizi quali: «il diritto della Sharia è ingiusto in quanto pone le donne su un piano di inferiorità rispetto agli uomini», i quali presuppongono che si consideri «diritto» anche quello dell'Arabia Saudita, dell'Iran, dell'Iraq, dell'Afghanistan, del Pakistan ecc.
- Questa tesi vale tanto nell'interpretazione quanto nell'applicazione del diritto.
 - in una prospettiva giuspositivista si distinguono le operazioni basate meramente **sull'osservanza/applicazione** di contenuti normativi **descrivibili in modo certo** dalle operazioni che chiamano in causa la **discrezionalità dei giuristi**, ossia il potere di compiere delle scelte interpretative e applicative all'interno della cornice fornita dal diritto relativamente più certo e chiaro.



Il positivismo giuridico

24

➤ Il giuspositivismo contemporaneo ritiene di solito che l'osservanza/obbedienza del diritto in fase di applicazione **non sia mai un'attività esclusivamente scientifica e conoscitiva, scevra di responsabilità etico-politiche.**

- Il giuspositivismo contemporaneo, invero, **non nega** la responsabilità etico-politica per l'obbedienza a un certo diritto positivo (responsabilità politica fondamentale) né la responsabilità etico-politica addizionale e integrativa **per il modo in cui si produce, si interpreta o si applica il diritto.**
 - Le scelte pratiche **discrezionali** operate dai giuristi per via della vaghezza, genericità e/o della lacunosità del diritto implicano dunque, anche per i giuspositivisti, una **specificità responsabilità etico-politica.**
- La concezione giuspositivista identifica il diritto con la forza organizzata, ma **non sostiene il dovere morale di obbedire a tale diritto:** il giuspositivista contemporaneo **nega** che esista **un obbligo morale** di obbedire al diritto positivo in quanto tale.
- La concezione giuspositivista è anzi del tutto compatibile con la **critica etico-politica** di un certo diritto o dei suoi istituti o norme, che tuttavia viene **separata dallo studio conoscitivo** del diritto (**descrizione** del diritto distinta dalla **valutazione** del diritto).
- L'ingiustificata accusa di *reductio ad hitlerum*, ossia di aver legittimato o incoraggiato all'obbedienza ai regimi più ingiusti, come quello nazista.



Il positivismo giuridico

25

- La **scienza giuridica** viene intesa dal giuspositivismo come uno **strumento di conoscenza almeno tendenzialmente neutrale e dimostrabile di un diritto positivo**, inteso come qualcosa che, almeno in parte, preesiste alla sua applicazione alla realtà sociale, e **non viene ricreato liberamente ad ogni sua applicazione**.
- Si tratta però di una scienza giudica che studia il diritto **non in quanto realtà sociale** ma per quello che prescrive (ciò vale soprattutto per l'approccio normativista basato sulla descrizione delle proposizioni normative).
- Nel diritto contemporaneo dei paesi Occidentali, e soprattutto nei sistemi di civil law, il giuspositivismo ha soppiantato il giusnaturalismo soprattutto sul piano dell'influenza sul **metodo giuridico** nelle sedi dell'applicazione del diritto.



Il positivismo giuridico di Kelsen

26

➤ Hans Kelsen

(Praga, 11 ottobre 1881 – Berkeley, 19 aprile 1973)

- Austriaco, di famiglia ebraica, capostipite della dottrina giuspositivista normativista denominata «**Dottrina pura del diritto**».
- Kelsen considera il diritto un come sistema di **norme impersonali** collegate a una volontà normativa solo metaforica, che si riduce in realtà al **significato attribuito ad atti e situazioni da norme giuridiche**.
- Le norme sono collegate tra loro da altre norme in un **ordinamento giuridico** strutturato a gradi: una norma è **giuridicamente valida** soltanto perché è stata prodotta secondo altre norme giuridiche.





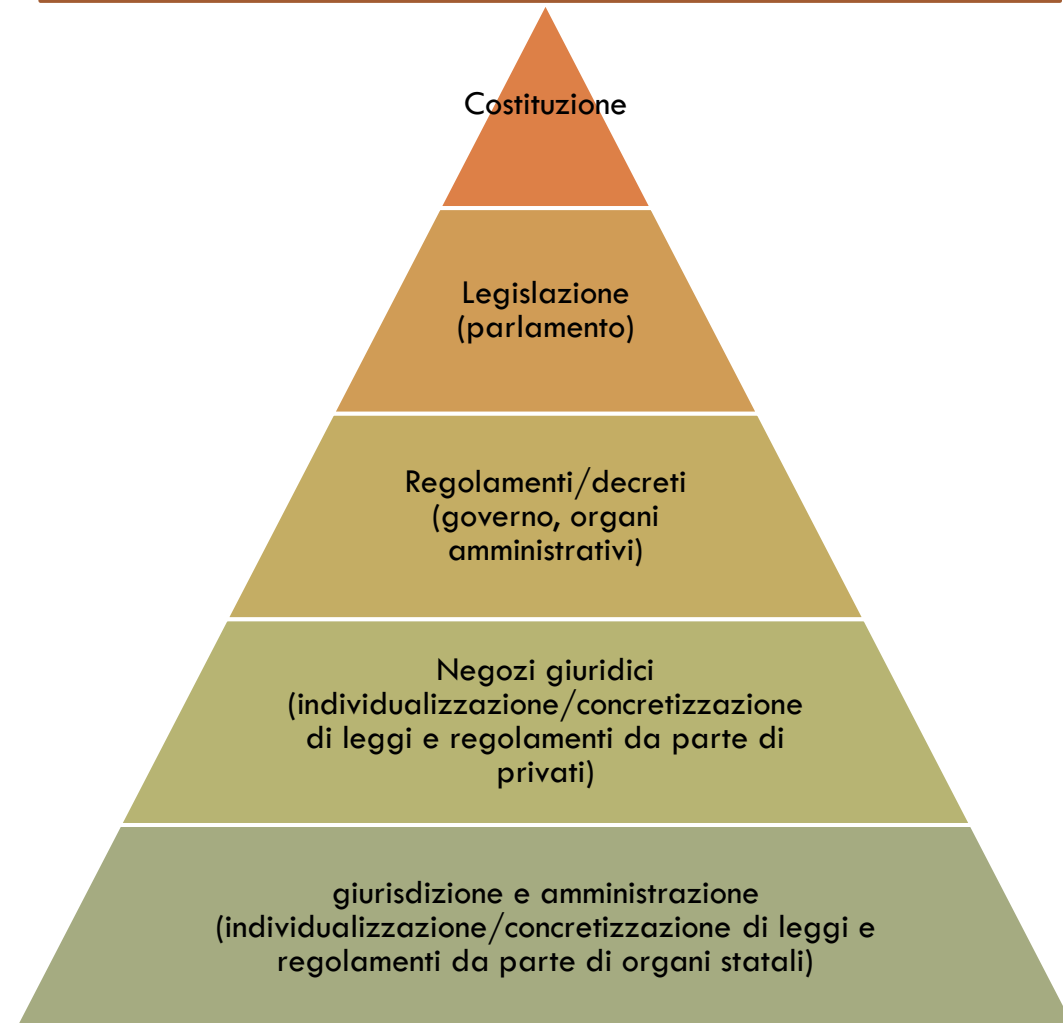
Il positivismo giuridico kelseniano

27

Norma fondamentale: «La coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati»

La struttura a gradi dell'ordinamento giuridico

- Norme superiori e inferiori alla legge (costituzione, regolamenti, sentenze, contratti)
- La consuetudine secondo Kelsen è una forma di **posizione** del diritto alternativa alla statuizione
 - Essa è creazione **decentrata** del diritto, realizzata dagli stessi membri della comunità giuridica anziché da organi centrali e coscienti dei propri fini.
- *Common law* di origine giurisprudenziale





Il positivismo giuridico kelseniano

28

- L'interpretazione come attività in parte **conoscitiva (descrittiva)** e in parte **creativa (prescrittivo-valutativa)**: è ineliminabile il ricorso a una più o meno ampia **discrezionalità** degli interpreti.
- Il diritto come regolamentazione della coazione: una tecnica (un mezzo) per ottenere **qualunque fine** possa essere perseguito mediante norme coattive.
- Non è caratterizzato dalla necessità di soddisfare alcun valore morale né da alcun fine specifico ulteriore alla funzione di guida coattiva della condotta.
- I fini e gli scopi eventualmente stabiliti dai principi costituzionali sono pertanto **contingenti**.



Il positivismo giuridico kelseniano

29

- **Normativismo**: idea secondo cui il diritto va accostato innanzitutto come sistema di norme .
- Tutto il diritto è riducibile a norme che imputano una sanzione (teoria monista della norma giuridica); ogni descrizione del diritto positivo deve poter essere ricondotta a descrizione di norme sanzionanti.
 - Ciò vale anche per le **modalità giuridiche** (pretese, permessi ecc.): tutte le modalità giuridiche devono poter essere tradotte in o ricondotte a **obblighi sanzionati** da norme giuridiche intese come regolazione della coazione.
- Le norme esistono se sono **valide**, cioè quando sono poste nelle forme e nei modi stabiliti dall'ordinamento giuridico, anche quando non sono effettive.
 - La mancanza di **effettività** sociale (ossia la generale osservanza) delle singole norme non ne inficia invero la validità (a meno che la totale ineffettività non perduri: desuetudine).
- Tuttavia l'ordinamento può dirsi esistente solo se è **nel suo complesso** effettivo; non sarebbe altrimenti possibile distinguere il diritto positivo da quello immaginario, ideale o non più in vigore
 - **l'ordinamento nel complesso privo di effettività cessa di esistere**, come avviene per i diritti del passato studiati dalla storia del diritto e non dalla scienza giuridica.



Il positivismo giuridico kelseniano

30

- La teoria dell'**effettività** (dell'ordinamento) soppianta la teoria politica della legittimazione come fondamento del pensiero giuridico.
- **Riduzione del diritto soggettivo al diritto oggettivo (norme che imputano una sanzione)**: Ad esempio, dire che Tizio vanta una pretesa giuridica nei miei confronti significa soltanto affermare che io sono obbligato da una **norma** a tenere un comportamento nei confronti di Tizio, e che, se non lo tengo, Tizio è autorizzato ad attivare le procedure e gli organi preposti all'inflizione della sanzione prevista da quella norma nei miei confronti.
- Critiche al giuspositivismo kelseniano:
 - elemento nascostamente **ideologico**: La scelta di occuparsi soltanto del diritto effettivo nasconderebbe un'ideologia conformista favorevole alle norme effettive utile a soggetti compromessi con il potere esistente, quale che sia;
 - Il giuspositivismo nasconderebbe dunque **una adesione o accettazione di fondo del diritto positivo che studia**, e suggerirebbe di usare come strumento normativo di decisione il diritto «formale», in primo luogo quello scritto nei testi normativi ufficiali.



Herbert Lionel Adolphus Hart

31

- Filosofo analitico inglese scomparso nel 1992.
 - Opera maggiore: *Il concetto di diritto* (1961)
- Il concetto di diritto di Hart è quello effettivamente presente nel **pensiero e nel linguaggio ordinario**.
- È infatti imprescindibile considerare l'atteggiamento di coloro che partecipano alla pratica giuridica, in particolare i funzionari giuridici (quello che Hart chiama **punto di vista interno**).
 - Per quanto riguarda i cittadini ordinari, affinché si possa dire che un ordinamento giuridico esiste, è sufficiente una sua accettazione data nella forma dell'obbedienza meramente passiva.
- **Separazione tra diritto e morale**: la pratica giuridica può e deve essere **descritta** in maniera relativamente distaccata e valutativa.



Herbert L. A. Hart: il contenuto minimo del diritto naturale

32

➤ Nonostante diritto e morale debbano essere separati, il diritto ha sempre un **contenuto minimo di diritto naturale**, senza il quale non potrebbe favorire **quello scopo minimo di sopravvivenza** che gli uomini hanno quando si **associano** tra loro. Gli esseri umani presentano infatti alcune caratteristiche contingenti ma costanti:

- **Vulnerabilità e uguaglianza approssimativa:** gli esseri umani differiscono tra loro in qualità e capacità fisiche e intellettuali ma sono vulnerabili, e nessun individuo è tanto più forte degli altri da essere in grado, senza aiuto, di dominarli o soggiogarli se non per un breve periodo. È dunque necessario **un sistema di reciproche astensioni, in generale, dagli omicidi, dai danni corporali e dalla violenza fisica all'interno della società.**
- **Risorse limitate:** gli esseri umani hanno bisogno di cibo, vestiti e di un tetto. Questi fatti rendono indispensabile qualche forma minima di istituzione e di tutela della **proprietà** (non necessariamente individuale), nonché norme che mettono gli uomini in grado di **trasferire, scambiare o vendere** i loro prodotti.
- **Altruismo, comprensione e forza di volontà limitate:** gli esseri umani non sono demoni, ma neppure angeli. Sono spesso tentati di preferire i loro interessi individuali immediati a quelli generali di lungo periodo. È dunque necessaria **un'organizzazione per esercitare la coazione** nei confronti di coloro che tentano di ottenere i vantaggi del sistema senza sottomettersi agli obblighi che ne derivano.
- In base a questa caratterizzazione «minimale» del diritto naturale, esso **non può essere usato come criterio di giustizia** dei singoli diritti, giacché è un loro tratto comune: la funzionalità rispetto allo scopo minimo di sopravvivenza dei consociati.



Hart

33

- Critica di Hart all'imperativismo: al diritto non si obbedisce necessariamente per timore della sanzione (come afferma Austin, che osserva il diritto solo da un punto di vista **esterno**), ma perché le sue norme vengono **trattate dai loro destinatari come criteri comuni di condotta** e usate per giustificare le richieste di conformità e la critica delle deviazioni (conta cioè il punto di vista **interno dei destinatari delle norme**, che consente di distinguerle dalle mere abitudini e regolarità di comportamento)
- Il diritto è un ordinamento normativo di carattere essenzialmente coercitivo, ma **non tutte le norme prevedono una sanzione**: non lo fanno ad esempio le norme che **conferiscono poteri privati**, che hanno la funzione di fornire agli individui strumenti per la realizzazione dei propri scopi (teoria pluralista della norma giuridica)



Hart

34

- Si danno secondo Hart due categorie di norme presenti in ogni diritto dotato di minima complessità:
 - Norme **primarie**, che fissano obblighi di condotta (ad es. «vietato fumare negli edifici pubblici»); altrove Jori e Pintore le chiamano «norme di condotta»)
 - Norme **secondarie**, sussidiarie in quanto **metanorme** che stabiliscono che gli individui possono, mediante certi atti o certe parole, introdurre nuove norme primarie, abrogarle o modificarle; altrove Jori e Pintore le chiamano «norme di competenza».
 - Le norme secondarie, in altri termini, attribuiscono poteri pubblici o privati che conducono alla creazione o modificazione di obblighi o doveri. Esse sono di tre tipi:
 - La **norma di riconoscimento**, una **norma positiva (scritta o no)** che ricomprende e fissa i **criteri ultimi di validità che servono a determinare quali siano le altre norme dell'ordinamento**. Esiste solo in quanto è socialmente accettata dai funzionari giuridici, che adottano nei suoi confronti un *punto di vista interno* (ossia accettano i criteri stabiliti dalla norma stessa);
 - Le norme di **mutamento**, che istituiscono gli organi e le procedure deputati alla creazione e abrogazione delle norme;
 - Le norme di **giudizio** che attribuiscono ai giudici il potere di irrogare sanzioni per la violazione delle norme primarie.



Hart

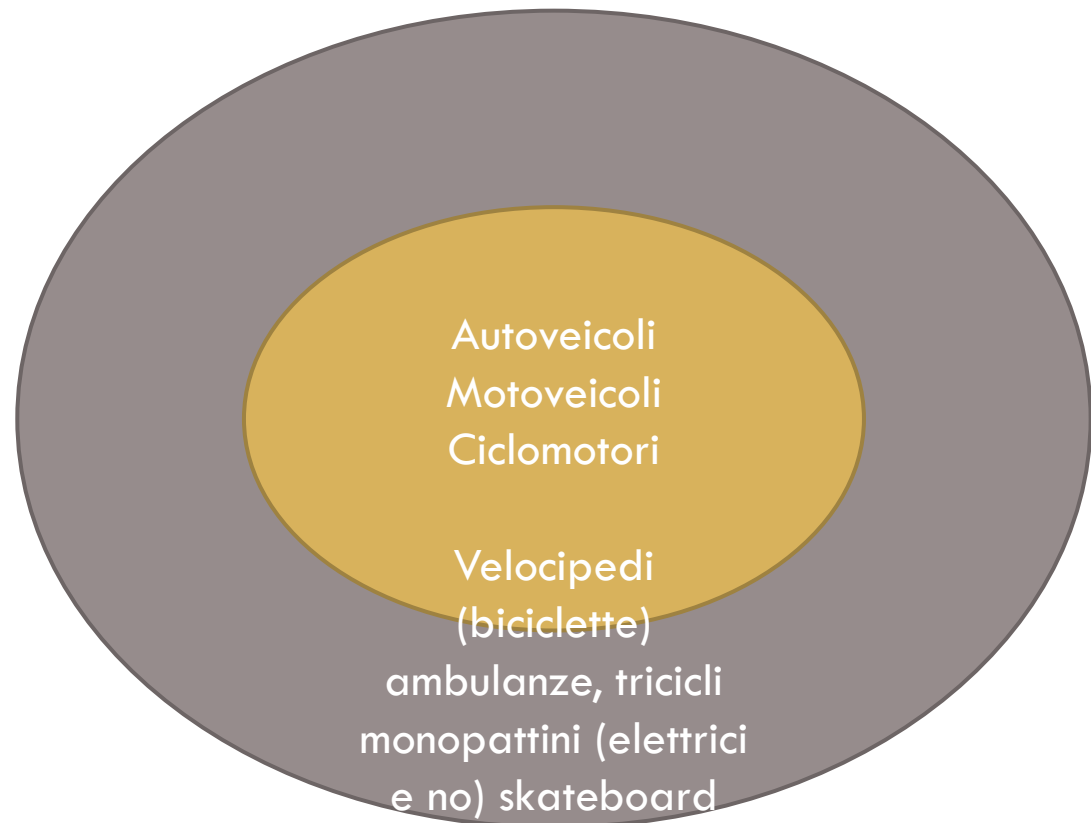
35

- La teoria dell'interpretazione di Hart:
 - rifiuto sia del *formalismo* che dello *scetticismo* interpretativo e adozione di una **teoria intermedia** secondo cui l'interprete **in parte scopre** il significato delle disposizioni giuridiche e **in parte lo crea**.

Hart

36

- Vi è dunque un'area certa di significato delle disposizioni giuridiche, in cui ricadono i **casi chiari**, circondata da un'area di «penombra», in cui ricadono i casi dubbi.





Critiche ad Hart

37

➤ Ronald Dworkin (1931-2013)

- Hart e il giuspositivismo sarebbero incapaci di spiegare i **principi**, che sono giuridici **non per la fonte che li ha prodotti** (conformità ai criteri stabiliti dalla norma di riconoscimento), **ma per il contenuto morale** che esprimono;
- In seguito Dworkin ha proposto una concezione del diritto come «integrità»: il diritto è la semplice esplicazione di valori morali culminanti e sussumibili nel generalissimo valore della **uguale considerazione e rispetto degli individui**.
- Dworkin critica l'idea della separazione tra il diritto e la morale: poiché i principi giuridici valgono in ragione del loro contenuto morale, allora la stessa determinazione di ciò che è diritto richiederebbe inevitabilmente valutazioni morali.
 - Secondo Dworkin il diritto non può dunque essere studiato e descritto in maniera distaccata, ma occorre adottare un **atteggiamento interpretativo** volto a precisare e rendere coerenti i valori di riferimento della pratica giuridica.
 - Il giurista che adotti questo atteggiamento interpretativo sarà in grado di conseguire, almeno idealmente, la **giusta risposta** ad ogni questione giuridica.



Repliche a Dworkin: Il giuspositivismo post-hartiano *inclusivo*

38

- Sostiene che **niente preclude che un diritto incorpori valori morali o principi di giustizia**, come in effetti fanno gli ordinamenti costituzionali contemporanei, **ma ciò è solo contingente e non necessario**.
 - Es. art. 3, co. 2 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.
- Secondo il giuspositivismo inclusivo, **Nulla osta a che la validità delle norme di un ordinamento sia fatta dipendere dalla loro conformità a determinati standard morali**, ma al tempo stesso **niente esclude che un diritto sia del tutto privo di rinvii alla morale**.
- Quando la conformità a un principio morale è richiesta come criterio di validità delle norme giuridiche, questa dipenderà in tutto o in parte dal loro contenuto morale.
 - Data l'estrema generalità, astrattezza, genericità e vaghezza delle disposizioni giuridiche che rinviano a questi valori morali, il contenuto delle norme che li attuano verrà determinato più esattamente dalle autorità giuridiche dotate del potere di farlo (tipicamente, le corti), con scelte **discrezionali**.



Repliche a Dworkin: il giuspositivismo post-hartiano *esclusivo*

39

- Secondo il giuspositivismo esclusivo, i principi morali non possono **mai** diventare parte del diritto e specialmente non possono mai essere criteri di individuazione di ciò che è diritto.
- Quella che i giusnaturalisti e i giuspositivisti inclusivi chiamano «morale» o «giustizia» **non è altro che un insieme di fatti sociali**: le posizioni etico-morali ed etico-politiche socialmente prevalenti che, passando per l'ineliminabile elemento **discrezionale** e dunque autoritativo dell'interpretazione giuridica, **di fatto** determinano il contenuto delle leggi e (in misura minore) delle decisioni giudiziarie.
- L'esistenza e il contenuto di un diritto (oggettivo) possono però sempre essere determinati con riferimento alle sue fonti, senza dover far ricorso ad **argomenti morali**, che sono **sempre intrinsecamente controversi**.
- La «moralità» di una norma non è mai una qualità intrinseca che costituisce condizione sufficiente o necessaria della sua validità giuridica, bensì un attributo che dipende dalle scelte di valore dei suoi interpreti.



Repliche a Dworkin: il giuspositivismo post-hartiano *esclusivo*

40

- Secondo il giuspositivismo esclusivo, la giustizia è un **ideale irrazionale**, e i suoi contenuti non possono essere determinati scientificamente una volta per tutte, e meno che mai oggettivamente.
 - I giudizi morali e di giustizia non hanno oggettività ma sono soltanto l'espressione di certi interessi individuali o collettivi, o comunque il risultato di concezioni del bene particolari e contingenti.
- Quando il diritto contiene un riferimento a principi morali, **questi ultimi non divengono parte dell'ordinamento giuridico**: ci si limita ad attribuire ai giudici e agli altri applicatori del diritto il **potere di creare nuovo diritto** attingendo a criteri extragiuridici quali la loro idea soggettiva di giustizia.



Giuspositivismo: conclusioni

41

- Per il giuspositivismo **inclusivo** il diritto può, ma non necessariamente deve, includere la morale.
- Per il giuspositivismo **esclusivo** il diritto necessariamente esclude la morale (eventuali richiami del diritto alla morale non fanno altro che «trasformarla» in diritto, dando alle autorità giuridiche ampio potere di decidere che cosa vi sia conforme e cosa no)
- Due tratti salienti del giuspositivismo odierno:
 - Atteggiamento **ideologico-politico**: **concezione solo strumentale** del diritto, visto come **mezzo di controllo sociale tramite la coazione distribuita mediante norme generali e astratte**, per realizzare qualunque fine e valore che le società, o le persone o i gruppi, si pongano.
 - Caveat: lo scopo minimo della sopravvivenza in Hart e gli scopi di rilievo costituzionale.
 - Atteggiamento **descrittivo**: idea secondo cui **è possibile descrivere**, almeno in qualche misura, le norme generali e astratte, trasmettendone il contenuto senza interventi che ne stravolgano il senso da parte di chi descrive.
 - A tal fine è necessaria una categoria di professionisti della tecnica giuridica che usano un linguaggio giuridico specializzato: i giuristi.



Neocostituzionalismo

42

- Tratto minimo comune delle concezioni neocostituzionaliste è l'attenzione privilegiata prestata ai processi di costituzionalizzazione iniziati negli Stati Uniti alla fine del Settecento ed estesi in tutto il mondo dopo la fine della seconda guerra mondiale.
- Affermazione del modello dello **stato costituzionale di diritto**, caratterizzato da:
 - ▣ Una **costituzione scritta e rigida**, ossia sovraordinata alla legge;
 - ▣ un **sindacato di costituzionalità** delle leggi, che vengono annullate se incompatibili con la costituzione su un piano sostanziale, oltreché formale;
 - ▣ Una serie di **contenuti** dello stato di diritto, quali i **diritti fondamentali**, la cui inviolabilità viene garantita anche nei confronti del legislatore tramite la loro inclusione nel testo costituzionale e il controllo di costituzionalità delle leggi.
- Rapporti tra diritto e morale: secondo i neocostituzionalisti, **la morale penetra all'interno del diritto attraverso i principi costituzionali e ne diventa un elemento costitutivo imprescindibile** (Dworkin afferma che i principi valgono non in virtù della loro fonte ma per il loro **contenuto morale**).
 - ▣ (Si pensi ad es. al principio di eguaglianza e pari dignità sociale dei cittadini ex art. 3 Cost., al divieto di iniziativa economica contraria alla sicurezza, libertà e dignità umana ex art. 41 Cost., al ripudio della guerra la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali ex art. 11 Cost., alla funzione sociale della proprietà privata ex art. 42 cost., ma il discorso può essere generalizzato)



Neocostituzionalismo

43

- **Superfluità dell'idea di diritto naturale:** i diritti, un tempo chiamati «naturali», sono **positivizzati** nella costituzione, assieme a una serie di valori morali di portata assai generale e generica (libertà, uguaglianza, dignità ecc.), e diventano così **diritti fondamentali**.
- In comune col giusnaturalismo v'è la fiducia nella **controllabilità intersoggettiva delle argomentazioni morali**, e dunque la convinzione di poter ottenere sempre la **giusta risposta** anche alle questioni giuridiche più complesse e controverse (ed è una risposta giusta in senso sia giuridico che morale).
- Vi sarebbe dunque la possibilità di arrivare a **risultati interpretativi univoci** sulla base di un'attenta lettura dei valori morali incorporati nelle costituzioni.
 - Questa tesi è refutata dalla meta-etica analitica non-oggettivista, che nota come la «giustizia» o «correttezza» di una conclusione, in un contesto di giustificazione quale è quello giuridico-applicativo, dipende principalmente dalla **coerenza/congruenza** rispetto a (quelle che vengono selezionate come) le **premesse normative** del discorso: cambiando queste, cambiano anche risposte che appariranno «giuste».
- Secondo il neocostituzionalismo **la morale ha un ruolo imprescindibile nelle argomentazioni giuridiche** che anzi, secondo qualcuno, rappresenterebbero solo un caso speciale di argomentazione morale.



Neocostituzionalismo

44

- Il neocostituzionalismo guarda con **favore all'attivismo dei giudici** e critica l'ideale giuspositivista del giurista-scienziato distaccato e avalutativo.
- **Intensa approvazione** del modello dello stato costituzionale di diritto e dei suoi contenuti morali e Visione fortemente moralizzata della **costituzione**, vista non solo come collezione di disposizioni normative sovraordinate alla legislazione, ma **come tavola dei valori** da cui desumere un modello complessivo di società giusta, che il giurista è chiamato a realizzare.
- **Completezza** o almeno **completabilità** del diritto: si ritiene sempre possibile trovare nella costituzione la risposta giuridica a ogni problema di conflitto sociale, qualunque ne sia l'oggetto: lacune e antinomie possono essere risolte in questo modo.
- Distinzione **qualitativa** tra norme e **principi** giuridici: questi ultimi sono standard normativi **defettibili, bilanciabili** e armonizzabili con la «realtà sociale» e con altri principi in base a criteri di '**ragionevolezza**' o di '**proporzionalità**'.
 - La **ragionevolezza** è una tecnica di risoluzione dei conflitti tra principi che si **risolve, all'atto pratico, in un onere di argomentazione** della soluzione ritenuta complessivamente migliore rispetto alle alternative sul piano del coordinamento tra le diverse esigenze valoriali poste alla base dei diversi principi.
 - Il criterio di **proporzionalità** mira a stabilire se siano indispensabili e quindi legittimi dei sacrifici o delle limitazioni parziali di certi principi giuridici nel loro raffronto con altri principi o esigenze, valutando gli effetti reali che scaturiscono da tali restrizioni.



Neocostituzionalismo

45

- **Concezione sintetica** e tendenzialmente espansiva sia del contenuto che del catalogo dei **diritti fondamentali**, che si ritiene possano essere anche solo **impliciti** nel testo costituzionale.
- L'art. 2 della costituzione italiana, secondo questo approccio, viene interpretato come una meta-norma che autorizza l'individuazione di tutti i diritti che si considerano essenziali allo sviluppo della persona umana.

«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».



Neocostituzionalismo

46

- Alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza costituzionale italiana:
 - il **diritto all'obiezione di coscienza** è ricavato dalla libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 Cost.) e dalla libertà di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma (art. 19 Cost.)
 - Il **diritto al consenso informato** in materia di trattamenti sanitari è ricavato dalla sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello alla libertà/autodeterminazione e quello alla salute ex art. 32 Cost.
 - L'**autonomia contrattuale** è ricavata dalla libertà di iniziativa economica ex articolo 41 Cost.
 - Il **diritto al nome**, originariamente previsto solo dal codice civile, è stato in seguito promosso al rango di diritto fondamentale dalla Corte costituzionale come «il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale», che a sua volta è un diritto fondamentale implicito ricavato dall'articolo 2.
 - Il **diritto all'informazione** è ritenuto 'presupposto' della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'articolo 21 Cost.



Neocostituzionalismo

47

- **Giudici** visti come **custodi supremi dei valori costituzionali** e diffidenza nei confronti del legislatore ordinario, i cui atti normativi andrebbero **senz'altro disapplicati** se giudicati in contrasto con la costituzione o con le fonti comunitarie (cfr. l'attuale tendenza di alcuni giudici di merito italiani a disapplicare le disposizioni di legge da essi ritenute antinomiche alla costituzione senza rimettere la questione alla Corte costituzionale).
- Queste idee sono sovente alla base dell'attribuzione a certe corti costituzionali, tra cui la nostra, del potere di interpretare le disposizioni costituzionali che vertono su sé medesime:
 - La Corte Suprema degli Stati Uniti si è autoattribuita il potere di inibire l'applicazione degli atti del Congresso contrari alla costituzione.
 - La Corte costituzionale italiana, a partire dalla sentenza numero 1146 del 1988, si è auto-attribuita il potere di invalidare financo le leggi costituzionali e quindi di far prevalere la propria voce su quella dell'organo di revisione costituzionale.
- l'approccio neocostituzionalista è favorevole ad attribuire alle **corti** un **potere ultimativo di veto sul potere legislativo**, e dunque un ruolo di controllore non controllato o di custode non custodito.



Neocostituzionalismo

48

- Sintesi dei rapporti tra morale e diritto per le concezioni del diritto finora esaminate

| Nel diritto, la morale: | può esserci | c'è necessariamente |
|------------------------------------|-------------|---------------------|
| Giusnaturalismo | sì | sì |
| Giuspositivismo classico/esclusivo | no | no |
| Giuspositivismo inclusivo | sì | no |
| Neocostituzionalismo | sì | sì |



Neocostituzionalismo

49

- Critiche teoriche al neocostituzionalismo:
 - **La tesi della «giusta risposta» è semplicemente sbagliata**, come dimostrato tanto dalla meta-etica analitica quanto dalle pronunce delle corti costituzionali **difformi** da quanto precedentemente stabilito sulla stessa materia, dalle «dissenting opinions» dei giudici della Corte Suprema ecc.
 - La pretesa che una lettura accorta della Costituzione conduca sempre alla ‘giusta risposta’ a ogni questione giuridica è **velleitaria**, o peggio nasconde **il tentativo di legittimare surrettiziamente la più ampia discrezionalità nella (dis)applicazione del diritto, soprattutto nelle sedi giurisdizionali.**



Neocostituzionalismo

50

- Esempio di problema nell'uso dei principi nell'argomentazione giuridica rivolta a determinare la «giusta risposta»: **la dignità umana** è stata usata indifferentemente per giustificare sia la criminalizzazione dello *hate speech* sia l'immunità di questo da ogni interferenza pubblica.
 - Ronald Dworkin, ad esempio, considera la *human dignity* come un principio che, sostanziandosi nel rispetto dovuto agli individui in quanto membri della comunità liberi, eguali e dotati di un diritto di voce essenziale per l'autogoverno democratico, giustifica una nozione di **libertà di parola talmente ampia e assoluta** da rappresentare la nemesi di praticamente qualsiasi repressione giuridica del discorso d'odio.
 - V'è addirittura chi, nell'ambito della stessa argomentazione, pone la dignità umana sia a fondamento del free speech, sia a fondamento della criminalizzazione dello *hate speech*, sostenendo che è appunto perché si fonda sulla dignità umana che la libertà di parola non può proteggere le condotte espressive offensive della dignità stessa.



Neocostituzionalismo

51

- Critiche teoriche al neocostituzionalismo:
 - Un'altra tesi sbagliata di Dworkin: i diritti come **assoluti morali**. I diritti vanno sempre bilanciati tra loro, giacché la tutela di uno implica spesso il sacrificio di altri; le modalità di questo bilanciamento richiedono scelte **discrezionali**.
 - Es. Libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)

VS

- diritto all'immagine e al prestigio della P.A. (combinato disposto dell'art. 2, che tutela le formazioni sociali, e dell'art. 97 Cost., che fissa i parametri di imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo).





Neocostituzionalismo

52

- Il neocostituzionalismo è stato infine tacciato di **eurocentrismo e miopia nei confronti della storia del diritto**.
- «Eurocentrismo» nel senso che Il fenomeno storico che monopolizza l'attenzione dei neocostituzionalisti, cioè lo stato costituzionale di diritto, non solo è **molto recente** ma è anche **circoscritto a una piccola parte dei diritti attualmente vigenti**, in prevalenza in Europa o comunque nel mondo occidentale.
- Al contrario i neocostituzionalisti trattano questo fenomeno storico presumibilmente transeunte quasi come fosse il punto di non ritorno dell'evoluzione del diritto e **l'approdo ultimo della civiltà giuridica**.



Neocostituzionalismo

53

- «Miopia storica» poiché il modello del diritto costituzionalizzato è certo storicamente inedito, ma **non sono affatto inediti i meccanismi istituzionali di cui si avvale**, quali **vincoli di contenuto delle norme, artifici procedurali, allocazione e distribuzione di competenze e poteri normativi**: tutti elementi già presenti in ogni diritto dotato di minima complessità, anche ben prima dell'avvento dello stato costituzionale di diritto.
- Anche **l'incorporazione o il rinvio a idee o valori morali non rappresentano affatto una novità**, ma ricorrono spesso nella storia del diritto. Ad esempio, si sosteneva che le prime codificazioni incorporassero il diritto naturale (e quindi il diritto morale per eccellenza).
 - I neocostituzionalisti insomma **non** sono stati i primi a «scoprire» che la morale è incorporata nel diritto: già i giusnaturalisti avevano tratto le medesime conclusioni.
- Dietro queste presunte «scoperte» si celano sovente operazioni prescrittive che mirano **a incrementare i poteri degli interpreti, e spesso della giurisprudenza a scapito di quelli del legislatore.**



Il realismo giuridico in senso lato

54

- Tratti tipici del giusrealismo:
 - Tutte le forme di **giusrealismo** prestano particolare attenzione **all'effettività** del diritto, all'esistenza del diritto nella società e nei **comportamenti sociali**; e in special modo all'attività di giudici e tribunali;
 - **Ampia lista di fonti del diritto**: il diritto dovrebbe comprendere anche le consuetudini sociali non positivizzate, le regolamentazioni derivate dagli interessi protetti e simili.
 - Questo talora sulla base di una posizione etico-politica secondo cui è **opportuno** che il diritto venga definito in modo da includere certe norme effettive che i giuspositivisti considerano non giuridiche (ciò soprattutto nella c.d. giurisprudenza sociologica, che è la variante più compromessa sul piano etico-politico).



Il realismo giuridico in senso lato

55

- una concezione **predittiva** della giurisprudenza (intesa come studio del diritto): ci si deve occupare non del diritto «scritto sui libri» (law in books), bensì del 'diritto vivente', quello che opera soprattutto nei tribunali (law in action).
 - La previsione del comportamento delle corti sarebbe da perseguire, nei limiti del possibile, perché **è il solo elemento utile al giurista pratico**, o perché solo su di essa può fondarsi una scienza giuridica di tipo sociologico.
- Le correnti giusrealiste che hanno un'impostazione empirica e **descrittiva** propugnano di solito un'etica non oggettivista/cognitivistica e la **separazione tra diritto e morale**.
- le correnti giusrealiste che hanno un'impostazione **prescrittiva** ed etico-politica favoriscono invece un'etica cognitivistica secondo cui il diritto deve soddisfare certi valori oggettivi legati alla realtà sociale.



Il realismo giuridico in senso lato

56

□ Tratti tipici del giusrealismo:

- **Normativismo meno diffuso dell'antinormativismo**, che qui prende sovente le forme di una speciale attenzione ai **fatti** ritenuti più direttamente influenti sul diritto, quali le tendenze giurisprudenziali (che, negli ordinamenti di *civil law*, sono delle mere regolarità fattuali).
- Concezione piuttosto **scettica** della interpretazione giuridica: si sottolinea l'indeterminatezza ineliminabile delle norme generali e astratte e la natura almeno parzialmente creativa della loro applicazione.
 - Alcune correnti sono addirittura contraddistinte da uno **scetticismo interpretativo estremo**, secondo cui le norme giuridiche generali e astratte non hanno alcuna influenza sulla applicazione del diritto; ogni interpretazione è fortemente creativa, inquadrata e indirizzata da fattori sociali e psicologici diversi dall'osservanza di un testo normativo.

□ Principali critiche:

- Le varianti di giusrealismo che rimandano alla giurisprudenza sociologica hanno difficoltà a mostrare che le conclusioni giuridiche raggiunte attraverso il proprio metodo non dipendano soltanto dall'arbitrio o dalle particolari preferenze etiche dell'interprete realista;
- La versione scientifica e predittiva del realismo giuridico è troppo riduttiva verso la **funzione prescrittiva** del diritto. È proprio perché il diritto prescrive comportamenti che esso può anche, secondariamente, servire a prevederli.



Quadro riassuntivo: Tre criteri indipendenti di valutazione delle norme giuridiche (N. Bobbio)

57

□ **Giustizia** (su cui insiste soprattutto il giusnaturalismo), **Validità** (su cui esiste soprattutto il giuspositivismo), **Effettività** (su cui insiste soprattutto il giusrealismo)

- Questi criteri sono **indipendenti** l'uno dall'altro nel senso che la giustizia non dipende né dalla validità né dall'efficacia, e l'efficacia non dipende né dalla giustizia né dalla validità
 - **una norma può essere infatti (valutata come) giusta senza essere valida**; es. la regola dell'«Hajj»: il pellegrinaggio annuale alla Mecca, che ogni musulmano deve compiere almeno una volta nella vita se ne ha i mezzi.
 - **Una norma può essere valida senza essere (valutata come) giusta**; es. La norma che riserva gli appelli di novembre e aprile agli studenti fuori corso.
 - **Una norma può essere valida senza essere effettiva**; es. l'ordinanza che integra il Regolamento di igiene urbana del comune di Cagliari, che obbliga i proprietari di cani ad avere con sé bottigliette d'acqua o spruzzatori per diluire le deiezioni liquide su superfici pubbliche (marciapiedi, muri, ecc.) e a rimuovere immediatamente le deiezioni solide.
 - **Una norma può essere effettiva senza essere valida**; ad es. la norma della buona educazione che prescrive di dire salute quando qualcuno starnutisce.
 - **Una norma essere (valutata come) giusta senza essere effettiva**; es. l'ordinanza igienica di cui sopra;
 - **Una norma può essere effettiva senza essere (valutata come) giusta**; es. la norma che impone le mutilazioni genitali delle bambine è tuttora praticata in circa 30 paesi dell'Africa e del Medio Oriente, ma anche in alcuni paesi dell'Asia e dell'America Latina e tra comunità provenienti da queste regioni.



Il realismo giuridico americano

58

- Si prefigge di dare una descrizione del diritto che permetta di **prevedere** il più efficacemente possibile le decisioni giudiziarie concrete
- è una forma di **decisionismo**: le norme giuridiche sono viste al più come strumenti di previsione di ciò che sarà il vero diritto, ossia le **decisioni giudiziarie**.
- Particolare attenzione nei confronti del diritto giurisprudenziale dei paesi di *common law*.
- Scetticismo interpretativo piuttosto estremo.
 - Nelle forme più radicali, il realismo giuridico americano nega la capacità delle norme giuridiche generali e astratte ricavate dai testi giuridici ufficiali di determinare significativamente le azioni giuridiche, e soprattutto di decidere i processi giudiziari.
- Interesse per la sociologia dell'attività giudiziaria, per la psicologia giuridica, per la criminologia e per l'antropologia del diritto.
 - Frequente confusione tra contesto di giustificazione (in cui si studiano le ragioni giuridiche) e contesto sociologico (in cui si studiano le cause sociali, ambientali, psicologiche ecc. delle azioni umane)



Il realismo giuridico scandinavo

59

- I giusrealisti scandinavi criticano il modello giuspositivista della scienza giuridica;
- La scienza giuridica, secondo molti di questi autori, deve ispirarsi al modello delle **scienze empiriche** e sociali e rigettare l'uso di termini privi di senso e di riferimento fattuale come "diritto soggettivo", "validità", "persona giuridica" e altri relitti del pensiero magico dotati soltanto di funzione **persuasiva**: la gente crede nella realtà delle inesistenti entità giuridiche in questione e si comporta di conseguenza.
 - Altre tesi sono più moderate: quei concetti non sarebbero da eliminare purché li si consideri solo come mezzi utili per riassumere e formulare complesse norme giuridiche obbliganti (un discorso per alcuni versi analogo a quello di Kelsen).
- A differenza del realismo giuridico nordamericano, quello scandinavo non è sempre antinormativista sul piano teorico.
 - I giusrealisti scandinavi sostengono che le norme giuridiche devono essere trattate per come sono **di fatto applicate** e non per come **dovrebbero essere applicate**, come fa invece il giuspositivismo.



Il realismo giuridico scandinavo

60

- Scienza giuridica come **discorso empirico descrittivo dell'applicazione concreta** delle norme giuridiche e **predittivo** (e non prescrittivo) **dei comportamenti giuridici**.
- Critica del formalismo interpretativo: i giusrealisti scandinavi insistono sulla estrema libertà interpretativa concessa dalla formulazione generale e astratta delle norme giuridiche.
- Teoria non cognitivista e non oggettivista dei valori etico-morali ed etico-politici: i **valori sono fatti sociali il cui influsso sul diritto può essere certamente descritto**, ma non può essere approvato o disapprovato con giudizi oggettivi.
- Critica del neocostituzionalismo: i principi giuridici ricavati dai valori costituzionali sarebbero talmente vaghi da prestarsi a coprire qualsiasi scelta discrezionale dell'interprete.



Il realismo giuridico scandinavo

61

➤ Alf Ross e le critiche a Kelsen:

- La giurisprudenza kelseniana sarebbe ideologica perché compromessa da una nascosta scelta etica o politica a favore del diritto descritto, mentre una vera scienza del diritto a valutativa **deve occuparsi della effettività del diritto** e descriverne quegli elementi che hanno una esistenza reale in quanto esercitano una influenza sui comportamenti umani;
- Le norme non hanno alcuna specifica realtà e non esistono **a meno che non siano osservate e sentite come vincolanti**: le norme sono dunque prescrizioni che danno significato a una corrispondente serie di fatti sociali poiché forniscono **schemi qualificativi di comportamenti effettivamente esistenti** (validità=effettività);
- **La validità di una norma coincide con la sua effettività**, cioè la situazione empirico-fattuale che si realizza quando una direttiva è osservata e sentita come vincolante.
- Convergenze con Kelsen su coattività del diritto, riducibilità delle norme di competenza a norme di condotta e sul fatto che le norme giuridiche vere e proprie siano quelle che disciplinano comportamenti umani osservabili, prescrivendo ai giudici di imputarvi conseguenze giuridiche coattive (sanzioni).



Analisi economica del diritto

62

- Erede del realismo giuridico nordamericano, entrato in declino alla fine degli anni Quaranta del Ventesimo secolo:
 - ▣ A partire dagli anni Sessanta, persegue infatti uno studio del diritto operato con metodo scientifico empirico e predittivo, rivoluzionando l'approccio normativo caratteristico della scienza giuridica tradizionale.
- Elemento unificante: si propone di applicare i concetti della teoria economica all'esame dei problemi giuridici, soprattutto al fine di **analizzare l'influenza delle norme e delle istituzioni giuridiche sui comportamenti** dei singoli e di **prevedere in quale modo gli individui adatteranno la propria condotta ai mutamenti del diritto**.
- Il diritto è concepito come uno strumento finalizzato a conseguire l'obiettivo dell'**efficienza economica**.



Misurazioni dell'efficienza economica

63

- L'efficienza economica è definita in vario modo.
 - ▣ Jori e Pintore la intendono come la **massimizzazione della ricchezza sociale complessiva**, ossia il **valore di tutti i beni e servizi materiali e immateriali presenti in una data società**. Tale valore però è determinato in funzione dell'apporto al **benessere** dei singoli.
 - **Pertanto, l'efficienza economica è massimizzata** quando le risorse della società risultano **allocate** in modo tale che **la somma di tutte le valutazioni degli individui sul proprio benessere** sia la più alta possibile.
- Un modo alternativo di definire l'efficienza economica è riferirla alla capacità di utilizzare le risorse scarse nel modo migliore possibile, ottenendo il massimo risultato dal minimo dispendio.
 - ▣ Si tratta di un concetto legato all'*ottimo paretiano*: La massima efficienza economica può infatti essere definita come **un'allocazione delle risorse in cui non è possibile migliorare la condizione di un individuo senza peggiorare quella di almeno un altro**
 - qualsiasi cambiamento a favore di un soggetto comporterebbe cioè uno svantaggio per un altro.



Analisi economica del diritto

64

- Nelle teorie economiche classiche gli individui sono raffigurati come **agenti razionali** mossi dall'obiettivo di massimizzare la soddisfazione del proprio interesse personale (ossia il proprio benessere) e **capaci di rispondere razionalmente ai mutamenti esterni** quali ad esempio quelli determinati dalle norme giuridiche (modello del c.d. *homo oeconomicus*).
- Le norme del diritto sono dunque concepite come strumenti per offrire **incentivi o disincentivi** agli individui, e vanno analizzate solo in questa prospettiva **strumentale**.
- I problemi giuridici, in questa prospettiva, debbono essere analizzati e risolti attraverso una **comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili**. Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche "prese a prestito" dalla scienza economica (in particolare, dalla microeconomia), emergerebbe la scelta più **efficiente**, cioè quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior vantaggio, a parità di costi.



Analisi economica del diritto

65

□ Due correnti distinte nell'analisi economica del diritto:

1. Analisi economica **positiva** (o **descrittiva**): privilegia la **descrizione** del diritto positivo secondo le categorie economiche ed è interessata a **descrivere**, **analizzare** e **spiegare** gli effetti delle norme giuridiche sul funzionamento del sistema economico;
 - tenta dunque di comprendere quali potrebbero essere le conseguenze economiche di differenti scelte normative applicate ai medesimi problemi e mira alla migliore **comprensione** del sistema giuridico e alla **previsione** di come gli individui agiranno nelle interazioni reciproche tenendo conto delle norme giuridiche. → **Economia politica**
 - Per esempio, nel campo degli illeciti civili, si confrontano i diversi effetti economici complessivi che potrebbero avere norme che attribuiscono una responsabilità oggettiva da altre incentrate sul dolo e sulla colpa.
2. Analisi economica **normativa** (o **prescrittiva**): sulla base dell'analisi economica positiva, fornisce ai legislatori, ai giudici e alla pubblica amministrazione le **direttive** per strutturare le istituzioni giuridiche, emanare le norme generali e decidere sui casi individuali in modo da promuovere lo scopo dell'efficienza;
 - **Suggerisce o prescrive** ai decisori politico-giuridici gli strumenti di politica del diritto (le opzioni normative e decisorie) più idonei a perseguire il fine dell'efficienza economica. → **Politica economica**



Analisi economica del diritto

66

➤ Critiche (positive):

- È certo importante studiare le influenze reciproche tra diritto e mercato e più in generale tra diritto ed economia;
- È quantomai opportuno che un legislatore avveduto si ponga il problema di **valutare l'impatto economico delle misure normative che intende adottare**, che sia consapevole dei **costi delle garanzie dei diritti e dei vincoli di bilancio**, sebbene calcoli del genere siano generalmente influenzati da un enorme numero di variabili, reali e ipotetiche, talvolta ignote, inopinate e/o occulte.
- La stessa cosa vale a ben guardare per **l'impatto economico generale di qualunque misura giuridica**, sentenze giudiziali e provvedimenti amministrativi compresi.
- Tutto ciò spiega e giustifica pienamente, ad esempio, l'inclusione di insegnamenti di economia politica nei corsi di laurea giuridici.



Analisi economica del diritto

67

➤ Critiche (negative):

- Vi sono dubbi sulla **perfetta razionalità degli esseri umani**, sul loro **fine esclusivo di massimizzare la soddisfazione dei propri interessi** e sulla **capacità di scegliere sempre i mezzi più adeguati a tale obiettivo**. Occorre tener conto dei deficit informativi, dei bias e in generale dei limiti della razionalità individuale.
- Già Max Weber, alla fine dell'Ottocento, era del resto consapevole delle tre fondamenti determinanti dell'agire sociale: non solo **razionalità** (rispetto allo scopo o al valore), ma anche **affetti** e **tradizione**.
- Non a caso gli sviluppi più recenti dell'analisi economica del diritto hanno sostituito il modello classico dell'*homo oeconomicus* con una raffigurazione più realistica dei processi decisionali che tiene conto dei bias cognitivi e dei limiti della razionalità umana
 - (cfr. il best seller dello psicologo cognitivo esperto in teoria delle decisioni in condizioni d'incertezza Daniel Kahnemahn, *Pensieri lenti e pensieri veloci*, Mondadori).



Analisi economica del diritto

68

➤ Altre critiche (negative):

- È una prospettiva che tende a sottovalutare l'aspetto normativo del diritto.
- **Prima che essere visto come un sistema di incentivi/disincentivi (e anzi, per poter essere visto come tale) il diritto è concepito come un meccanismo che guida le azioni stabilendo che cosa si può, si deve e non si deve fare.**
- Nel diritto, infatti, non rilevano tanto, o solo, le categorie dell'utile o del disutile, ma anche e soprattutto quelle dell'obbligatorio, vietato, permesso, lecito, valido, colposo, doloso ecc.
 - Nel diritto, a parità di costi economici, si ritiene infatti importante trattare diversamente una medesima azione a seconda che sia stata compiuta nell'esercizio di un diritto o invece in violazione di un dovere, che vi sia stata colpa o no ecc.
 - Per esempio, per il diritto non è affatto indifferente che la distruzione di un certo bene dotato di valore economico sia stata causata dal suo proprietario oppure da un terzo, né è indifferente la ricorrenza o meno della colpa (si pensi alla distruzione di un'autovettura altrui per negligenza oppure per caso fortuito).
- è dunque irrealistico ridurre la varietà degli atteggiamenti pratici verso il diritto al solo calcolo economico in termini di costi e benefici derivanti dall'obbedienza o dalla violazione delle norme.



Analisi economica del diritto

69

□ Critiche (negative):

- Dietro la pretesa scientificità dell'analisi economica si celano scelte normative che è bene esplicitare:
 1. a livello di determinazione del concetto di efficienza economica; occorre infatti definire il fine dell'efficienza economica puntualizzando alcuni aspetti relativi alla **distribuzione** della ricchezza. Se infatti si definisce l'efficienza economica soltanto come **massimizzazione** della ricchezza di una società, essa entra facilmente in conflitto rispetto ad altri principi: titolo valido, merito, bisogno ecc.
 2. a livello di collocazione dell'efficienza economica in una gerarchia assiologica più ampia; l'efficienza economica è infatti solo **uno dei fini** a cui il diritto può tendere, e una sua particolare configurazione può facilmente entrare in conflitto con altri valori reputati prioritari (libertà, uguaglianza ecc.).
- Fare dell'efficienza economica il perno di una intera concezione del diritto equivale a elevarla a criterio ultimo di giustizia, scelta nient'affatto scontata.



Giurisprudenza sociologica, giurisprudenza degli interessi e giusliberismo

70

➤ Giusliberismo

- Queste concezioni del diritto attribuiscono ai giuristi il potere, o addirittura il dovere, di **ricercare “liberamente” il diritto, al di là** di quelle che sono considerate **fonti** del diritto dalle concezioni più ristrette, come ad esempio il positivismo giuridico, accusato di «formalismo».
- **Anti-formalismo:** Si sostiene che accanto al diritto statale e legislativo esiste un diritto di uguale o maggior importanza fatto di **consuetudini, usanze, interessi, istanze, prassi, scopi, concezioni morali diffuse** e **norme effettive anche se non formalmente emanate**.
- Retorica «**giuspopulista**»: diritto prodotto spontaneamente ‘dal basso’, dall’**uomo comune**, dal **popolo**, dalla ‘**comunità**’ ecc. come migliore, preferibile e prevalente rispetto al diritto calato ‘dall’alto’: autorità costituite, stato, classi politiche autointeressate, «poteri forti», élite, potentati internazionali di varia sorta ecc.
- Un caso particolare: il **libero mercato**; talvolta visto come produttore virtuoso di prassi giuridiche spontanee (lex mercatoria ecc.), talaltra inteso come la sede in cui si annidano tutti gli oscuri poteri che sono all’origine di ogni male giuridico e/o morale.
- Il movimento si è sviluppato soprattutto in Germania tra la fine dell’Ottocento e primi del Novecento, ma si trova oggi riproposto in nuove, spesso inconsapevoli, forme.



Giurisprudenza sociologica, giurisprudenza degli interessi e giusliberismo

71

- Due varianti del giusliberismo sono la **giurisprudenza sociologica** e la **giurisprudenza degli interessi**.
- Secondo la **giurisprudenza sociologica** l'operatore giuridico non deve limitarsi alla ricerca e all'applicazione delle leggi, ma **deve** prendere le proprie decisioni su una base più ampia, considerando come fonti del diritto anche **fatti sociali normativi** diversi dalla legislazione. Tesi **prescrittiva**, non solo descrittiva.
- La **giurisprudenza degli interessi** (Jhering, Heck, Kantorowicz) sostiene che la scienza del diritto deve seguire il **metodo teleologico**, cioè deve ricercare gli interessi o scopi che **permeano oggettivamente la società** e costituiscono il principio unificatore del diritto. Le lacune possono essere colmate dai giudici solo tramite l'individuazione degli **interessi che le norme mirano a tutelare**.



Critica

72

- Un problema di tutte le teorie giusrealiste che intendono assicurare la perfetta corrispondenza tra diritto ed esigenze sociali: **gli interessi sociali sono quasi sempre in conflitto tra loro, confusi e/o indeterminati nel contenuto**; occorre quindi sempre **un'opera di scelta politico-giuridica per precisarli e favorire alcuni di essi a preferenza degli altri**.
- Es. va data la precedenza agli interessi dei lavoratori o a quelli, spesso opposti, dei datori di lavoro? Va data la precedenza agli interessi dei locatari (inquilini) o a quelli dei locatori (proprietari)? Va data la precedenza agli interessi dei titolari del copyright o a quelli propugnati dagli assertori della *free culture* (assoluta libertà di accesso alla conoscenza)?
 - Il giuspositivismo demanda questo compito di scelta al legislatore politicamente legittimato, che lo svolge alla luce del sole.
 - La giurisprudenza degli interessi demanda questo compito al giudice, che 'interpreta il senso' dei rapporti sociali (qualunque cosa ciò voglia dire).
- Una possibile replica a questa critica: gli interessi particolari sono certo disparati e conflittuali. Che dire però di un diritto costruito per tutelare gli interessi particolari sulla base della loro conformità **all'«interesse generale», ovvero al «bene comune»?**



Il mito dell'interesse generale o 'bene comune' secondo Joseph Schumpeter

73

- Per prima cosa, **non esiste nulla che possa identificarsi con un bene comune su cui tutti possano convenire o su cui si possa far sì che tutti convengano in forza di argomenti razionali.** Ciò non perché alcune persone potrebbero desiderare altro dal bene comune, ma **per la ben più fondamentale ragione che il bene comune è destinato ad assumere significati diversi per individui o gruppi diversi.** Questo fatto [...] introdurrà divergenze su questioni di principio che non possono essere riconciliate da argomentazioni razionali perché i valori fondamentali - **la nostra concezione di ciò che la vita e la società debbano essere - vanno al di là della mera logica.**
- In secondo luogo, **anche se un bene comune sufficientemente definito** - come ad esempio la massima soddisfazione economica degli utilitaristi - fosse accettato da tutti, **ciò non implicherebbe risposte uguali ai singoli problemi.** [...]. I problemi riguardanti **la valutazione delle soddisfazioni presenti rispetto a quelle future,** anche nel caso del socialismo rispetto al capitalismo, rimarrebbero comunque aperti [...]. La "salute" potrebbe certo essere desiderata da tutti, ma le persone continuerebbero comunque a dissentire tra loro sulla vaccinazione e la vasectomia. Eccetera.
- Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism & Democracy* (1942)



Giurisprudenza sociologica, giurisprudenza degli interessi e giusliberismo

74

- Il giusliberismo di Gény propone il metodo della libera ricerca del diritto al di là delle sue fonti legali e formali attraverso l'indagine sulla **natura delle cose**, ossia la **regola implicita nei concreti rapporti sociali**, che sono essi stessi diritto (riedizione in chiave giusrealista del giusnaturalismo!).
- **Rifiuto dello statualismo. Rifiuto della supremazia della legge sulle altre fonti del diritto e talora perfino dello stato di diritto:** Il diritto nasce dalle attività dei membri della società, dalle sentenze dei giudici, dall'opera della scienza del diritto ecc.
- La teoria dell'interpretazione avallata da questi movimenti è tipicamente **scettica** e antiformalista. **È la volontà, e non la ragione, a guidare il giudice nella scelta tra le disposizioni legislative e tra i significati che possono essere a queste attribuiti per giustificare a posteriori la decisione.**



Giusliberismo e legalità

75

- Emendamento del 28.6.1935 all'art. 2 del codice penale tedesco:
 - «(la punizione deve essere inflitta a qualsiasi persona che commetta atti dichiarati punibili dalla legge o che, alla luce dello **scopo fondamentale del diritto penale**, e secondo il **sano sentimento popolare**, meritino di essere puniti. Nel caso che nessuna legge sia applicabile direttamente a tale atto, esso va punito, in base alla legge, qualunque essa sia, che nel suo **obiettivo fondamentale** meglio si applichi a esso)».
- Previsioni analoghe caratterizzavano il sistema penale sovietico, in cui il giudice decideva non solo applicando «norme precostituite, ma in base al suo **immediato sentimento di uomo politico**»
- Confronto con l'art. 25 co. 2 Cost.:
 - «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».



Istituzionalismo

76

- È la teoria giuridica che definisce il diritto come **organizzazione e istituzione**
 - Compatibilità rispetto al concetto di diritto come coazione *organizzata*. L'elemento della regolazione è però secondario: si tratta infatti di una teoria che sorge in **opposizione al normativismo**.
 - Maurice Hauriou e Santi Romano (prima metà del XX secolo): Critica alla pretesa di fare della norma l'elemento primario del diritto. Le norme sono certamente elementi del diritto, ma esse intervengono non nel momento in cui il diritto nasce, ma solo in un momento posteriore.
- L'**organizzazione** è l'elemento decisivo nella concezione del diritto istituzionalista poiché è **il mezzo per realizzare il fine a cui il diritto tende**, ossia l'ordine.
 - non esclude le norme ma vi **preesiste** e costituisce lo sfondo che ne permette la interpretazione e ne riempie le lacune.
- Per **istituzione** si intende qualsiasi **società ordinata attraverso un'organizzazione suscettibile di darsi delle regole e di farle rispettare**: sono istituzioni in questo senso lo Stato o un'associazione di lavoratori o un partito politico ecc.



Istituzionalismo

77

- Perfino un'associazione a delinquere, in quanto sia organizzata al fine di stabilire l'ordine tra i suoi aderenti, è un ordinamento giuridico.
- Bobbio ammette che sono esistiti ed esistono storicamente degli Stati che possono essere paragonati ad associazioni a delinquere, per la violenza e la frode con cui si sono condotti verso i loro cittadini e quelli degli altri Stati
- Sant'Agostino, del resto, chiamava gli Stati magna latrocinia
- Un gruppo sociale si **istituzionalizza** quando crea la propria organizzazione e attraverso questa diventa un ordinamento giuridico
- Secondo l'istituzionalismo, l'ordinamento giuridico non è un mero sistema normativo, ossia un insieme o complesso di norme, ma un'entità distinta, concreta ed effettiva:
 - «La varia organizzazione dello Stato, i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche ma non si identificano con esse».
- Secondo l'istituzionalismo risultano vere sia la formula «Ubi ius ibi societas» sia la formula «Ubi societas ibi ius»



Istituzionalismo

78

- L'organizzazione sociale costituisce il limite della validità delle singole norme, che cedono di fronte alle due grandi fonti del diritto non scritto: la **consuetudine** e la **necessità**.
- Riecheggiano motivi della romanità classica: *Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*.
 - (Brocardo che è stato spesso citato, in Italia, nella prima fase della pandemia da Covid, per giustificare una disciplina emergenziale non sempre ineccepibile anche sul piano formale.)
- Insistenza sul diritto pubblico, consuetudinario, elastico o sull'autonomia privata come ordinamento giuridico distinto dall'ordinamento statale
- Antistatalismo: l'ordinamento statale viene considerato solo uno dei tanti ordinamenti produttivi di diritto:
 - **teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici**, secondo cui tutti i gruppi sociali dotati di qualche organizzazione interna sono produttivi di diritto.
 - credendo di combattere il normativismo attaccando lo statalismo, l'istituzionalismo si pone un falso bersaglio, poiché l'adozione di un punto di vista normativista non obbliga a considerare lo stato come unico tipo di ordinamento giuridico.



➤ Critiche contro l'istituzionalismo:

79

1.

Che cosa forma una **organizzazione** sociale se non **l'insieme delle norme che la regolano** e ne fanno una realtà ulteriore rispetto alle azioni dei singoli?



«Organizzazione» significa distribuzione di compiti in modo che ciascun membro del gruppo concorra al raggiungimento del fine comune, ma questa distribuzione di compiti non può essere compiuta se non mediante regole di condotta.



Non è vero che l'organizzazione viene prima delle norme, ma è vero l'opposto che le norme vengono prima dell'organizzazione.

2.

L'istituzione può nascere là dove nasce e prende forma una certa disciplina delle condotte individuali rivolta a condurle a un fine comune, ma una disciplina è sempre il prodotto di una **regolamentazione**, cioè di un complesso di regole di condotta



È stato addirittura osservato che vi può essere normazione senza organizzazione (es. le regole d'etichetta in uso presso certe classi sociali) ma non organizzazione senza normazione.

3.

Altra critica: secondo quale criterio, se non delle norme, si selezionano e individuano le consuetudini giuridiche e le necessità giuridiche **rilevanti**?



➤ Il decisionismo estremo

80

- L'istituzionalismo moderato spesso cela una concezione del diritto assai più radicale e coerente: il **decisionismo estremo**.
- Il decisionismo estremo respinge il normativismo, visto come un mascheramento della realtà dei rapporti giuridico-politici: l'intero diritto si baserebbe in ultima istanza su **decisioni fondate su rapporti di alleanza/ostilità che non sono giuridici ma politici**.
 - Sul piano conoscitivo-descrittivo, il decisionismo estremo sostiene che **gli uomini e le loro decisioni fanno la realtà**, non le parole e le norme generali e astratte.
 - Le norme generali e astratte varrebbero infatti solo per il caso normale, cioè per situazioni nelle quali l'ordine politico e giuridico si è già imposto e comunque funziona; esse non varrebbero invece per il **caso d'eccezione** nel quale l'ordine non si è ancora affermato o si va dissolvendo.
 - è il sovrano a decidere quando si versi in un caso normale o in un caso eccezionale, e quindi quando ci si debba rimettere alle norme o alla sua decisione.
 - Oggi parleremmo di norme **defettibili**.



➤ Il decisionismo estremo

81

- Altre tesi del decisionismo estremo:
 - L'idea dello **stato di diritto**, in cui **governano le leggi e non gli uomini**, è solo il frutto di una **credenza consolatrice borghese**.
 - La certezza del diritto intesa in senso formale e lo stato di diritto vanno osteggiati perché **sacrificano la giustizia** intesa nella sua **dimensione sostanziale-comunitaria**.
- La **riduzione della dimensione del giuridico al 'politico'**, ossia all'opposizione amicus/hostis: il diritto è subordinato alla politica, o è visto come mezzo a disposizione di chi detiene il nudo potere politico (e, conseguentemente, la forza).
- Le teorie giuridiche che sviluppano coerentemente tutte queste idee sono rare perché tendono a essere autodistruttive, risolvendo la dimensione del giuridico in quella del rapporto politico
- Tuttavia, il decisionismo, in qualche forma, è presente in molte teorie giuridiche e in particolare in molte forme di realismo giuridico.



➤ Carl Schmitt

82

- Il primo Carl Schmitt, nell'opera «Legalità e legittimità» del 1932 è un convinto decisionista antinormativista, antiformalista che (forse involontariamente) prepara il terreno al nazionalsocialismo.
- Oppone infatti alla vuota «astrazione» del mondo normativo avallato dal giuspositivismo una concezione «concreta» dell'ordinamento giuridico fondata non su norme generali e astratte, bensì su decisioni prese dal potere sovrano in risposta a una situazione concreta.
- Il diritto è dunque sempre legato a un contesto spaziale e sociale, e deve essere in grado di istituire un ordine in quella specifica realtà.
- In una seconda fase della sua produzione, Carl Schmitt teorizza l'obbedienza assoluta al Führer, ma già dal 1936 è sostanzialmente emarginato dal regime nazista. Compare nel processo di Norimberga in qualità di testimone.
- In una terza fase si dedica soprattutto al diritto internazionale e nel 1950 scrive *Il nomos della terra*, in cui teorizza che all'origine del fenomeno giuridico vi sia l'appropriazione della terra e la sua divisione per mezzo di confini.



Teoria del rapporto giuridico

83

- Sviluppata nella prima metà del secolo XX da autori come Giorgio Del Vecchio e Alessandro Levi, questa concezione inverte l'idea secondo cui il rapporto giuridico è un rapporto regolato dal diritto, sostenendo che **certi rapporti sociali intersoggettivi sono intrinsecamente normativi e giuridici** e producono da sé la propria regolamentazione giuridica (ad es. la *lex mercatoria*: un sistema di regole di tipo consuetudinario, nate in forma spontanea tra gli appartenenti a determinati settori commerciali internazionali come credito, trasporti di merci o persone, assicurazioni ecc.).
 - Antinormativismo, antistatualismo: si tende a vedere diritto in ogni gruppo e rapporto sociale stabile
 - insistenza sui rapporti contrattuali e sull'autonomia privata.



Critiche contro la teoria del rapporto giuridico:



84

- Ci si chiede come sia possibile parlare di rapporto giuridico **senza delle norme che attribuiscono al rapporto stesso una qualificazione giuridica** e senza un qualche **criterio che permetta di distinguere tra i rapporti normativi giuridici** e gli altri rapporti normativi.
- Un rapporto giuridico è un rapporto tra due soggetti di cui uno, il soggetto attivo, è titolare di un diritto e l'altro, il soggetto passivo, è titolare di un obbligo.
 - avere un diritto equivale ad avere il potere di compiere una certa azione, ma da dove deriva questo potere se non da una regola?
 - avere un obbligo equivale a essere obbligati a comportarsi in un certo modo, ma da dove deriva questo obbligo se non da una regola?
- Nessun rapporto è «intrinsecamente» giuridico: diventa tale solo se viene regolato da una norma appartenente a un sistema giuridico.
 - in caso contrario è un rapporto di fatto giuridicamente irrilevante
- Fallacia naturalistica: Il teorico del rapporto giuridico sembra presupporre i giudizi di valore per cui è bene che le regole diffuse nella società ottengano un riconoscimento giuridico. Da questi **giudizi di valore** egli ricava una **descrizione** del diritto: «Il diritto dovrebbe essere così, DUNQUE il diritto è così».
- Anche la teoria del rapporto giuridico, come la teoria dell'istituzione, intende superare il normativismo ma non vi riesce, perché le norme giuridiche vengono comunque presupposte da entrambe le teorie.



Marxismo e diritto

85

- Distinzione tra pensiero **marxiano** (Marx + Engels) e pensiero **marxista** (seguaci).
- Il pensiero di Karl Marx (1818-1883) aspira a essere una **concezione totale della società e della storia**, ma non si articola in opere specificamente dedicate al diritto in quanto ritiene che il diritto non sia un fattore autonomo nella società.
 - Marx fu dunque essenzialmente un filosofo politico e non elaborò una ‘teoria del diritto’ in senso stretto.
- Secondo Marx, la filosofia non deve limitarsi a interpretare la realtà, ma deve **trasformarla radicalmente**.
- La filosofia di Marx si autodenomina **materialismo** in quanto tratta la «materia» intesa come realtà, soprattutto economica, dei modi di produzione; potrebbe oggi denominarsi «economicismo».
- L'aspetto più importante della realtà è la “**struttura**” della società umana, ossia **il sistema dei rapporti di produzione dei beni**.



Marxismo e diritto

86

- La filosofia di Marx si chiama **materialismo dialettico** perché applica il metodo della **dialettica di Hegel** alla realtà **materiale** e storica, anziché a un'idea astratta. Il **materialismo** si basa sull'idea che la realtà è determinata da fattori materiali, come i rapporti socio-economici e la struttura produttiva (la "struttura"), che influenzano la sovrastruttura di idee, cultura e politica.
- La **dialettica** è vista come la legge del movimento di questa realtà, un processo di continuo conflitto e contraddizione (tesi-antitesi-sintesi) che spinge la storia verso il cambiamento, in particolare attraverso la lotta di classe.
- Tutta la storia è infatti per Marx una sequenza di antagonismi sul piano economico, di lotte tra classi sociali; i rapporti economici sono e sono stati sempre rapporti di sfruttamento di una classe sociale su un'altra, da ultimo lo sfruttamento dei **capitalisti** (proprietari dei mezzi di produzione industriali) sui **proletari**.
- Tutto ciò che eccede la struttura produttiva è parte della **sovrastruttura**, **realtà derivata e dipendente**.
 - Ciascuno stadio dei rapporti di produzione produce infatti una corrispondente sovrastruttura (morale, politica, filosofica, estetica, giuridica, religiosa ecc.).
 - Il metodo di produzione industriale capitalistico genera secondo Marx il diritto borghese europeo del XIX secolo.



Marxismo e diritto

87

- Il diritto fa parte di una **sovrastruttura** che contribuisce al mantenimento della struttura economica dei modi di produzione. Risulta dunque essere un **ostacolo** all'affermazione di nuove forme di produzione e di nuove classi sociali.
 - ▣ Subentra così, fatalmente, un periodo di crisi e infine una **rivoluzione** sociale.
 - ▣ Ricorre nel pensiero marxista un fortissimo elemento di valutazione: si giudica cattivo ciò che resiste al processo dialettico (storico) e buono ciò che lo asseconda.
- In quanto parte della sovrastruttura, il diritto non può essere giudicato o compreso in isolamento: Il diritto di ciascun periodo storico **non è altro che la volontà della classe dominante ed è rivolto a mantenere lo sfruttamento di classe.**



Marxismo e diritto

88

- Anche l'etica e i giudizi di giustizia sono sovrastruttura. Il solo giudizio scientifico per Marx è quello che **prevede** il mutamento dialettico e si sforza di facilitarlo.
- Marx approva l'azione politica che porterà per la prima volta nella storia, e secondo lui in un momento vicino a quello in cui egli scriveva, alla società futura senza classi, senza sfruttamento, senza diritto e senza Stato.
- Si arriva così alla **società comunista**, in cui il diritto si estingue perché viene meno lo sfruttamento economico e la necessità di mantenere l'apparato di forza che lo sostiene.
 - Non è chiaro se la rivoluzione avverrà più o meno silenziosamente e più o meno gradualmente, con o senza violenza.
 - Nella società comunista **non vi è proprietà privata dei mezzi di produzione**, non vi è sfruttamento, non vi sono classi e false rappresentazioni e dunque non vi è neppure un'idea di giustizia.



Marxismo e diritto

89

- Le teorie **marxiste** del diritto sono diverse tra loro in molti aspetti importanti. In comune hanno:
 - La visione del diritto come prodotto di una società divisa in classi sociali antagoniste;
 - L'idea secondo cui il diritto è uno strumento, peraltro di solito non decisivo, impiegato dalla classe dominante per consolidare e proteggere il proprio dominio sulle classi sottomesse.
- Si sviluppa l'idea del diritto come parte di una sovrastruttura ideologica (politica, culturale, giuridica) volta a rafforzare il dominio economico sui mezzi di produzione.
 - Il nostro diritto occidentale moderno, in questa prospettiva, non è che il diritto di una società capitalistica.
- Diverse teorie marxiste, soprattutto quelle dei teorici del diritto sovietici (Lenin, Stučka, Pašukanis ecc.), si concentrano sui problemi della legittimazione del potere e dell'attività giuridica nei paesi del socialismo reale, nonostante che il diritto e lo stato abbiano nei testi di Marx un collegamento necessario con la società di classe e con lo sfruttamento.



Marxismo e diritto

90

➤ Critiche al marxismo:

- Gli ordinamenti giuridici dei paesi che si sono ispirati al socialismo reale non si sono affatto estinti, ma sono diventati al contrario dei sistemi normativi estremamente complessi, burocratizzati ed elefantiaci.
 - È ben nota la mostruosa brutalità dei regimi che storicamente si sono ispirati all'ideologia marxista: In Unione Sovietica, Cina, Cambogia, Corea del Nord ecc. si contano decine di milioni di morti tra purghe, esecuzioni e carestie intenzionalmente o inintenzionalmente causate. La Cina di Xi Jinping si professa tuttora orgogliosamente comunista, **marxista**, leninista, stalinista e maoista.
- Il marxismo **non dà in realtà alcun contributo significativo alla filosofia giuridica**. Per il marxista i problemi giuridici non hanno dignità autonoma. Si ritiene di poter spiegare tutto ciò che è importante dei fenomeni politici e giuridici mediante l'analisi economica dei rapporti di produzione.
- Le previsioni «scientifiche» di Marx sono tutte fallite. La preconizzata evoluzione delle società nella direzione del comunismo non si è storicamente realizzata. Questo è sintomo di cattiva scienza.
- Il marxismo del XXI secolo ha integrato la lotta di classe col conflitto tra paesi ricchi e paesi poveri: terzomondismo, anticapitalismo, antimperialismo, anticolonialismo, ecc. → critical legal studies



Critical legal studies

91

- È un movimento composito (non propriamente una concezione del diritto) che si sviluppa in Nordamerica a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, ispirato oltre che da Marx, da Nietzsche, Horkheimer, Marcuse, Gramsci, Foucault, Derrida e altri autori «postmodernisti».
- Le teorie critiche del diritto sono accomunate da un **approccio scettico** che mette in discussione le nozioni tradizionali del diritto, concentrandosi sul ruolo del potere, della marginalizzazione e sulla discrepanza tra la teoria e la pratica giuridica.
- Scetticismo semiotico e decisionismo ereditato da certe varianti di giusrealismo:
 - Le norme generali e astratte **non** sono in grado di predeterminare le decisioni sui casi concreti.
 - Il diritto incorpora sempre, infatti, concetti antinomici: soggettivo/oggettivo, individuo/comunità, pubblico/privato. La circostanza di dover **scegliere** tra ciascuna di queste polarità rende l'attività dell'interprete inevitabilmente **politica** e comunque compromessa con gli assetti sociali/di potere consolidati.



Critical legal studies

92

- Il modello liberale dello **stato di diritto** nel quale comandano le leggi e non gli uomini, Il **principio di legalità** e la **separazione dei poteri** rappresentano un **gigantesco fallimento o un'illusione** perché non tutelano né possono tutelare le minoranze vulnerabili/deboli/oppresse.
- Critica etico-politica del diritto delle **democrazie liberali** e della presunta coerenza e neutralità dei suoi principi ispiratori.
- Attivismo politico, antagonismo rispetto al «pensiero giuridico dominante».



Critical legal studies

93

- Diritto come ideologia (in continuità con la tradizione marxista).
 - Tutto il **diritto è una gigantesca opera di mistificazione e occultamento delle diseguaglianze e dei rapporti di potere**, uno strumento per perpetuare lo sfruttamento e l'oppressione non solo economica, ma anche di genere, razza e/o orientamento sessuale.
 - Diritto come strumento del capitale, del patriarcato, del colonialismo occidentale, del maschio bianco ecc.
 - Temi dominanti sono l'oppressione, la discriminazione, l'esclusione, che il diritto rende possibili e rafforza, presentandosi falsamente come una macchina oggettiva, determinata, neutrale.
 - Compito dei giuristi critici è demistificare il modo in cui la dottrina, l'insegnamento del diritto e la pratica delle istituzioni accademiche sostengono questo sistema diffuso di rapporti oppressivi e non egualitari.
- Prevalgono gli elementi critici su quelli descrittivi del diritto. (es. le correnti della Teoria giuridica femminista, Teoria critica della razza, Postcolonial theory, Queer studies ecc.)



Critical legal studies

94

➤ Critiche:

- Apoditticità.
- non sempre è chiaro se gli attacchi vengono diretti su specifici contenuti degli ordinamenti giuridici occidentali contemporanei oppure sul diritto e il metodo giuridico come tali.
- **Non è chiaro quali siano i rivolgimenti auspicati dai giuristi critici**, al di là della ricorrente aspirazione alla emancipazione individuale dalle strutture di potere che perpetuano le disparità di classe, sesso, razza ecc.
- **Ricorrente confusione tra fatti e valori**, approccio descrittivo e prescrittivo, contesto sociologico e di giustificazione, uso e menzione del linguaggio, discorsi e metadiscorsi, idee e loro autori: ne consegue sovente l'irrefutabilità/indiscutibilità razionale di qualsiasi conclusione raggiunta.
- Nichilismo: si osserva talora un atteggiamento radicalmente antiteorico che consiste nella convinzione che nessun discorso, incluso il proprio, possa essere esente da ideologia e aspirare all'oggettività.
- Soprattutto: **Mancanza di apporti teorici costruttivi**: non sono teorie del diritto ma decostruzioni del diritto.