

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

# PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Diritto e stato



# 1. Nozione e problemi: lo stato

2

- Lo **stato** è un'**organizzazione politica della società** caratterizzata dalla **territorialità** e da un notevole grado di **accentramento** e di **autonomia**.
  - Tradizionalmente si individuano tre elementi costitutivi dello stato: il **territorio**, il **popolo** e la **sovranità**.
  - Lo stato non è presente in ogni società storica; le forme di stato che oggi conosciamo si sono sviluppate nell'Europa moderna (dal XVI secolo in avanti).
  - Sul presunto superamento dell'idea di stato (specie inteso come stato-nazione): dallo stato etico di Hegel all'estinzione dello stato Marx e, oggi, il globalismo giuridico e la (presunta) crisi delle nozioni di confine, cittadinanza, sovranità nazionale.
    - F. Fukuyama: «ci sono due ragioni per cui lo Stato-nazione rimane importante: la prima riguarda l'uso della **forza**, di cui lo Stato è l'unico detentore; la seconda è il peso storico-culturale della nazione, che crea idee, valori e narrazioni di cui ancora abbiamo bisogno».
- La filosofia del diritto tratta soprattutto:
  - il problema dei rapporti tra il concetto di diritto e il concetto di stato.
  - il problema del fondamento e della giustificazione del potere statale che si esercita attraverso il diritto.
- Si possono distinguere concezioni giuridiche **stataliste**, **antistataliste** o non stataliste.



# 1. Nozione e problemi: lo statalismo

3

- Lo statalismo è l'idea secondo cui **solo il diritto statale è vero diritto (statualizzazione del diritto)**.
- Gli ordinamenti normativi non statali avrebbero **al più una giuridicità non compiutamente sviluppata**.
- È una posizione diffusa soprattutto tra i teorici del positivismo giuridico ottocentesco: il fenomeno giuridico viene connesso alla presenza di un **potere sovrano che gode del monopolio della coazione su un dato territorio**.
- Si adotta una definizione restrittiva del concetto di diritto tendente a negare il titolo onorifico di diritto a tutti i fenomeni normativi non promananti dallo stato.
- Il problema del **diritto internazionale**: per alcuni statalisti non è nemmeno un diritto in forma primitiva poiché **manca un'organizzazione mondiale dotata delle strutture accentrate tipiche di uno stato**, ossia di **un organo centralizzato per la produzione del diritto, del monopolio della coazione, di un apparato giudiziario con giurisdizione vincolante ecc.**
- John Austin, teorico imperativista, considerava il diritto internazionale come parte della **moralità positiva**. Alf Ross, più tardi, esprime idee analoghe.



# 1. Nozione e problemi: il pluralismo giuridico

4

- È una concezione non statalista secondo cui nello stesso ambito territoriale possono **vigere contemporaneamente**, accanto all'ordinamento statale, più ordinamenti giuridici **che sono indipendenti o addirittura in contrasto con esso**.
- Si rivendica l'importanza o la centralità delle norme non statali.
- **Santi Romano** e il diritto dei privati, il diritto della mafia, l'ordinamento giuridico barbaricino come diritti esistenti accanto al diritto statale.
- Caratterizza molte correnti del realismo giuridico **antinormativista**.
- Antivolontarismo: il diritto non è solo il prodotto di atti volontari, ma nasce dalla realtà dei rapporti sociali diffusi e dalle organizzazioni sociali, dunque non è soltanto un prodotto di atti volontari e non si esaurisce nella legge nel diritto di provenienza statale.
  - (così la scuola storica tedesca, la giurisprudenza sociologica, la scuola del diritto libero, le concezioni istituzionalistiche del diritto).



# 1. Nozione e problemi: : Lo Stato nella Dottrina pura del diritto

5

- Con Kelsen, il giuspositivismo **evita le accuse di statalismo** poiché il concetto di stato perde la sua centralità nella teoria del diritto. Per Kelsen infatti il diritto è **un ordinamento di norme che disciplinano l'uso della forza**, e la natura statale o meno di tali norme non appare decisiva.
- La **giuridicizzazione del concetto di stato**: più che ridurre il diritto allo stato è **lo stato che viene ridotto al diritto**. Per il giuspositivista contemporaneo, quello di stato è un concetto esclusivamente giuridico, che occorre analizzare soltanto in termini di meccanismi normativi.
- L'espressione «stato» designa allora nient'altro che **un tipo particolare di ordinamento giuridico** caratterizzato dalla presenza di **organi accentrati per la produzione giuridica e per l'esecuzione delle sanzioni**.
- La teoria dello stato diventa un settore della teoria del diritto.



# 1. Nozione e problemi: la distinzione tra filosofia politica e sociologia politica

6

- Lo stato può essere accostato anche come **fenomeno sociologico** (studio di una società delimitata in un certo modo), e non solo come problema concettuale e normativo.
- distinzione tra sociologia del diritto/scienza politica/politologia da una parte e filosofia politica dall'altra.
- Problemi della filosofia politica.
  - Il problema della **legittimità** (giustificazione etico-politica del potere dello stato)
  - Il problema del **fondamento** e dei **limiti** dell'obbligazione politica (obbedienza al potere legittimo dello stato).
- La filosofia del diritto studia gli stessi problemi concentrandosi sulla giustizia **del diritto** e sul fondamento e sui limiti dell'obbligo di obbedire al **diritto**.



# 1. Nozione e problemi: Hart e lo statalismo

7

- Secondo Hart, anche il concetto di diritto ha un nucleo certo e dei contorni sfumati: **nel nucleo certo c'è lo stato**, nei contorni c'è il diritto internazionale.
- Con Kelsen e Hart, il positivismo continua a **respingere il pluralismo giuridico**, ma diventa non statalista (per entrambi, nello stesso luogo e momento storico v'è sempre un solo diritto, eventualmente dato dalla sinergia tra diversi ordinamenti giuridici che si riconoscono e legittimano a vicenda).
- Il positivismo giuridico attuale è pertanto aperto al riconoscimento delle autonomie locali e della **struttura multilivello** della governance:
  - Il diritto vigente su un dato territorio proviene **non esclusivamente da un organo centralizzato come il Parlamento di uno stato**, ma da vari altri centri di decisione politica di livello non statale in senso stretto.
    - In Italia, dal diritto internazionale, dal diritto dell'UE, dalle regioni, dai comuni ecc.
  - È purtuttavia sempre statale il diritto che si esplica coattivamente nei confronti dei cittadini (diritto statale come medium coattivo).



# 1. Nozione e problemi: le idee-chiave in tema di rapporti tra stato e diritto

8

- le idee-chiave in tema di rapporti tra stato e diritto sono state elaborate dalla filosofia politica e giuridica di stampo illuministico-positivistico-liberale dell'Ottocento e del Novecento.
- Tali idee sono: il **principio di legalità**, lo **stato di diritto**, la **separazione dei poteri**, il **garantismo**, il **costituzionalismo**, la **laicità**. Può aggiungersi la **democrazia**.
- Queste idee hanno avuto enorme influenza nella cultura e nella mentalità giuridica contemporanea, e si sono tradotte in istituzioni e elementi strutturali caratteristici dei diritti contemporanei di stampo occidentale. Tuttavia sono contrastate da alcuni filoni del pensiero filosofico politico:
  - Anarchismo teorico.
  - Marxismo (specie Engels).
  - Critical legal studies e pensiero anti-occidentalista in genere.
  - Decisionismo estremo (Schmitt ecc.); prepara il terreno al Führerprinzip del nazionalsocialismo, un sistema gerarchico di leader che hanno un'assoluta responsabilità nell'area di loro competenza e che debbono rispondere solo ad un'autorità superiore pretendendo obbedienza assoluta dai loro inferiori. Al vertice della gerarchia risiede il capo supremo che non deve rispondere delle sue azioni a nessuno ed è la somma autorità dello stato.
  - Fondamentalismi di matrice religiosa e confessionarismi.





## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto

9

- Lo stato di diritto (in inglese *rule of law*, letteralmente, «dominio del diritto») è tradizionalmente definito come **lo stato in cui comandano le leggi e non gli uomini**.
- È dunque il tipo di stato qualificato da caratteristiche del suo diritto che attribuiscono, come risultato complessivo, una **notevole importanza alle norme giuridiche generali e astratte, specialmente le leggi**.
- Nello stato di diritto, ogni potere deve infatti essere esercitato in modo **legale**, ossia in conformità alla legge e al diritto.
- Lo stato **costituzionale** di diritto è lo stato di diritto che richiede il rispetto della legalità anche per gli atti dello stesso legislatore, vincolato al rispetto di una **carta costituzionale** che ne circoscrive formalmente e sostanzialmente le competenze (c.d. costituzionalismo).
- Immodificabilità totale o parziale, ossia **rigidità**, della costituzione.
- Controllo di legittimità costituzionale degli atti del legislatore da parte dei giudici comuni o di un organo apposito.



## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto: la legalità come forma di controllo del potere

10

- L'espressione «stato di diritto» è portatrice di una carica valutativa fortemente positiva, legata al valore della **certezza giuridica**, condizione **necessaria** anche se non sufficiente di libertà individuale.
- La **legalità**, la **giustizia formale** e il **formalismo pratico**, componenti essenziali della nozione di stato di diritto, rappresentano infatti forme di limitazione e di controllo del potere pubblico che assicurano al cittadino una (più o meno estesa) **sfera di libertà, nei confronti dello stato, dai confini certi e prevedibili**.
- Lo stato di diritto si contrappone allo **stato assoluto**, in cui il potere non è sottoposto a vincoli normativamente (pre)definiti, e dunque può essere esercitato arbitrariamente.
  - A un potere pubblico esercitato arbitrariamente conducono inoltre le concezioni del diritto che propugnano (più o meno apertamente) la **massima libertà dei giudici rispetto a standard normativi prestabiliti**.
    - Si noti che, storicamente, i giudici liberi dai vincoli legali sono quelli di fatto meno liberi rispetto al potere politico.



## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto: La legalità come forma di controllo del potere

11

- L'idea della superiorità del governo delle leggi su quello degli uomini risale a **Platone e Aristotele**, che argomentano in suo favore sottolineando il carattere **impersonale, prestabilito e durevole** delle leggi, in antitesi al carattere **personale, arbitrario e mutevole** delle passioni umane.
- L'idea che il diritto possa e debba **controllare il potere dello stato** è invece tipicamente moderna e proviene dalla filosofia politica di ispirazione **individualistico-liberale**, intenzionata a rimediare al progressivo accentramento del potere che si realizza negli stati moderni: il giusnaturalismo illuminista, il contrattualismo, il costituzionalismo moderno e contemporaneo.



## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto: Modello ideale dello stato di diritto

12

- Nel modello ideale di stato di diritto si applica il **principio di stretta legalità**
  - **Principio di legalità**: tutti i poteri discendono dal diritto.
  - **Principio di stretta legalità**: tutti i poteri non solo discendono dal diritto, ma sono da esso significativamente e minutamente **regolati** e circoscritti **nel loro esercizio formale e sostanziale**.
- Come ha mostrato la semiotica contemporanea, l'idea di eliminare **completamente** l'arbitrio umano dall'applicazione del diritto, in specie le scelte dell'interprete dei testi giuridici, è però illusoria (la si può al più limitare).
- L'esigenza di limitare il potere pubblico vale soprattutto per quello legislativo, anche quando conferito dal popolo o da questo esercitato: anche il popolo, infatti, può farsi tiranno.
  - Per evitare ciò, storicamente si è fatto ricorso ad alcuni artifici (vedi *infra*).



## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto: artifici rivolti alla conservazione dello stato di diritto (e a evitare che il legislatore divenga tiranno)

13

1. Idea etico-politica di un **limite naturale** al potere.
  - I **diritti naturali** degli individui come confine invalicabile per il legislatore
    - La legittima ribellione al tiranno che rompe il contratto sociale violando i diritti naturali. Locke e il **diritto di resistenza** come diritto naturale fondamentale di opporsi al diritto e allo stato.
2. **Normazione superlegislativa** che vincola il legislatore ordinario.
  - Costituzione scritta e rigida e controllo di costituzionalità delle leggi da parte di uno speciale organo giudiziario o dei giudici comuni.
  - Lo stato di diritto diventa così **stato costituzionale** di diritto, in cui ogni potere è subordinato a una costituzione scritta e rigida.
    - Mera e stretta legalità si integrano pertanto con un **principio di legalità costituzionale** che vincola **sostanzialmente** l'esercizio di tutti i poteri (quantomeno sotto forma di maggiori oneri di giustificazione delle deviazioni).
    - I poteri pubblici non possono violare i **diritti fondamentali** dei cittadini per come garantiti dalla costituzione
  - Nel significato odierno è pertanto **stato di diritto** solo **quello che, nel vincolare giuridicamente tutti i poteri, riconosce e garantisce ai cittadini un certo catalogo di diritti fondamentali.**



## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto: Artifici rivolti alla conservazione dello stato di diritto (e a evitare che il legislatore divenga tiranno)

14

### 3. **Separazione dei poteri** (Montesquieu, lo spirito delle leggi, 1748).

- Potere legislativo, esecutivo, giudiziario: La reciproca indipendenza tra i poteri dello stato è **condizione perché ciascuno di essi possa costituire un limite per gli altri**.
  - La distinzione storicamente originaria è quella tra **potere legislativo** e **potere esecutivo** (attribuiti rispettivamente a un parlamento e al monarca).
  - In seguito, il potere esecutivo viene esercitato da un governo nell'ambito dell'istituto noto come **governo parlamentare**, in cui il governo deve godere della fiducia dell'organo legislativo (eccezione al principio della separazione dei poteri).
- Distinzione tra organi deputati alla **creazione** delle norme giuridiche e organi deputati alla loro **applicazione**: indipendenza del potere giudiziario e inamovibilità dei giudici, giustificate dall'esigenza che essi siano **imparziali**.

### 4. Altri accorgimenti.

- Sottomissione della pubblica amministrazione alla legge e alla giurisdizione (→ obbligo di motivazione dei provvedimenti).
- Obbligo di tenere elezioni a scadenze relativamente ravvicinate.



## 2. Stato di diritto e stato costituzionale di diritto: Stato di diritto e democrazia

15

- Lo stato di diritto è un complesso **apparato organizzativo-istituzionale** contraddistinto dal primato della legalità, secondo cui ogni potere pubblico si esercita in conformità al diritto.
- La democrazia è un **metodo di decisione politica** (procedura egualitaria di autogoverno del *demos*) basato sul **principio di maggioranza** che si concreta specialmente nella periodica scelta popolare, tramite elezioni, dei rappresentanti che si troveranno a esercitare poteri d'ordine legislativo e, in alcuni ordinamenti, esecutivo e perfino giudiziario.
- Storicamente, stato di diritto e democrazia sono intrecciati, ma in realtà i due concetti vanno tenuti **distinti** perché esprimono due esigenze diverse perennemente in tensione:
  1. L'esigenza dei **limiti** al potere pubblico e alla sovranità, perfino quella popolare (stato di diritto).
  2. L'esigenza di **supremazia del potere sovrano del popolo** (democrazia).
- L'ideale dello stato di diritto **esige una programmatica limitazione delle sfere entro le quali la volontà popolare può esplicarsi.**



# 2. Stato di diritto e stato costituzionale

## di diritto: Stato di diritto e democrazia

16

- Nello stato di diritto costituzionale sono infatti sottratti a disponibilità del voto popolare :
  1. Tutti i principi costitutivi della stretta legalità.
  2. Certi contenuti della costituzione, non modificabili neanche con procedure particolarmente complesse.
- Nella maggior parte degli stati di diritto sono inoltre alquanto limitati gli istituti di **democrazia diretta**, perfino quelli con valore meramente abrogativo: in Italia, ad esempio, sono escluse dal referendum abrogativo le leggi tributarie, di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali.
- **L'obiezione contromaggioritaria**: Si è notato che il potere sovrano viene limitato dalla costituzione, ma i principi di questa debbono essere **precisati**, ciò che talora implica scelte **politiche** assai pregnanti. Se tale potere viene attribuito a giudici non elettivi, esso è **contromaggioritario**, nel senso di non rappresentativo della maggioranza.
- Secondo chi solleva questa obiezione, i contenuti della costituzione quali ad esempio il catalogo, la configurazione e la gerarchia assiologica dei diritti fondamentali sono altamente indeterminati e andrebbero precisati con scelte compiute dall'organo rappresentativo, il parlamento democraticamente eletto.
- Lettura consigliata: A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza.





# 3. Principio di legalità

17

- Un potere è considerato **legale** quando viene esercitato in **conformità alle leggi, illegale** in caso contrario.
  - La legalità consiste dunque nella possibilità di ricondurre gli atti di esercizio di un potere a una norma giuridica che lo disciplina.
- Un potere viene qualificato come **legittimo** quando è detenuto **in base a un titolo considerato giusto, illegittimo** in caso contrario.
  - La legittimità indica quindi **la giustificazione etico-politica del titolo da cui discende il potere**, specie di quello supremo. **Non** riguarda invece la giustificazione del **modo** in cui il potere viene di fatto esercitato.
- In sintesi, nella teoria giuridica:
  - la **legalità** attiene ai **modi di esercizio del potere** (e riguarda principalmente l'osservanza o la violazione del diritto da parte dei titolari di poteri giuridici);
  - la **legittimità** attiene al **fondamento del potere** (ovvero la sua discendenza da un titolo giusto secondo una certa teoria della giustizia).
- Anche la legalità viene considerata un valore, come la legittimità, perché produttiva di uguaglianza e di certezza.
  - Sorge ovviamente poi la questione se sia o meno preferibile che un potere illegittimo si conformi al principio di legalità: nel qual caso la certezza e l'eguaglianza potrebbero essere certezza ed eguaglianza di trattamenti iniqui.



### 3. Principio di legalità: Mera legalità e stretta legalità

18

- La **mera legalità** richiede che tutti i poteri siano conferiti dalla legge (discenda da un titolo giuridicamente **valido**) e che il loro esercizio avvenga in modo **non incompatibile** con la legge che lo conferisce (*per legem*).
- La **stretta legalità** richiede, in aggiunta, che tutti gli atti di tali organi siano sostanzialmente disciplinati **solo** dalla legge, ossia che la legge stabilisca in via **esclusiva** il contenuto di tali atti.
- Affinché il potere sia conforme a stretta legalità, gli atti di esercizio del potere stesso devono cioè **derivare positivamente il loro contenuto dal contenuto della legge** (*sub lege*).
- È a tal fine necessario che i vincoli normativi al potere provengano da leggi aventi un contenuto il più possibile determinato e che siano previsti meccanismi di controllo del rispetto di tali vincoli.



### 3. Principio di legalità: Legalità negli stati costituzionali contemporanei

19

- Il principio di legalità è alla base dell'idea di stato di diritto. Alla legalità è infatti vincolato anche il titolare del potere legislativo.
- La legalità esige che il potere venga esercitato tramite **leggi**, intese essenzialmente come norme **generali** e **astratte**.
- La generalità è una preconditione della stessa separazione dei poteri
  - il legislatore che operasse tramite provvedimenti individuali si sostituirebbe infatti all'amministrazione e ai giudici.
- Generalità e astrattezza sono inoltre tradizionalmente considerate garanzia di certezza del diritto, impersonalità del potere e uguaglianza dei cittadini nell'ambito di classi di trattamento predeterminate e temporalmente stabili.



# 3. Principio di legalità: Legalità negli stati costituzionali contemporanei

20

- La legalità esige che i giudici decidano le controversie ad essi sottoposte **non caso per caso e secondo equità**, bensì **limitandosi ad applicare lo standard generale preconstituito dalla legge**.
- Ciò presuppone che l'interpretazione operata dagli organi dell'applicazione non sia interamente creativa, ma in buona misura ricognitiva e dichiarativa di un diritto preesistente.
- Nel campo dell'**azione amministrativa** il principio di legalità si traduce nella **legalità dell'amministrazione**, che deve trovare nella legge il fondamento e il suo limite almeno negativo, con la concessione di una discrezionalità amministrativa limitata dalla legge e sottoposta a controlli.
- Nel **diritto penale** il principio di stretta legalità si esprime nella regola secondo la quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, né con pene che non siano da essa previste (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).



# 4. Garantismo

21

- Indica:
  - La **concezione giuridico-politica dello stato costituzionale di diritto**.
  - Una **teoria della legittimazione del potere giuridico-politico fondata** sulla primazia di quello che è spesso considerato il principale valore soddisfatto dallo stato costituzionale di diritto: **la tutela o garanzia dei diritti individuali di libertà**.
- Per il garantismo, solo lo stato costituzionale di diritto è legittimo perché solo esso è in grado di assicurare una sfera certa e intangibile **di libertà individuali negative (ossia di non-interferenza da parte dei poteri pubblici)**.
  - Lo stato costituzionale di diritto, tracciando in modo netto i limiti dell'azione dei poteri pubblici, assicura infatti agli individui un certo grado di **libertà DAL diritto**.
  - Diritto, e soprattutto diritto penale, come *extrema ratio*.
  - Garanzia della libertà come meta-valore o **valore procedurale** (o di secondo livello): il valore secondo cui è bene dare il massimo riconoscimento ai valori propri di ciascun individuo (con l'unico limite del principio del danno, vedi oltre).



## 4. Garantismo

22

- Per il garantista, gli unici valori etici pubblicamente rilevanti e suscettibili di imposizione coattiva sono quelli incorporati nelle carte costituzionali sotto forma di **limiti al potere giuridico e politico**.
- Il garantismo include sovente queste posizioni:
  - **Separazione tra diritto e morale.**
  - **Rispetto-riconoscimento** degli individui in quanto **agenti morali autonomi**.
  - Concezione **antipaternalistica** dello stato (paternalismo = atteggiamento politico secondo cui lo stato è il miglior giudice degli interessi dei cittadini, considerati come incapaci di determinare e perseguire i propri fini in modo autonomo)
  - **Sfavore per la democrazia plebiscitaria**, che vede nel popolo o nella comunità i depositari delle verità morali.
  - **Ostilità alla libertà giudiziaria**, specie se favorita sul presupposto di una presunta maggiore capacità del giudice di cogliere la verità morale.
  - **Laicità dello stato, tendenziale neutralità assiologica** e ripudio di ogni forma di imposizione coattiva di idee morali.
  - Sul piano del diritto penale, ostilità a ogni intervento teso a manipolare anche benevolmente la personalità del reo, ad esempio ai fini di una sua rieducazione (intesa in senso forte, non come tentativo di favorirne il reinserimento sociale, bensì come condizionamento coattivo delle idee morali).



## 4. Garantismo

23

- Il garantismo contemporaneo è dunque pragmaticamente **collegato al non-oggettivismo etico**: lo stato **non viene considerato depositario di alcuna verità morale** né investito del compito di imporre coattivamente **idee morali o politiche** ai cittadini (c.d. *legal enforcement of morality*).
- A ciascun cittadino viene **riconosciuta la libertà di formare le proprie idee e opinioni morali, politiche** ecc. nonché di tradurre liberamente tali idee in comportamenti, **nei limiti in cui questo non provochi un danno ad altri soggetti non consenzienti** (c.d. '**principio del danno**', che si sposa di solito a una nozione di danno tendenzialmente restrittiva: ad es. non potenziali turbamenti d'animo o offese all'altrui sensibilità ma danni fisici, psichici e patrimoniali gravi e attuali).
- Il garantismo si oppone alla concezione dello **stato etico**, tipica dei totalitarismi e dei diritti di ispirazione confessionale/religiosa, ossia **l'idea secondo cui lo stato è depositario di verità morali suscettibili di essere imposte coattivamente ai cittadini**: nello stato etico lo stato decide che cosa è **oggettivamente** bene e che cosa è male, e non solo quali sono i comportamenti a cui viene imputata una sanzione negativa in quanto dannosi per soggetti diversi da chi li compie.



# 4. Garantismo: L'eterno ritorno dello stato etico

24

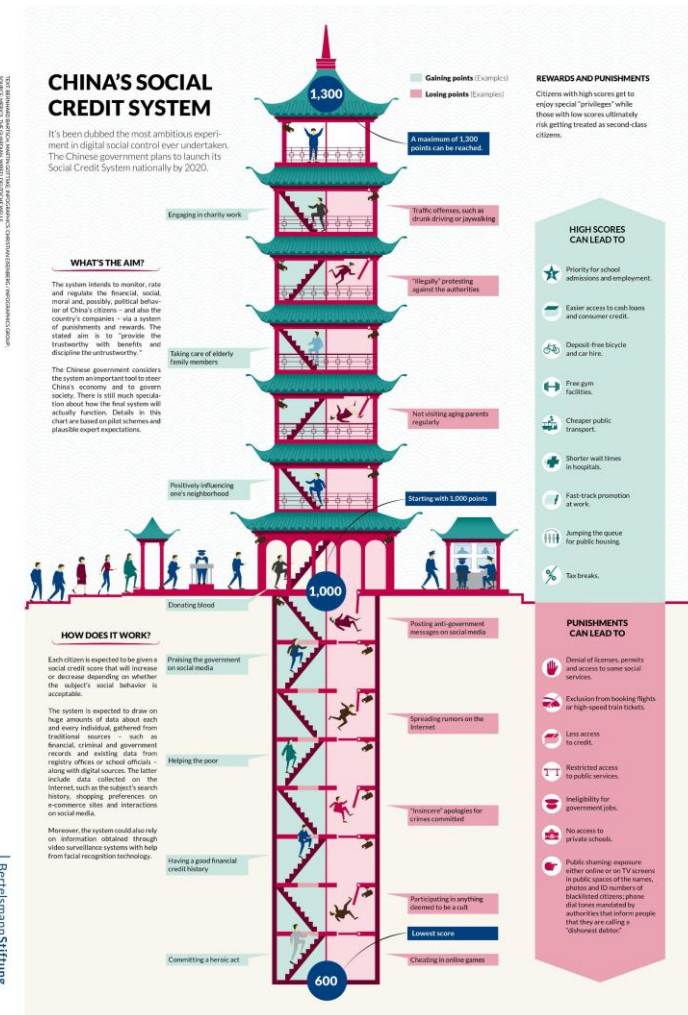
➤ Il caso cinese: <https://dailyinfographic.com/wp-content/uploads/2021/10/social-credit-system-pros-and-cons.jpg?fbclid=IwAR2kFYTIAbam3Kp2xcUieeAdfj8cZW2khFarlbpe84pILUYbqMMKpq-Xb9Y>

➤ Stati in cui vige la shari'a:

[https://it.wikipedia.org/wiki/Shari%27a#/media/File:Use\\_of\\_Sharia\\_by\\_country.svg](https://it.wikipedia.org/wiki/Shari%27a#/media/File:Use_of_Sharia_by_country.svg)

➤ Il populismo penale in Occidente.

- Comprende ogni decisione politica in materia penale che sia demagogica, strumentale all'acquisizione di popolarità, visibilità mediatica o successo elettorale, e che abbia un orientamento punitivo in risposta un'opinione pubblica/morale positiva più o meno intenzionalmente aizzata ed esasperata.
- Il caso del giustizialismo italiano.







# 4. Garantismo

25

## ➤ Condizioni fattuali e normative del garantismo e dello stato di diritto:

1. Sul piano normativo, i poteri di tutti gli organi giuridici devono essere circoscritti, delimitati e interamente disciplinati nel loro contenuto.
2. Sul piano semiotico, tale disciplina deve essere determinata precisamente e, nell'ambito penale, tassativa.
3. Il rispetto dei limiti normativi da parte dei vari poteri statali deve essere soggetto a controlli a loro volta disciplinati normativamente (controllare i controllori).
4. I limiti, o almeno i controlli e le sanzioni per la violazione di questi limiti devono essere in larga misura effettivi.
5. Teoria dell'interpretazione né scettica né formalista:
  - Lo scetticismo interpretativo estremo comporterebbe l'impossibilità e l'illusorietà dello stato di diritto;
  - il formalismo interpretativo alimenta l'illusione che sia sufficiente la previsione astratta di una rete di regole e di un giudice che le applichi fedelmente perché lo stato di diritto possa trovare piena realizzazione;
  - Il garantismo riconosce l'esistenza di margini di discrezionalità interpretativa ineliminabili e tuttavia suscettibili di delimitazione e controllo.
6. Nel diritto penale (oltre alla determinatezza e alla tassatività delle fattispecie penali), divieto di analogia, limitata discrezionalità del potere giudiziario, processi caratterizzati da una serie di accorgimenti atti ad avvicinarsi per quanto possibile all'accertamento della verità dei fatti, diritto di difesa, giusto processo, favor rei, ricorso straordinario alle misure cautelari ecc.
7. <https://www.errorigiudiziari.com/zuncheddu-errore-giudiziario-italiano-piu-grave-di-sempre/>



## 5. Legalismo

26

- È una teoria della giustizia, nota anche come **formalismo etico**, che **fa coincidere la giustizia con la pura e semplice conformità alla legge (o legalità)**.
- La stessa espressione designa però l'inclinazione a seguire pedissequamente la lettera della legge eccedendo nell'attenzione per i dettagli, nonché la tendenza a perseguire l'applicazione della legge sempre, costi quel che costi.
- Inteso nel primo senso, il legalismo consiste in una **degenerazione del principio di legalità** che si verifica allorché si attribuisce la legge **non più un valore meramente strumentale**, bensì un **valore finale**, e dunque la si considera come il criterio ultimo di giustizia delle azioni.
- È espressione peculiare di un atteggiamento morale più generale: il **conformismo etico**, che induce a conformare la propria condotta a un ordinamento normativo in quanto vigente socialmente.
- Il principio sottinteso è che si deve comunque obbedire alle norme esistenti e più in generale assoggettarsi alla tradizione morale e giuridica astenendosi dalla critica dell'esistente normativo, dalla messa in discussione dei valori e delle istituzioni tradizionali.
- Vengono così **fatte coincidere e sovrapposte la validità, la giustizia e la effettività**, ossia le tre fondamentali valutazioni di cui il diritto è suscettibile.



## 5. Legalismo

27

- L'accusa di «giuspositivismo etico»: Il giuspositivismo sarebbe colpevole di prestare adesione morale al diritto positivo solo in quanto positivo.
- Statolatria e «reductio ad hitlerum».
- Il legalismo è un'ideologia scarsamente diffusa sia nel senso comune che tra i giuristi. Tuttavia costoro possono essere considerati colpevoli di conformismo in senso **metodologico**.
- Ciò per via della loro scelta di occuparsi soltanto di sistemi normativi effettivi, senza che questa scelta venga giustificata espressamente o sorretta da indagini empiriche sull'effettività.
- Il giurista, in altre parole, tende a presumere la legittimità del potere legale, e la legalità del potere effettivo.



## 6. Illuminismo giuridico

28

- Consiste in alcune idee e atteggiamenti assunti dalla filosofia illuminista riguardo al diritto. Sono riconoscibili alcune linee di tendenza:
  - Critica della tradizione e delle istituzioni giuridiche del tempo.
  - Produce i maggiori frutti sul terreno della politica del diritto.
  - **Razionalismo**: fiducia nella **ragione umana** come strumento per migliorare anche radicalmente le istituzioni forgiate dalla tradizione e dalla storia.
  - **Individualismo**: Tesi etico-politica che attribuisce un valore positivo all'individuo umano, al quale vengono riconosciuti cospicui diritti verso la società (o la collettività, o la comunità) e lo stato nonché, su un piano di uguaglianza, verso gli altri individui.
    - da non confondere con l'egoismo etico: contano tutti gli individui, non solo il singolo agente morale.
  - Utilitarismo o contrattualismo giusnaturalista razionalista.
    - Diritto naturale come prodotto di volontà razionale e non soprannaturale.
    - Contratto sociale come strumento di critica del potere che viola i patti stipulati coi cittadini.
  - Separazione tra diritto e religione e tolleranza religiosa
    - immunità del foro interno: Il diritto penale non deve occuparsi di una serie di atti che sono rilevanti solo dal punto di vista morale e religioso; laicità dello stato.



## 6. Illuminismo giuridico

29

- Fiducia incondizionata e talvolta ingenua nella funzione riformatrice della legge, vista come strumento fondamentale di razionalizzazione del diritto.
  - Leggi chiare, poco numerose, stabili, e applicate meccanicamente dal giudice, «bocca della legge».
- Nel campo del diritto penale:
  - **proporzionalismo** riguardo al rapporto tra reato e pena.
  - **umanitarismo** riguardo al trattamento del reo.
    - abolizione della tortura come mezzo di estorsione della confessione.
    - abolizione della pena di morte.
  - **utilitarismo** riguardo alla funzione della pena.
    - Le pene giuridiche in tanto sono giustificate in quanto contribuiscano ad aumentare la felicità generale, pertanto ai colpevoli puniti si devono infliggere sofferenze minori di quelle che la pena stessa evita alle vittime grazie alla dissuasione dal commettere reati (Beccaria)