Piero Vernaglione

**FILOSOFIA DEL DIRITTO**

Sommario

[1. Introduzione 2](#_Toc145158185)

[2. L’età antica 3](#_Toc145158186)

[3. Medio Evo 11](#_Toc145158187)

[4. Rinascimento 16](#_Toc145158188)

[5. Seicento e Settecento: Giusnaturalismo, Illuminismo giuridico 18](#_Toc145158189)

[6. Codificazione e positivismo giuridico 22](#_Toc145158190)

[7. Storicismo giuridico 30](#_Toc145158191)

[8. Altre teorie dell’Ottocento 33](#_Toc145158192)

[9. Antiformalismo, realismo 35](#_Toc145158193)

[10. Istituzionalismo 41](#_Toc145158194)

[11. Positivismo giuridico del Novecento 43](#_Toc145158195)

[12. Neogiusnaturalismo 52](#_Toc145158196)

[13. Teoria analitica 55](#_Toc145158197)

[14. Neocostituzionalismo 57](#_Toc145158198)

[15. Evoluzionismo giuridico 60](#_Toc145158199)

[16. Analisi Economica del Diritto 65](#_Toc145158200)

[17. Libertarismo razionalista e diritto 72](#_Toc145158201)

[18. Movimenti tra fine XX e inizio XXI secolo 76](#_Toc145158202)

[19. Teoria del diritto 78](#_Toc145158203)

[19.1 Norma giuridica 82](#_Toc145158204)

[19.2 Ordinamento giuridico 107](#_Toc145158205)

[19.3 Rapporti giuridici e situazioni giuridiche soggettive 119](#_Toc145158206)

[Bibliografia 121](#_Toc145158207)

****1. Introduzione****

La filosofia del diritto si occupa 1) di indagare su “che cosa è” il diritto (compito *ontologico*: in relazione alla funzione, o inteso come comando, o come autorganizzazione di una collettività, o come studio dell’aspetto formale delle norme), 2) di indagare su “che cosa deve essere” il diritto (compito *deontologico*), cioè dei rapporti fra morale e diritto (es. problema della giustizia), 3) delle conseguenze del diritto (compito *fenomenologico*: problema dell’utilità o dannosità delle norme[[1]](#footnote-1)), 4) della metodologia (compito *metodologico*; es. il confronto fra i metodi del giurista puro e i metodi seguiti dalle scienze fisiche)[[2]](#footnote-2).

Il giurista positivo invece si accontenta di avere un punto di partenza che non discute, costituito dalle proposizioni normative emananti dal potere politico.

Secondo alcune catalogazioni la teoria del diritto va distinta dalla filosofia del diritto, secondo altre ne fa parte. La teoria del diritto riflette sui concetti giuridici; quindi presuppone un ordinamento giuridico, ed elabora strumenti concettuali dalla sua struttura. In sostanza, la teoria del diritto è infrasistemica, ha un perimetro più limitato, analizza le strutture formali degli ordinamenti giuridici indipendentemente dai valori che li informano e dai loro concreti e variabili contenuti. Si occupa dunque di concetti e problemi quali la norma giuridica, la consuetudine, l’obbligo, la generalità, l’astrattezza, la sanzione, la nomodinamica, l’interpretazione, l’applicazione, la lacuna, l’antinomia, i piani dell’ordinamento giuridico, l’effettività, il collegamento fra le norme, la legittimità e razionalità del controllo di costituzionalità. La teoria generale del diritto quale disciplina autonoma e sistematica sorge nell’ultimo trentennio dell’Ottocento (A. Merkel, A. Thon) e si sviluppa pienamente nel XX secolo. Nell’ultimo capitolo è illustrata una sintesi dei temi inerenti alla teoria del diritto[[3]](#footnote-3).

2. L’età antica

*Ebraismo*

(dal XX a.C.)

Presso il popolo ebreo l’idea di legge è al centro di tutta la vita religiosa, sociale e politica; la moralità coincide con l’osservanza stretta e letterale dei precetti della legge (cosiddetto *legalismo*). Tra il popolo di Israele e Dio è intercorso un patto in base al quale il popolo si obbliga all’obbedienza alla Legge divina ottenendone in cambio la conservazione, la prosperità e la salvezza.

La legge ebraica è comunicata da Dio a Mosè sul Sinai (1330 a.C. ca.), ed è costituita dai Dieci Comandamenti e articolata in un complesso codice di precetti di vita religiosa e sociale; il cui principio ispiratore, per quanto riguarda i rapporti intersoggettivi, è quello del contraccambio, o del taglione, “occhio per occhio, dente per dente”. Il testo è l’Antico Testamento.

A fondamento della legge non sta la ragione, ma la volontà divina; il Dio ebraico non è inteso come Ragione, come sarà il *Logos* greco, la sua legge non è valida perché razionale, ma esclusivamente perché voluta da lui (volontarismo). La legge ebraica non ha carattere universale, è patrimonio privilegiato degli Ebrei, perché Dio ha scelto di annunciare la sua parola a loro.

*Grecia*

Presocratici

VIII-VI sec. a. C.

Il pensiero giuridico greco non è una disciplina autonoma, con teorici specializzati e monografie dedicate al diritto. Questioni come l’origine e il fondamento dello Stato, la fonte dell’obbligo giuridico, il rapporto della legge con qualche modello superiore, si ricavano da opere letterarie o filosofiche.

Da Omero si apprende la primitiva concezione del diritto dei Greci: la legge come *thèmis* (giustizia), cioè come decreto di carattere sacrale rivelato ai re dagli dei per mezzo di sogni o di oracoli. È una concezione caratteristica di società a struttura aristocratica, nelle quali la legislazione è intesa come espressione di una volontà soprannaturale, ed è custodita da una classe superiore.

Con il passaggio da società patriarcali e guerriere a società agricole, alla legislazione di ispirazione divina subentra una legislazione umana: alla *themis* si sostituisce la *díke*, cioè la giustizia come prodotto della ragione e dell’esperienza umane. Nella *dike* predomina l’idea razionale dell’uguaglianza. Tale idea del diritto ispira già Esiodo (VIII a.C.): condanna e punizione della prepotenza, di chi vuole imporre con la forza la sua volontà.

All’epoca della formazione delle città (V a.C.) è con la parola *nomos* che viene indicato il diritto; rappresenta la legge della città (costituzione) ed è prodotto dai legislatori e dalle assemblee del popolo.

I presocratici Eraclito, Talete, Pitagora, Parmenide (V a.C.) ed Empedocle si avvalgono dell’idea di *dike* anche nel campo che interesse loro in maniera prevalente, i problemi del mondo fisico, della natura (es., se il sole deviasse dal suo percorso interverrebbero le “ministre di Dike”; si trasferisce nell’universo fisico il concetto di ordine giuridico).

È interessante rilevare che Pitagora è il primo a sostenere la giustizia come proporzionalità, corrispondenza fra l’azione umana e la sua retribuzione: “il giusto assoluto è far subire la stessa cosa all’altro”.

Democrito (V a.C.) per primo introduce il concetto di diritto nella sua funzione tecnica di strumento di pacifica convivenza sociale: la legge serve a punire coloro che, non osservando spontaneamente il dettame della coscienza morale, recano danno agli altri. Primo accenno alla distinzione fra morale e diritto.

Sofocle (V a.C.) per primo evidenzia uno dei problemi fondamentali della filosofia del diritto, quello del rapporto tra le leggi positive istituite dallo Stato e le norme di condotta che l’individuo ritrova dentro di sé, le norme di “diritto naturale”. Nell’*Antigone* viene rappresentato il contrasto fra una legislazione superiore e quella umana: Antigone seppellisce il fratello Polinice a Tebe, nonostante il divieto imposto dall’editto del re di Tebe, Creonte, perché Polinice si è rivoltato con le armi contro la città; il principio intangibile invocato da Antigone è che i familiari sono tenuti a rendere ai loro morti l’onore della sepoltura. L’editto di un uomo non può soverchiare le leggi non scritte degli dei. Al di sopra delle leggi positive umane vi sono leggi dettate da una volontà divina [C. Faralli: Sofocle rappresenta la versione del giusnaturalismo che sarà definita volontaristica].

Il concetto di democrazia – La città-Stato greca comincia ad affermarsi nel VII secolo e raggiunge la sua piena attuazione nell’Atene del V secolo. Il suo ideale politico è la democrazia. Con tale termine non si intende sempre lo stesso concetto: ai primordi della dottrina politica greca (Erodoto) essa significa isonomia, uguaglianza delle leggi per tutti, dunque uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (in particolare uguale possibilità di essere chiamati alle cariche pubbliche e uguale libertà di parola). Successivamente significherà potere assoluto e incontrollato del popolo contro l’oligarchia, i più ricchi.

I Sofisti (V a.C.)

Relativisti sia nel campo della conoscenza sia nel campo della morale (in ciò contrapposti a Socrate); “l’uomo è misura di tutte le cose” di Protagora è la formula classica del relativismo: non vi sono criteri oggettivi che preesistano all’uomo.

A parte il precedente letterario di Sofocle, la prima concezione giusnaturalistica si può far risalire ai Sofisti e fa riferimento alla natura considerata come qualcosa avente leggi e scopi suoi propri che l’uomo non può modificare e che anzi incombono su di lui. È stata definita prospettiva “biologico-naturalistica”. Tale versione del diritto naturale, comune a tutta l’antichità classica, concepisce il principio di condotta come esterno all’uomo. Questa natura intesa come universo fisico, e che per gli uomini è istinto (non la legge di natura che la ragione è in grado di scoprire del giusnaturalismo moderno), è la *physis*. La *physis* viene contrapposta al *nomos*, cioè si ritiene che esista un “giusto per natura” superiore al “giusto per legge”, basato sull’autorità dello Stato. Tuttavia i sofisti risolvono questo contrasto in modi differenti.

Dalla distinzione fra *physis* e *nomos* il sofista Callicle (nel *Gorgia* di Platone) giunge all’identificazione del diritto con la forza: se la natura mostra che il migliore prevale sul peggiore e il più capace sul meno capace, allora il criterio della giustizia è questo, il dominio e la supremazia del più dotato sul più debole. Per Callicle lo Stato e le leggi positive sono un mezzo utilizzato dai deboli e dai mediocri coalizzati insieme per neutralizzare e avere la meglio su coloro che, superiori per natura, hanno giustamente il comando. Tali istituzioni e leggi, in quanto contrarie alla natura, sono ingiuste; sono solo espressione di invidia e gelosia [C. Faralli: Callicle rappresenta il giusnaturalismo naturalistico, che identifica la legge di natura con l’istinto, comune a tutti gli esseri animati].

In Trasimaco il potere è ridotto a mera forza, e persegue l’interesse di chi è riuscito ad accaparrarselo; il Diritto e la Giustizia in sé e per sé non hanno esistenza, non sono oggettivamente conoscibili, non hanno validità indipendentemente dal tempo; la giustizia è ciò che reca vantaggio al più forte.

Un orientamento maggiormente razionalistico ha il giusnaturalismo di Antifonte e Ippia. Per essi le leggi positive, prodotto artificiale degli uomini, spesso non corrispondono alle tendenze naturali dell’uomo: in particolare, le leggi sono un impedimento alla naturale tendenza dell’individuo a perseguire il proprio interesse. Mentre il modo migliore di vivere è proprio seguire la natura, perseguendo il proprio interesse anche in maniera incontrollata e antisociale.

Non è immorale la trasgressione delle norme giuridiche, che sono mere convenzioni; basta che non si venga colti sul fatto. Invece la violazione delle leggi di natura fa incorrere inevitabilmente in sanzioni (naturali); per natura si intende l’organismo dell’uomo, i suoi sensi, il piacere e il dolore; gli uomini orientano naturalmente il loro comportamento in direzione dell’utile; le leggi sospingono l’uomo verso obiettivi contrari al proprio piacere, ai propri obiettivi naturali, e dunque lo costringono ad un piacere minore di quanto sarebbe alla sua portata [C. Faralli: Ippia, Antifonte e Alcidamante rappresentano il giusnaturalismo razionalistico, che considera il diritto naturale come l’insieme dei principi di ragione, natura essenziale dell’uomo].

In alcuni Sofisti (Protagora, Antifonte, Licofrone, Crizia) vi sono accenni contrattualistici: lo Stato e le leggi nascono in seguito ad accordi fra gli individui. Al contrario di Aristotele, lo Stato non è qualcosa di naturale, ma di convenzionale, di artificiale; è reso necessario, utile, per il raggiungimento di determinati fini. In particolare per garantire la sicurezza; le leggi vengono fatte sulla base di una convenzione fra gli uomini perché ognuno si astenga dall’offendere un suo simile a condizione che il suo simile si astenga dall’offendere lui.

Socrate (V a.C.)

Esistono leggi non scritte poste dagli dèi e leggi poste dallo Stato. Bisogna seguire sempre entrambi i tipi di leggi; anche le leggi dello Stato, non perché esse siano sempre intrinsecamente giuste, ma per un’esigenza etica assoluta, per principio, perché non deve prevalere mai il proprio interesse egoistico. Ogni individuo, rimanendo a vivere in una determinata città, ne ha implicitamente accettato le leggi (contratto tacito). È meglio subire ingiustizia piuttosto che compierla.

[Platone](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/05platone.doc) (IV a.C.)

Nella *Repubblica* lo Stato delineato da Platone, come tutte le utopie, non ha bisogno delle leggi, perché i cittadini agiscono bene spontaneamente grazie all’opera educativa dello Stato.

Nel *Politico* e nelle *Leggi* viene riconosciuto il valore delle leggi: poiché il governo perfetto è irrealizzabile in questo mondo, bisogna accontentarsi di realizzare uno Stato che si avvicini a quello ideale, e ciò è possibile grazie alle leggi. Il diritto dunque è utile, ma non ha valore etico; esso non può cogliere la molteplicità delle situazioni umane, ciò che è meglio per ogni persona. Le forme di Stato governate dalle leggi sono le meno peggio. Nelle *Leggi* il diritto diventa anche strumento di educazione del popolo. [J.M. Kelly: Platone ha un’idea sovradimensionata della legge: essa non deve solo regolare alcune situazioni intersoggettive bensì coltivare la natura umana verso un ideale di perfezione.]

[Aristotele](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/06aristotele.doc)(IV a.C.)

*Etica Nicomachea*: A. individua una delle caratteristiche della norma giuridica, la coercibilità. Per educare gli uomini al vivere bene occorrono regole che incorporino la minaccia di punizione ai disobbedienti. La legge è il mezzo per rendere praticamente efficaci i precetti razionali dell’etica.

*Politica*: la sovranità delle leggi garanzia di imparzialità e giustizia. Dove non sono sovrane le leggi, ma l’arbitrio dei governanti, non si ha vero e proprio Stato. Importanza della generalità delle norme; se lo sono c’è giustizia.

Quanto al contenuto delle leggi, quelle giuste sono quelle che perseguono l’interesse generale, il bene comune.

Carattere *naturale* della città-stato, in quanto realizza la perfezione del vivere bene in ambito sociale.

*Età ellenistica*

(III-I a.C.)

Stoicismo

Zenone, Cleante, Crisippo, Panezio, Posidonio

Offrono il contributo più importante al giusnaturalismo antico. Tutta la natura è governata da uno spirito ordinatore (*Logos*, ragione); panteismo: la divinità è immanente al mondo, il *logos* è principio e essenza del mondo. Il *logos* si trova negli dei ma anche, una particella, nella mente degli uomini. L’universo, compreso l’uomo, è dunque regolato da una legge intrinseca, che ne fa coincidere essere e dover essere. L’uomo, in quanto parte del cosmo, vive secondo la legge di questo. (Quando gli stoici usano il termine Dio non intendono un dio personale e trascendente, esterno alla natura, come quello ebraico o cristiano, bensì un principio metafisico immanente all’universo, di carattere puramente filosofico.)

La conseguenza sul piano etico è che il sommo bene consiste nel vivere in modo conforme alla natura, che per gli stoici significa conforme alla ragione, facendo tacere le passioni e i sensi. Sul piano giuridico è la prima formulazione precisa del diritto naturale. Le leggi devono essere la traduzione in termini positivi della Ragione universale; in tal modo, ordinando ciò che si deve e non si deve fare, realizzano la giustizia. Esse devono essere redatte dai saggi, che hanno in sé più chiara la retta ragione.

Il panteismo stoico dissolve l’opposizione sofistica e aristotelica fra *physis* e *nomos*, fra natura e legge.

Circa la dottrina politica, Zenone sfocia in un utopismo platonico frutto dell’estremo razionalismo, che genera astrattezza.

Cosmopolitismo, incoraggiato dall’impero costruito da Alessandro Magno: appartenenza degli uomini ad un’unica patria, l’universo; ma tale uguaglianza è limitata ai saggi, non è estesa agli stolti, coloro che non vivono secondo ragione.

Stoicismo romano (I-II d.C.)

Cicerone (I a.C.), Seneca (I d.C.), Epitteto (I d.C.), Marco Aurelio (II d.C.)

Cicerone attinge prevalentemente alla dottrina della Media Stoa, ma la sua teoria è eclettica, accogliendo temi del platonismo e dell’aristotelismo. Nel terzo libro del *De re publica* (52 a.C.) Cicerone sostiene l’esistenza di una legge “vera”, conforme alla ragione, immutabile ed eterna, che non varia secondo i paesi e i tempi, presente in tutti gli uomini e individuabile attraverso la retta ragione, e che l’uomo non può violare se non rinnegando la propria natura umana. Questa legge è stata dettata da Dio (il Dio degli stoici è una forza astratta, una causa, una fonte, su cui non viene elaborata alcuna teologia organizzata; diverso dunque dal Dio ebraico-cristiano, Dio persona che trasmette fisicamente i suoi comandamenti al capo del suo popolo). Cicerone elabora anche dei principi concreti derivanti dalla legge di natura: diritto all’autodifesa, proibizione di danneggiare o ingannare gli altri (uccidere, rubare, falsificare testamenti, commettere adulterio). Il diritto non nasce dalle leggi positive, ma da questa unica legge di ragione impressa nella natura.

La giustizia, più che una virtù totale come per i greci, ha a che fare con i rapporti intersoggettivi, e il suo principio essenziale è dare a ciascuno il suo.

Concetti analoghi sono contenuti nel *De legibus*, la prima opera di filosofia del diritto nella storia del pensiero.

Altri importanti concetti valorizzati da C.: 1) la certezza del diritto, ossia il potere che esso ha di permettere ai cittadini di prevedere con sicurezza gli effetti dei comportamenti individuali e dello Stato; 2) la natura giuridica dello Stato (i greci lo vedevano come un’essenza etica): ciò che distingue un raggruppamento qualsiasi di uomini da uno Stato è l’elemento connettivo della legge. Se c’è un *vinculum juris* allora abbiamo un *populus* e non un’accolita di uomini che si uniscono per obiettivi comuni; quando i membri di una società sono legati dal vincolo giuridico formano un vero e proprio organismo, fornito della sovranità; la società politica è cementata dal Diritto. Non importa quale sia la forma di governo, se monarchica, aristocratica o democratica, ciò che resta intatto è che il detentore della sovranità è il *populus*. Nel mondo romano, a parte Cicerone, la riflessione sullo stato, inteso come un’entità astratta distinta dalle sue componenti principali (il Senato e il popolo), è quasi del tutto assente.

Epicureismo (III a.C.)

Epicuro, Lucrezio Caro

Epicureismo romano - Il libro V del *De Rerum Natura* di Lucrezio (I a.C.) è, a parte gli accenni dei Sofisti, il primo documento della teoria del contratto sociale: tanto la società quanto il diritto hanno un fondamento contrattuale. Lucrezio per la prima volta descrive quello che verrà in seguito definito “stato di natura”: alle origini dell’umanità non vi è convivenza sociale, gli uomini vivono come bestie; successivamente, quando si formano i primi nuclei, avviene anche la scoperta dell’oro; l’avidità genera conflitti, per evitare i quali si stabiliscono i primi patti (*foedus*), in modo che gli uomini “non recano e non subiscono reciprocamente danno”. Nascono le leggi e i magistrati, dunque lo stato. Lucrezio nel mondo romano è il primo a tentare una speculazione teorica sul fondamento storico e morale dello stato, ma sostanzialmente riprendendo la teoria greca.

Scetticismo

Pirrone (IV-III a.C.), Carneade (II a.C.)

Rifiuto di ogni dottrina che pretenda di dare un’interpretazione “vera” della realtà. Non vi sono verità universali, ma solo opinioni, che variano secondo le persone, i tempi e i luoghi. Tale relativismo si riverbera anche nel diritto: non si possono ricavare leggi eterne e universali, il “giusto per natura” non esiste, perché la realtà ci dimostra che popoli diversi, sia nello spazio sia nel tempo, hanno adottato leggi diverse: i Persiani ritengono lecito congiungersi con le figlie, i Massageti hanno le mogli in comune, i Cilici ritengono lecito il brigantaggio (Pirrone).

*La giurisprudenza romana*

Ulpiano (inizio III d.C.), Gaio, Modestino, Marciano, Papiniano

I giuristi romani, le cui teorizzazioni ci sono pervenute attraverso il *Digesto*, sono grandissimi nell’elaborazione dottrinale del diritto positivo, ma meno sul piano filosofico. Occasionalmente anche i giuristi attinsero il piano ideale. Quando lo fanno, trasportano il punto di vista stoico, che è metafisico, nel diritto positivo. Vengono così spesso, con magniloquenza e retorica, attribuiti al diritto positivo i caratteri di assolutezza della Legge eterna degli stoici. Si attribuisce così alla scienza del diritto la dignità di forma di conoscenza superiore; per Ulpiano il diritto e “l’arte del buono e del giusto” (cita Celso) [la giurisprudenza è la “conoscenza delle cose umane e divine, scienza del giusto e dell’ingiusto”].

Concetto di giustizia: è la volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto (soggettivo).

Tre principi fondamentali del diritto: vivere onestamente, non recar danno agli altri, dare a ciascuno il suo. Il primo principio non è un precetto giuridico, ma morale, e ciò proverebbe che i Romani, come i Greci, non distinsero il diritto dalla morale.

Il concetto di legge – Alcuni, come Gaio o Modestino, restano sul terreno del diritto positivo, e offrono definizioni chiare: la virtù della legge è nel “comandare, vietare, permettere, punire”. Altri attingono alla filosofia stoica o a fonti eclettiche, come Marciano e Papiniano, che riprendono una definizione (del IV a.C., erroneamente attribuita a Demostene e oggi ricordata come *Anonimo Perì Nomon*)[[4]](#footnote-4) che riunisce in sé concezioni diverse del passato: da quella, arcaica e aristocratica, che faceva risalire la legge alla volontà divina, a quella stoica della legge come sentenza degli uomini saggi, a quella che considera, sulla scorta di Lucrezio, la legge prodotto di una convenzione dei membri della società[[5]](#footnote-5).

Ulpiano introduce concetti che successivamente saranno interpretati in senso assolutistico: “Ciò che ha voluto il sovrano ha forza di legge” e “l’imperatore è sciolto dall’obbligo di osservare le leggi” (*legibus solutus*), anche quelle da lui emanate. Per quanto riguarda il primo detto, probabilmente Ulpiano intendeva comprendere fra le diverse fonti del diritto *anche* le costituzioni imperiali (i decreti dell’imperatore), accanto alle leggi (*leges*), ai plebisciti, ai *senatusconsulta*, agli editti dei magistrati e ai *prudentium responsa*. Tanto più che per Ulpiano il potere imperiale ha origine popolare: il potere sovrano formalmente viene conferito dal popolo, la cui volontà resta così teoricamente la fonte prima della legge.

Diritto naturale – Ulpiano dà una definizione del diritto naturale che travisa il concetto stoico, riducendo la legge naturale all’istinto, che è posseduto anche dagli animali; la legge naturale è intesa materialisticamente come necessità biologica (es. l’unione del maschio e della femmina, comune agli uomini e agli animali). Tale interpretazione, per l’autorità di Ulpiano, verrà tramandata, insieme a quella razionalistica di Cicerone, al pensiero medievale.

Bipartizione in *ius naturale* e *ius civile*, dove il secondo è il diritto positivo di ciascuno Stato. A volte viene aggiunto lo *ius gentium*, ma questo non può essere diverso dal diritto naturale, poiché è osservato presso tutti i popoli in quanto è posto dalla ragione naturale. Esempi di norme considerate di diritto naturale contenuti nelle *Istituzioni* giustinianee: la natura di *res communes* dell’aria, dell’acqua corrente, del mare e delle spiagge, il riconoscimento allo scopritore della proprietà delle pietre preziose trovate sulla spiaggia, l’illiceità del furto e dell’arricchimento con danno altrui.

*Cristianesimo*

Il cristianesimo delle origini

L’evangelo di Gesù è di natura assolutamente religiosa e spirituale, senza alcuna implicazione sociale, politica e giuridica. Gesù attacca il legalismo ebraico (Farisei), vuoto attaccamento alla lettera della legge veterotestamentaria, che ostacola ciò che conta, ritrovare Dio nel profondo della propria anima, raggiungendolo in un supremo slancio d’amore. Il cristiano dei Vangeli è preoccupato solo del regno di Dio (cioè alla realizzazione della *parusìa*), non del regno di Cesare.

Anche il concetto di “giustizia” (Discorso della Montagna: beati coloro che a causa della giustizia sono perseguitati) non riguarda la regolazione di rapporti intersoggettivi, sociali; va intesa come perfezione dell’anima, santità, virtù totale conseguita per aver ricevuto la grazia, aver fede in Cristo e quindi essere redento dal peccato. È quindi una condizione di perfetta solitudine, che esclude ogni tipo di rapporto con gli altri uomini. Bisognerà arrivare a S. Tommaso perché nel pensiero cristiano il termine giustizia assuma il carattere intersoggettivo. [G. Fassò]

Di diverso avviso F. Carnelutti (1955): il “date a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio” non significa che tutta la giustizia sia contenuta nel diritto (a sua volta prodotto dallo Stato); lo Stato è necessario ma insufficiente; se si assegna allo Stato, oltre al diritto, anche la giustizia, si ammette un’immanenza della giustizia nel diritto. In sostanza, la giustizia non è tutta nel diritto, perché essa ha una natura trascendente, di tipo regolativo rispetto alla norma giuridica.

S. Paolo (I sec.) – Nelle lettere è frequente la polemica contro il legalismo giuridico; non solo nei riguardi della legge mosaica, ma della legge in generale, superata nella fede e nell’amore.

Contrapposizione fra natura e grazia: la natura è “carne”, “mondo”, peccato, condizione terrena dell’uomo caduto; la grazia, dono divino, riscatta l’uomo dalla natura, dalla condizione mondana.

Analoga contrapposizione fra ragione e fede: la ragione è una caratteristica della *natura* dell’uomo, legata alla sua imperfetta condizione terrena; solo la fede può far conoscere il vero.

Uguaglianza fra tutti gli uomini (dunque delegittimazione della schiavitù).

Lo Stato - Dopo il peccato Dio, come forma di disciplinamento dell’uomo, introduce il governo, cioè il potere coercitivo. Dunque vi è un dovere di obbedienza passiva del cristiano all’autorità costituita, in quanto ogni potere deriva da Dio (*Lettera ai Romani*). Tale sottomissione ha un’eccezione, ed è il caso in cui chi governa chiede all’individuo di negare i suoi valori religiosi.

Le prime generazioni cristiane conservano il disinteresse evangelico per il diritto e per lo Stato, come per tutto ciò che era legato alla vita terrena. A volte tale disinteresse diventa un rifiuto, che li fa apparire come sovversivi, e fa subire loro persecuzioni. Tuttavia con il formarsi di una società cristiana sorge anche l’esigenza dell’organizzazione: nasce la Chiesa, e con essa la necessità di regole di vita e di coesistenza fra i membri, di gerarchia, di organi legislativi e amministrativi, di sanzioni: insomma, di diritto. L’edificazione di un diritto cristiano fa venir meno il precedente atteggiamento di rifiuto della giuridicità. E, secondo effetto, conduce verso un nuovo conflitto, quello con l’impero.

La “giuridicizzazione” della società cristiana, e in generale l’impegno temporale, a partire dal II secolo provocò reazioni all’interno della dottrina che la Chiesa condannò come ereticali: Marcione, il millenarismo, il montanismo.

La Patristica (II-VIII)

Patristica greca – S. Giustino, Atenagora, Clemente, Origene (III), S. Crisostomo (IV) – dal carattere più razionalistico.

Patristica latina – Tertulliano (II-III), Lattanzio, S. Ambrogio (IV), S. Agostino – tendente a conservare la prevalenza della fede sulla ragione e della volontà sull’intelletto.

Il concetto di giustizia è il medesimo del c. neotestamentario delle origini, cioè come perfezione religiosa, non nel suo significato sociale.

La legge naturale – Come visto in precedenza (v. S. Paolo), nel c. delle origini l’idea di una legge naturale e razionale era tre volte rifiutata: perché *legge*, perché *natura* e perché *ragione*. Tuttavia la diffusione del c. nei territori del bacino mediterraneo, di cultura ellenistica in oriente e latina in occidente, produce inevitabili contaminazioni. I Padri della Chiesa anteriori a S. Agostino, nell’elaborazione della dottrina cristiana assimilano temi della cultura greco-romana. In particolare tendono ad assimilare sempre più la legge di Dio alla legge della natura e della ragione (sull’esempio degli Stoici, che però erano immanentisti). Le leggi positive, se contrarie al diritto naturale, non sono valide.

Essi non sembrano avvedersi delle diverse conseguenze che derivano, a livello dottrinale e religioso, dal considerare buona la legge perché voluta da Dio, o invece voluta da Dio perché buona di per sé stessa (il primato spetta alla natura o a una volontà superiore?). L’acquisizione del diritto naturale pone un problema grave, di cui si accorgerà S. Agostino: se gli uomini possiedono già per natura il criterio per distinguere il bene dal male ed agire bene, e quindi il mezzo per conseguire la salvezza, può essere posta in dubbio la necessità della redenzione e della grazia, e quindi della venuta del Cristo.

Comunque, la cristianizzazione del mondo antico ha come effetto l’accoglimento da parte del c., attraverso il giusnaturalismo, di un elemento razionalistico.

[S. Agostino](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/12cristianesimo.doc) (V) – A lui fa capo uno dei due grandi filoni del pensiero cristiano, quello che conserva l’ispirazione mistica delle origini.

Dopo la polemica (411) con Pelagio, giusnaturalista, l’agostinismo giuridico si traduce in un volontarismo: l’unica fonte del diritto è la volontà di Dio; volontà in generale insondabile, ma rivelata parzialmente dalle Scritture e manifestata in ogni momento dall’ordine provvidenziale della storia. Impotenza della ragione ad attingere il criterio della giustizia.

Accettazione dei diritti positivi stabiliti dai poteri costituiti, che traggono la loro autorità da un mandato divino; obbedienza anche se alcune di queste norme sono ingiuste, perché esiste una ragion d’essere nascosta all’uomo nella storia della salvezza. (Su queste basi anche il pensiero di Duns Scoto, Ockham, Lutero, Calvino.)

3. Medio Evo

*Alto medioevo* (V-XII)

Secondo la concezione medioevale il diritto non è disponibile dall’uomo, in quanto è di derivazione divina, e si rivela agli uomini nei contenuti del diritto naturale. La sua interpretazione può differire nei tempi e nei luoghi, ma nella sostanziale identità dell’idea di giustizia. Il diritto positivo è l’interpretazione del diritto naturale affidata alle autorità secolari, l’Imperatore del Sacro Romano Impero (soprattutto, e in particolare il diritto romano di Giustiniano) e il Papa.

Relativamente alla fonte del potere e del diritto a governare, due concezioni: “discendente” e “ascendente”. La prima, caratteristica della tradizione romana, sostiene che il potere sia originariamente concentrato nelle mani del sovrano, che non ne è debitore verso nessun essere umano (nella versione cristiana si è visto che questo potere è stato conferito al sovrano da Dio); i sudditi non hanno alcun ruolo nelle condizioni del suo esercizio e devono solo sottomettersi.

Secondo la concezione “ascendente”, di tradizione germanica, il potere deriva in ultima analisi dal popolo, che lo delega verso l’alto, al sovrano, vincolato al rispetto delle leggi, che gli preesistono.

Origine pattizia della legge (VII-IX)

La concezione del diritto dei popoli germanici invasori dell’Impero Romano d’Occidente era opposta a quella assolutistica che si era di fatto affermata con Diocleziano e Costantino, secondo la quale la volontà dell’imperatore era la principale fonte del diritto. Per le popolazioni germaniche il diritto è concordato tra il re e il popolo, e il re è soggetto alla legge. Tuttavia l’assimilazione culturale e religiosa che il mondo romano e cristiano esercita nei confronti dei Germani invasori converte questi all’idea prevalente che il potere discende dal sovrano. La teoria (in realtà una mera pratica) del potere “dal basso” vive un’esistenza sotterranea e riemergerà solo verso la fine del XIII secolo. In questi secoli tale concezione, secondo cui il potere legislativo del principe è delegato a lui dal popolo, viene articolata da autori quali s. Isidoro di Siviglia (VII) e Incmaro di Reims (IX). Incmaro, consigliere dell’imperatore Carlo il Calvo, nel *De ordine palatii* teorizza una pratica radicata nel mondo germanico, e cioè il fatto che il diritto era una consuetudine immemorabile della comunità, la cornice in cui il re si collocava, e che egli non poteva modificare ad arbitrio. Qualsiasi mutamento doveva ricevere l’approvazione di un’assemblea degli uomini più importanti della nazione. Nell’XI in Manegold di Lautenbach questa idea assume le vesti di una dottrina contrattualistica: il popolo elegge il re per essere preservato dalla tirannide; se il re si comporta in maniera tirannica e ingiusta decade dalla carica perché ha violato il patto con il popolo. L’opinione di Manegold è dirompente perché per primo legittima il diritto di ribellione da parte dei sudditi. L’inglese Giovanni di Salisbury (XII) ammetterà il tirannicidio. La sottomissione del re alla legge sarà precisata nel XIII dall’inglese Enrico di Bracton, primo annuncio del costituzionalismo (Fassò).

Canonisti

Graziano (*Decretum Gratiani*, 1140) – Raccoglie una massa di decisioni delle autorità ecclesiastiche, identificabile con il diritto canonico, a quel tempo di forte impatto perché la giurisdizione della chiesa si estendeva a diverse materie (matrimonio, famiglia, successioni).

Sul piano teorico identifica il diritto naturale con la legge mosaica ed evangelica, cioè con la legge divina positiva rivelata. Le leggi terrene contrarie al diritto naturale devono essere respinte.

*Basso medioevo* (XIII-XIV)

*Dottrina del “diritto comune”*

[*Scolastica*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/16tommaso.doc)

L’idea di diritto naturale negli ultimi secoli aveva assunto tre versioni: volontaristica (ciò che è contenuto nei testi sacri), naturalistica (alla Ulpiano, come istinto degli esseri animati), razionalistica (ciò che detta la retta ragione). L’indirizzo razionalistico della scolastica valorizza la ragione, pur cercando di renderla sempre compatibile con le verità di fede. In generale la Scolastica (e in genere la teologia cattolica) stabilisce un equilibrio – o un compromesso – tra le esigenze della vita propriamente religiosa e le esigenze della vita sociale e politica: la grazia è intesa non come negazione della natura, ma come suo perfezionamento; la ragione è riconosciuta come legittima premessa della fede; la Chiesa non è solo una comunità di credenti redenti dal peccato e destinati alla salvezza eterna, ma anche una società terrena organizzata giuridicamente. (A questo compromesso, che mortificherebbe gli slanci mistici e sarebbe fonte di corruzione mondana, si ribelleranno i volontaristi, i movimenti ereticali spirituali e i protestanti.)

Il giusnaturalismo medievale pone l’accento sugli obblighi imposti dalla legge naturale assai più che sui diritti da essa conferiti (cosa che farà il giusnaturalismo moderno).

Abelardo (XII sec.): è il più razionalista degli scolastici

Tommaso d’Aquino

*Summa Theologica* (1274)

Campione della scolastica, tentativo di fusione della dottrina cristiana con il pensiero di Aristotele. Concilia il diritto naturale come prodotto della ragione e dottrina cristiana. Esiste un ordine ontologico, una natura delle cose, che comprende anche la natura umana.

Nella comprensione dei fini di Dio, la ragione ha una sua autonomia rispetto alla fede ed usa un procedimento di indagine proprio. Le verità di fede si conoscono solo attraverso la rivelazione; tuttavia la ragione, sebbene su un piano inferiore rispetto alla fede, ha un duplice compito: chiarire le verità della fede e agire autonomamente in alcune sfere della conoscenza di suo esclusivo dominio. Fede e ragione non sono in contrasto, la grazia non abolisce la natura, ma la conduce a perfezione. Questo spazio per la ragione si apre nel campo giuridico e politico. La comprensione delle leggi naturali è possibile anche se uno non crede nell’esistenza di Dio.

Il diritto, cioè l’insieme delle soluzioni *giuste*, è iscritto in un ordine naturale stabilito da Dio, al quale egli stesso obbedisce; il diritto può essere svelato con un uso corretto della ragione. Dunque il diritto è anteriore al diritto positivo; esso non lo si trova “tutto pronto” nelle fonti (Scritture e leggi positive) ma va trovato attraverso una precisa tecnica di investigazione che assegna un grande ruolo alla discussione e all’indagine casistica.

La legge è ragione; è la ragione del sovrano che realizza il bene comune. Vi sono quattro specie di legge: divina, eterna, naturale e umana. La legge naturale è la parte della legge eterna che si irraggia nella ragione umana, ed è guida per l’uomo nel perseguimento dei suoi fini terreni (fare il bene, evitare il male). Tale legge è conoscibile non solo grazie alla rivelazione, ma anche grazie alle operazioni svolte dalla ragione umana; norma, perciò, razionale. Quando T. deve indicare che cosa in concreto prescrive la legge naturale, come detto indica solo un principio universale e immutabile, “si deve fare il bene, si deve evitare il male”, che è formale; da cui derivano comportamenti come l’autoconservazione, la propagazione della specie, l’allevamento dei bambini, il desiderio della verità religiosa, la giustizia nella compravendita. [Che cosa sia il bene e che cosa il male non è indicato; anziché proporre principi invariabili di giustizia, cioè una scienza del naturale, suggerisce di esercitare un’arte di trovare il giusto caso per caso].

La legge umana, cioè il diritto positivo, è istituito perché con la forza e il timore gli uomini si astengano dal male se, a causa delle passioni, non seguono la propria natura razionale. La legge umana è costituita dalle norme prodotte dal legislatore; a titolo di “determinazione” o di “conclusione”; es.: la legge naturale vieta l’omicidio, il legislatore determina la pena per questo reato (determinazioni); conclusioni: deduzione di regole particolari da principi più generali. La legge umana deve essere conforme ai principi della ragione, non è legittimata solo dalla volontà o dall’arbitrio di chi comanda; l’obiettivo è sempre il bene comune, inteso non solo in senso materiale, ma anche come spinta alla virtù.

Diritto per T. è sia la consuetudine sia la legislazione (e anzi, il diritto consuetudinario ha un rango superiore).

Secondo J. Finnis dall’insegnamento di Tommaso sulla legge naturale discende una dottrina dei diritti naturali o diritti umani. Ciò sarebbe ricavabile dalla frase di Tommaso secondo cui giustizia è volontà di dare ad altri ciò che è loro diritto (*ius suum*). L’elenco di esempi di ingiustizie fatto da Tommaso (essere uccisi, feriti, essere falsamente accusati, essere traditi, subire danni alla proprietà) sarebbe implicitamente una lista di diritti di cui ciascuno è titolare. Se noi abbiamo dei doveri nei confronti degli altri, allora essi, in quanto beneficiari di tali nostri doveri, hanno diritti

Contrari a questa tesi sono M. Villey, E. Fortin, M. Zuckert e B. Tierney. Per Villey l’idea dei diritti soggettivi è logicamente incompatibile con la dottrina del diritto naturale di Tommaso. Il concetto aristotelico di diritti naturali fatto proprio da Tommaso è diverso dall’idea moderna di diritto soggettivo, che è “una facoltà del soggetto, uno dei suoi poteri”. Per Tommaso, come nell’epoca classica, *ius* significa “ciò che è giusto” o “ciò che è bene”. In questo senso rappresenta una restrizione al potere individuale, non un’estensione. Egli attribuisce al termine un significato oggettivo, non soggettivo. Lo *ius* designa anche la punizione che un individuo può subire; non può quindi essere interpretato come *right*, diritto soggettivo.

Fortin non ritrova una simile dottrina in Tommaso (e considera Hobbes il grande innovatore in questa sfera).

Per Zuckert la legge naturale di Tommaso focalizza l’attenzione sul comando morale, che limita la libertà d’azione dell’individuo; mentre il diritto soggettivo è autodeterminazione dell’agente, implica una sfera di autonomia personale. Non è possibile dedurre un diritto da un comando morale, dunque i diritti naturali non derivano dalla legge naturale.

Dottrina politica – Lo Stato non è più come per Agostino la città del demonio. Utilizzando la tesi aristotelica dell’uomo animale sociale, nobilita l’organizzazione politica conferendole una caratteristica di “naturalità”. Il governo di un uomo sull’altro vi sarebbe stato anche se non ci fosse mai stata la caduta; gli uomini avrebbero vissuto in società anche nello stato di innocenza, e la vita in società necessita del comando di uno che miri al bene comune (è questo il fine limitato, la ragion d’essere dell’ordine politico, cioè dello Stato).

Il principe è esente dalla legge, sebbene sia opportuno che volontariamente vi si sottoponga.

*Volontarismo*

Dopo S. Tommaso in seno alla Scolastica la polemica fra intellettualisti e volontaristi si fa aspra. La reazione al razionalismo di Tommaso si manifesta in particolare fra gli agostiniani e i francescani. Il volontarismo si afferma nel ‘300. Esso identifica la legge naturale con la legge positiva rivelata da Dio; ciò che vuole Dio è giusto, anche se agli uomini può sembrare ingiusto o non logico secondo la ragione.

Giovanni Duns Scoto (*Opus Oxoniense*, *Reportata* *Parisiensia*) – Causa prima e assoluta è la volontà di Dio, che è causa di sé stessa e non è determinata da nient’altro, quindi neppure dalla ragione. Dio vuole ciò che vuole senza nessun altro motivo se non che lo vuole. Le leggi è il contrario.

Guglielmo di Ockham - Dio può modificare la morale e il diritto naturale a suo arbitrio; le azioni buone e le azioni cattive differiscono solo perché Dio ha ordinato le prime e vietato le seconde; ma se Dio avesse ordinato l’adulterio o il furto, queste sarebbero azioni buone. La ragione non ha alcun ruolo significativo, non è che il mezzo di notificazione all’uomo della volontà di Dio.

È un empirista radicale: l’unica conoscenza sicura della realtà si fonda sull’esperienza, i concetti e le idee sono delle astrazioni (nominalismo). Dio, la realtà soprannaturale, essendo di là dall’esperienza umana, esulano dal dominio dell’indagine filosofica e sono puro oggetto di fede. Viene quindi meno il problema fondamentale della Scolastica, la spiegazione o la conferma razionale delle verità rivelate; l’uomo, finché è su questa terra, non può che accettare queste verità per fede.

Marsilio da Padova

*Defensor Pacis* (1324)

Teoria del diritto – Affermazione dell’origine e del fine puramente umani del diritto. La legge è criterio del giusto e dell’utile sul piano umano, terreno.

Essa è comando, precetto coattivo per mezzo di una pena o di un premio, a prescindere dal suo contenuto etico [prima formulazione del positivismo giuridico: riduzione del diritto a comando coattivo dello Stato]. Non che M. neghi che vi sia una legge divina, con sanzioni ultraterrene, ma appartiene a un ordine diverso da quello terreno: il diritto propriamente detto è il sistema di comandi muniti di sanzione terrena.

M. coglie un altro carattere importante del diritto: i comportamenti giuridici sono quelli connessi con l’intersoggettività, con l’essere *ad alterum*, che riguardano azioni che toccano gli altri (*actus transeuntes*, distinti dagli *actus immanentes*, che rimangono interni al soggetto, come i pensieri o i sentimenti).

Il principe è esente dalla legge. [J.M. Kelly: ma già dal XIII prende corpo l’opinione opposta: in Inghilterra la *Magna Charta* e il *De legibus et consuetudinibus Angliae* (1258) di Bracton,]

A partire dal secolo XIII il diritto romano torna ad assumere importanza integrandosi nel sistema delle fonti della maggior parte dei regni europei. Le tesi su tale recezione sono diverse: si attagliava bene al decollo dell’economia mercantile e monetaria; la restaurazione dell’impero d’occidente nel nono secolo richiedeva l’unità giuridica; si impone in virtù della superiore perfezione che gli era riconosciuta.

I *Glossatori*

Nel ‘200 si ha la ripresa dello studio del diritto romano: a Bologna sorge una scuola di giuristi, i “Glossatori” (perché apponevano note esplicative a margine, o glosse, dei passi del testo classico), che si dedica alla ricostruzione analitica e all’esegesi del *Corpus juris civilis*. Il punto culminante di tale attività è la Glossa di Accursio (1250 circa), che riassume e unifica i precedenti lavori bolognesi, e rappresenta lo strumento della recezione del diritto romano negli Stati europei, conservando il suo valore pratico fino alle codificazioni illuministiche del ‘700. Con i Glossatori ha origine anche, ma solo a livello teorico, il diritto pubblico, che ha per oggetto i rapporti fra individui e potere sovrano. I Glossatori rivolgono l’attenzione agli ultimi tre libri del *Codex* giustinianeo, omessi dallo studio medioevale perché dedicati alle strutture fiscali ed amministrative di un impero che non esisteva più. Si comincia così a discutere in termini giuridici delle strutture dello Stato e del fondamento del potere che le crea, modifica ed estingue. La Scuola dei Glossatori, interpretando il più letteralmente possibile il codice di Giustiniano, proclamava che il *princeps*, equiparato all’Imperatore del Sacro Romano Impero, doveva essere l’unico reggitore del mondo. Ciò comportava che i Comuni del *Regnum Italicum* (la parte dell’Italia settentrionale corrispondente al regno lombardo del Basso Medioevo; in seguito si considereranno anche i comuni del centro) non avrebbero potuto rivendicare alcuna indipendenza *de jure* dall’Impero.

Sul piano della filosofia del diritto il loro contributo non è particolarmente rilevante, non mostravano alcun interesse per la filosofia. La legittima fonte del diritto è l’imperatore.

Ma nel ‘300 i *regna*, come anche i Comuni italiani, sono di fatto assolutamente indipendenti dall’impero. La situazione giuridico-politica è espressa dalla formula *rex est imperator in regno suo*: nel territorio del proprio regno il re ha gli stessi poteri dell’imperatore, e in primo luogo quello di emanare norme giuridiche. Le monarchie si avviano a diventare un fattore di unificazione nazionale (politica e culturale) intorno al '300. In Spagna l'unificazione dei vari regni di Aragona, Castiglia, Granada e Navarra è portata a compimento alla fine del '400. L'impero germanico, invece, fu caratterizzato da un forte particolarismo e da una notevole frammentazione politica ed amministrativa.

Come gli Stati in questo periodo tendono a liberarsi del legame con l’impero, così il diritto di quegli anni tende a liberarsi dalla soggezione al testo giustinianeo. La glossa viene sostituita dal commento: perciò i giuristi della scuola più importante, quella di Orléans, prendono il nome di “Commentatori”. Non a caso il centro è la Francia: essa infatti asseriva sempre più la propria indipendenza dall’impero; inoltre su una parte del suo territorio prevaleva il diritto consuetudinario che rendeva più agevole il distacco dalla glossa accursiana. Fra i Commentatori, un contributo teorico in questa direzione è offerto in particolare da Bartolo.

I *Commentatori* (Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi)

Nel ‘300 la glossa, che si attiene alla lettera della norma, sembra aver esaurito il suo compito. Si afferma un nuovo indirizzo, il commento, più libero dalla lettera del testo romano, e volto al senso della norma più che al significato letterale. I “Commentatori”, attraverso l’uso di un metodo dialettico di ispirazione aristotelico-tomista, svolgono un’opera di ricostruzione logica del diritto che mira a risalire dalla lettera della legge alla *ratio* del legislatore. Essi svolgono interpretazioni sofisticate del *Corpus* giustinianeo per adeguare il diritto comune alle circostanze concrete e ridurre ad unità logica il coacervo di fonti del diritto diverse. I Commentatori vedevano nel diritto romano un insieme di principi da adattare alla realtà dei singoli Stati per mezzo di interventi interpretativi. Sia i glossatori sia i commentatori sono interessati in primo luogo all’applicazione pratica del diritto, non alla teoria, che va intravista tra le righe.

Bartolo da Sassoferrato (commentario del Digesto, ca. 1350) - Reinterpreta il codice di Giustiniano in una prospettiva più favorevole ai Comuni. Sostiene B.: la legge (intesa come legge dell’Impero) deve sempre piegarsi ai fatti. Poiché i Comuni si danno *di fatto* leggi autonome (*statuta*), essi detengono sulla loro popolazione lo stesso potere che l’Imperatore possiede in generale, il *merum Imperium*. Anche se non c’è stata una concessione da parte dell’Imperatore, B. propone di seguire il principio per cui se possono dimostrare che hanno esercitato il *merum Imperium* di fatto, allora ne hanno anche diritto. La sovranità effettiva comporta la sovranità giuridica. È un passo rivoluzionario, in quanto nel diritto civile viene introdotta la possibilità di essere riconosciuti come entità sovrane completamente indipendenti [primo esponente della sovranità dello Stato]; giuristi francesi della corte di Filippo il Bello compiono la stessa operazione, estendendo ai regni dell’Europa settentrionale la dottrina applicata ai Comuni.

Per quanto riguarda la struttura istituzionale interna di queste entità sovrane, posizione simile a quella di Marsilio: teoria della sovranità popolare; la sovranità viene delegata, mai alienata; in più, nell’atto di instaurazione di uno Stato i cittadini non conferiscono al governante nessun potere maggiore di quello posseduto da loro stessi, assicurando così che lo stato giuridico del governante sia quello di un *rector* della collettività (importante contributo al costituzionalismo successivo).

4. Rinascimento

(‘400 e ‘500)

Il rinascimento è recupero del mondo antico. Dal punto di vista giuridico, del diritto romano. Ma il ‘500 (e poi anche il ‘600) sono caratterizzati da un allontanamento dalle fondamenta romano-giustinianee. La reazione a questo allontanamento si manifesta in tre modi:

1) in Francia (Orleans e Bourges; poi si diffonde anche in Olanda) una corrente, *mos gallicus* o *scuola culta* (G. Budé, Connan, Duaren, Doneau, J. Cujas, F. Hotman, ma l’iniziatore è l’italiano A. Alciato), si rivolge al diritto romano-giustinianeo con un interesse storico-filologico; ciò che interessa è la formulazione originaria dei testi studiati, che vanno depurati dalle alterazioni, aggiunte, commenti e glosse effettuati nei secoli; ricorrendo alle fonti antiche, giuridiche e non giuridiche, si punta ad una ricostruzione filologicamente rigorosa per poter fornire il significato originale dei testi; dimostravano anche che il diritto romano non era un tutto armonico, che vi erano delle contraddizioni dettate dall’evoluzione storica, contraddizioni cancellate dal lavoro di omogeneizzazione svolto dai giuristi dello *ius commune* nell’XI e XII secolo[[6]](#footnote-6);

2) un’altra, l’“uso moderno delle Pandette” (Germania: Voet, Stryk), si dedica a inserire le realtà normative nazionali negli schemi concettuali dei Commentatori, sviluppando e completando il sistema del diritto da essi costruito;

3) nel campo della civilistica, nei paesi, come l’Italia e la Spagna, in cui il diritto civile è quasi esclusivamente a base romanistica, il sapere dei Commentatori viene conservato e si continua a far girare il suo meccanismo scientifico sempre più a vuoto (“tardo bartolismo”).

In questi due secoli resta dominante (anzi esclusiva), come era stato nel medioevo, la visione “imperativa” della natura del diritto; le norme giuridiche vietano o impongono; la coercitività è la caratteristica essenziale del diritto (Fortescue, de Soto, Mariana, Hooker). [J.M. Kelly: nonostante esistessero quelle che oggi vengono chiamate “norme di riconoscimento” o “norme che conferiscono poteri” (norme secondarie di Hart) il pensiero dell’epoca non mostra alcun segno di scoraggiamento di fronte alla manifesta difficoltà di adattare tali norme al quadro giuridico.]

Scetticismo (Montaigne, Charron)

La constatazione che i vari popoli hanno leggi, istituzioni e costumi diversi dimostra l’inesistenza di una legge naturale. I filosofi sostengono che vi sono alcune leggi stabili e immutabili; ma quando devono indicarle, chi ne enumera tre, chi quattro, chi di più, il che significa che non vi è alcuna stabilità e immutabilità.

Scarso interesse per il diritto manifestano Moro e Erasmo da Rotterdam.

N. Machiavelli

Trascurabile è il ruolo del diritto nel suo pensiero. Nel *Principe* il diritto è uno degli strumenti di cui l’uomo politico si serve per il raggiungimento dei suoi fini. Tra l’altro uno dei meno efficaci: nella “realtà effettuale” che a M. interessa, la forza e la frode sono spesso strumenti più utili. Anche se in uno Stato vi sono buone leggi, non è detto che sia garantita la sua integrità; che dipende da quella forma autonoma dell’operare umano che è la politica.

Nei *Discorsi* viene rivalutata l’opera ordinatrice della legge.

T. Campanella (*Aforismi politici*, 1601)

[*Riforma protestante*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/25riforma-protestante.doc) (XVI)

Lutero, Zwingli, Calvino

La natura dell’uomo è corrotta e dunque nell’ordine temporale è necessario l’uso della forza, lo Stato, che punisca i malvagi e imponga la pace sociale. Il governante, ministro di Dio, ha un potere senza limiti. Teocrazia.

I monarcomachi

[*Seconda**scolastica*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/30seconda-Scolastica.doc) (XVI-XVII)

Le leggi vincolano il re (anche quelle prodotte dal re stesso).

[*J.*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/26-Bodin.doc) [*Bodin*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/26bodin.doc)

[*Costituzionalismo*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/32costituzionalismo.doc)*inglese*

5. Seicento e Settecento: Giusnaturalismo, Illuminismo giuridico

[*Giusnaturalismo*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/33giusnaturalismo.doc)

(v. https://www.rothbard.it/filosofia-politica/33giusnaturalismo.doc)

[*Illuminismo*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/43illuminismo.doc) *giuridico*

L’illuminismo sul piano giuridico ha influssi ambivalenti, che conducono in direzioni diverse, talvolta opposte.

Dà il via alla “età dei diritti”, all’uguaglianza giuridica, al costituzionalismo moderno e nel breve a una protezione del liberalismo economico; ma genera anche un assolutismo giuridico (lo Stato è l’unico produttore di norme) e un riduzionismo giuridico (il diritto è ridotto alla legge). Da un lato è il (proseguimento del) tentativo di ricondurre le norme positive al diritto naturale del giusnaturalismo; dall’altro lato produce la reazione contro il diritto naturale: le istituzioni politiche e giuridiche concrete sono diverse da popolo a popolo e nel tempo, dunque contingenti, e possono e devono essere valutate criticamente e messe in questione (Vico, Montesquieu, Voltaire, Hume mostrano tale atteggiamento relativistico).

Il riduzionismo illuministico ha anche dei costi pesanti: si crea un vincolo strettissimo e tutto nuovo «fra potere politico e diritto, tutto il diritto, anche il diritto privato; [cambia] in statalismo, e lo statalismo [pretende] che il pluralismo giuridico si trasformi in un rigido monismo, che la pluralità delle fonti sia inchiodata in una piramide gerarchica, che il diritto si raggrinzi in legge, in un insieme di leggi, ossia di manifestazioni della volontà autorevole e autoritaria del potere supremo.[…] La riduzione del diritto a legge cancella dal novero delle fonti i vecchi protagonisti dell’ordine giuridico sin dai tempi dell’antica Roma, e cioè la consuetudine e gli organi chiamati a interpretarla e tecnicizzarla, scienza giuridica e giurisprudenza pratica»[[7]](#footnote-7).

Reazione contro il diritto naturale

*Vico*

Lungi dall’esserci un diritto naturale che impone le stesse regole agli uomini di ogni tempo e luogo, ogni società cresce in modo organico nel suo proprio ambiente particolare, e le sue istituzioni, comprese le leggi, riflettono la sua storia particolare.

*[Illuminismo scozzese](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/44illumscozzese%2Chume.doc)*

*[Hume](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/44illumscozzese%2Chume.doc)*

La ragione non è così potente e infallibile come ritengono i giusnaturalisti. I comportamenti e i valori umani dipendono da moventi e sentimenti soggettivi.

Il diritto è artificiale, e si sviluppa attraverso convenzioni. Le convenzioni, cioè le norme, nascono proprio per assecondare predisposizioni naturali dell’uomo come l’atteggiamento volto al proprio interesse personale, la preferenza per gli interessi presenti rispetto a quelli futuri, la scarsità. Le convenzioni dunque sono artificiali, ma non arbitrarie. Il vero fondamento della giustizia è l’utile; sono giuste le regole necessarie a conservare i beni indispensabili alla vita degli uomini. Le norme emanate a tale scopo non sono verità eterne, radicate nella natura, ma modi di condotta giustificati dall’esperienza, soggette a mutamenti se inefficienti.

A. Smith

La società può auto-organizzarsi anche senza l’intervento di un legislatore.

*Illuminismo giuridico empirista*

[Montesquieu](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/42montesquieu.doc)

*Lo spirito delle leggi* (1748) Un realismo che tiene conto della storia, della geografia e della fisica, dunque che fonde elementi naturalistici e storici. Le leggi di cui si occupa M. sono le leggi positive. Le leggi di ciascun popolo riflettono il suo spirito, condizionato a sua volta da elementi geografici, climatici (libri XIV-XVIII), economici, demografici, politici, religiosi, consuetudinari. Lontano dunque dall’astrattezza e dall’universalità del giusnaturalismo.

In M. si ha l’espressione più compiuta della concezione della libertà garantita da leggi: libertà come sicurezza dalla violenza altrui, più che dal potere dello Stato; la libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono. La legge invocata da M., quella che assicura la certezza del diritto, è la legislazione; consuetudini, precedenti giudiziari, interpretazioni (il sistema inglese) non hanno validità. I giudici non devono interpretare la legge, cioè non devono produrre diritto autonomamente, ma essere sottoposti alla legislazione.

Poche leggi, chiare e precostituite al giudizio, formulate in termini generali e astratti.

I codici

[Posizioni condivise dal pensiero illuminista e della Rivoluzione francese: Voltaire, Diderot, Fisiocratici, Sieyes, Condorcet].

Costituzionalismo americano

Teorie della pena

Ci si comincia a interrogare sulla moralità e legittimità del punire atti privi di conseguenze dannose per la società, e da collocare fra i peccati ma non fra i reati. Voltaire e Beccaria: solo le colpe contro gli uomini, non quelle contro Dio, devono comportare una punizione; la bestemmia non causa danno materiale ad alcuno.

E. Burke: i vizi e le follie degli uomini devono essere tollerati fino a che non colpiscono l’ordine alla sua radice.

Si diffonde sempre più il criterio della redenzione e recupero del criminale come scopo della pena. Parallelamente comincia ad affermarsi l’idea che la società è in parte colpevole delle azioni delinquenziali delle persone (ad esempio perché le lascia in povertà), e dunque il motivo della retribuzione e quello della deterrenza perdono peso (S. Romilly, W. Godwin).

J. Bentham: se la pena è un male necessario a evitare un male maggiore (in modo che l’utilità complessiva sia positiva), allora il criterio della deterrenza diventa dominante.

W. Blackstone: alcuni fattori (la violenta passione, la necessità) dovrebbero attenuare la colpa, e dunque la pena.

C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764): è sua la formulazione più celebre del “sillogismo” come modello di ragionamento giudiziale: la legge è la premessa maggiore; l’azione del singolo, conforme o no alla legge, è la premessa minore; la conclusione è la conseguenza, cioè la pena in caso di colpevolezza o la libertà in caso di innocenza. Questo modello segue l’impostazione illuminista del giudice “bocca della legge”, in polemica con gli standard decisionali delle corti europee dell’antico regime, per togliere loro discrezionalità nell’interpretazione e ridurre l’incertezza del diritto; non c’è cosa più pericolosa dell’idea che bisogna cogliere un presunto “spirito” della legge; è invece la lettera della legge che il giudice deve esaminare.

Teoria della pena: impostazione utilitarista, la pena non è un’espiazione o il ripristino dell’ordine turbato dal delitto, come nella teoria retributiva o in quella della emenda (la religione cristiana ha alimentato una credenza irrazionale nel valore purificatore della sofferenza), bensì un male giustificato dalla necessità di prevenire mali futuri. Nel patto che dà vita allo Stato e alle leggi gli esseri umani hanno accettato di essere puniti con l’unico scopo di evitare la violenza, non per diventare migliori.

Contro l’eccessiva severità delle pene e la tendenza dell’epoca al loro inasprimento: non è detto che diminuiscano la criminalità; la quantità di violenza contenuta nelle sanzioni deve essere “il minimo necessario”. Contro la pena di morte; la vita di un individuo non è nella disponibilità del sovrano (perché non è nemmeno nella disponibilità dell’individuo stesso). Per la depenalizzazione dell’adulterio, dell’omosessualità maschile e del tentato suicidio. Principio della presunzione di innocenza dell’imputato.

Il sistema inglese era caratterizzato da una notevole severità nelle pene (la pena di morte era comminata per più di un centinaio di tipi di reati diversi). Autori come Blackstone (1765), W. Eden (1771) e B. Franklin (1775) invocano la cancellazione di tale sproporzione.

[*I.*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/47Kant.doc) [*Kant*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/47kant.doc)

*Metafisica dei costumi* (1798)

Distinzione fra diritto e morale - Si basa sui diversi motivi dell’obbedienza ad essi, non sul contenuto delle loro regole (il divieto di uccidere si trova in entrambi): nel diritto l’obbedienza può essere meramente esteriore, dettata dal timore della sanzione, nella morale vi è un’adesione interiore. Da questo criterio fondamentale derivano le seguenti conclusioni:

- Il diritto riguarda le azioni esterne (es. uccidere), non quelle interne (es. amare il prossimo).

- Le norme morali si configurano come imperativi categorici, cioè incondizionati (“non uccidere”); le norme giuridiche come imperativi ipotetici, o condizionati (“se vuoi evitare la sanzione per l’omicidio, allora non uccidere”).

- Le norme morali sono autonome, cioè dettate dallo stesso soggetto che obbedisce; le norme giuridiche sono eteronome, dettate da un legislatore esterno al soggetto.

Caratteristiche del diritto – Formale: il diritto è per sue essenza *formale*, cioè non ha riguardo per gli scopi particolari che i soggetti di un rapporto perseguono, ma per la forma in cui essi li perseguono.

Coattività: il d. dovrebbe essere l’insieme delle condizioni che permettono la coesistenza delle volontà di individui diversi, coordinando la libertà esterna di ciascuno con la libertà esterna di ciascun altro. Per fare ciò il d. deve essere coattivo; infatti quando un certo uso della libertà rappresenta un ostacolo alla libertà altrui (“alla libertà secondo leggi universali”), quell’uso va impedito.

Kant dunque è l’antesignano della teoria del diritto come rapporto giuridico: il nucleo del diritto è il rapporto bilaterale fra un soggetto che esprime un diritto soggettivo e un altro soggetto che è onerato da un corrispettivo dovere. Il diritto è la somma dei rapporti giuridici fra le persone. È una teoria ispirata ad una concezione individualistica del diritto di matrice giusnaturalista. Ed è contrapposta alla concezione sociale-collettiva del diritto come organizzazione tipica dell’istituzionalismo (v. *infra*, cap. 10).

Distinzione fra diritto naturale e diritto positivo - Le leggi delle quali può essere riconosciuto il carattere vincolante anche senza legislazione esterna, e cioè *a priori* per mezzo della ragione (pura), sono leggi naturali; quelle che senza una legislazione esterna non obbligano, sono leggi positive. Dunque esiste un diritto naturale, che è conoscibile attraverso la sola riflessione razionale, cioè attraverso la “metafisica”, non in base all’esperienza sensibile. Tale diritto naturale obbliga anche se contrasta con i comandi del legislatore. Dai principi razionali si dovrebbero ricavare le norme effettive, e cioè i diritti reali, le obbligazioni, il diritto di famiglia, il diritto d’autore, il diritto pubblico, il diritto penale, il diritto delle genti, il diritto cosmopolitico.

Vi è almeno una norma di diritto naturale che non può positivizzarsi: è quella che stabilisce l’autorità del legislatore, imponendo di obbedire alle regole da lui dettate.

Distinzione fra giurisprudenza e filosofia - Compito del giurista (giurisprudenza) è occuparsi di ciò che è “di diritto”, cioè di cosa prescrivono le leggi di un determinato paese; compito del filosofo del diritto è di occuparsi del concetto di diritto, ovvero della definizione di diritto.

*Postkantiani*

Humboldt, Reinhold, il primo Fichte, Schelling, Krause, Stahl, Herbart. I primi tre seguono Kant nella concezione rigorosamente formale del diritto, inteso come la condizione a priori di una coesistenza degli individui che garantisca la loro libertà esterna. Schelling è un idealista che giungerà a subordinare l’individuo allo Stato, seguito da Krause e Stahl.

*Principi della legislazione nel Settecento*

Per quanto riguarda lo scopo, continua a essere dominante l’antica teoria secondo cui l’obiettivo di ogni legge e di ogni governo deve essere il bene comune (Madison, Burke).

Per quanto riguarda la forma:

Voltaire: ogni legge deve essere chiara e coerente; interpretare la legge quasi sempre vuol dire corromperla. La legge non deve essere in contrasto con la consuetudine, deve prevalere la consuetudine. Beccaria: non c’è cosa più pericolosa dell’idea che bisogna cogliere un presunto “spirito” della legge; è invece la lettera della legge che il giudice deve esaminare.

Madison: le leggi penali non devono essere retroattive (ex post facto).

Bentham (v. *infra*, cap. 6): la legge è lo strumento per produrre la massima utilità per il maggior numero.

6. Codificazione e positivismo giuridico

(‘800)

Esaurimento del giusnaturalismo

Due spiegazioni dell’eclissi del diritto naturale: 1) la codificazione. Le facoltà giuridiche dovevano insegnare il diritto non come teoria, ma solo i codici napoleonici; 2) una volta che le norme di diritto naturale si positivizzano (con la codificazione), il giusnaturalismo raggiunge il suo obiettivo ed esaurisce la sua funzione. La codificazione diventa l’involontario ponte fra giusnaturalismo e positivismo giuridico.

La legge, sistematizzata nei codici, acquista il monopolio nel manifestare il diritto. Essa è l’unica fonte del diritto: non lo è più il diritto giurisprudenziale, perché ai giudici viene tolto il potere di statuire il diritto e resta loro solo quello di applicarlo; non lo è più la consuetudine o il diritto tradizionale di impronta romanistica o comune perché, soprattutto in Francia, con la rivoluzione si fa *tabula rasa* del passato. Questo indirizzo si chiama *legalismo* o *positivismo legale*.

*Positivismo giuridico*

Sebbene la distinzione fra diritto naturale e diritto positivo si ritrovi già nel pensiero antico, e una significativa anticipazione sia rintracciabile nel pensiero di T. Hobbes[[8]](#footnote-8), il giuspositivismo propriamente inteso sorge soltanto alla fine del Settecento. Sul piano teorico, la sua origine può essere considerato il *Trattato del diritto naturale come filosofia del diritto positivo* (1798) del tedesco G. Hugo; e in Inghilterra *Delle leggi in generale* (1800 ca) di J. Bentham[[9]](#footnote-9). Un contributo rilevante è fornito dalla *giurisprudenza analitica* (*analytical jurisprudence*)dell’inglese J. Austin (*Delimitazione del campo della giurisprudenza*, 1832), ascendente diretto del giuspositivismo. Ma esso celebra i propri fasti nell’Ottocento in Germania (G.F. Puchta, B. Windscheid, A. Merkel, K. Bergbohm, C.F. Gerber, A. Thon[[10]](#footnote-10)).

Il positivismo giuridico è la corrente di pensiero che identifica il diritto esclusivamente con il “diritto positivo”, inteso come diritto *posto*[[11]](#footnote-11) (da una volontà umana[[12]](#footnote-12), *praecipue* dal legislatore), la cui vigenza e validità è rintracciabile in base a proprietà descrittive, non valutative, in base a criteri procedurali (a determinati fatti e atti), non in base al contenuto. Il diritto come *fatto*, non come valore. Una norma è valida se è posta dagli organi competenti secondo le procedure di quel dato ordinamento[[13]](#footnote-13). Coattività del diritto: la sua efficacia dipende dall’uso della forza.

In base alla “tesi della separabilità” (*separation thesis*), non vi è una connessione necessaria fra diritto e morale, che appartengono a due piani distinti; e in ciò il p. g. si pone in diretta contrapposizione con il giusnaturalismo, in due sensi: 1) è impossibile una fondazione naturale o metafisica del diritto, trovando con la ragione regole di comportamento derivanti da una morale oggettiva e dunque valide per tutti, un diritto eterno e universale; il diritto è un *artefatto* sociale[[14]](#footnote-14); 2) una norma può essere valida anche se è considerata (da alcuni, o da molti) non giusta. Negare che una norma ingiusta sia diritto impedisce di comprendere appieno i diversi usi di cui il diritto è suscettibile, come pure il funzionamento delle istituzioni giuridiche. Per i giuspositivisti la questione del diritto “giusto” non riguarda la scienza giuridica. Il p. g. pretende di essere un approccio scientifico, avalutativo, al diritto, di studiare la realtà giuridica a prescindere dai punti di vista valutativi e morali, di descrivere il diritto com’è e non come si vorrebbe che fosse[[15]](#footnote-15) (e così rendendo autonoma anche la scienza del diritto dalle altre scienze sociali). Autonomia del diritto, che non ha il suo fondamento in altri sistemi normativi o fattuali, come la religione, la morale, l’utilità o la politica. Sotto il profilo epistemologico, il p. g. è informato a una teoria della conoscenza empiristica e antimetafisica.

Il diritto dunque è una mera tecnica di controllo sociale, consistente nel minacciare e applicare sanzioni, alla quale ricorrono le società per influire sul comportamento degli individui; i fini di questa tecnica possono essere i più diversi, il diritto può avere qualsiasi contenuto.

I due elementi centrali del p. g. sono il *formalismo* e l’i*mperatività*[[16]](#footnote-16).

Analisi formale del diritto - Il diritto non è il contenuto delle norme, ma la loro struttura formale. La validità delle norme è data dal fatto che siano emanate *secondo date procedure dalle legittime autorità*[[17]](#footnote-17). Il test per l’identificazione delle norme giuridiche dunque attiene al loro *pedigree*, al modo in cui sono state adottate[[18]](#footnote-18). Ecco in che senso la validità è formale; e separata dalla moralità. La logica formale prescinde da ogni contenuto, inteso sia in termini valoriali sia di realtà storico-sociale empirica. Anche l’interpretazione è un’attività puramente conoscitiva di un pensiero e un senso *dati*, ha un carattere avalutativo, non creativo. I fini che l’ordinamento giuridico persegue e i presupposti sociali da cui esso deriva sono fenomeni extra-giuridici (prevalentemente di spettanza della politica) che non interessano lo studioso del diritto. Scompare la questione della *legittimità* (intesa come questione inerente ai fini e ai giudizi di valore), che viene riassorbita nella *legalità* (conformità a date procedure)[[19]](#footnote-19).

Dal formalismo discendono alcune caratteristiche costanti del p. g.:

1) La teoria della completezza (assenza di lacune), della coerenza (assenza di antinomie) e della determinatezza (le norme non sono né vaghe né ambigue) del diritto: il diritto (positivo) è un sistema unitario, coerente, completo e determinato, e fornisce soluzioni a tutti i casi concreti, dunque è autosufficiente[[20]](#footnote-20). Questi elementi servono per salvaguardare il principio della certezza del diritto, fondamentale per il p. g.

2) La supremazia della legge sulle altre fonti (regolamenti, consuetudini, diritto giudiziario, equità ecc.). Secondo alcune interpretazioni, *formalismo* significa solo che il diritto è formato soltanto da precetti di tipo legislativo promulgati da organi centralizzati (e non, ad esempio, da norme consuetudinarie o giurisprudenziali).

Il primato della legislazione comporta, come si è accennato sopra, una specifica teoria dell’interpretazione delle norme, quella testuale (letterale, logica, sistematica), mai quella antiformalistica e antitestuale, ad esempio evolutiva, assiologica, politica. Solo in cali limite, in sostanza in caso di lacune, è ammessa un’interpretazione extratestuale (analogica e/o estensiva), ma mai antitestuale.

Il criterio formale consente l’oggettività del diritto, perché rende possibile individuare ciò che è riconosciuto come diritto all’interno di una data comunità sociale.

Imperatività - Il diritto è necessariamente coercitivo. Esso consta esclusivamente di comandi, che si distinguono dalle norme non giuridiche per la *coattività*, fornita ad essi dalle sanzioni. L’elemento fondamentale della giuridicità è la sanzione. Il diritto è il mondo del *dover essere*;il mondo dell’*essere*, della realtà, è l’oggetto di studio degli scienziati e dei sociologi.

Da quanto detto si ricava che una norma è giuridica solo se è emanata da un determinato ente sovrano, anche se viola un principio morale. Dunque per conoscere il diritto è sufficiente sapere: chi è il sovrano, il modo in cui esprime i comandi e quali comandi siano muniti di sanzione (J. Austin).

Il positivismo ideologico - Alcuni autori (N. Bobbio) ritengono che vi sia una seconda accezione di positivismo: come una determinata ideologia della giustizia. In particolare, la visione che prescrive l’obbedienza incondizionata alle leggi valide. In una formula sintetica: tutto il diritto che *è*, *deve essere* (un capovolgimento del giusnaturalistico “il diritto che deve essere, è”). Ciò avviene in base a due tipi di argomentazione: 1) per il solo fatto di essere positivo, cioè emanazione di una volontà dominante, possiede un valore etico in sé, è giusto (*legalismo*)[[21]](#footnote-21); 2) il diritto positivo, indipendentemente dal valore morale delle sue regole, serve al raggiungimento di certi fini desiderabili, come l’ordine, la pace, la certezza (Hobbes).

Oltre al positivismo tedesco dell’Ottocento, anche la Scuola storica e la Scuola dell’esegesi (v. *infra*) sono ascrivibili al *positivismo ideologico*.

Alcuni positivisti contemporanei respingono il positivismo ideologico: esso identificherebbe la giustizia con la validità (l’opposto del percorso del giusnaturalismo), non mantenendo più distinti i tre criteri della giustizia, della validità e dell’efficacia, come è invece tipico del positivismo. Come detto, un positivista potrebbe criticare per motivi morali una legge pur riconoscendo che sia valida.

Critiche

1) Il p. g. è incapace di dare conto dei principi morali quali fonti vincolanti del diritto, nasconde le scelte di valore operate dai legislatori o dagli interpreti. Nonostante il suo apparente realismo, questa concezione si rivela inadeguata a rappresentare il ruolo effettivo delle norme giuridiche nella società: la volontà dell’autorità non è cieca o casuale o completamente arbitraria, ma ha determinati presupposti nella vita associata, che preesistono alla deliberazione della norma. I comportamenti, i valori, gli interessi esistenti in una società condizionano le norme, e la loro conoscenza è indispensabile per interpretare e applicare le norme (R. Dworkin)[[22]](#footnote-22). Secondo l’accusa dei giusnaturalisti, non si può fare a meno di un ancoraggio etico.

2) La giustificazione delle norme viene fatta coincidere con la *validità*; ma perché una norma valida deve essere ubbidita? Il positivismo risponde: perché l’ordinamento ha il monopolio della forza. In tal modo però non si distingue tra diritto e violenza. Sacralizzando il comando dell’autorità politica, fonte esclusiva dell’ordinamento giuridico, il p. g. diventa l’ideologia dello statalismo; e, quando ne assume le forme, del totalitarismo[[23]](#footnote-23). Il diritto è ridotto a semplice voce del potere. Si giustifica lo *status quo*. Un classico argomento volto a difendere l’obbligo di obbedienza anche a una legge ingiusta è il seguente: la pubblica disobbedienza della legge ingiusta, legittimando la disobbedienza in generale, può minare l’intero sistema. Si accentua così la soggezione dell’individuo allo Stato e si pongono le premesse per un più o meno sottile autoritarismo.

3) Il problema del “regresso all’infinito”: molti autori (fra i maggiori A. Ross) hanno notato che l’idea che ogni norma giuridica sia assistita da sanzione innesca un regresso all’infinito: ad esempio, la norma sul divieto di sosta ha la sanzione della contravvenzione; se la sanzione non viene applicata vi dev’essere un’altra norma che impone una sanzione disciplinare ai vigili urbani; e poi un’altra norma che impone una sanzione ai superiori gerarchici dei vigili che non hanno inflitto la sanzione disciplinare; e così via all’infinito. Nella realtà ci si trova con un’ultima norma non sanzionata. Nel Novecento H. Kelsen proverà a risolvere questa aporia con il *normativismo* (v. *infra*, cap. 11).

4) Ogni dottrina che collega la positività del diritto alla coattività si espone all’obiezione del *quis custodiet custodes?*: chi ci assicura in concreto che i detentori dei poteri di coazione li useranno effettivamente e lo faranno a tutela delle norme?

5) Negli ordinamenti giuridici esistono anche norme non seguite da sanzione: ad esempio, quelle definitorie, o quelle costitutive, o quelle che attribuiscono poteri o facoltà (v. *infra*, § 18.1).

6) Qualsiasi concezione volontaristico-imperativistica va incontro a un problema in tema di interpretazione. Se il diritto è un comando, cioè il contenuto di una volontà rivolta da un superiore a un inferiore, l’interpretazione di una norma deve significare l’interpretazione di una volontà del legislatore, la scoperta dell’intenzione del legislatore (J. Austin). Qualunque altra interpretazione (ad esempio secondo ragione o per analogia) rappresenterebbe una modificazione della legge, la creazione di nuovo diritto. Essendo la volontà un fatto della coscienza soggettiva, l’interpretazione dovrebbe consistere nell’accertamento di un significato strettamente soggettivo. Ma la norma giuridica ha un significato oggettivo, non soggettivo, un significato che si accerta sulla base delle regole del linguaggio e in riferimento all’intero sistema di norme, prescindendo dalle effettive intenzioni dei concreti legislatori.

*Giurisprudenza analitica o giurisprudenza generale*

J. Bentham e J. Austin sono i maggiori teorici del giuspositivismo inglese[[24]](#footnote-24).

J. Bentham(*Principi della morale e della legislazione*, 1789; *Delle leggi in generale*[[25]](#footnote-25), 1782)

Va considerato il fondatore del positivismo giuridico nella forma moderna (precursore era stato Hobbes: è legge ciò che è emanato dal sovrano, a sua volta privo di limiti giuridici). Il suo contributo è stato sottovalutato, e su alcuni aspetti la primazia è stata attribuita ad Austin perché *Delle leggi in generale* è stato scoperto solo a metà del Novecento. In esso è formulata la teoria della norma come comando (in cui elemento fondamentale è la sanzione), cioè l’*imperativismo*[[26]](#footnote-26); l’asserzione che il diritto è reso valido dal sovrano (inteso anche come pluralità di organi che si ripartiscono i poteri) di uno Stato in base a un potere coercitivo *di fatto*; e la distinzione delle norme in due categorie, norme primarie, che formulano il comando e generano l’obbligo, e norme sussidiarie (secondarie), che prospettano la disobbedienza al comando e comminano la sanzione.

Una norma non cessa di essere giuridica per il fatto che viola valori morali, e non diventa giuridica per il solo fatto che è conforme a valori morali.

La legislazione deve soppiantare il *common law*, perché in tal modo è più agevole realizzare l’assetto giuridico che determina il massimo benessere. Il *common law* è macchinoso e volto ad assecondare gli interessi di gruppi ristretti, come i giudici e gli avvocati, non della gente; la convinzione che i giudici svolgano solo una funzione dichiarativa rispetto a un diritto consuetudinario compiutamente precostituito e giusto è un mito e un’ipocrisia, i giudici producono norme arbitrarie (la denominazione “judge-made law”, diventata di uso corrente, fu coniata proprio da Bentham).

Teoria dei diritti basata sull’interesse o sul beneficio: i diritti sono interessi giuridicamente protetti. Tale teoria si contrappone alla teoria dei diritti come volontà, la quale afferma che l’elemento più importante nei diritti è il potere esercitato dal titolare (es. fare imporre un dato diritto coattivamente; o anche rinunciare a farlo imporre)[[27]](#footnote-27). I teorici dell’interesse dei diritti fanno notare che in alcuni casi il titolare del diritto non dispone del potere: è il caso dei bambini o dei portatori di gravi handicap mentali.

J. Austin (*Delimitazione del campo della giurisprudenza*[[28]](#footnote-28), 1832)

Si può creare una teoria universale del diritto (giurisprudenza generale; *general jurisprudence[[29]](#footnote-29)*), considerando non il contenuto ma la *forma* delle norme giuridiche. Queste sono tali se hanno una determinata struttura, indipendentemente dal loro contenuto.

Il diritto è costituito da *comandi generali sostenuti da minacce* (imperativismo). Tre sono le condizioni affinché l’espressione di un desiderio costituisca un comando: deve trattarsi di un desiderio rivolto all’altrui comportamento; chi minaccia il male deve essere effettivamente in grado di infliggerlo, cioè la minaccia deve essere sostenuta da sanzione; questo desiderio deve consistere in un atto di volontà (non, ad esempio, in un auspicio) che deve manifestarsi (espressamente o tacitamente). Queste tre condizioni sono soddisfatte, e dunque una norma è giuridica, se è un comando emanato da un determinato ente sovrano. Il sovrano è il soggetto i cui comandi vengono generalmente obbediti dalla maggior parte della popolazione e che non obbedisce ai comandi di alcuno. Dunque per conoscere il diritto è sufficiente sapere: chi è il sovrano, il modo in cui esprime i comandi e quali comandi siano muniti di sanzione.

Il diritto è distinto dalla morale: una norma è giuridica anche se viola un principio morale (e, di converso, una norma non diventa giuridica per il solo fatto di essere conforme a valori morali).

Definizione di legge: è “una norma stabilita per la guida di un essere intelligente da parte di un [altro] essere intelligente che ha potere su di lui”. Gli elementi essenziali di un sistema giuridico sono quattro: comando, sanzione, dovere e sovranità. Le leggi sono comandi di fare o non fare una cosa. Ciò che distingue i comandi dalle espressioni di desideri è la sanzione (la teoria è positivista anche nel senso che un sistema giuridico è quello composto da norme con sanzioni *osservabili*). Il dovere dunque è definito in termini di timore delle sanzioni. Il sovrano non è limitabile (da alcuna legge fondamentale) ed è indivisibile (in più organi; altrimenti si distrugge il potere sovrano).

Relativamente al *common law*, i giudici sono tacitamente autorizzati dal sovrano (Parlamento) a produrre diritto.

Alcune nozioni giuridiche – dovere, diritto soggettivo, libertà – sono componenti necessarie di ogni sistema giuridico; senza di esse non potrebbe darsi diritto.

Dunque per A. non sono diritto né il diritto naturale, né la legge di Dio, né il diritto consuetudinario (a meno che non sia tollerato, e quindi legittimato, dal sovrano), né il diritto internazionale.

Il suo dunque è un imperativismo coazionistico radicale; coazionistico perché istituisce una connessione concettuale tra obbligo giuridico e sanzione[[30]](#footnote-30).

Critiche rivolte alla teoria

1) Se l’obbligo giuridico è solo soggezione a una minaccia di coazione, non c’è modo di distinguere tra il diritto e le regole imposte da un gangster (H.L.A. Hart, N. MacCormick[[31]](#footnote-31)).

2) Non tutte le norme giuridiche sono del tipo “imposizione di doveri”; esistono ad esempio norme che conferiscono poteri, come quelle che predispongono strumenti per consentire alle persone di compiere certi corsi di azioni come il matrimonio, il testamento, la donazione ecc. Secondo i critici in questi casi la nullità dell’atto non può essere equiparata alla sanzione, come sostengono i teorici del comando: non si viene puniti per non aver seguito le procedure corrette nel diritto civile, tutto ciò che accade è che gli individui non riescono a perseguire il proprio progetto. Norme che conferiscono poteri sono considerate anche quelle costituzionali che definiscono i poteri di organi come ad esempio il legislativo; se questo organo legifera oltre i suoi poteri, la conseguenza è che la legge non ha effetto, non la sanzione.

3) Se non si considerano leggi le norme procedurali che stabiliscono *chi è* il sovrano (le norme costituzionali), non c’è modo di distinguere fra gli atti pubblici e gli atti privati del sovrano.

4) Kelsen e Hart hanno osservato che l’idea di Austin secondo cui dietro a ogni norma giuridica (intesa come una specie di comando) vi sia la volontà *in senso psicologico* di un sovrano in carne e ossa è una finzione superflua e pericolosa. Ad esempio, una legge è valida, cioè obbligatoria, anche dopo che tutti i membri dell’organo legislativo che la hanno emanata sono morti, e dunque il contenuto della legge non è più la volontà di nessuno, perlomeno di nessuno capace di volerla; oppure spesso il parlamentare che vota un progetto di legge non ne conosce il contenuto o lo conosce in maniera superficiale, dunque anche in questo caso manca il “volere” in senso psicologico[[32]](#footnote-32).

5) Anche la scuola analitica ha un suo ideale di giustizia: l’aspirazione alla perfetta coerenza logica del sistema giuridico.

*Giuspositivismo tecnico***:** *Scuola dell’Esegesi*

In Francia la riduzione di tutto il diritto alla legge, e dunque alla volontà dello Stato, è teorizzato dalla Scuola dell’Esegesi (C. Aubry, F. Rau, R.T. Troplong), che ha il suo massimo sviluppo fra il 1830 e il 1880. La realtà del diritto sta solo nel significato testuale, che possiede un valore quasi sacrale. Lo studio del diritto è lo stretto commento della lettera della legge, del codice articolo per articolo, secondo l’ordine seguito dal legislatore.

Il compito della scienza giuridica è meramente conoscitivo, i giuristi si limitano a fare un’esposizione e un’interpretazione (esegesi) dei nuovi codici. L’unico canone di interpretazione della legge è la ricerca dell’intenzione del legislatore (da ricercarsi con l’ausilio dei lavori preparatori), perché bisogna conservare intatta l’effettività delle norme. Non vi è diritto – naturale, consuetudinario, giurisprudenziale, dottrinale – diverso da quello posto dallo Stato. Non interessano le considerazioni *de jure condendo*, cioè di fondazione del diritto. L’innovazione e la riflessione dottrinale si riducono drasticamente[[33]](#footnote-33).

La Scuola dell’esegesi è ascrivibile al *positivismo ideologico*, in quanto al diritto posto dalla volontà dello Stato viene attribuita una superiorità anche sul piano etico.

Questo orientamento di pensiero francese e quello tedesco esaminato sopra sono i due principali filoni che si sviluppano in Europa all’inizio dell’800.

*Teorie della codificazione* (inizio ‘800)

Il cosmopolitismo del diritto e della legislazione si attenua soltanto col sorgere del nazionalismo romantico. Sul fronte del pensiero giuridico, l’800 è il secolo della Germania. Soprattutto in Germania (F.K. Savigny) i giuristi reagiscono all’importazione dei sistemi giusrazionalisti, in quanto la codificazione cristallizzerebbe un diritto che deve essere prima di tutto vita, espressione dello “spirito del popolo” (v. *infra* § 7).

7. Storicismo giuridico

*Scuola storica del diritto*: F.K. Savigny, G.F. Puchta, F.G. Stahl

Lo storicismo giuridico sorge in Germania nel secondo decennio dell’Ottocento in aperta opposizione all’Illuminismo giuridico e alle tendenze giusnaturalistiche, che 1) utilizzano il metodo individualistico, 2) valorizzano la ragione nel campo del diritto, 3) riportano il diritto a principi e ideali di giustizia universali, derivanti da un’essenza immutabile dell’uomo e validi per ogni tempo e ogni luogo; 4) sostengono l’artificialità del diritto e 5) asseriscono il primato del diritto scritto e codificato sulle consuetudini, la giurisprudenza, l’autorità dei giuristi. L’idea di un diritto universalmente valido ed eterno perché dettato dalla ragione è considerato dallo storicismo romantico un’ingenuità; i concetti posti a fondamento del giusnaturalismo sei-settecentesco – stato di natura, contratto sociale – sono irrisi come astrazioni mitologiche volte a spiegare con l’opera della ragione la formazione e lo sviluppo delle società. Al contrario, lo sviluppo di ogni società è spontaneo prodotto di forze irrazionali (o razionali di una razionalità diversa e più profonda di quella giusnaturalistica e illuministica). Lo storicismo mette in rilievo la realtà temporalmente condizionata e la positività del diritto. Il diritto è un fenomeno storico (*storicismo ontologico*) e l’indagine sul diritto dev’essere un’indagine storiografica (*storicismo epistemologico*). L’uomo è visto nella sua vita reale, condizionato dal tempo e dall’ambiente in cui vive; e i suoi valori sono storicamente determinati. Il diritto dei popoli di conseguenza non è uno e universale. Ogni popolo, nel diritto come in altre manifestazioni della sua vita, possiede una individualità essenziale, fondata sul suo intero passato. È lo spirito del popolo (*Volksgeist*), di ogni popolo, a produrre il diritto (di conseguenza si dà una valutazione positiva sul piano etico del diritto, che quindi è oggetto di obbedienza incondizionata: positivismo ideologico). Va evidenziata l’interpretazione spiritualistica della realtà (un realismo successivo, il sociologismo giuridico, abbraccerà una concezione onnicomprensiva della realtà giuridica, comprendendovi anche le istanze materialistiche; v. *infra*).

Se il dato storico ha tale peso, ne consegue che il diritto (positivo) è in continua evoluzione e trasformazione.

Un secondo aspetto è l’organicismo: le forze storiche che generano gli ordinamenti giuridici non sono il soggettivismo e l’individualismo ma le forze spirituali collettive, il popolo come organismo naturale fatto di rapporti naturali, che trascende le coscienze e le volontà dei soggetti individuali. Come il linguaggio, anche il diritto non può essere creazione di determinati individui e delle loro coscienze e volontà individuali. Anche per questo aspetto lo storicismo si discosta dal giusnaturalismo e dai suoi postulati individualistici.

Sul piano giuridico E. Burke può essere considerato il padre della giurisprudenza storica. I sistemi giuridici di vecchia data, radicati nella storia, sono superiori ai sistemi artificiali e razionali con cui li si vuole sostituire.

F.K. von Savigny - Nel 1814 A.F.J. Thibaut, seguace del positivismo scientifico e avversario della Scuola storica, propone, sull’esempio delle codificazioni europee, la redazione di un codice civile comune a tutta la Germania, giudicando caotico il diritto romano vigente. Vi si oppongono Savigny (*Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica*, 1814; *Sistema del diritto romano attuale*, 1840-49) e la Scuola Storica da lui creata. Il diritto positivo non può essere ridotto alla legislazione, intesa come volere arbitrario di un legislatore che fa *tabula rasa* e ricostruisce tutto a tavolino con il solo uso della ragione. Il diritto consiste nell’insieme di istituti, rapporti, norme, leggi, consuetudini, sentenze ecc. Perché, come il linguaggio, i costumi o l’organizzazione politica, il diritto nasce dal popolo inteso come comunità spirituale, connotata da determinati modi di pensare e agire, cementata da una lingua, da una storia e da tradizioni peculiari; il diritto dunque deriva dallo “spirito del popolo” e/o “della nazione” (quando parla di “spirito del popolo” S. si riferisce alla tradizione colta dei giuristi tedeschi del tardo medioevo, cioè al diritto comune); dunque ha molta importanza l’intero passato di un popolo. Evoluzionismo giuridico, il diritto è il risultato di forze che operano in maniera silenziosa.

La ricostruzione del diritto passa per tre stadi: la sua realtà più profonda è costituita da un elemento consuetudinario, gli istituti giuridici; si studiano e ricercano gli istituti giuridici del passato, in particolare, come detto, del diritto comune di derivazione romanistica; questi, per astrazione, producono le norme[[34]](#footnote-34). Un secondo stadio è la scienza giuridica, cioè la rielaborazione da parte dei giuristi[[35]](#footnote-35). Il terzo è la legislazione. Ad esempio, per comprendere il significato dell’istituto del possesso, ci si rivolge innanzi tutto ai rimedi del diritto romano volti a proteggerlo e agli argomenti che le parti utilizzavano in processo; poi si esaminano altre fonti come gli editti, le formule, le leggi, le opinioni dei giuristi e il *Corpus Iuris Civilis*; si perviene così alla natura fondamentale del possesso, che dipende dalla circostanza che un individuo abbia il controllo sulla cosa e l’intenzione di mantenerla come un proprietario in buona fede[[36]](#footnote-36).

La legislazione, a differenza di quella illuministica intesa come *tabula rasa* e riscrittura in base alla ragione, non è altro che una formulazione linguistica, una manifestazione scritta, delle norme già esistenti nella coscienza giuridica di quel popolo. Le norme espresse tramite legislazione sono *imperative*. Di fatto vi è il monopolio da parte dei giuristi dell’elaborazione del diritto. Sia nel senso materiale, di produzione normativa; sia come attività sistematica, scientifica, di organizzazione del materiale normativo dato.

Il Codice civile tedesco del 1896 risentirà di questa impostazione.

È dannoso importare principi giuridici da altre comunità (in particolare si riferisce alla Francia). I diritti soggettivi non esistono prima di, e indipendentemente da, un qualunque diritto oggettivo, ne sono le variabili dipendenti.

Puchta sviluppa questa concezione di Savigny distinguendo più nettamente queste due attività dei giuristi, e riconoscendo all’attività scientifica un carattere strettamente formale e razionale e un’interna logica deduttiva[[37]](#footnote-37). Metodo storico e metodo sistematico si integrano: i singoli istituti giuridici rinvenuti su base storica vengono esaminati nelle loro strutture formali, nell’influenza reciproca e nei loro rapporti con la totalità[[38]](#footnote-38). Lo storicismo evolve verso una rigorosa giurisprudenza concettuale, conducendo alla pandettistica.

Nel mondo anglosassone il principale esponente dello storicismo giuridico è Henry Sumner Maine, i cui principi sono contenuti in *Ancient Law* (1861)[[39]](#footnote-39).

Critiche rivolte allo storicismo giuridico: 1) il concetto di “spirito del popolo” rimane sempre nebuloso e indeterminato, quindi non atto a essere assunto come causa prima di un processo storicamente reale; 2) eccessiva importanza data alla consuetudine rispetto al diritto legislativo, che spesso ha anch’esso realtà storica; 3) riduzione del diritto al fatto, con la negazione di valori superiori alla storia; non vi è altro diritto che quello storicamente attuato; 4) come si è accennato e si vedrà di seguito, la pandettistica, approdo della Scuola storica, elabora categorie giuridiche astratte, in contraddizione con la nozione del diritto sostenuta da Savigny.

*La pandettistica*

La pandettistica, nata dalla Scuola storica, è la rielaborazione concettuale e sistematica del diritto romano (il nome deriva dal corpo di regole contenuto nel Digesto, chiamato anche Pandette). L’obiettivo è di costruire un sistema compiuto di diritto, logicamente compatto, ordinato e privo di lacune (in quanto colmabili facendo ricorso all’architettura complessiva dell’edificio). Da alcune definizioni giuridiche e alcuni concetti, ritenuti incontrovertibili, si deducono per mezzo della logica conclusioni giuridiche. Il positivismo giuridico paradossalmente acquisisce un metodo formalistico, si trasforma presto in un formalismo astratto, volto alla sistemazione logica dei concetti, negando le premesse storicistiche. Infatti, dai dati forniti dall’osservazione storica o etnografica, cioè dall’osservazione delle norme “positive” *formalmente* valide (poste da un ente che aveva il potere di farlo), si astrae e generalizza ottenendo concetti. Ha così grande sviluppo la “dogmatica”, cioè l’elaborazione di concetti giuridici generali sulla base di norme esistenti perché esistenti, ossia come “dogmi”; e fiorisce la *giurisprudenza dei concetti*[[40]](#footnote-40) (B. Windscheid 1861, C.F. von Gerber, P. Laband, G. Jellinek, O. Mayer, K.M. Bergbohm, negli Stati Uniti C.C. Langdell[[41]](#footnote-41)), la cui espressione più elaborata è la *teoria generale del diritto* (A. Merkel, 1874; v. *infra*, cap. 18), coincidente con il “giuspositivismo teorico” o “formalismo giuridico”.

Tale indirizzo è stato definito “positivismo scientifico”, in quanto il diritto è concepito come un corpo di regole scientificamente fondate perché elaborate da tecnici del diritto svincolati da condizionamenti ideologici o politici. Per individuare le regole implicitamente contenute nel diritto legislativo bisogna adottare il metodo della “costruzione”, consistente nella combinazione di alcuni concetti giuridici fondamentali. Tale positivismo non va confuso con il positivismo legislativo, che assume come dato indiscutibile la legge positiva, mentre la pandettistica presuppone l’esistenza di una scienza del diritto oggettivamente fondata. Ma resta un positivismo perché il diritto è solo il diritto positivo, la cui fonte quasi esclusiva è la legge; consta esclusivamente di comandi e/o di norme (poste dallo Stato), che si distinguono dalle norme non giuridiche per il fatto di essere integrati da sanzioni; il diritto è un sistema unitario, preciso, coerente e completo; fornisce soluzioni a tutti i casi concreti; il ruolo del giudice è limitato a un’attività di natura puramente conoscitiva relativa al diritto legislativo; la scienza del diritto è autonoma rispetto alle altre scienze.

K.M. Bergbohm: all’interno della teoria formalistica della positività, può considerarsi il fondatore del formalismo realistico: il formalismo si coniuga con lo storicismo, non c’è separazione fra aspetti formali e aspetti reali del diritto positivo. Il passaggio dalla pregiuridicità alla giuridicità è l’istante storico in cui la regola giuridica viene riconosciuta, sanzionata, posta in quanto tale. La positività dunque ha un carattere storico – il diritto esige un evento nel tempo – e anche uno empirico – questo evento è qualcosa di esteriormente percepibile.

8. Altre teorie dell’Ottocento

*K.T. Welcker (teoria del riconoscimento)*

1813 – In contrapposizione alle dottrine giuridiche che enfatizzano il momento della coazione, il liberale tedesco Welcker sostiene che è il riconoscimento che rende il diritto giusto e che costituisce il fondamento formale ultimo dell’ordinamento giuridico. Il diritto “vero” è quello che gli individui riconoscono, esplicitamente o tacitamente. Dunque il diritto preesiste allo Stato, non lo presuppone. Quindi accordo fra i consociati.

*Idealismo*

Hegel, Croce, Gentile

[Hegel](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/56hegel.doc), *Lineamenti di* *filosofia del diritto* (1821)

La filosofia del diritto è una parte della filosofia, e si occupa del concetto di diritto. Lo spirito si svolge in tre momenti: Spirito soggettivo, Spirito oggettivo e Spirito assoluto. Il diritto è il momento astratto dello Spirito oggettivo. (G. Fassò: H. fa filosofia del diritto finché parla di famiglia e di società civile; ma quando conclude il suo sistema con lo Stato, in cui l’individuo perde ogni valore, e dunque perdono significato i rapporti fra gli individui, si ha un superamento del diritto. Se si nega la molteplicità dei soggetti, non ha senso parlare di diritto, che è sempre relazione fra soggetti).

Favorevole alla codificazione intesa come registrazione del diritto già esistente, non come creazione di diritto nuovo.

[*Socialismo*](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/60socialismo.doc)

Socialismo utopistico - Per la filosofia del diritto esso non presenta interesse poiché questi autori non si pongono il problema specifico del diritto, tranne Proudhon, che ha un’impronta giusnaturalistica.

K. Marx, F. Engels

[Marx](http://rothbard.altervista.org/filosofia-politica/62marx.doc) – Il diritto non è un sistema di principi prodotti dalla ragione in maniera neutrale, sovratemporali e immutabili, bensì una sovrastruttura, un riflesso delle relazioni fra gli uomini così come sono determinate dalla struttura economica e di classe. In particolare, il diritto esprime i punti di vista e gli interessi delle classi dominanti, le quali grazie a esso esercitano il loro dominio sulla classe dominata. Dunque in M. non vi è una teoria del diritto, che è già implicita nella concezione dello Stato.

Il principio di giustizia comunista è: da ciascuno secondo le proprie capacità, a ciascuno secondo i propri bisogni.

Critica dei principi di generalità e astrattezza delle norme, che parificano situazioni diseguali obliterando le loro concrete determinazioni materiali.

Il marxismo giuridico è stato sviluppato soprattutto da teorici del diritto dell’Unione Sovietica, il cui massimo esponente fu Evgeny Pashukanis (*La teoria generale del diritto e il marxismo*, 1924).

Altri esponenti sono F. Lassalle, A. Menger, K. Renner (1949).

La teoria giuridica marxista si sovrappone in maniera ampia al movimento dei *Critical Legal Studies* (v. *infra*, cap. 17).

*Irrazionalismo*

A. Schopenauer (1819), S. Kierkegaard (1840), M. Stirner (1844), F. Nietzsche (1883), F.R. Lamennais (1833), L. Tolstoj (1910), F. Dostoevskij

L’atteggiamento nei confronti del diritto è negativo, e va dalla svalutazione al rifiuto al disprezzo. Il diritto è razionalizzazione della vita sociale; se questa viene negata, viene negato anche il diritto.

*Diritto naturale*

Nell’Ottocento il diritto naturale è rintracciabile solo nella dottrina ufficiale della chiesa cattolica. Fra i teorici unico esponente Rosmini.

*Neokantiani,**formalisti*

G. Radbruch, R. Stammler (1902), E.R. Bierling, K.M. Bergbohm – Reazione contro il positivismo codice-centrico. *Formalismo*: come per Kant, le forme sono funzioni o tipi di operazioni con cui il soggetto conoscente elabora e ordina i materiali che attraverso i sensi sono dati alla sua coscienza (dunque le forme non hanno un’esistenza ontologica indipendente). Trasponendo il concetto al diritto, vi è il tentativo di far riemergere una teoria universale del diritto prescindendo dai contenuti. Per Stammler nella mente umana esiste una forma pura del pensiero mediante la quale l’uomo acquisisce la conoscenza del diritto, indipendentemente dalle sue concrete e mutevoli manifestazioni. Egli ricava otto categorie (i fenomeni spaziali del soggetto e dell’oggetto; i fenomeni temporali del fatto e dell’effetto [che si traduce nel rapporto giuridico]; supremazia [potere] e subordinazione [dovere]; conformità al diritto [lecito] e difformità [illecito]), che, combinate insieme, determinano una tavola di ventiquattro concetti del diritto: il sistema delle pure forme.

Esiste un diritto giusto, ma i suoi contenuti sono mutevoli (non viene suggerita alcuna norma particolare).

9. Antiformalismo, realismo

Il diritto deve rispecchiare la concreta, storica realtà della società, guardando al di là della pagina scritta della legge (le sole vere norme del diritto sono quelle dello Stato). *Diritto* non è la norma giusta (in base a una certa etica filosofica) o la norma valida (secondo un dato ordinamento), ma la regola efficace che viene emergendo dalla vita vissuta degli uomini.

*Sociologismo giuridico*

Il sociologismo giuridico non costituisce una dottrina unitaria ma piuttosto una corrente di pensiero che convoglia dottrine varie. Sorge alla fine dell’Ottocento per l’influsso della nuova disciplina che è la sociologia e del positivismo filosofico[[42]](#footnote-42).

Gli elementi comuni sono: 1) il diritto è un fenomeno sociale, ma la società è intesa come un’entità a sé stante, non come somma e interazione di individui; è questa realtà organica che produce il diritto; 2) la radice del diritto è il *costume*; 3) antistatalismo: il diritto è prodotto dalle istanze reali della società e dei vari gruppi sociali; importanza dell’evoluzione sociale; si contesta la tesi del rapporto essenziale tra diritto e Stato; 4) antiformalismo: si nega qualità giuridica ai modelli statali di condotta formalizzati dal legislatore o dal giudice.

*Giurisprudenza sociologica*

A. Comte (1851) – Nel terzo stadio, quello positivo (i primi due sono quello teologico e quello metafisico), il diritto scomparirà. All’opera dei giuristi si sostituirà l’opera dei sociologi, veri scienziati sociali.

H. Spencer

W.G. Sumner (*Folkways*, 1907) – È il maggior esponente dell’approccio antropologico; precursori possono essere considerati Vico e Montesquieu. È una teoria evoluzionistica del diritto: tutte le società, dal punto di vista giuridico, si sviluppano passando attraverso fasi che sono le stesse ovunque: prima fase le sentenze di re su ispirazione divina (es. periodo omerico), poi le consuetudini, poi le codificazioni (Grecia antica, 12 Tavole), poi l’equity e la legislazione.

J.H. Kirchmann (1847) – Poiché per scienza K. intende le scienze della natura, il diritto non potrà mai avere valore scientifico, per la mutevolezza del suo oggetto e la transitorietà delle leggi positive.

R. Ardigò (1879, 1886)

Il sociologismo contribuisce a creare una nuova disciplina, la sociologia del diritto, teorizzata da E. Erlich (v. *infra*).

*Movimento del diritto libero*

È una corrente del sociologismo giuridico sorta all’inizio del Novecento nei paesi di lingua tedesca. I due massimi esponenti sono H.U. Kantorowicz e E. Erlich.

H.U. Kantorowicz (*La lotta per la scienza del diritto*, 1906) – È una risposta contro il modello delle Pandette e dell’Esegesi (i codici contengono tutto il diritto esistente e tutte le risorse per risolvere i casi particolari) e contro l’aderenza eccessiva, e spesso assurda, alla lettera della legge. Prima del diritto statuale esiste il “diritto libero” (analogia con “libero pensiero”, atteggiamento non dogmatico), prodotto dalle opinioni dei membri della società e degli studiosi e dalle sentenze dei giudici. Nel plasmare il diritto un maggior ruolo per il giudice, che decide caso per caso sulla base della sensibilità comunitaria.

La giurisprudenza dei concetti crede di aver costruito una rete omogenea di regole in grado di rispondere scientificamente a ogni problema; ma le vaghezze, le lacune e le antinomie nell’ordinamento giuridico sono inevitabili perché la realtà sociale è troppo complessa rispetto alla legislazione. In caso di lacune l’ordinamento giuridico non si autocompleta, spetta all’interprete (giudice) colmare il vuoto applicando la soluzione che gli sembra giusta. (Il Codice civile tedesco del 1900 aveva introdotto le cosiddette *clausole generali*, concetti vaghi come “buona fede” nelle obbligazioni, o “buoni costumi” per la validità dei contratti, o “giusta causa”, che impongono un giudizio discrezionale dell’interprete.)

In una prospettiva di lungo periodo, il movimento mirava alla modernizzazione del diritto attraverso il reciproco permearsi di diritto e sociologia.

E. Ehrlich (*Fondazione della sociologia del diritto*, 1913) – La sociologia del diritto è la sola dottrina scientifica del diritto. Il diritto è “diritto vivente”, cioè l’insieme di regole secondo le quali gli uomini si comportano effettivamente nella vita reale. Gli istituti giuridici traggono origine dalla società, non dallo Stato: il matrimonio, la successione, il contratto ecc. non sono stati introdotti mediante norme giuridiche, preesistevano ad esse. Dunque bisogna indagare la società (organizzazione, valori, strutture, istinti, costumi) per conoscere il vero diritto. Pluralità degli ordinamenti giuridici contro la giuridicità del solo ordinamento dello Stato.

M. Weber, pur non appartenendo a tale movimento, è interno alla sociologia del diritto tedesca.

Si parte dai comportamenti degli individui, e dalle rappresentazioni che essi hanno del modo in cui devono comportarsi. Queste rappresentazioni fanno sì che l’agire si orienti in vista di determinate aspettative, che hanno una certa probabilità di realizzarsi (es. ricevere un bene se ho pagato il prezzo).

Un ordinamento è caratterizzato dalle pretese unilaterali o dalle pretese bilaterali (accettate) intercorse tra gli individui.

*Teorie giuridiche dell’interesse*

Rispetto alle altre correnti del sociologismo riconoscono l’importanza e il peso del momento formale del diritto e in particolare delle proposizioni legislative.

R. Jhering (*Lo scopo nel diritto*, 1877) – Concezione del diritto fondata sull’*interesse*. L’origine di tutto il diritto è lo scopo, cioè ogni norma giuridica è determinata da un motivo pratico; inteso in senso alto, come necessità da soddisfare perché una data società sopravviva. La teoria di J. è appunto definita *Zweckjurisprudenz*, *zweck* in tedesco significa *scopo*.

Le condizioni di vita acquistano forma giuridica attraverso la norma e la sanzione. La forza, la coazione, è la matrice del diritto; le norme giuridiche sono precetti muniti di sanzioni.

Inoltre in ogni ambito spaziale vi è un unico titolare della coazione e strumento massimo di essa, lo Stato; dunque statualità del diritto, il diritto o è diritto statale o non è.

Infine, per identificare il diritto vigente in una qualunque comunità va osservato l’operato dei giudici, in quanto il diritto è riconosciuto e attuato da loro.

*Giurisprudenza degli interessi*

P. Heck e scuola di Tubinga: l’interesse ha il ruolo centrale nel processo di formazione delle norme giuridiche. Nella produzione di tali norme il ruolo essenziale è quello del legislatore. Vi è dunque un rapporto di causalità fra interesse e norma[[43]](#footnote-43).

M. von Rumelin

Critiche rivolte al sociologismo giuridico

1) È difficile raggiungere un grado di oggettività sull’accertamento degli interessi e delle pratiche espressi da una data società.

2) Ad alcuni interessi e pratiche diffusi nella vita sociale è difficile conferire il carattere della giuridicità; ad esempio la vendita e il consumo di droghe, o l’evasione fiscale, relativamente ai quali spesso le norme vigenti, quelle che più realisticamente hanno il carattere di giuridicità, sono esattamente di segno opposto, vietano, non consentono. I sostenitori del rapporto diretto fra fatti sociali e regole giuridiche replicano che bisogna distinguere le pratiche sociali normali da quelle patologiche. Tuttavia questa attenuazione sembra demolire l’intera tesi: non si capisce su quali basi venga fondato tale criterio di valutazione; se di tipo etico, si ricorre a impostazioni giusnaturalistiche; se basato sulle fonti del diritto, si ricade nel formalismo giuridico.

3) J.M. Kelly: dopo la Seconda Guerra Mondiale tale movimento scompare dall’occidente: gli arbìtri giuridici del nazismo indussero una rivalutazione del positivismo, in quanto la rigida lettera della legge assicurava certezza e protezione contro l’arbitrio.

Autori di fondamento sociologico francesi: F. Geny, R. Saleilles, G. Ripert, L. Duguit (1908), M. Hauriou

G. Gurvitch (*Sociology of Law*, 1931): diritto spontaneo.

In particolare, in Geny e Saleilles avversione per il dominio della legge come unica fonte del diritto e il ruolo puramente esegetico degli studiosi e meramente applicativo dei giudici.

O. von Gierke: contro l’atomismo del diritto romano, valorizzazione del diritto tedesco, nel quale comunità e corporazione sono valori di gran lunga più importanti. Lo Stato e ogni altro gruppo sociale non sono frutto di un contratto ma una persona reale e quasi tangibile, di ordine trascendentale, generata dagli atti comuni dei suoi membri. Uno dei maggiori esponenti del collettivismo metodologico novecentesco e del ‘nudo positivismo’, secondo cui la legge è la sola fonte del diritto ed è legge soltanto la legge dello Stato.

*Giurisprudenza sociologica, pragmatismo giuridico*: J. Dewey, O.W. Holmes (1881, 1897)[[44]](#footnote-44), R. Pound (1910, 1911, 1951)[[45]](#footnote-45), B. Cardozo (1921) e *Realismo giuridico*(negli Stati Uniti usati come sinonimi)

Realismo giuridico nordamericano e scandinavo, nella molteplicità delle posizioni, hanno un elemento comune: il vero diritto non è costituito dalle norme di carta, legislative o giurisprudenziali (antinormativismo), ma da un insieme di fatti (empirismo); e i fatti sono ciò che accade quotidianamente nelle aule dei tribunali, negli uffici amministrativi, negli studi degli avvocati. L’interpretazione giudiziale non è conoscitiva ma creativa. Studiando il modo in cui agiscono gli operatori giuridici è possibile enucleare su base statistica moduli di conformità e di regolarità che consentono di predire quale sarà l’esito di un giudizio o di una pratica amministrativa. Le regole reali sono questi moduli, non le norme di carta. L’efficacia è più importante della validità. Il diritto positivo è un meccanismo fatalmente intriso di interessi materiali e ideali.

Gli ordinamenti giuridici positivi sono fluidi, non statici, sono caratterizzati da continui mutamenti secondo l’influenza cangiante dei gruppi di interesse influenti nella società. E dunque non sono fini ultimi o valori bensì strumenti per perseguire gli obiettivi che tali gruppi ritengono meritevoli.

Anti-formalismo: gli ordinamenti giuridici non sono sistemi normativi ordinati, coerenti e completi ma un coacervo di materiali in attesa di sistematizzazione.

Holmes: influenzato dai pragmatisti americani del suo tempo (J. Dewey, W. James, C.S. Peirce) afferma che il diritto non è logica ma esperienza, è costituito da pratiche situate in un contesto, radicate nei costumi e nelle aspettative condivise. Il diritto è un mezzo per raggiungere i fini sociali desiderati dalla gente (*strumentalismo*, contrapposto al *formalismo* di Langdell). Il diritto *è* la previsione di ciò che faranno i tribunali, non l’insieme delle norme.

Pound: i giudici devono valutare in modo esplicito le conseguenze sociali ed economiche delle loro decisioni.

*Realismo giuridico americano*

K.N. Llewellyn (1930,1933)[[46]](#footnote-46), J. Frank (1930)[[47]](#footnote-47), J. Bingham, H. Oliphant, F. Cohen.

È elaborato nei primi decenni del Novecento nelle università di Columbia e Yale (in opposizione all’Harvard Law School di Langdell), sviluppando i temi di due precursori come O.W. Holmes jr e R. Pound, e di R. Jhering, e diventa dominante negli anni Venti e Trenta. È la reazione a tutti i tipi di formalismo, che vedevano la decisione giudiziaria come una deduzione logica da norme generali e da concetti generali (“contratto”, “proprietà”, “trasgressione” ecc.). Il cosiddetto “periodo classico” della cultura giuridica americana, corrispondente all’ultimo trentennio del XIX secolo, ha come tratto distintivo lo sforzo di sistematizzazione, razionalizzazione e categorizzazione del *common law*. La massa caotica di precedenti “da incubo” spinge all’introduzione negli Stati Uniti di una concezione sistematica e scientifica del diritto, analoga a quella promossa nel Regno Unito dall’*analytical jurisprudence* di Austin, in Francia dalla Scuola dell’Esegesi e nei territori tedeschi dalla pandettistica. La pratica giudiziaria del periodo classico asseconda questo processo di astrazione e di generalizzazione del diritto, favorendo ad esempio una rigida separazione tra il diritto pubblico e il diritto privato, e riorganizzando quest’ultimo attorno a pochi concetti generali, quali quello di ‘volontà’ in materia di contratti o quello di ‘colpa’ nell’area dei *torts*.

Il realismo giuridico americano è la reazione a tale metodo di deduzione da concezioni predeterminate. Esso concentra l’attenzione sul ruolo indipendente che hanno le corti nella creazione del diritto (la già citata frase di Holmes: il diritto *è* la previsione di ciò che faranno i tribunali, non l’insieme delle norme). Nei processi decisionali delle corti le norme svolgono un ruolo trascurabile[[48]](#footnote-48). La discrezionalità giudiziale è un fenomeno pervasivo, non limitato ai soli “casi difficili” (quelli nei quali vi è assenza di norme o particolare oscurità).

Il realismo tiene conto in particolare dei fattori sociologici che determinano le decisioni giudiziarie; dietro il testo scritto sono all’opera cioè valori invisibili e nascosti, che determinano il caso giudiziario particolare. I giudici e i giuristi sono influenzati dalle loro preferenze ideologiche (morali, politiche, religiose; o dalle morali e dalle teorie politiche prevalenti da loro introiettate e filtrate)[[49]](#footnote-49), dai bisogni che si affermano in un dato momento, dalle intuizioni relative alle questioni pubbliche. Non dal sillogismo; solo in un secondo tempo scelgono la norma giuridica adatta a giustificare razionalmente la decisione. Le norme giuridiche hanno una “struttura aperta” che consente alle corti decisioni che tengono conto della concreta realtà fattuale (e incidono su di essa). Questioni che sono state decise in un modo potrebbero essere decise altrimenti, restando le leggi immutate. Dunque le norme vengono ridimensionate al ruolo di strumenti utili per predire le decisioni delle corti; ma non i soli. Le norme perdono il loro carattere normativo di prescrizione dei comportamenti, e diventano “fatti” empiricamente constatabili al fine di un’investigazione scientifica della società.

La certezza del diritto non esiste, è un infantile bisogno di sicurezza; così come la generalità e l’astrattezza. In base alla conoscenza del solo linguaggio normativo i consociati non sono in grado di formarsi ragionevoli attese sul comportamento futuro dei giudici; la sentenza del giudice non è prevedibile, perché non è frutto di ragionamento ma di intuizioni (J. Frank). Se vi sono indirizzi giurisprudenziali omogenei è perché vi è una convergenza delle valutazioni morali e politiche dei giudici. Ma tale convergenza può essere contingente.

Un secondo aspetto del realismo è l’intento non solo descrittivo ma di adesione a una tale struttura del diritto: la realtà è molto complessa e mutevole e non può essere governata da regole. Da ciò deriva anche l’interesse per la legge come strumento di controllo sociale (dopo aver raccolto tutte le informazioni sociologiche possibili); Holmes era un utilitarista favorevole all’ingegneria sociale (funzione sociale del diritto) a scapito dell’individualismo incorporato nel *common law*.

Le valutazioni etiche non riguardano chi si occupa di diritto, il quale deve indagare soltanto sulla possibile decisione del tribunale. Dovere non è che la necessità per un uomo di comportarsi in modo tale che il tribunale non gli infligga una sanzione; che poi tale comportamento sia morale o immorale per il giurista non ha importanza.

*Realismo giuridico scandinavo*

A. Hagerstrom[[50]](#footnote-50) (1908), V. Lundstedt (1936), K. Olivecrona (1939[[51]](#footnote-51), 1962), A. Ross (1958[[52]](#footnote-52), 1961)[[53]](#footnote-53)

Rispetto al realismo americano tende alla sistematicità, e muove dall’attacco ai concetti giuridici (norma, diritto soggettivo, dovere, validità), mentre gli americani, influenzati dal sistema giurisprudenziale di common law, come si è visto concentrano l’attenzione sul ruolo dei giudici, sull’applicazione del diritto, sul processo. Gli scandinavi si soffermano sugli aspetti psicologici, cioè sull’insieme delle reazioni mentali a parole quali “diritto” e “dovere”. Una conoscenza scientifica del diritto si può avere solo attenendosi alla realtà empirica, ai fatti. I concetti di norma, validità, diritto soggettivo, dovere giuridico o responsabilità sono solo fantasie della mente umana, metafisica, risultato dei condizionamenti e dell’educazione ricevuta. Queste evocazioni però si traducono in fatti: se io sono persuaso di avere un dovere, o credo di avere un particolare diritto, e così via, nascerà in me un certo stato mentale, con probabili conseguenze esterne; la mia convinzione è ciò che è “reale” nel diritto. Ciò che rende vincolanti le norme è una “predisposizione soggettiva all’obbedienza”, un’attitudine della popolazione, un elemento psicologico oggettivamente riscontrabile nella realtà. Dunque l’obbligatorietà di una norma non è riconducibile alla sua radice etica, o alla volontà dello Stato, ma al fatto che essa viene concretamente osservata.

Ovviamente viene rifiutata non solo ogni idea assoluta di giustizia, ma l’intera concezione giusnaturalistica. È escluso ogni elemento valutativo, il diritto è soltanto un insieme di regole per gli organi dello Stato.

Olivecrona applica questa teoria a una modalità del diritto, la legislazione.

Ross pone i giudici in una posizione preminente, e dunque dà importanza all’aspettativa, per i singoli, di quanto i giudici decideranno. Le norme giuridiche sono direttive rivolte ai giudici. Che hanno lo scopo di indirizzare sia i giudici e di conseguenza i cittadini a comportarsi in un certo modo desiderato. Dunque le norme non sono asserzioni. Una norma è valida se è efficace; tale efficacia va verificata nel comportamento dei giudici quando sentenziano. Solo il *fatto* consente la conoscenza scientifica; e i fatti, la base empirica, sono i comportamenti decisionali dei giudici (Ross aderisce alla versione più radicale del neopositivismo: un’asserzione, per essere valida, deve essere empiricamente verificabile; il giurista è trasformato in uno scienziato sociale empirico).

Realismo analitico italiano

scuola di Genova: G. Tarello[[54]](#footnote-54), S. Castignone[[55]](#footnote-55), R. Guastini, P. Comanducci, P. Chiassoni; scuola di Bologna: E. Pattaro, C. Faralli.

Risente dell’influenza del realismo scandinavo più che di quello americano.

Tarello sviluppa una concezione della norma intesa, da un lato, come enunciato (cioè come espressione linguistica), e dall’altro come significato normativo ricavabile da un enunciato. Tale nozione è funzionale a una teoria dell’interpretazione concepita come attività produttrice di norme, non come attività conoscitiva.

Castignone si concentra sull’analisi del linguaggio giuridico. Guastini è influenzato da Ross, in particolare relativamente all’interpretazione; ma di Ross non condivide la tesi secondo cui il diritto è riducibile a un insieme di direttive rivolte ai tribunali; ciò ad esempio non è vero per il diritto costituzionale.

Per Pattaro il diritto è una realtà complessa di cui fanno parte sia entità linguistiche (direttive) sia entralinguistiche (fenomeni psichici come le credenze). Una norma è la credenza che una fattispecie astratta, ossia uno schema di comportamento, sia oggettivamente vincolante.

Critiche

1) Critica di Kelsen e Hart: se il diritto è costituito da (la predizione di) decisioni giudiziali, il realismo non sa rendere conto dell’esistenza delle norme che attribuiscono poteri, in particolare delle norme che attribuiscono a certi individui la competenza ad agire come giudici. Non vi è alcuna proprietà naturale che distingua i giudici da chi non lo è, se non la circostanza che gli uni sono autorizzati a giudicare da certe norme, mentre gli altri non lo sono.

2) Nella gran parte dei casi i giudici non decidono arbitrariamente, ma seguendo regole generali; essi stessi, nelle loro decisioni, affermano di *applicare* il diritto.

3) I realisti riconoscono che i giudici seguono certe norme per adottare le loro decisioni, ma sostengono che si tratta di norme morali, non giuridiche. Tuttavia tali norme possono essere definite giuridiche *proprio* per il fatto di essere usate dai giudici come fondamento delle loro sentenze.

Correnti che possono essere considerate epigoni del movimento:

[*Analisi economica del diritto*](https://rothbard.it/teoria/austriaci-vs-aed.doc)

*Law and Society*

*Empirical Legal Studies*

*New Public Interest Law*

Si richiamano al realismo americano anche movimenti come i *Critical Legal Studies*, la teoria della differenza razziale e il pensiero giuridico femminista, sui quali v. *infra*, cap. 17.

10. Istituzionalismo

Maurice Hauriou: il diritto è un prodotto delle istituzioni. Pertanto, compito del giurista deve essere quello di analizzare come il diritto sorga dalle istituzioni cominciando a studiare quella più semplice (la famiglia) fino a giungere a quella più complessa: lo Stato. Dalla teoria dell’istituzione di Hauriou prende spunto Santi Romano per elaborare la dottrina dell’Istituzionalismo[[56]](#footnote-56).

Santi Romano (*L’ordinamento giuridico*, 1918)

Anche questo indirizzo è inserito in una prospettiva sociologica.

Teoria antinormativistica: secondo la teoria normativista, l’atomo-norma è l’elemento centrale e qualificante del diritto; è sufficiente indagare sulla norma per comprendere la natura del diritto, che è un insieme di norme. Per l’istituzionalismo invece il *prius* del diritto, l’elemento originario della giuridicità, va ricercato nella reale esistenza di un’organizzazione effettiva che opera nella sfera sociale: l’*istituzione*. L’istituzione è ogni ente o corpo sociale con poteri effettivi. Sono le istituzioni che pongono concretamente in essere le norme. Il diritto, prima di essere norma, è organizzazione, struttura; è ordinamento giuridico considerato complessivamente. Le norme rappresentano solo un aspetto parziale (e derivato) del diritto; esse sono poste da determinate *fonti* di produzione con specifici *atti*. Le norme sono le foglie e i rami esterni di un albero, la realtà istituzionale è il tronco e la radice. L’i. considera immediatamente giuridico un fatto, l’ordinamento sociale, che altre scuole di pensiero considerano *antecedente* al diritto.

Una Costituzione non sta in piedi da sola, dovrà essere concessa da un sovrano o elaborata da un’Assemblea costituente eletta dal popolo. Le chiese, i sindacati, le organizzazioni private, persino le organizzazioni criminali possiedono il carattere della giuridicità, in quanto sono istituzioni strutturate, che impongono ai propri membri una serie di comportamenti[[57]](#footnote-57). Dunque contano i rapporti di forza. La giuridicità non è più una caratteristica del solo ordinamento statale (non è essenziale che le sanzioni abbiano natura penale, cioè siano imposte dallo Stato). L’i. scuote il dogma della statualità del diritto, insiste sull’origine sociale del diritto e rafforza il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici (*pluralismo giuridico*)[[58]](#footnote-58).

Sul piano metodologico si ispira a correnti *sociologiche*, privilegiando il dato sociale rispetto a quello individuale, affermando il gruppo sociale come realtà organica, distinta dai singoli individui e anche prevalente – come valore – su di essi. La soluzione a cui approdano è giusrealistica.

Contro il positivismo della “giurisprudenza dei concetti”; considerazione puramente empirica del diritto, senza valutazioni filosofiche.

Se quello che conta è l’effettività dei poteri ultimi, per l’istituzionalismo non c’è divergenza fra validità ed efficacia; a differenza del normativismo.

Esponente dell’i. è anche G. Renard (*La teoria dell’istituzione*, 1930, *La filosofia dell’istituzione*, 1939).

In Italia Paolo Grossi ha seguito l’impostazione di Santi Romano in una prospettiva che valorizzi la storicità e la propulsione dal basso del diritto contro il dominio della statualità.

Un’aporia che il pluralismo giuridico rischia è il “pangiuridicismo”, per cui ogni forma di convivenza organizzata finisce con l’essere elevata al rango di diritto; qualsiasi gruppo sociale o campo di interazione (lo sport, la religione, il commercio) capace di permanere nel tempo può considerarsi dotato di un ordinamento che ha il medesimo valore del diritto emanato dallo Stato[[59]](#footnote-59).

*Neoistituzionalismo*

N. MacCormick, O. Weinberger

Reazione al formalismo del positivismo kelseniano-hartiano, ma in un’ottica di sintesi fra normativismo e istituzionalismo, uno sviluppo del normativismo in senso realistico.

Il giuspositivismo impiega nozioni “ideali” poste al di fuori del mondo dell’essere e perde di vista il fatto che il diritto è profondamente calato nella realtà.

Il diritto si colloca sul piano dei fatti empirici, intesi non come fatti bruti (insieme a “scarpe, navi, ceralacca o cavolfiori”), ma come fatti istituzionali (inerenti alla volontà e alle interazioni degli uomini). Tale realtà istituzionale è normativamente fondata, cioè è resa possibile dalla formulazione, esplicita o implicita, di norme. Le norme giuridiche sono funzionali a fini particolarmente rilevanti nella società, come la protezione della vita e della sicurezza e l’allocazione dei beni[[60]](#footnote-60).

11. Positivismo giuridico del Novecento

Nel corso del Novecento il positivismo giuridico si è presentato con diverse varianti (secondo un’altra tesi con indirizzi anche molto diversi fra loro): normativismo, p. g. analitico, p. g. esclusivo, p. g. inclusivo, positivismo etico o normativo.

*Normativismo*

H. Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945; *La dottrina pura del diritto*, 1960)

La scienza (e anche la scienza del diritto) non è in grado di pronunziare giudizi di valore[[61]](#footnote-61), quindi non vi è autorizzata. Compito dello scienziato del diritto non è quello di fondare un ideale di giustizia, ma di conoscere l’oggetto del suo studio: il diritto. Cerca di rispondere alla domanda: che cosa è e come è il diritto, non come deve essere. Questo non significa che valori etici non influenzino il diritto, ma che la loro valutazione non è compito della scienza giuridica.

*Normativismo* perché il diritto è fenomeno normativo: i rapporti, le istituzioni, gli organi non sono altro che il riflesso o la combinazione di *norme* (non isolate ma organizzate in sistemi, cioè in insiemi ordinati).

Analisi formale del diritto: il diritto non è il contenuto delle norme, ma la loro struttura formale. La dottrina pura del diritto ambisce a tracciare una geometria dei fenomeni giuridici che prescinda da ogni elemento storico-sociale e da ogni valutazione religiosa o etico-politica, è una costruzione concettuale astratta, ispirata a un logicismo empirico[[62]](#footnote-62).

Autonomia del diritto, che non ha il suo fondamento in altri sistemi normativi o fattuali, come la religione, la morale, l’utilità o la politica. Una norma giuridica è valida non perché è morale o utile, ma in quanto norma giuridica; cioè perché appartiene a un sistema di norme, nel quale sono presenti anche norme che attribuiscono a soggetti determinati il potere di emanare norme. In altri termini, una norma giuridica è tale perché è conforme al diritto positivo, cioè al diritto posto dal legislatore secondo le procedure di quel dato ordinamento. Le norme giuridiche possono avere qualsiasi contenuto. La questione del diritto “giusto” non riguarda la scienza giuridica. Come affermò lo stesso Kelsen, potrà dispiacercene, ma il diritto nazista o il diritto sovietico erano diritto[[63]](#footnote-63).

Il diritto è il mondo del *dover essere*[[64]](#footnote-64)(*Sollen*; il mondo dell’essere, della realtà – *Sein* – è l’oggetto di studio degli scienziati e dei sociologi). Le norme giuridiche derivano da atti di volontà di esseri umani, che hanno voluto che qualcosa “debba” essere o “debba” accadere. La norma giuridica si distingue dalle altre specie di norme per la *coattività*. L’elemento fondamentale della giuridicità è la sanzione; sanzione *organizzata*, cioè che deve essere irrogata da organi competenti secondo procedure prestabilite. È la sanzione che distingue un dovere giuridico da un dovere morale[[65]](#footnote-65). Le norme prive di sanzione (norme permissive, norme che conferiscono poteri) non sono norme ma *frammenti* di norme, enunciati che contribuiscono alle norme vere e proprie, quelle dotate di sanzione.

Per sfuggire alle obiezioni alla tesi della coattività del diritto, in particolare all’esistenza del regresso all’infinito[[66]](#footnote-66), la novità introdotta da Kelsen è che la norma giuridica è espressa nella forma non del comando ma del giudizio ipotetico, la cui formula è: “se è I, allora deve essere S”: se si verifica un evento I (l’illecito), allora deve seguire l’evento S (la sanzione). Ad esempio, se si commette un furto, la sanzione è la reclusione. La norma non è più “non rubare”, con la necessità di introdurre una seconda norma che prescriva la sanzione al trasgressore (e con il problema del regresso all’infinito). La sanzione non è più un elemento esterno, ma diventa una parte costitutiva di ogni norma giuridica.

Tale nesso è dato dal *principio di imputazione*, cioè dal fatto che la volontà di qualcuno (lo Stato) ha attribuito una data conseguenza (sanzione) a una data condizione (illecito): la sanzione è *imputata* all’illecito; se si verifica l’illecito *deve* seguire la sanzione.

Il giudizio ipotetico è un giudizio ipotetico prescrittivo e non descrittivo, cioè è un giudizio che nella seconda parte contiene una prescrizione (“deve essere B”); dunque il carattere imperativo del diritto è confermato; vi è un unico modello di norma, la norma *coattiva*. Ma la novità è che la forza non è un elemento estrinseco rispetto alla giuridicità (proveniente da un potere di fatto, politico), ma è qualcosa che sta all’interno del diritto, di cui le norme giuridiche trattano.

Una conseguenza di tale costruzione è il capovolgimento fra norme primarie e secondarie. Tradizionalmente le norme primarie sono le norme di comportamento e quelle secondarie le norme che prevedono le sanzioni. Nello schema di Kelsen invece le norme primarie sono quelle rappresentate dal giudizio ipotetico (“se qualcuno uccide un uomo, allora è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno”), cioè quelle che riguardano l’applicazione della sanzione, mentre le norme secondarie sono quelle che, per deduzione, prescrivono la condotta necessaria a evitare la sanzione, ossia la condotta *opposta* a quella sanzionata (dunque, nell’esempio precedente, “non uccidere”); sono un mero sottoprodotto di quelle primarie. In accordo con uno dei fondamenti del giuspositivismo, vi è un’inversione nel rapporto fra illecito e sanzione: il carattere antigiuridico dell’illecito non viene più individuato a partire dal fatto stesso, non è intrinseco al fatto; è invece la presenza della sanzione a farci definire illecito quel fatto.

L’altra differenza è che le norme primarie sono rivolte a chi le deve applicare, cioè ai giudici e ai pubblici funzionari, non ai cittadini; ai quali invece sono rivolte le norme secondarie.

Kelsen ha offerto anche la trattazione più completa del diritto visto come *ordinamento*.

L’ordinamento giuridico è costituito da norme poste a livello diverso e in una relazione di dipendenza: è cioè *dinamico*. La norma obbliga in virtù del comando di una norma superiore; in particolare dagli *organi competenti* e con le *procedure previste* dalla norma superiore (come si è detto sopra, non conta il contenuto ma solo la struttura formale). Ad esempio, una multa per sosta vietata dipende da un regolamento di un ente locale; il potere di emanare questo regolamento dipende da una legge del parlamento (che conferisce tale potere agli organi locali); a sua volta il potere di approvare la legge del parlamento dipende dalla Costituzione; e così via in una costruzione “a gradini”. Altro esempio: perché un giudice sia obbligato a infliggere una sanzione a un colpevole, occorre che esista una norma ulteriore che dia una sanzione (al giudice) per la mancata imposizione della sanzione, e così via.

Risalendo dalle norme inferiori a quelle superiori, si arriva alla costituzione. Tuttavia bisogna dare fondamento giuridico anche alla costituzione. Per chiudere il sistema e non risalire all’infinito, K. presuppone una “norma fondamentale” (*Grundnorm*), il cui contenuto è stato espresso da lui in modi diversi ma tutti caratterizzati dall’attribuzione della competenza normativa al legislatore originario; ad esempio: “Coloro che hanno prodotto la Costituzione sono autorizzati a farlo”[[67]](#footnote-67). La norma fondamentale non è espressa, non è una norma positiva intesa come proposizione linguistica; la si presuppone in maniera sottintesa, è un presupposto epistemologico, un atteggiamento delle persone che fanno parte di un dato ordine giuridico, le quali riconoscono un certo numero di norme o riconoscono come legittime determinate autorità che emanano le norme.

La norma fondamentale dà *unità* all’ordinamento giuridico, in quanto ad essa si possono far risalire, direttamente o indirettamente, tutte le norme dell’ordinamento; e conferisce *validità* alle norme, costituendo un criterio di appartenenza di una norma a un sistema giuridico.

Da tale impostazione discende una serie di conseguenze teoriche:

1) Differenza fra validità ed efficacia della norma: una norma è valida se, grazie alla sanzione, è coercitiva (e ha seguito le procedure di emanazione previste dall’ordinamento); l’efficacia riguarda il comportamento effettivo degli individui: una norma valida può essere inefficace o poco efficace se molte persone in concreto la violano[[68]](#footnote-68).

2) Scompare il confine fra diritto pubblico e diritto privato: il diritto è un sistema privo di soluzioni di continuità; le norme di quello che viene chiamato diritto privato dipendono dai presupposti politici della società, dunque ricevono legittimazione o sono concatenate con norme di quello che viene chiamato diritto pubblico.

3) Scompare la differenza fra diritto soggettivo (*right*) e diritto oggettivo (*law*): il primo non è altro che il secondo, nel senso che è l’insieme di norme che obbligano gli altri a non interferire con il soggetto a rendere questo titolare di un diritto (soggettivo).

4) Coincidenza fra diritto e Stato: lo Stato è l’ordinamento giuridico, cioè l’insieme ordinato di norme[[69]](#footnote-69). I sociologi della politica invece sostengono che lo Stato non è un concetto giuridico, ma un insieme di poteri di fatto, basato quindi su comportamenti, in particolare sul comportamento di obbedienza di alcune persone rispetto al comportamento di comando di altre. N. Bobbio: per Kelsen prima c’è il diritto e poi il potere (lo Stato è ridotto all’ordinamento giuridico); mentre per una lunga tradizione di scrittori di diritto pubblico prima c’è il potere e poi il diritto, cioè in principio c’è la sovranità, cioè il sommo potere, il quale è in grado di mantenere in vita l’ordinamento giuridico[[70]](#footnote-70).

Critiche

1) Vi sono parecchie norme, come quelle definitorie, quelle che fissano competenze o quelle che attribuiscono poteri, che sono prive di sanzione. La risposta di Kelsen è che queste non sono norme ma *frammenti* di norme; sono uno dei tanti “se” di cui è composto il giudizio ipotetico, sono enunciati diversi che combinati insieme esprimono una norma unitaria. Esempio: nel reato di vilipendio alla bandiera nazionale italiana, l’“allora” della punizione di 1000 euro dipende da molte condizioni, da molti “se”: *se* la Costituzione italiana è stata legittimamente approvata dall’Assemblea costituente, *se* la legge relativa è stata approvata dalle camere ai sensi degli artt. 70 ss. Cost., *se* il Tribunale adito era competente ecc. In tal modo quelle che prima erano considerate norme (prive di sanzione), ora sono considerate tessere di un mosaico, e solo il mosaico è la norma. La norma completa è una sezione verticale dell’intero ordinamento. I critici hanno osservato che la norma di Kelsen sul piano esplicativo e operativo diventa molto ingombrante e poco maneggevole.

2) Critiche all’escamotage della *Grundnorm*:

a) Se ci si domanda su che cosa si fonda la norma fondamentale, cioè cosa dà validità alla norma fondamentale, non vi è una risposta soddisfacente. Per alcuni il problema esce dal sistema giuridico ed entra nella tradizionale discussione sul fondamento e sulla giustificazione del potere, le cui risposte sono state: Dio, la legge naturale, il contratto originario ecc. La psicologia e l’etica, che dovevano restare esclusi dalla teoria, vi rientrano. E per una filosofia positivistica, secondo cui tutte le norme giuridiche sono positive, affermare che vi è una norma (la più importante) che non è positiva sembra un tallone d’Achille rilevante.

b) N. Bobbio: ciò che alla fine consente di identificare un ordinamento come ordinamento giuridico non è la validità ma l’efficacia delle norme; il potere ultimo non può non essere un potere di fatto, non c’è bisogno di una norma ulteriore che lo autorizzi. Dunque non si capisce perché Kelsen debba chiudere l’ordinamento giuridico con una norma ultima anziché con un potere ultimo[[71]](#footnote-71).

c) G. Capograssi (1952): la perfetta separazione della forma dal contenuto, alla base del sistema kelseniano, non vale per la norma fondamentale, che riceve validità proprio dal contenuto (mentre per le altre norme il contenuto è indifferente).

d) J. Raz: il sistema giuridico viene individuato prima della norma fondamentale. Ad esempio, se si decide che la norma suprema dell’ordinamento giuridico italiano è la Costituzione del 1948, formuleremo la norma fondamentale con un contenuto che autorizza a dettare questa Costituzione; questo vuol dire che, prima di formulare la norma fondamentale, abbiamo già individuato l’ordinamento giuridico e ne abbiamo ordinato gerarchicamente le norme; per cui la norma fondamentale non svolge il ruolo per il quale è stata ideata, l’individuazione di un dato diritto. Per assurdo si potrebbe formulare una norma fondamentale che conferisca congiuntamente validità alle norme della Costituzione italiana e a quelle della Costituzione francese, e ciò renderebbe un unico sistema due ordinamenti comunemente percepiti come distinti; niente lo impedirebbe sul piano teorico, ma non lo facciamo perché *ex ante* abbiamo già deciso su altre basi che quei due ordinamenti esistono e sono distinti.

Permane una inadeguatezza del positivismo giuridico a risolvere il problema della validità ultima del diritto.

N. Bobbio

Dopo aver distinto tre aspetti del positivismo giuridico, come ideologia, come teoria del diritto e come modo di accostarsi allo studio del diritto, dichiara la sua adesione al p. v. solo in quanto modo avalutativo e scientifico di accostarsi allo studio del diritto[[72]](#footnote-72).

Inizialmente ritiene che la metagiurisprudenza kelseniana sia descrittiva; successivamente, negli anni Sessanta, cambia la sua posizione e sostiene che il modello di Kelsen è una metagiurisprudenza prescrittiva di tipo strutturale e formale[[73]](#footnote-73).

Negli anni Settanta invece si avvicina a una teoria del diritto di tipo funzionale: la teoria formale del diritto, tutta orientata all’analisi della struttura degli ordinamenti giuridici, ha trascurato l’analisi della loro funzione. Il diritto non è un sistema chiuso e indipendente; rispetto al sistema sociale è un sottosistema che sta accanto, e a volte si sovrappone o contrappone, ad altri sottosistemi (economico, culturale, politico) e ciò che lo distingue dagli altri è la funzione[[74]](#footnote-74).

Altri giuspositivisti normativisti: C. Luzzati

*Jurisprudence analitica* (o *giuspositivismo analitico*)

H. Hart, J. Raz, A. Marmor

H.L.A. Hart (*The Concept of Law*[[75]](#footnote-75), 1961)

H. innesta nella jurisprudence analitica austiniana molti elementi di kelsenismo, in quanto la teoria di Austin della norma come comando rinforzato da sanzione è per lui insoddisfacente. Lo è perché non riesce a distinguere fra i comandi di un bandito e il diritto valido; cioè si confondono due situazioni diverse, in cui esteriormente si hanno comandi sostenuti da minacce, ma la cui giuridicità è profondamente diversa: l’essere obbligati nel senso di ‘costretti’ (la minaccia “o la borsa o la vita” nel corso di una rapina) e ‘avere un obbligo’ (in base a una norma che funziona da ragione giustificante per la condotta imposta, perché si condivide la norma o si riconosce che ci sono ragioni che la giustificano). Di conseguenza non si può ignorare l’aspetto interno delle norme, cosa che Kelsen ha fatto.

Tuttavia Hart dissente da Kelsen per la riduzione delle norme giuridiche a un solo tipo, la norma coattiva, e con le norme che attribuiscono poteri considerate *frammenti* di norme, non norme. Un sistema giuridico è un sistema di norme, con relazioni interne. La coattività può rimanere la nota distintiva dei sistemi giuridici senza che sia necessario che *ogni* norma sia coattiva e prescriva una sanzione.

Hart distingue fra norme primarie e norme secondarie: le prime sono quelle che regolano i comportamenti (che impongono obblighi) e quindi determinano il “contenuto” del sistema giuridico (es. norme penali e civili); le seconde sono quelle che regolano il procedimento di produzione giuridica, e che in generale conferiscono poteri, in particolare stabiliscono come e da parte di chi le norme primarie debbano essere emanate (*norme di mutamento* e *norme di giudizio* nel lessico di Hart; in sostanza le regole sul funzionamento del legislativo o del giudiziario; es. l’art. 70 Cost. italiana che conferisce alle Camere il potere legislativo; oppure, nel diritto privato, le norme che prescrivono le formalità per redigere un testamento. Per il positivismo contemporaneo le costituzioni nella loro interezza vengono considerate come facenti parte delle norme secondarie). Le norme secondarie, in quanto attribuiscono facoltà, non rientrano nella categoria dei comandi (come invece sosteneva Austin).

Vi è una radicale differenza di funzioni fra questi due tipi di norme. Se le norme che riguardano l’esercizio di poteri non esistessero, non vi sarebbero compravendite, donazioni, testamenti o matrimoni, tutti atti che costituiscono il valido esercizio di poteri giuridici.

Il diritto è una relazione fra norme primarie e secondarie. Una norma è giuridica (e dunque valida) se emanata conformemente a una qualche norma secondaria.

Un’importante norma secondaria è la *norma di riconoscimento*, utile per risolvere il problema già incontrato del regresso all’infinito, dando così fondamento all’autorità del diritto e dell’obbligo giuridico. La norma di riconoscimento di Hart, a differenza della norma fondamentale (*Grundnorm*) di Kelsen, che è una norma “pensata”, è una norma realmente esistente, una regola sociale, e serve a identificare le norme primarie valide. La legittimità di tale norma deriva da una questione di fatto, dalla sua *efficacia*, dal fatto cioè di essere accettata, praticata, effettivamente seguita dagli operatori giuridici. Il fatto stesso che sia efficace la rende auto-esecutiva, perché non può esistere una consuetudine inefficace. Per capire qual è bisogna guardare a ciò che decidono i giudici e i pubblici funzionari (non i cittadini), perché l’ordinamento attribuisce alle loro dichiarazioni uno speciale carattere di autorità e per il prestigio acquisito (che invece una gang di banditi non ha). Cioè essa *si manifesta* nel modo in cui giudici e funzionari individuano le norme particolari, è *inferita* dalle loro pratiche di individuazione delle norme[[76]](#footnote-76). Semplificando, la Costituzione italiana del 1948 è valida perché, di fatto, giudici e funzionari la seguono e la usano per individuare le fonti inferiori valide, non perché è stata prodotta in conformità a qualche altra norma.

Nella pratica la norma di riconoscimento può essere semplice e consistere in una consuetudine o convenzione (“Quello che il re emana è diritto”) o più complessa (es. la norma sulla sovranità parlamentare), o consistere in una disposizione espressa[[77]](#footnote-77) (es. l’art. 1 delle preleggi che elenca le fonti del diritto italiano), o essere anche molto complessa (l’intera costituzione americana)[[78]](#footnote-78). L’aspetto importante è che la norma di riconoscimento deve rinviare alle norme procedurali, perché essa serve primariamente a identificare le fonti del diritto operanti in un sistema giuridico.

La regola di riconoscimento fornisce i criteri di validità e invalidità delle norme, ma essa stessa non può dirsi né valida né invalida; come, secondo il paragone proposto da Hart, il metro campione conservato a Parigi, che rappresenta il test conclusivo per la misurazione in metri, e di cui possiamo solo assumere la validità, non dimostrarla con qualcosa di ulteriore.

In questo modo Hart tenta di spiegare, e conciliare tra loro, due intuizioni sulla pratica giuridica in genere poste su piani diversi: la prima è che la nozione di diritto ha una dimensione pratica, ci dice come dobbiamo comportarci (piano del dover essere); la seconda è che il diritto è un fenomeno sociale che può essere studiato da osservatori esterni e distaccati (piano dell’essere). La norma di riconoscimento di Hart riuscirebbe a mettere in relazione i due piani senza violare la legge di Hume[[79]](#footnote-79).

Il contenuto minimo di diritto naturale - Separazione tra diritto e morale, nel senso che per il diritto bastano le caratteristiche formali ora viste. Tuttavia Hart ritiene che di fatto sussista un “contenuto minimo di diritto naturale”[[80]](#footnote-80), alcuni requisiti minimi che sono precetti etici, in particolare l’autoconservazione (protezione delle persone) e la proprietà (protezione delle cose)[[81]](#footnote-81). Il test del contenuto minimo è stato interpretato in maniera diversa: per alcuni è decisivo ai fini della validità delle norme, dunque sarebbe una concessione di Hart all’importanza della morale e al giusnaturalismo. Per altri (B.H. Bix) quella di Hart è solo una previsione di fatto basata sulla ragionevolezza: qualunque sistema giuridico che non offra la protezione dagli omicidi, dalle aggressioni e dai furti non potrà sopravvivere a lungo. Secondo questa linea interpretativa, per Hart ci può essere a volte *sovrapposizione* fra diritto e morale, ma non *connessione necessaria* come per i giusnaturalisti[[82]](#footnote-82).

Critica al realismo giuridico: è vero che nessuna legge può provvedere specificamente per ogni specifico caso, che tutte le norme hanno inevitabilmente una struttura aperta, quindi con margini di interpretazione da parte dei giudici; ma comunque i giudici partono dalle norme, considerano sé stessi amministratori delle norme. Pretendere che non esista alcun limite all’area della struttura aperta, cioè alla libertà dei giudici di interpretare a piacimento, significa ignorare il modo in cui le norme operano nel mondo reale[[83]](#footnote-83).

Critica di R. Dworkin: Hart, e in generale il positivismo giuridico, trascura e non sa dar conto del ruolo dei principi e di altri standard diversi dalle norme-regole (primarie, secondarie o di riconoscimento). Ad esempio, nel 1899 un tribunale di New York si trova a decidere nel caso *Riggs v. Palmer*, in cui il secondo, indicato come erede nel testamento del nonno, uccide il nonno. Non vi era alcuna legge che vietasse che l’assassino ottenesse l’eredità, ma il tribunale, andando oltre il diritto positivo vigente, lo vietò richiamandosi a un principio morale, “nessuno può trarre vantaggio dal proprio illecito”. Dunque non è vero che in ogni sistema giuridico vi sia un criterio comunemente riconosciuto per stabilire quali standard valgano come diritto e quali no. I principi utilizzati dai giudici sono loro opzioni discrezionali (v. *infra*, cap. 14, dove si accenna anche alla replica di Hart contenuta nel *Postscript* a *The Concept of Law*: 1) fra principi e regole non vi è una differenza qualitativa e 2) talvolta anche i principi devono la loro natura giuridica al *pedigree*, cioè al fatto che sono stati emanati rispettando dati iter procedurali).

*Positivismo giuridico esclusivo*

J. Raz, A. Marmor, S.J. Shapiro, J. Gardner, E. Bulygin

Rifiuta le critiche di R. Dworkin e la sua teoria ribadendo una superiore capacità esplicativa del positivismo ‘duro’, più capace di tener conto della nostra comprensione del diritto.

La determinazione di ciò che è diritto *non può* dipendere da criteri morali. La morale non può essere condizione e/o criterio di validità del diritto[[84]](#footnote-84).

J. Raz (*The Authority of Law*[[85]](#footnote-85) 1979, *Authority, Law and Morality* 1985, *Practical Reason and Norms* 1975) – Elemento cardine del positivismo giuridico è la “tesi sociale”: una norma è o meno giuridica in ragione di fatti sociali (fonti legali – costituzioni, leggi, consuetudini, precedenti giudiziali ecc. – e fonti interpretative – i “materiali” utili per capire il significato delle fonti formali, es. di una legge), non morali.

La conoscenza del diritto positivo è conoscenza empirica, cioè accertamento e descrizione di tali fatti sociali. Per individuare quali sono le norme giuridiche bisogna ricorrere al criterio del riconoscimento da parte degli organi primari: una norma appartiene a un sistema giuridico quando è riconosciuta dagli organi che applicano le norme (dunque non da quelli che le producono, come pensava Austin), quindi i giudici (in senso ampio), coloro che dispongono misure coattive per conferire forza obbligatoria alle proprie decisioni.

Quando un’autorità giuridica (es. il legislatore) è legittima e le norme sono valide, sono norme giuridiche di quella data comunità? Quando è in grado di fornire ai consociati (norme che rappresentano) *buone ragioni* per agire in un determinato modo (le ragioni e quindi le condotte che essi stessi adotterebbero se avessero il tempo e/o la capacità di riflettervi, perché consentono di realizzare meglio i propri fini). L’autorità giuridica dunque svolge un ruolo di servizio, di coordinamento.

In forza della sua dipendenza esclusiva da fatti sociali, il diritto positivo di una qualsiasi società è indeterminato, in conseguenza della presenza di lacune (es. indeterminatezza linguistica delle norme data da vaghezza del linguaggio). Attraverso indagini interpretative sul significato linguistico o sulle intenzioni del produttore delle norme si individua ciò che è diritto.

Le situazioni di indeterminatezza rendono necessaria la discrezionalità dei giudici.

*Positivismo giuridico inclusivo*

D. Lyons, W.J. Waluchow[[86]](#footnote-86), J.L. Coleman[[87]](#footnote-87), J.J. Moreso[[88]](#footnote-88), V. Villa

Questa corrente nasce come risposta alle critiche di R. Dworkin al positivismo (incapacità di dare conto dei principi morali quali fonti vincolanti del diritto) e si basa sulla rilettura del *Postscript* (pubblicato postumo nel 1994) a *The Concept of Law* di Hart.

Differisce dal positivismo giuridico esclusivo perché sostiene che la determinazione di ciò che è diritto *può* dipendere (o non dipendere) da criteri morali; cioè un sistema giuridico può rimettersi o non rimettersi a criteri morali (vi sono sistemi giuridici che si rimettono e sistemi giuridici che non si rimettono alla morale). Ciò accade tipicamente nei regimi democratico-costituzionali contemporanei, le cui fonti del diritto – soprattutto le costituzioni, a volte anche le leggi – possono includere concetti morali, come la tutela della vita, della libertà, dell’uguaglianza.

Resta un positivismo perché ritiene che l’utilizzo di criteri morali sia contingente, relativo a scelte di singoli funzionari (es. i giudici costituzionali che annullano una legge perché in conflitto con determinati principi contenuti nelle costituzioni – uguaglianza, giusto processo, dignità della pena), non espressione della natura del diritto.

È stata definita una “teoria di mezzo” fra positivismo e giusnaturalismo.

*Positivismo etico o normativo*

U. Scarpelli[[89]](#footnote-89), T.D. Campbell[[90]](#footnote-90), J. Goldsworthy, J. Waldron[[91]](#footnote-91)

Una terza versione è il positivismo etico o normativo, volto a difendere lo Stato costituzionale e in particolare le prerogative della maggioranza politica e la dignità della legislazione: la determinazione di ciò che è diritto *non deve* dipendere da criteri morali. Ha un carattere prescrittivo: ciò che è diritto deve poter essere identificato senza fare ricorso alla morale.

Questa posizione è basata sul seguente argomento: vi è disaccordo in tema di morale, cioè su quali comportamenti siano moralmente corretti. Per rispettare la morale soggettiva delle persone, bisogna governare il comportamento umano mediante regole chiare e precise che permettano di determinare con certezza quando determinati comportamenti sono giuridicamente proibiti. Ma se per fare ciò si deve fare ricorso al ragionamento morale, allora si produrrà un notevole disaccordo e pertanto la certezza verrà meno; se ne conclude che il diritto deve essere identificato senza fare ricorso alla morale.

Tutte queste versioni del positivismo giuridico contemporaneo aderiscono alla “tesi delle fonti sociali del diritto”: il contenuto del diritto in una determinata società dipende da un insieme di fatti sociali, ossia da un insieme di azioni dei membri di tale società. L’esistenza del diritto non è un fenomeno naturale, indipendente dagli uomini, come ad esempio la sfericità della terra.

12. Neogiusnaturalismo

È prevalentemente di impronta tomista: V. Cathrein (1901, 1911), H. Rommen (1936), J. Maritain (1947), G. Radbruch (1947), H. Coing (1947), L. Fuller, J. Finnis, G. Grisez[[92]](#footnote-92), Y.R. Simon, F.E. Crowe (1985), H. Veatch (1990), R. George (1999), M. Murphy (2003).

Il neogiusnaturalismo non sostiene più l’idea tradizionale del sistema di norme eterne e immutabili, ma le storicizza, le assorbe nel quadro di uno storicismo allargato. Il diritto ha ancora un contenuto etico, da cui si deducono le norme, ma tali norme sono condizionate dal modo in cui in un determinato periodo storico i membri di una determinata società interpretano i valori. I valori, pur assoluti, vengono “scoperti” progressivamente e possono anche essere “dimenticati”.

Il giusnaturalismo contemporaneo si inserisce nel solco del cosiddetto moralismo giuridico (o perfezionismo), secondo il quale, in contrapposizione al liberalismo, gli individui non dovrebbero essere lasciati liberi di scegliere qualunque valore o fine (anche non danneggiante gli altri, come ad es. l’omosessualità) perché la conservazione della moralità condivisa di una società è un valore che va perseguito con lo strumento coercitivo del diritto. Dal giusnaturalismo tali valori vengono asseriti come “verità etica oggettiva” (una strategia alternativa, seguita dai comunitaristi, è di considerare i valori condivisi quelli da imporre).

Per quanto riguarda i criteri oggettivi ed eterni di giudizio morale sul diritto positivo, criteri che possano essere conosciuti e quindi dichiarati veri, i g. fanno riferimento a mezzi diversi di dimostrazione. Uno dei principali è la autoevidenza (alla ragione) dei principi di diritto naturale. Altro mezzo è il ricorso all’intuizione o senso morale di ciascuno. Infine alcuni sostengono che ciò che è costante nelle diverse società è naturale, e che sono quindi diritto naturale le norme presenti in ogni società.

I g. hanno idee diverse circa l’atteggiamento da assumere verso il diritto positivo ingiusto (a cui negano la dignità stessa di diritto): resistenza attiva, resistenza passiva, obbedienza passiva ecc.

G. Radbruch (1946) – Una legge è valida solo se giusta; se viola la giustizia (ad esempio se nega diritti umani fondamentali), deve esserle negato il carattere giuridico. Esiste un diritto sopralegale che giustifica la disobbedienza alle leggi ingiuste (es. quelle del Terzo Reich). È una questione di “soglia”: secondo la cosiddetta “formula di Radbruch”, quando l’ingiustizia del diritto positivo raggiunge una soglia tale per cui la certezza del diritto non conta più, allora il diritto positivo ingiusto deve cedere di fronte alla giustizia. R. ammette che è difficile tracciare il confine oltre il quale le norme cessano di essere ‘diritto’; non ogni ‘ingiustizia’ causa l’inesistenza giuridica di una o più norme, ma un grado consistente e obiettivo di intollerabilità; cioè una norma è ingiusta se è inserita in un ordinamento che nel suo complesso nega la giustizia. Un requisito importante è l’uguaglianza, il nucleo fondamentale della giustizia: se l’uguaglianza viene negata, la legge perde la sua stessa natura di diritto.

Un giusnaturalismo di fondo “alla Radbruch” manifesta G. Zagrebelski.

L. Fuller (*La moralità del diritto*, 1964[[93]](#footnote-93)) – Diritto naturale procedurale. La natura delle società, il modo in cui le persone interagiscono, hanno una loro autonomia e delle costanti che le autorità non possono violare producendo il diritto a piacere; devono conformarsi a un ordine esterno. Il diritto non è proiezione unilaterale di autorità, come per il positivismo giuridico[[94]](#footnote-94); un simile approccio trascura la cooperazione e gli obblighi reciproci fra funzionari e cittadini, requisiti essenziali affinché un sistema giuridico funzioni. Dunque esiste una morale interna al diritto, costituita da una serie di principi ai quali ogni diritto positivo dovrebbe adeguarsi; ma il test riguarda la procedura, la forma delle norme, non il contenuto[[95]](#footnote-95) (ecco perché procedurale e non sostanziale). I “principi di legalità” indicati da Fuller sono otto: le norme devono essere: generali, conoscibili (promulgate pubblicamente), non retroattive, comprensibili, non confliggenti, di adempimento non impossibile, stabili nel tempo, di applicazione non infedele (congruenza fra enunciazione e applicazione, anche l’autorità deve obbedire alle norme prodotte)[[96]](#footnote-96). L’interpretazione teleologica dei giudici deve essere guidata da questi criteri normativi.

La critica principale alla teoria di Fuller si è incentrata sull’argomento che i principi indicati sono soluzioni a-morali a problemi di efficacia interna; un sistema giuridico può rispettare i principi procedurali indicati ma produrre ugualmente norme sostantive profondamente ingiuste (M.H. Kramer): il Sud Africa dell’Apartheid e la DDR sono stati offerti come esempi di regimi molto meticolosi nell’applicazione delle procedure, ma universalmente considerati ingiusti.

Fuller ha esercitato un’importante influenza sull’approccio definito *Legal Process*, particolarmente importante nel pensiero giuridico americano degli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento (H.M. Hart Jr., A.M. Sacks). Esso reagisce al cinismo e all’enfasi sul potere del realismo giuridico americano, sostenendo che il diritto sia in grado di offrire un set di conoscenze in relazione ai metodi con cui vengono prese le decisioni, anche quando il diritto sostanziale può non offrire determinate soluzioni alle dispute sociali. La procedura fornisce il processo oggettivo, e ciò evita che i giudici decidano sulla base di valori o opinioni soggettivi. Nel diritto pubblico questi teorici si basano sulla teoria politica del pluralismo, per cui il processo legislativo è sicuramente democratico in quanto è assicurata la rappresentanza di interessi di gruppo; i legislatori dunque hanno una discrezionalità illimitata. Invece nel diritto privato è suggerita l’elaborazione ragionata dei principi del common law, delle procedure delle dispute[[97]](#footnote-97).

J. Finnis (*Legge naturale e diritti naturali*[[98]](#footnote-98), 1980) – Approccio neoclassico al diritto naturale, cioè riprendendo Tommaso d’Aquino, ma integrando la legge naturale con una teoria deontologica di derivazione kantiana. F. individua sette beni fondamentali: la vita (e la salute), la conoscenza, il gioco, l’esperienza estetica, l’amicizia (la socialità), la religione e la ragionevolezza pratica. Questi, indeducibili (nel senso letterale che non possono essere dedotti da altre proposizioni o concetti) e indimostrabili, ricavabili solo attraverso l’introspezione e la riflessione (auto-evidenti), non attraverso l’osservazione empirica, rappresentano le condizioni per lo sviluppo e la realizzazione degli individui (la ‘fioritura’ umana, il fine morale dell’agire dell’uomo). Il diritto deve garantire la realizzazione dei piani di vita degli uomini ispirati a questi sette beni; può fare ciò traducendo in norme giuridiche alcune norme morali inderogabili, come quelle contro l’uccisione, ma anche quelle che vietano il suicidio, l’adulterio, la contraccezione, gli atti omosessuali. Esse poggiano su una solida tradizione che ha basi cogenti sia nella fede sia nella ragione e difendono l’ideale perfezionistico di una vita buona, valido per tutti. Il diritto deve creare ragioni morali per l’azione.

Per J. Finnis, come per tutti gli esponenti della teoria neoclassica del diritto naturale (R.P. George), il ‘bene comune’, in materia sociale ed economica, può essere ottenuto con soluzioni diverse a seconda delle circostanze storiche. Di conseguenza, in una condizione di depressione economica può essere opportuna una politica interventista, mentre in un periodo di piena occupazione politiche di arretramento dello Stato. Dunque un approccio relativista circa l’ordine politico; si dice poco sulla forma istituzionale che potrebbe massimizzare la realizzazione di quel bene comune e di quei beni umani fondamentali in cui si crede, è tutto affidato a una sorta di prudenza storico-sociologica o alle contingenti preferenze sociali.

Diritto come rapporto giuridico

Seconda questa teoria il nucleo del diritto è il rapporto bilaterale fra un soggetto che esprime un diritto soggettivo e un altro soggetto che è onerato da un corrispettivo dovere. Il diritto è la somma dei rapporti giuridici fra le persone. È una teoria ispirata ad una concezione individualistica del diritto di matrice giusnaturalista.

I critici hanno osservato che due soggetti isolati che si incontrano per stipulare tra loro la regolamentazione di certi interessi non costituiscono ancora diritto; il diritto nasce quando questa regolamentazione diventa stabile, non occasionale.

In Italia: Sergio Cotta, Bruno Romano, Francesco D’Agostino, Bruno Montanari.

Un giusnaturalismo storicistico è stato quello di G. Fassò: un diritto naturale nasce dalla concretezza storica della società interpretata dalla ragione e si pone come limite all’onnipotenza dello Stato[[99]](#footnote-99).

In Inghilterra negli anni Ottanta del Novecento ha cominciato a svilupparsi una scuola alternativa di giusnaturalismo che prende le mosse dal principio cardine del liberalismo, l’autonomia. Cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *Law as a Moral Judgment*, Sweet & Maxwell, Londra, 1986.

13. Teoria analitica

Si sviluppa a partire dalla metà del Novecento. La filosofia analitica diventa la base metodologica di indirizzi giuridici anche diversi, in particolare giuspositivismo e realismo.

Giuspositivismo analitico: Scuola di Oxford (H. Hart, J. Raz, N. MacCormick), “Scuola di Torino” (N. Bobbio, U. Scarpelli, M.G. Losano, M. Jori), G. Pino

Realismo giuridico analitico: A. Ross, K. Olivecrona, G. Carrió, “Scuola di Genova” (G. Tarello, S. Castignone, R. Guastini, P. Comanducci, P. Chiassoni), “Scuola di Bologna” (E. Pattaro, C. Faralli)

Muove dall’esigenza del rigore, dell’ordine e della precisione dell’indagine, e intende soddisfarla mediante la chiarificazione dei procedimenti scientifici, in particolare del modo di funzionare degli strumenti linguistici dell’indagine e dell’uso corretto di essi[[100]](#footnote-100). Il linguaggio giuridico è identificato sulla base dei soggetti che lo usano – legislatore, giudice, giurista.

La ricerca filosofico-giuridica è concepita come meta-giurisprudenza descrittiva, in quanto è una riflessione critica sul linguaggio-oggetto, cioè sul linguaggio della giurisprudenza, intesa come discorso (metodologia, interpretazione) dei giuristi e dei giudici (mentre il linguaggio-oggetto della giurisprudenza è il diritto, cioè l’insieme di testi o documenti normativi – leggi, costituzione, regolamenti). Riflessione spesso finalizzata a svelare il carattere politico-ideologico, e comunque creativo (di nuovo diritto), dell’attività di giuristi e giudici[[101]](#footnote-101).

Per quanto riguarda i rapporti fra diritto, giurisprudenza e filosofia del diritto (analitica), dunque, essi si dispongono su tre diversi livelli di linguaggio: il diritto è il discorso delle autorità normative (costituenti, legislatore ecc.); la giurisprudenza è l’analisi del linguaggio del diritto (dunque è un metalinguaggio, un linguaggio di secondo grado); la filosofia ha come oggetto il linguaggio della giurisprudenza (dunque è un linguaggio di terzo grado).

La filosofia del diritto modella i concetti atti a descrivere il diritto, non il contenuto del diritto, che non è in discussione. Ad esempio, si discute se l’ordinamento internazionale è diritto o rappresenta solo norme morali; nessuna delle due risposte mette in discussione il contenuto normativo (giuridico per i primi, morale per i secondi) dell’ordinamento internazionale, nessuno dei due contendenti dissente sul fatto che siano “norme”.

Conseguenze sulla teoria del diritto dell’approccio analitico: distinzione tra disposizione e norma; interpretazione come attribuzione di significato a enunciati linguistici; “divisionismo”, cioè distinzione fra il piano dell’essere e quello del dover essere.

N. Bobbio – Normativismo analitico post-kelseniano. Applicato al diritto, il criterio analitico va inteso come analisi del linguaggio del legislatore. L’opera del giurista ha carattere scientifico se si esplica nel conferire rigore al linguaggio del legislatore, chiarendone le proposizioni iniziali (norme), completandone le regole di trasformazione e ordinandolo in un sistema coerente. L’avalutatività resta un elemento fondamentale della scienza giuridica.

La scienza giuridica deve concentrarsi sullo studio della *validità* del diritto, lasciando il problema del *valore* (giustizia) alla filosofia del diritto e dell’*efficacia* alla sociologia giuridica[[102]](#footnote-102).

Negli anni Settanta del Novecento B. vira verso una teoria del diritto di tipo funzionale: il diritto non è un sistema chiuso e indipendente, è un sottosistema rispetto al sistema sociale, e ciò che lo distingue dagli altri sottosistemi (economico, politico, culturale) è appunto la funzione.

*Teoria dell’argomentazione giuridica*

È interessata a rappresentare le procedure attraverso le quali le scelte giuridiche vengono giustificate. Per Alexy i processi giustificativi sono intesi come attività dialogiche alle quali prendono parte soggetti che hanno interessi diversi.

R. Alexy[[103]](#footnote-103), A. Aarnio, A. Peczenik[[104]](#footnote-104)

*Ermeneutica giuridica*

Corrente nata in Germania attorno alla metà del Novecento. I testi normativi emanati dal legislatore sono dei semplici “semilavorati” che richiedono un perfezionamento da parte dei giudici in sede interpretativa. Questa interpretazione prende le mosse dal caso concreto per risalire ai contenuti da attribuire ai testi normativi mediante un processo di mutua determinazione della fattispecie concreta, da un lato, e della norma che la regola, dall’altro. Il giudice deve individuare la soluzione che meglio realizza i valori e i principi nei quali la comunità sociale si riconosce in un certo momento storico.

H.G. Gadamer – Nell’interpretazione di un testo giocano un ruolo importante le convinzioni dell’interprete e il contesto in cui egli opera; dunque la direzione dell’analisi del testo è già tracciata in una fase iniziale di “precomprensione” del testo medesimo.

G. Zaccaria, F. Viola, E. Betti.

*Logica giuridica*

L. Lindhal (1977), A. Soeteman (1989), O. Weinberger (1974), G.H. von Wright (1963), A.G. Conte (1962), G. Carcaterra (1974)

Scienza del ragionamento giuridico; quale concezione del diritto la scienza presuppone, quali procedure logiche segue.

*Scuola di Buenos Aires*

G.R. Carriò (’60), C.E. Alchourron e E. Bulygin (*Normative Systems*, 1971), C. Nino

Principale scuola analitica dell’America latina.

La scienza giuridica è caratterizzata essenzialmente dal deduttivismo. Un sistema giuridico, come un sistema deduttivo, è l’insieme degli enunciati giuridici (le norme) che costituiscono la base assiomatica del sistema, più tutte le loro conseguenze logiche.

Le norme sono enunciati condizionali che connettono certe circostanze fattuali (“casi” o “fattispecie”) con determinate conseguenze giuridiche (soluzioni).

Le norme sono espressioni linguistiche, cioè enunciati dotati di un significato definito e costante.

Questa impostazione di tipo logico consente di definire e valutare la completezza (assenza di lacune), la coerenza (assenza di antinomie) o la ridondanza di un sistema giuridico.

14. Neocostituzionalismo

R. Dworkin, R. Alexy[[105]](#footnote-105) (1987, 1992), C. Nino, R. Dreier[[106]](#footnote-106) (1991), G. Capograssi, G. Zagrebelsky, A. Garcia Figueroa, M. Atienza, P. Haberle (pluralismo costituzionale)

Il contesto è l’esame degli Stati costituzionali contemporanei e delle trasformazioni del diritto in essi. Prospettiva fortemente antipositivistica, proprio perché il positivismo giuridico, trascurando gli elementi morali contenuti nelle costituzioni, le ha analizzate solo in termini procedurali, e si dimostra dunque inadeguato ai fini della comprensione degli ordinamenti contemporanei. Tre sono i temi principali che distinguono questa corrente teorica (da alcuni autori – Guastini, Schiavello – non giudicata un movimento unitario ma un coacervo di atteggiamenti assiologici [cosa è bene] e tesi normative).

1) Connessione fra diritto e morale. Il diritto non è soltanto il diritto valido, come affermano i positivisti. Per individuare il diritto (le fonti) è necessario fare riferimento a elementi morali. L’inclusione di contenuti morali nel diritto avviene attraverso l’inserimento dei principi (es. uguaglianza, libertà della scienza, sovranità popolare, laicità, libertà contrattuale, principio di legalità in materia penale) e dei diritti inviolabili degli individui (nelle costituzioni).

La connessione fra diritto e morale non si pone solo a livello definitorio e identificativo ma anche giustificativo: l’obbedienza al diritto dipende dalla moralità delle norme (i neocostituzionalisti fanno propria la formula di Radbruch).

La differenza rispetto al giusnaturalismo risiede nel fatto che per i neocostituzionalisti la connessione fra morale e diritto ha un carattere relativo, cioè storicamente determinato, mentre nel giusnaturalismo è assoluta.

2) Distinzione *forte* fra principi e regole: sono entrambi *norme*, ma appartengono a due categorie diverse, perché possiedono caratteristiche diverse. L’*importanza*: i principi sono le norme (più) importanti, fondamentali, la sostanza, perché espressione di valori morali[[107]](#footnote-107) e idee di giustizia e non necessitano di ulteriori giustificazioni, non richiedono a loro volta un ulteriore fondamento assiologico[[108]](#footnote-108); mentre le regole sono il prodotto della specificazione di un principio. La *trasparenza*: i principi proclamano valori morali o obiettivi politico-sociali, mentre le regole sono opache rispetto al valore che intendono tutelare. La *genericità*: i principi sono generici, nel senso che possono essere attuati o concretizzati in modi diversi e anche alternativi[[109]](#footnote-109); mentre le regole sono precise. L’*adesione*: ai principi, per la loro portata assiologica, si aderisce, mentre alle regole si ubbidisce. La *modalità di applicazione*: fra principi si realizza il bilanciamento (v. *infra*) in base al peso nel caso concreto, il che significa che un principio può essere defettibile, cioè ammette eccezioni implicite[[110]](#footnote-110), mentre per le regole vale la logica del “tutto-o-niente”, la regola si applica in toto se si verificano le circostanze fattuali previste nella fattispecie e non si applica se tali circostanze non si verificano[[111]](#footnote-111).

I principi non possono essere identificati sulla base del *pedigree* (emanazione rispettando dati *iter* procedurali), dei criteri formali indicati dalla regola di riconoscimento hartiana e in generale dell’armamentario concettuale positivista (dimensione solo fattuale e formale della validità, applicazione sillogistico-deduttiva delle norme, principio di legalità, separazione tra diritto e morale): i principi sono parte del diritto in virtù del loro *contenuto*.

Nell’epoca del costituzionalismo, i principi non sono più solo norme ausiliarie che servono a interpretare e integrare le regole esistenti, ma rappresentano valori direttivi dell’ordinamento giuridico. I principi hanno la supremazia gerarchica e una diretta dimensione precettiva; si pongono dunque come antecedenti e non, come nella riflessione tradizionale, come posteriori alle regole.

Il diritto non si riduce alla legge, è costituito anche dai principi[[112]](#footnote-112) e dai diritti costituzionali; dunque vincolo del legislatore di fronte ai diritti costituzionali.

3) Bilanciamento o ponderazione. Le costituzioni spesso racchiudono ideologie e valori diversi. In caso di collisione fra principi (uno vieta e l’altro autorizza)[[113]](#footnote-113) non c’è un principio che prevale sempre, perché non esiste un ordine gerarchico prestabilito fra i principi. Si esamina il caso concreto e si crea una gerarchia di valore limitata a quel caso, non assoluta e definitiva; in un caso prevale uno dei principi in conflitto, in un altro caso potrà prevalere l’altro principio; questa si chiama ‘relazione di prevalenza’. Tale caratteristica evidenzia la diversità rispetto alle regole: per le regole vale la logica del “tutto o niente”, se è valida una regola non può essere contemporaneamente valida una regola opposta; invece fra principi diversi è possibile (e necessario) il bilanciamento (Alexy).

Dunque importanza dei processi di applicazione del diritto, in particolare di quelli giudiziari: ruolo decisivo dei giudici per l’applicazione dei principi e dei diritti costituzionali; sono soprattutto loro a svolgere l’opera di ponderazione e bilanciamento (contrapposta alla deduzione del positivismo, mera sussunzione del caso concreto alla norma positiva); difesa quindi dell’attivismo giudiziale.

R. Dworkin – Nei primi scritti, e in particolare ne *I diritti presi sul serio*[[114]](#footnote-114) (1977) prevale l’impianto neocostituzionalista ora esaminato. La sua è la principale teoria rivale di quella di Hart, in particolare è una critica alla avalutatività del positivismo giuridico: gli ordinamenti giuridici non possono essere ridotti a mere strutture normative; accanto alle norme esistono i *principi*, proposizioni morali espresse o implicite, che rappresentano uno standard che deve essere osservato in quanto è un’esigenza di giustizia o di correttezza o di qualche altra dimensione della morale. La validità di una norma giuridica ha a che fare con i principi che sono alla base di quella norma. I sistemi giuridici non possono essere compresi se non si considerano i valori morali che sono a essi sottesi. È il giudiziario il soggetto protagonista nel processo giuridico.

Il principale fondamento di questi principi e standard morali sono i diritti: il “diritto a un’eguale considerazione e rispetto” è la base per individuare o scoprire i diritti fondamentali[[115]](#footnote-115).

Negli scritti successivi (*L’impero del diritto*, 1986) il momento interpretativo diviene motivo dominante nella costruzione di D. (da cui la definizione di *neoermeneutica*): in quella che D. chiama “interpretazione costruttiva”, i giudici tengono presenti le leggi e le decisioni giudiziarie precedenti (i pre-dati interpretativi) e poi conferiscono loro una forma nuova e migliore, come uno statistico analizza i punti in un grafico e determina quale linea esplichi meglio quei dati. In tale attività interpretativa i giudici tengono conto dei principi morali condivisi in una comunità; si effettua una scelta politico-morale fra le varie interpretazioni possibili di quelle precedenti azioni e decisioni. I tribunali devono far ricorso ai principi per risolvere i casi difficili. Cade così la rigida distinzione tra diritto e morale, fra diritto quale è e diritto quale deve essere, perché la soluzione corretta per un caso difficile è al tempo stesso quella che rispecchia ciò che il diritto è *e* deve essere.

Ciò consente anche di sostenere che qualsivoglia caso concreto ammette *una sola soluzione corretta*, quella che meglio trova giustificazione alla luce dei principi dell’ordinamento (a differenza del giusrealismo).

Il positivismo invece non sa rendere conto dei disaccordi fra giuristi; che non sono disaccordi di fatto (es. se un testo di legge sia stato abrogato da una legge successiva), ma disaccordi sulle fonti del diritto, su ciò che costituisce diritto, che è invocabile per sostenere proposizioni di diritto (come ‘L’omicida del testatore non ha diritto di succedere nella titolarità dei beni’). Disaccordi di natura interpretativa, la cui risoluzione dipende dall’interpretazione e identificazione dei principi della morale di fondo di una comunità.

Le due critiche più generali rivolte alla teoria di Dworkin sono state: 1) i giudici e i teorici non dovrebbero guardare al diritto attraverso “le lenti dell’ottimismo”, rendendolo al meglio delle sue possibilità, bensì dovrebbero descrivere il diritto per come esso è; 2) la teoria di Dworkin è un esempio di teoria del diritto fatto per i giudici (o dalla prospettiva dei giudici) e non la comprensiva teoria del diritto che afferma di essere (J. Raz); la prospettiva assunta da un semplice cittadino sarebbe diversa (ad esempio, secondo il criterio del giudice Holmes, sapere cosa fare per evitare le sanzioni giuridiche, sapere fino a che punto ci si può spingere).

*Costituzionalismo normativo o garantista*: L. Ferrajoli

È una posizione sostanzialmente positivista, che cerca di fronteggiare l’insterilimento del positivismo analitico affiancando alla conoscenza scientifica del diritto anche un ruolo etico-politico, consistente nel sostegno all’unica forma di governo ritenuta qui e ora moralmente accettabile, la democrazia costituzionale.

Ferrajoli distingue fra costituzionalismo principialista (neocostituzionalismo) e costituzionalismo normativo o garantista, che rappresenta la sua posizione. Il secondo nega le tre tesi del neocostituzionalismo viste sopra e cioè la connessione fra diritto e morale, la contrapposizione forte fra principi e regole e il ruolo centrale del bilanciamento nell’esercizio della giurisdizione. Considera il neocostituzionalismo tendenzialmente giusnaturalista mentre considera il costituzionalismo garantista come il culmine e il perfezionamento del positivismo giuridico (definisce paleopositivismo il positivismo giuridico tradizionale)[[116]](#footnote-116).

*Sintesi di positivismo e giusnaturalismo*

B. Celano - Combina un g. trascendentale con il pluralismo etico e con una posizione nomodinamica vicina al positivismo. Ogni ordinamento della vita associata effettivamente esistente non è mai completamente immorale e malvagio, ma, male che vada, contiene alcuni valori o principi etici minimali (g. trascendentale). Il diritto è necessariamente espressione di valori e principi etici oggettivi. Compito del diritto positivo è la determinazione di questi valori e principi. Ma i valori, in ipotesi oggettivi, sono molteplici, confliggenti, incommensurabili e indeterminati. La loro determinazione esige bilanciamento, risoluzione di conflitti, commisurazione di incommensurabili. Il diritto fa ciò mediante una struttura nomodinamica, cioè mediante l’istituzione di poteri normativi. Resta sempre l’antitesi fra definitività e correttezza del diritto, ma in tale interpretazione almeno tale discrepanza si assottiglia. Il diritto dunque non è la rappresentazione di un ordine morale oggettivo (come sostengono i giusnaturalisti ortodossi), ma è comunque espressione di valori e principi etici. È un artefatto umano. Dunque si può essere giuspositivisti senza essere non-cognitivisti in etica.

15. Evoluzionismo giuridico

D. Hume, F. Hayek, B. Leoni, R. Merton, K. Popper

N. Luhmann, M. Barberis

Il diritto, come altre istituzioni sociali, emerge attraverso processi di natura spontanea, selezione culturale di usi e convenzioni di successo, frutto dell’interazione degli attori, e non è né il risultato di una decisione dell’autorità (positivismo giuridico) né un ordine naturale (giusnaturalismo). Alla radice di tale prospettiva c’è l’idea che l’agire *intenzionale* dei singoli produce necessariamente un esito *inintenzionale*. Il diritto è un prodotto dell’azione ma non della progettazione umana. Il diritto migliore è quello che sorge da questo processo evolutivo, come frutto del reciproco condizionarsi delle azioni individuali[[117]](#footnote-117). Invece la legislazione è il paradigma del costruttivismo giuspositivista[[118]](#footnote-118).

F. Hayek – Dottrina del *rule of law*: un sistema giuridico deve essere caratterizzato da un set di regole generali che consentano agli individui di perseguire i propri piani privati con un ragionevole grado di sicurezza e prevedibilità. Il punto centrale della dottrina è che gli individui devono sapere in anticipo come le norme incidono su di loro. Perché ciò avvenga è necessario che le caratteristiche delle norme giuridiche siano le seguenti: 1) le norme devono essere generali nella forma, cioè tali per cui nessun individuo o gruppo si distingua per trattamenti preferenziali; 2) non devono essere retroattive nell’applicazione; 3) devono vincolare chiunque, compreso lo Stato. Questo ultimo punto lega il *rule of law* al costituzionalismo e può essere esemplificato dai sistemi caratterizzati da separazione dei poteri, costituzioni scritte e altri strumenti volti a limitare i funzionari pubblici.

La critica dei sistemi giuridici effettivamente esistenti viene condotta sulla base di criteri procedurali (non morali, come nel giusnaturalismo).

Tale dottrina è principalmente in conflitto con la nozione di sovranità tradizionalmente intesa, perché in un sistema basato sulla sovranità, il potere illimitato attribuito al parlamento (anche se autorizzato dalla regola di riconoscimento) può violare i criteri del *rule of law*.

L’intervento dello Stato attraverso il welfare e la pianificazione ha dato vita a un diritto statale caratterizzato invece da un’ampia discrezionalità e singolarità, che riduce la prevedibilità e la stabilità per i cittadini.

I sistemi giuridici sviluppano spontaneamente le regole necessarie per la protezione dei liberi scambi fra gli individui e non è richiesto il potere coercitivo dello Stato per renderle valide. È dunque implicita nella dottrina del *rule of law* la distinzione tra diritto e Stato; nel mondo moderno i termini “Stato” e “diritto” si sono intrecciati, ma concettualmente devono essere tenuti distinti, perché non è detto che le norme giuridiche devono essere necessariamente emanate da autorità politiche; nella storia esse si sono spesso sviluppate autonomamente. La tradizione di *common law* è forse il miglior esempio di ciò, in contrasto con la teoria del comando che fa dipendere la validità dal volere del sovrano. Il *common law* è nato e si è sviluppato per risolvere dispute fra individui, dunque è strutturalmente incompatibile con la produzione legislativa collettiva (sanità pubblica, istruzione ecc.).

Critiche – È difficile formulare un insieme di criteri del *rule of law* tale da eliminare completamente la legislazione arbitraria. È possibile formulare norme assolutamente generali che, nonostante ciò, favoriscono alcuni gruppi; es.: in un paese prevalentemente protestante, una legge che proibisce lo svolgimento di incontri sportivi di domenica può essere perfettamente generale, tuttavia discrimina i cattolici romani, che generalmente giocano di domenica.

Il *common law* ha un inevitabile elemento di retroattività, il che comporta che non tutte le norme possono essere conosciute in anticipo.

Per giudicare della “legalità” di una norma non è sufficiente guardare alla sua *forma*, bisogna esaminare anche il suo *contenuto* (Fuller, Rothbard).

*Bruno Leoni*

La differenza tra diritto e legislazione è al centro della riflessione dell’italiano Bruno Leoni. Individualismo e *apriorismo* di marca austriaca rappresentano il contesto metodologico dell’analisi giuridica di Leoni.

Ne *La libertà e la legge*[[119]](#footnote-119) Leoni parte dalla constatazione dell’inflazione legislativa che affligge le società contemporanee. Fino all’Ottocento gli ordinamenti giuridici erano basati su un diritto indipendente dalla legislazione, in cui gli esperti, prescindendo dalla volontà dei governanti, avevano il compito di “scoprire” le leggi, e non di decretare. Si applicavano cioè spontaneamente regole non legislative. La legislazione invece è l’espressione della volontà contingente di chi la promulga. Ha la forma di un comando, che tende a *prescrivere* tipi di condotta, anziché limitarsi a *proibire* le condotte ingiuste. I sostenitori della legislazione giustificano questo stato di cose con l’argomento della rincorsa ai mutamenti della tecnologia. Ma, obietta Leoni, le procedure della legislazione sono in contrasto con quelle dell’evoluzione tecnologica, basata proprio sull’iniziativa individuale.

Dopo aver ribadito il contenuto *ex negativo* del concetto di libertà, Leoni passa in rassegna il significato dell’espressione *rule of law*. Per Dicey il significato di supremazia della legge è: assenza di potere arbitrario, soggezione di tutti alla legge, i diritti come risultato di decisioni giudiziarie. Per Hayek è: generalità, astrattezza, certezza del diritto, controllo da parte delle corti della discrezionalità amministrativa. La distorsione attuale, osserva Leoni, è la creazione di norme speciali, che creano ordinamenti giuridici paralleli in uno stesso paese, violando l’uguaglianza giuridica di fatto, anche se non “davanti alla legge”. La certezza del diritto, condizione necessaria per l’elaborazione dei piani di vita individuali, è stata identificata con le norme scritte. Ma il positivismo giuridico ha svuotato il concetto stesso di certezza del diritto. Non è detto che le leggi scritte garantiscano la libertà e la certezza: quando vi sono troppe leggi che confliggono, o quando queste vengono mutate spesso, non vi è quella certezza che garantisce la libertà. Non basta che le norme siano note in anticipo ai cittadini, condizione che, a parere di Hayek, preverrebbe decisioni arbitrarie *ad hoc*. La certezza del diritto garantita da norme scritte che mutano è la certezza del diritto “a breve termine”; perché il legislatore da un momento all’altro può cambiare le norme. Ma la vera certezza del diritto è quella “a lungo termine”, l’uniformità delle norme attraverso le epoche, garantita dal diritto evolutivo, che muta con il costume, con i precedenti, dunque in maniera molto lenta, garantendo così stabilità.

Nel *common law* invece i giudici “scoprono” la soluzione di una vertenza. Il *common law* è più obiettivo, meno arbitrario dell’attività del legislatore. Non è corretto dire che il giudice svolge nei sistemi *di common law* il ruolo che il legislatore svolge nei sistemi di *civil law*. Il legislatore interviene quando vuole e con provvedimenti di portata generale, il giudice solo su richiesta e su casi concreti. I cittadini sono gli attori, i giudici gli spettatori. L’attività dei giudici è preferibile alla legislazione, soprattutto perché essi intervengono solo quando ne sono richiesti dagli interessati (dunque non è possibile la ristrutturazione di interi settori sociali operata in maniera dirigistica dal legislatore), e secondariamente perché la loro decisione non incide su terzi. Il diritto, come il linguaggio e la moneta, nasce dalle relazioni fra gli individui. La tradizione austriaca ha dimostrato che un’autorità centrale non può conoscere l’infinità di bisogni e desideri dei soggetti che compongono il sistema economico. Come un’economia centralizzata non funziona, così un legislatore non può stabilire le regole per tutti, in quanto la sua conoscenza è limitata. La legislazione centralizzata dunque non è compatibile con il libero mercato, mentre il *common law* lo è. L’articolazione di questa corrispondenza, già individuata dalla Scuola Austriaca, è uno dei contributi più originali di Leoni.

La legislazione “negativa”, volta a proteggere le persone contro ciò che esse non vogliono sia fatto loro da altri, è più facilmente formulabile di quella “positiva”. Inoltre, non è detto che esista una “opinione comune”.

All’interno di una concezione evoluzionistica (a cui l’Hayek di *Legge, legislazione e libertà* deve molto), Leoni evidenzia come il diritto giurisprudenziale consenta alle norme giuridiche di evolversi con la realtà. Le norme migliori sono quelle che, attraverso una selezione positiva, si mostrano più adeguate a garantire il benessere (in senso lato) degli individui.

La ragione principale del prevalere della legislazione sul diritto viene individuata da Leoni nelle forme istituzionali delle società contemporanee. I parlamenti, nati con lo scopo di limitare il potere sovrano, sono diventati essi stessi sovrani, senza altri limiti che il principio di maggioranza. Analizzando le tecniche dei sistemi rappresentativi, Leoni indica la differenza fondamentale fra le decisioni prese dalla collettività attraverso la politica e le decisioni degli individui sul mercato: le prime sono coercitive per il perdente, mentre nelle seconde non vi è perdente. Il sistema rappresentativo è incompatibile con la libertà individuale in quanto coarta la parte perdente. La sostituzione delle decisioni collettive (attraverso procedure rigide e coercitive come la regola di maggioranza) alle scelte individuali elimina gli aggiustamenti spontanei, non solo fra domanda e offerta, ma anche fra ogni tipo di comportamento. È necessario dunque ridurre l’area delle decisioni collettive, del tipo “tutto-o-niente”, cioè gli ambiti di intervento dei “rappresentanti” (legislatori).

La volontà comune, basata sul principio di maggioranza, è una limitazione della libertà per la minoranza. «La libertà individuale non può essere compatibile con la “volontà comune” ove quest’ultima sia solo un’impostura per celare l’esercizio di coazione sulle minoranze del tipo di Lowell [minoranze che subiscono un’aggressione, *n.d.a*.] che, a loro volta, non accetterebbero mai la situazione se fossero libere di rifiutarla»[[120]](#footnote-120). La libertà individuale è compatibile con la volontà comune ogni volta che il suo oggetto è compatibile con il principio “Non fare ad altri ciò che non vorresti fosse fatto a te”. «In questo caso le decisioni collettive sono compatibili con la libertà individuale nella misura in cui puniscono e spesso pongono rimedio a tipi di comportamento che tutti i membri del gruppo, compresi quelli che esibiscono tale comportamento, disapproverebbero se ne fossero vittime»[[121]](#footnote-121). Inoltre, la libertà individuale può essere coerente con i gruppi di decisione e le decisioni di gruppo nel caso in cui rispecchino l’esito di una partecipazione spontanea di tutti i membri alla formazione di una volontà comune, per esempio in un processo di formazione del diritto indipendente dalla legislazione. Tuttavia libertà individuale e legislazione sono scarsamente compatibili a causa della contraddizione fra l’ideale di una formazione spontanea di una volontà comune e la statuizione di essa per mezzo di una procedura coercitiva, come di solito accade nella legislazione. Infine, la libertà individuale è perfettamente compatibile con tutti quei processi il cui esito è la formazione di una volontà comune senza ricorrere a gruppi di decisione e decisioni di gruppo. «Il linguaggio ordinario, le transazioni economiche quotidiane, i costumi, le mode, i processi spontanei di formazione del diritto e, soprattutto, la ricerca scientifica sono gli esempi più comuni e più convincenti di questa compatibilità - anzi, di questa intima connessione - fra la libertà individuale e la formazione spontanea di una volontà comune»[[122]](#footnote-122).

In conclusione, bisognerebbe rifiutare la legislazione, e lasciare operare il *common law*, ogni volta che 1) la legislazione è usata semplicemente come un mezzo per sottomettere le minoranze, allo scopo di trattarle come perdenti sul campo; e 2) è possibile per gli individui conseguire i propri obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo e senza costringere nessun altro a fare cose che non avrebbe mai fatto senza esservi costretto.

Nelle *Lezioni di filosofia del diritto*[[123]](#footnote-123) Leoni propone la sua interpretazione del diritto come pretesa.

Il diritto è basato sulle pretese (individuali). Pretesa di non essere aggredito o derubato, pretesa all’esecuzione di un contratto da parte dei sottoscrittori, pretesa al risarcimento da colui che ha ricevuto un danno, pretesa di un giudice che emana la sentenza, pretesa di un’autorità che emette un ordine ecc. La pretesa comporta una volizione (l’imposizione di un comportamento a un soggetto, es. colui che deve risarcire il danno), non è un’analisi dal valore puramente teoretico.

Effetto della pretesa è il *positum*, cioè la regola di condotta imposta.

La pretesa implica determinate previsioni. Es. il creditore *prevede* che il debitore paghi; se non paga, *prevede* che altri soggetti (es. apparato giudiziario) intervengano per costringerlo a pagare; e così via. Si pretende il comportamento più probabile, cioè quello più diffuso in un certo ambito storico; poiché la maggior parte delle persone osserva i doveri (es. saldare un debito), il creditore si aspetta l’osservanza del dovere da parte del debitore.

La pretesa comporta il potere (di esercitarla).

Le pretese in un contesto sociale

La norma giuridica è la formulazione linguistica dell’*incontro* tra pretese nella stragrande maggioranza dei casi e con la maggiore probabilità (come il prezzo deriva dall’incontro tra domanda e offerta). L’ordinamento giuridico dunque è la risultante effettiva dei comportamenti e delle pretese di tutti.

Nella società la maggior parte delle pretese sono compatibili (la pretesa di A non impedisce il realizzarsi della pretesa di B) e complementari (il rapporto fra A e B consente a entrambi di realizzare pretese che consentono il raggiungimento dei loro scopi).

I comportamenti semplicemente compatibili, da un punto di vista giuridico consistono normalmente di *omissioni*. È il campo del codice penale, che stabilisce norme su cose che non si devono fare.

I comportamenti complementari invece consistono in un fare qualche cosa. Un campo è il diritto contrattuale (ma anche l’imposizione fiscale rientra in questo campo).

Un ordine giuridico di carattere evolutivo si adatta meglio all’interpretazione del diritto descritta[[124]](#footnote-124).

Critiche all’evoluzionismo giuridico

Gli effetti inintenzionali sono sopravvalutati[[125]](#footnote-125). Esaminiamo la loro natura rispetto a due fenomeni giuridici, il precedente giudiziale e l’interpretazione.

Rispetto al precedente giudiziale, gli “effetti” della sentenza S1, nella quale il giudice Amos ha stabilito e applicato la *ratio decidendi* RD1, sono, poniamo, le sentenze successive S2… Sm: prodottiintenzionali nei quali altri giudici – Blackstone, Coke… Mansfield – hannotenuto intenzionalmente conto di S1 e RD1 nel decidere i casi individuali sottoposti alla loro giurisdizione. Analogamente, nel gioco dell’interpretazione testuale, gli “effetti” dell’interpretazione(-prodotto) I1 della disposizione D1, intenzionalmente formulata e usata da Amos in un documento giuridico (sentenza giudiziale o opera dottrinale), sono parimenti (atti e) prodotti intenzionali: le interpretazioni(-prodotto) I2… In di D1, intenzionalmente formulate e usate dagli interpreti Blackstone, Coke… Mansfield in documenti giuridici successivi (sentenze giudiziali o opere dottrinali), nei quali costoro hanno intenzionalmente tenuto conto di I1. Ora, lo scienziato sociale aggrega tali innumerevoli (atti e) prodotti intenzionali successivi (ma il discorso vale anche per l’interprete mosso da interessi pratici), in virtù del principio epistemico di “composizione” o di “aggregazione”, e, mediante aggregazione, li *trasforma*, dal punto di vista di *ciascun* agente isolatamente considerato, in effetti non intenzionali della *sua* azione intenzionale: assumendo, dunque, che ciascun agente, isolatamente considerato, non abbia voluto, né previsto, né propiziato alcuno di tali effetti.

La “meccanica” degli effetti non intenzionali è, apparentemente, tutta lì. Gli effetti non intenzionali sono una “sopravvenienza” che si deve all’opera vuoi degli scienziati sociali, vuoi di interpreti, mossi da interessi pratici, della “cultura” e della “società”. La constatazione del fatto, inoppugnabile, per cui gli “effetti non intenzionali di atti intenzionali” altro non sono se non aggregati, a fini scientifici o pratici, di (atti e) prodotti intenzionali.

In secondo luogo, spesso non è agevole la distinzione fra azioni intenzionali ed esiti inintenzionali.

Infine, nel modello contrattuale “a risultato aperto”, secondo L. Fuller un sistema di diritto consuetudinario in miniatura, l’intenzionalità è particolarmente evidente. In tale tipo di interazione il comportamento che ciascuna parte tiene nella fase della formazione di una norma consuetudinaria ha valore al tempo stesso, secondo i casi, di “proposta” e “prestazione anticipata”, ovvero di “controproposta” e “contro-prestazione anticipata”[[126]](#footnote-126).

16. Analisi Economica del Diritto

L’Analisi Economica del Diritto (*Economic Analysis of Law* o *Law and Economics*) è una teoria giuridica che collega le norme giuridiche alla massimizzazione del benessere. Ha la sua origine nell’Università di Chicago negli anni Sessanta del Novecento soprattutto con i lavori dell’economista Ronald H. Coase e ha un notevole sviluppo nell’ultimo trentennio del Novecento e all’inizio del XXI secolo negli Stati Uniti per opera di giuristi come Richard Posner[[127]](#footnote-127) e di economisti come Harold Demsetz, Gary Becker[[128]](#footnote-128) e Aaron Director, influenzando profondamente il pensiero giuridico contemporaneo.

Lontani progenitori sono l’utilitarismo di J. Bentham e J.S. Mill, mentre è diretta la discendenza dal pragmatismo giuridico americano, rappresentato soprattutto dall’“ingegneria sociale” di Roscoe Pound e dai realisti, ai quali però si rimprovera di non disporre di un buon metodo di analisi economica.

L’EAL ha dominato il pensiero giuridico in aree come l’*antitrust*, la responsabilità civile e molte delle materie afferenti al diritto commerciale. Un’importante branca è la teoria economica dei diritti di proprietà, che studia il rapporto intercorrente fra economie esterne e diritti di proprietà nell’ambito delle transazioni di mercato.

L’analisi economica del diritto cerca di offrire una soluzione all’insoddisfazione generata dalla teoria del diritto tradizionale (soprattutto il formalismo) dopo le critiche che il realismo giuridico americano aveva mosso ai suoi fondamenti teorici. Il tentativo di conferire nuovamente al diritto un soddisfacente grado di scientificità viene effettuato applicando a esso l’economia (*rectius*: la microeconomia), in particolare utilizzando il criterio di efficienza economica (verificabile sulla base di indagini empiriche sui costi/benefici) quale principio fondamentale da cui ricavare le norme giuridiche ottimali[[129]](#footnote-129).

Le premesse metodologiche dell’AED sono quelle della tradizione neoclassica: gli individui sono esseri razionali che tendono a massimizzare il proprio benessere; dunque rispondono razionalmente agli incentivi e ai disincentivi creati dai vincoli esterni. Circa la razionalità, si presuppone che la maggior parte degli individui agisca in modo razionale, e che quelli che non lo fanno rappresentino eccezioni casuali in grado di non modificare in misura significativa la capacità predittiva del modello. La felicità (utilità) è intesa in senso ampio, non egoistico, anche la felicità di altre persone può essere una componente delle soddisfazioni personali.

Il limite utilitarista della non misurabilità cardinale dell’utilità e dell’incommensurabilità delle utilità di individui diversi viene eluso attraverso 1) una misurazione del benessere come somma di tutti i beni e servizi, calcolati in unità monetarie e ponderati attraverso due tipi di prezzi, “offerti” (da chi vuole acquistare un dato bene) e “richiesti” (da chi intende venderlo)[[130]](#footnote-130); e 2) le “preferenze rivelate”. Ad esempio, se in un’asta offriamo quattro volte di più di un’altra persona per un oggetto, vuol dire che desideriamo quell’oggetto più dell’altra persona. E se due individui scambiano volontariamente un bene in cambio di 20 euro, vuol dire che il venditore con il suo comportamento “rivela” di preferire i 20 euro al libro e il compratore “rivela” di preferire il libro ai 20 euro; dopo lo scambio il benessere (l’utilità) di entrambi dev’essere aumentato, altrimenti non avrebbero effettuato lo scambio; quindi è aumentato il benessere della società. Dove lo scambio è volontario, le risorse gravitano verso gli usi più apprezzati dalle persone.

Altri due concetti fondamentali sono la legge della domanda[[131]](#footnote-131) e il costo-opportunità[[132]](#footnote-132).

La massimizzazione del benessere può essere conseguita introducendo regole giuridiche che, modificando i costi di transazione, contribuiscono al raggiungimento delle soluzioni più efficienti. In particolare, i giudici e il sistema giuridico devono assegnare i diritti di proprietà come avrebbe fatto il mercato se non fossero esistiti costi di transazione. Gli strumenti giuridici dunque devono *mimare il mercato*, interferendo con i diritti di proprietà con l’obiettivo della massimizzazione della ricchezza. Il diritto, modificando i prezzi relativi, influenzerà i comportamenti dei soggetti. Il diritto dunque diventa un insieme di incentivi rivolti ai consociati. Le norme giuridiche devono essere valutate in base ai comportamenti (modificati) che i soggetti tengono (in conseguenza degli incentivi che hanno ricevuto dalle norme)

Di conseguenza è necessario che il giudice non sia troppo strettamente vincolato a giudicare in base ai precedenti, ma sia libero di innovare ogni volta che, dal calcolo costi/benefici, si evidenziano maggiori vantaggi[[133]](#footnote-133).

Il punto d’appoggio è rappresentato dal teorema di Coase[[134]](#footnote-134). Esso è un problema di esternalità. Una premessa importante è la tesi della reciprocità della causalità. Le esternalità sono frutto della combinazione delle due attività, dunque è errato ritenere di poter stabilire in anticipo quale dei due soggetti in conflitto sia in torto. Nel caso di un incendio di un terreno agricolo prodotto da un treno in transito, l’incendio dipende da entrambe le attività, perché esso non ci sarebbe stato se la ferrovia non fosse stata costruita, ma anche se le piantagioni non fossero state realizzate così vicine ai binari[[135]](#footnote-135).

Un secondo importante aspetto è che nell’ambito di tale attività esistono *costi di transazione*, in sostanza le energie e il tempo spesi per portare a termine una transazione, e possono essere costituiti dalla ricerca del bene oggetto di scambio, dagli sforzi necessari a raccogliere informazioni sulle sue caratteristiche (per annullare o ridurre le asimmetrie informative), dall’individuazione dell’interlocutore, dalla necessità di mettere d’accordo un elevato numero di soggetti, dalla negoziazione (la definizione dei termini contrattuali), dall’esecuzione (di cui fanno parte i costi di trasporto), da eventuali comportamenti opportunistici.

Anticipando le conclusioni di Coase, il diritto dovrebbe intervenire solo nel caso in cui la negoziazione fra soggetti non è priva di costi[[136]](#footnote-136). Se tali costi sono nulli, la regolamentazione statale è dannosa, crea costi in termini di produzione persa e allocazione delle risorse. Di conseguenza le parti (il produttore e la vittima dell’esternalità) devono essere libere di stipulare gli accordi che preferiscono, poiché esistono gli incentivi necessari a realizzare una condizione di ottimo sociale (inoltre, non importa come sono assegnati i diritti di proprietà; v. *infra*).

Ad esempio, inquinatore e inquinato si mettono d’accordo sulla miglior soluzione: un risarcimento, lo spostamento della fabbrica, lo spostamento dell’inquinato finanziato dall’inquinatore, l’installazione di depuratori finanziato totalmente o parzialmente dall’inquinato ecc. Chi ha interesse a ottenere un particolare diritto – per esempio il diritto a inquinare – è disposto a pagare di più per esso, e, se l’altra parte accetta, il diritto è acquisito da colui che lo valuta di più, dunque si ha un risultato efficiente. La norma imposta dal legislatore sulla base di astratti criteri di giustizia potrebbe essere meno efficiente, cioè potrebbe determinare un grado di benessere inferiore a quello generato dalla libera negoziazione fra le parti; ad esempio, potrebbe ridurre la produzione in misura maggiore rispetto alla riduzione che conseguirebbe dalla negoziazione. Ciascuna delle parti tenderà a realizzare l’uguaglianza fra costi e ricavi marginali. L’allocazione che ne deriva sarà paretianamente efficiente, e lo sarà qualunque sia la distribuzione iniziale dei diritti di proprietà, perché i diritti finiranno nelle mani di chi attribuisce loro il maggior valore.

Questo criterio è applicabile a tutte le controversie fra privati conseguenti ad attività che invadono la proprietà altrui. L’esempio classico di Coase è quello della locomotiva che riversa scintille nei terreni degli agricoltori. C’è una disputa fra una società ferroviaria e il proprietario di un campo adiacente ai binari perché la locomotiva a carbone emette scintille che danneggiano (incendiano) il terreno dell’agricoltore. Per Coase in questa situazione non vi è un danneggiante (la compagnia) e un danneggiato (l’agricoltore); da questa situazione entrambi sopportano costi. L’agricoltore vede bruciato parte del suo raccolto, la compagnia subisce un danno se l’agricoltore impedisce al treno di passare o gli impone di rallentare o di installare dei dispositivi antiscintille.

Si supponga che il danno al campo ammonti a 100.000 dollari, e il dispositivo antiscintille costi 75.000 dollari. In tale situazione, se la responsabilità è attribuita alla ferrovia (diritto di proprietà assegnato al contadino), dunque se la ferrovia deve risarcire il danno, la ferrovia preferirà pagare i 75.000 del dispositivo piuttosto che i 100.000 di risarcimento. Se invece non è assegnata la responsabilità alla ferrovia, al contadino converrà offrire una cifra minore di 100.000 e maggiore di 75.000, poniamo 90.000, per convincere la ferrovia a installare il dispositivo. Entrambe le possibilità consistono nell’installazione dell’apparecchio. Cioè, indipendentemente da quale assegnazione dei titoli di proprietà (assegnazione della responsabilità) venga fatta, senza costi di transazione, con le parti che negoziano liberamente, si determina la soluzione più efficiente, quella che genera il massimo benessere collettivo, il costo di 75.000 anziché di 100.000; ed è ciò che conta. Non si guarda la situazione delle due parti coinvolte, chi è dalla parte del giusto.

Supponiamo ora che le cifre siano invertite: la perdita di raccolto è pari a 75.000 e il costo dell’apparecchio è 100.000. Nel primo caso, cioè con la ferrovia riconosciuta responsabile, essa pagherà 75.000 al contadino, ma non installerà l’apparecchio; nel secondo caso, con la ferrovia non riconosciuta responsabile, l’agricoltore non è in grado di (non gli conviene) pagare alla ferrovia una somma tale da installare l’apparecchio. Entrambi gli scenari danno vita allo stesso risultato: non vi sarà l’apparecchio. Ancora, indipendentemente da come sono assegnati inizialmente i diritti di proprietà, secondo Coase l’allocazione delle risorse sarà la stessa.

In questa situazione, poiché non vi sono costi di transazione, le due parti devono negoziare liberamente, dunque non deve essere imposta una norma giuridica statale unica e uguale per tutti (ad esempio, il divieto per la compagnia di invasione della proprietà con risarcimento del danno).

Se invece i costi di transazione sono positivi (caso più realistico), ad esempio se le parti non si accordano, vi deve essere un intervento “normativo”. Perché, a causa di tali costi, i diritti potrebbero *non* finire nelle mani della parte che dà loro maggiore valore, dal momento che il *plus* di spesa dei costi di transazione potrebbe rendere poco conveniente l’acquisto del diritto dal suo proprietario originario[[137]](#footnote-137).

In tal caso la norma giuridica da adottare è quella che determina il costo più basso (dunque la più efficiente, perché è quella che determina il massimo benessere collettivo). Un giudice quindi, sulla base di questo criterio di utilità, dovrebbe assegnare i diritti di proprietà alle parti in causa in modo che la “ricchezza” o il “valore della produzione” sia massimizzato[[138]](#footnote-138) (cioè assegnare i diritti come avrebbe fatto il mercato se non fossero esistiti costi di transazione). Dunque, se il costo dell’apparecchio è inferiore alla perdita di raccolto, allora il giudice dovrebbe schierarsi con il contadino e considerare responsabile la ferrovia (soluzione a). Altrimenti, se il costo dell’apparecchio è maggiore della perdita di raccolto, il giudice dovrebbe schierarsi con la ferrovia e considerare responsabile il contadino (soluzione b). Il giudice (lo Stato) dunque assegna i diritti di proprietà.

Dal modello di Coase si sono sviluppate successivamente applicazioni che hanno superato il campo specifico dei diritti di proprietà e delle esternalità, per diventare uno strumento metodologico unitario applicabile ad aree sempre più estese del diritto: come detto, il contratto, la responsabilità extracontrattuale[[139]](#footnote-139), l’*antitrust*.

A livello metodologico, si può riscontrare un’importante coincidenza fra le tesi libertarie e l’approccio dell’EAL a proposito del sistema di *common law*. Il diritto giurisprudenziale, per le sue caratteristiche strutturali, prima fra tutte la derivazione da un processo di selezione naturale, è considerato più efficace del *civil law* europeo-continentale ai fini della produzione di risultati efficienti[[140]](#footnote-140). In generale, molti esponenti dell’EAL ritengono che per spiegare il diritto prodotto dal legislatore si debba ricorrere ad altre teorie.

Una delle aree di più fertile applicazione dell’EAL è il diritto di proprietà. Un esponente che elabora tale ramo della teoria con esiti libertari è David Friedman.

Un altro campo particolarmente fecondo è il diritto contrattuale. In tale ambito, una questione di rilevante interesse è la definizione delle condizioni per l’attuabilità di un contratto. Negli scambi differiti nel tempo (ad esempio: una parte paga subito e l’altra promette la consegna della merce in futuro), affinché le transazioni e la cooperazione non vengano disincentivate, è opportuno che la promessa sia suscettibile di esecuzione coattiva.

Posner ha cercato di individuare le circostanze in cui le promesse gratuite possano essere legalmente azionabili. Per individuare le regole ottimali è necessario confrontare l’utilità della promessa per il promittente con il costo sociale dell’esecuzione della promessa. Le promesse non dovrebbero essere azionabili quando i costi di esecuzione superano il guadagno da esse apportato.

Un altro importante aspetto è la determinazione del contenuto delle regole suppletive, quelle che integrano i contratti incompleti, in cui le parti rinunciano a pattuire alcune clausole. I. Ayres e R. Gertner[[141]](#footnote-141) suggeriscono di introdurre “clausole penali suppletive” che diano «almeno ad una delle parti contraenti l’incentivo a negoziare per la disapplicazione delle regole suppletive»[[142]](#footnote-142), in modo da indurre i contraenti a rivelare le proprie preferenze nella fase di formazione del contratto. Lo strumento della clausola penale suppletiva è utilizzato anche per eliminare l’asimmetria nelle informazioni fra le parti.

Per quanto riguarda l’inadempimento contrattuale, il diritto anglo-americano privilegia il rimedio del risarcimento del danno. J.H. Barton[[143]](#footnote-143) si è occupato dei casi in cui l’oggetto del contratto è infungibile, e i danni diventano difficili da valutare. A. Schwartz[[144]](#footnote-144) ha cercato di portare argomenti a favore dell’esecuzione in forma specifica.

In materia di responsabilità civile, l’approccio in esame, in contrasto con la teoria tradizionale che mira esclusivamente a compensare la vittima per il danno sofferto, è interessato alla produzione di incentivi per comportamenti efficienti. La responsabilità ha la funzione di internalizzare i costi esterni, cioè i danni potenziali che gli atti (o le omissioni) degli individui possono cagionare agli altri. Le regole ottimali sono quelle che impongono un livello di precauzione che minimizza il costo sociale dei danni.

La negligenza di una condotta è dedotta dal confronto fra l’entità del rischio, la gravità dell’eventuale danno e i costi della prevenzione. La regola che emerge produce un equilibrio fra l’utilità conseguibile da chi intraprende la condotta e il rischio che essa genera per gli altri. Secondo S. Shavell è opportuno applicare il più rigido standard di *strict liability* al convenuto nel risarcimento del danno. Le norme tradizionali considerano il convenuto responsabile solo se non ha mantenuto un livello ragionevole di attenzione nella sua azione. Poiché queste regole non considerano l’opportunità anche solo di intraprendere l’attività rischiosa, tendono a ridurre l’effetto di deterrenza verso tali attività. Invece la responsabilità più ampia impone di pagare per tutto il danno causato e non sorge il problema[[145]](#footnote-145).

Altri settori del diritto privato in cui l’EAL si è cimentata sono il diritto di famiglia e il diritto societario.

Particolarmente interessanti sono le applicazioni dell’analisi economica al diritto penale. La giustizia penale ha lo scopo di minimizzare i costi sociali. Secondo Posner il diritto penale non fa altro che vietare atti inefficienti, quali i trasferimenti di ricchezza coercitivi, per dissuadere dai quali non sono sufficienti rimedi esclusivamente civilistici[[146]](#footnote-146). L’approccio economico istituisce un’analogia tra sanzione legale e prezzo. La sanzione è il prezzo che si deve pagare per poter intraprendere un’attività illecita. L’autore valuta benefici e costi dell’atto criminoso, scontati per la loro probabilità (di riuscita o di fallimento). Sulla base di tale premessa, è possibile utilizzare gli strumenti della teoria dei prezzi per esaminare i rapporti fra sanzioni alternative e comportamenti illeciti. In base alla legge della domanda, un aumento del prezzo (sanzione) associato a una determinata attività (o un aumento della probabilità di arresto), distoglierà dall’attività sanzionata, generando un effetto di sostituzione. È evidente in tale modello la predilezione per la funzione di deterrenza esercitata dalla sanzione.

In generale, se il beneficio conseguito dall’autore dell’illecito è inferiore al costo sociale (danno subito dalla vittima e/o dalla società), l’attività illecita verrà resa non vantaggiosa se la sanzione sarà correlata al beneficio. Se, al contrario, il vantaggio ottenuto dal criminale non è noto o è superiore al costo sociale, per conseguire un livello di deterrenza efficiente il valore della sanzione dovrà essere legato al costo sociale.

Per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie, esse vengono concepite come strumenti per il controllo delle esternalità. Poiché realisticamente la probabilità di condanna dell’autore di un illecito è inferiore a uno, la sanzione non può essere uguale al costo sociale, come avverrebbe in un approccio *à la* Pigou. Potrebbe invece essere rapportata alla probabilità effettiva di identificazione e al patrimonio dell’autore, trascurando i costi esterni. M.A. Polinsky e S. Shavell[[147]](#footnote-147) hanno però criticato tale soluzione, perché non prende in considerazione il diverso atteggiamento degli autori rispetto al rischio.

Gary Becker ha applicato il teorema di Coase al diritto penale. Le sanzioni e le spese per l’apparato repressivo del crimine devono essere stabilite in maniera tale da minimizzare le perdite sociali derivanti dal crimine. Prevale la funzione deterrente della pena. Vengono quindi privilegiate le multe pagate allo Stato anziché i risarcimenti alla vittima. Anche il carcere non è considerato la soluzione migliore, perché in questo modo il “pagamento” da parte del criminale non viene conseguito dal resto della società, e si determina una perdita sociale[[148]](#footnote-148).

L’analisi economica del diritto ha sviluppato diversi modelli per individuare il livello di risorse da impiegare nell’attività di prevenzione e repressione del crimine. Si confrontano i costi generati dal crimine con i costi associati alle diverse attività di polizia (indagine, *intelligence*, stipendi ai poliziotti ecc.). L’aumento delle spese per l’attività di polizia ovviamente aumenta la probabilità di scoperta e condanna del colpevole, tuttavia tale beneficio marginale potrebbe essere conseguito a prezzo di un ingente impiego di risorse, cioè con costi marginali proibitivi. L’analisi economica richiama a una posizione di equilibrio, rammentando che l’obiettivo da massimizzare è il beneficio sociale netto.

B. Mast, B. Benson e D. Rasmussen hanno applicato tecniche econometriche a questioni inerenti all’azione penale. In particolare, hanno esaminato l’impatto delle norme che disciplinano la confisca sull’attività della polizia[[149]](#footnote-149).

Il gruppo di autori etichettati *new resource economists* o anche *free market environmentalists*, fra i cui esponenti vi sono Terry L. Anderson e Don R. Leal, attingono ai metodi di Coase, evidenziando come la creazione e l’allocazione dei diritti di proprietà possano risolvere problemi legati al territorio e all’ambiente, dal sovrasfruttamento delle terre pubbliche all’inefficiente allocazione dei diritti di proprietà sull’acqua[[150]](#footnote-150).

Concludiamo questa sommaria rassegna limitandoci soltanto a segnalare un altro settore di applicazione dell’EAL, il diritto costituzionale, i cui risultati sono tuttavia per ora meno sofisticati di quelli raggiunti in materia di diritto civile[[151]](#footnote-151).

17. Libertarismo razionalista e diritto

Murray N. Rothbard, *Diritto, diritti di proprietà e inquinamento*

Il diritto è l’attuazione della forza a livello sociale (“*law is the social embodiment of violence*”).

Il diritto è un insieme di comandi; i principi del diritto (relativi all’illecito civile o al diritto penale) sono comandi negativi o proibizioni, del tipo “è vietato” compiere le azioni X, Y o Z[[152]](#footnote-152). In breve, alcune azioni sono considerate sbagliate a un livello tale da considerare appropriato usare la sanzione della violenza per contrastare i trasgressori, difendersi da essi e punirli.

Vi sono molte azioni contro le quali non è ritenuto giusto usare la violenza, individuale o organizzata. La semplice menzogna (purché non siano violati i contratti che trasferiscono titoli di proprietà), il tradimento, l’ingratitudine, la maleducazione ecc. sono atteggiamenti in genere considerati sbagliati, ma poche persone ritengono opportuno usare la violenza per proibirli o combatterli. Gli individui o gruppi di individui possono utilizzare comportamenti simili alle sanzioni, come il rifiuto di vedere una persona o frequentarla, escluderla e così via, ma usare la violenza del diritto per proibire tali azioni è considerato eccessivo e inappropriato.

Se l’etica è una disciplina normativa che identifica e classifica certi tipi di azione come buoni o cattivi, giusti o sbagliati, allora il diritto civile o penale è il sottoinsieme dell’etica che identifica le azioni contro le quali è corretto usare la violenza. Il diritto dice che l’azione X dovrebbe essere illegale e quindi *dovrebbe* essere combattuta dalla violenza del diritto. Il diritto è un insieme di proposizioni del tipo “si deve”, o normative.

Molti studiosi e giuristi hanno sostenuto che il diritto è una disciplina avalutativa, “positiva”. Naturalmente è possibile esclusivamente elencare, classificare ed esaminare il diritto vigente senza ulteriori valutazioni su ciò che il diritto dovrebbe o non dovrebbe essere. Ma quel tipo di giurista non sta assolvendo il suo compito fondamentale. Dal momento che il diritto è in ultima istanza un insieme di comandi normativi, il vero giurista o filosofo del diritto non ha assolto il suo compito finché non ha stabilito che cosa il diritto debba essere, per quanto difficile tale compito possa risultare. Se non lo fa, vuol dire che abdica al suo ruolo a vantaggio degli individui o dei gruppi ignari dei principi giuridici, che possono stabilire i propri comandi in base ad un semplice ordine e a un capriccio arbitrario.

Pertanto, i giuristi seguaci di Austin proclamano che spetta al re, o al sovrano, stabilire il diritto, e il diritto è semplicemente un insieme di comandi che promanano dalla sua volontà. Ma allora sorge la domanda: in base a quali principi il re opera o dovrebbe operare?[[153]](#footnote-153) Si può dire che il re sta emanando un decreto “cattivo” o “erroneo”? Appena il giurista ammette ciò, è oltre il volere arbitrario, e inizia a elaborare un insieme di principi normativi che dovrebbero guidare il sovrano. E allora si trova di nuovo davanti al diritto normativo.

Varianti moderne della teoria giuridica positivistica affermano che il diritto dovrebbe essere ciò che i legislatori proclamano tale. Ma quali principi devono guidare i legislatori? E se diciamo che i legislatori dovrebbero essere i portavoce dei loro elettori, allora spostiamo semplicemente il problema all’indietro, e la domanda diventa: quali principi devono guidare i votanti?

O il diritto, e quindi la libertà d’azione di ciascuno, dev’essere governato dal capriccio arbitrario di milioni di persone anziché di una sola o di poche?[[154]](#footnote-154)

Anche il più antico concetto per cui il diritto dovrebbe essere determinato dai giudici della tribù o da quelli di *common law*, che si limitano ad applicare le consuetudini della tribù o della società, non può eludere i giudizi normativi essenziali per la teoria. *Perché* bisogna obbedire alle norme consuetudinarie? Se la consuetudine di una tribù impone l’omicidio di tutte le persone più alte di un metro e ottanta, bisogna comunque obbedire a essa? Perché la ragione non può fissare un insieme di principi che sfidano e rovesciano le mere consuetudini e tradizioni? Allo stesso modo, perché la ragione non può essere usata per sconfiggere il mero capriccio arbitrario del sovrano o dell’opinione pubblica?

Il diritto che disciplina l’illecito civile e il diritto penale è costituito da un insieme di proibizioni all’invasione – aggressione – dei diritti di proprietà privata; cioè, le sfere di libertà di azione di ogni individuo. Se è così, allora il comando “è vietato interferire con il diritto di proprietà di A” implica che il diritto di proprietà di A è giusto e quindi non dovrebbe essere invaso. Le proibizioni giuridiche, quindi, lungi dall’essere in qualche senso avalutative, in realtà implicano un insieme di teorie sulla giustizia, in particolare sulla giusta assegnazione dei diritti di proprietà e dei titoli di proprietà. “Giustizia” non è altro che un concetto normativo.

Stephan Kinsella, *Legislation and Law in a Free Society*

Il positivismo giuridico riduce il diritto a semplice voce del potere: esso è un insieme di norme o di comandi emanati dagli organi competenti, con la previsione di una sanzione per i trasgressori; il diritto è legato inscindibilmente allo Stato. Invece il diritto è fondamentalmente ordinamento, cioè ordine che nasce dal basso, dalla società civile che si autorganizza. Il diritto nasce dalla vita e dall’esperienza concreta degli individui, e si manifesta sotto forma di istituti privatistici, contratti, usi, consuetudini, pronunce arbitrali, precedenti giudiziari. Il diritto storicamente ha ordinato le relazioni sociali non piovendo dall’alto ma come prodotto spontaneo della società, che si auto-ordina osservando la regola organizzativa posta in essere (e auto-ordinandosi si salva da una perenne rissa suicida [Paolo Grossi[[155]](#footnote-155)]. Ordini giuridici del passato, come il diritto pretorio romano, il diritto medievale e il *common law*, hanno avuto in comune l’idea che il diritto sia una questione che competa alla società civile (e ai suoi esperti: avvocati, giudici, arbitri, giuristi, notai) e non allo Stato. La superiorità di tale criterio è dimostrata dalla longevità e dalla fecondità degli istituti giuridici romani e medievali sorti attraverso un processo di scoperta dal basso (dottrinale, giurisprudenziale, consuetudinario), confrontata con l’incertezza del diritto provocata dall’ipertrofia legislativa contemporanea. Il diritto è una realtà vivente: ad es. quando un assembramento disordinato di persone decide di organizzare una fila secondo determinate regole, è nato spontaneamente dal basso un ordine giuridico, caratterizzato dalla comune osservanza volontaria.

Il diritto è uno strumento di ordinamento sociale: esso permette la convivenza pacifica fra gli individui. Dunque possiede il carattere dell’intersoggettività: esiste solo dove vi sono relazioni sociali; un uomo isolato non ha bisogno del diritto (come non ha bisogno del linguaggio).

Il diritto si basa sull’osservanza volontaria; gli individui nel corso della storia si sono sempre convinti del valore insito delle norme che proteggono la persona e la proprietà.

Anche nell’epoca contemporanea dominata dal monopolio statale della legislazione, tutti i nuovi istituti e contratti commerciali apparsi negli ultimi decenni (leasing, factoring, franchising, joint-venture, brokeraggio, bartering, swap ecc.) sono nati dal seno della società civile, non dal legislatore statale.

La certezza del diritto è data dalla chiarezza e dalla stabilità; dunque la vaghezza/oscurità/contraddittorietà e la proliferazione delle norme sono le nemiche della certezza. La certezza è una caratteristica fondamentale per una società libera. Essa può essere conseguita meglio da un sistema giuridico decentralizzato basato sulle decisioni giudiziarie (common law, diritto romano, diritto consuetudinario) che non in un sistema giuridico basato sulla legislazione centralizzata. Ciò, come ha spiegato Leoni, per tre motivi: 1) i giudici possono intervenire solo quando sorge una controversia e le parti richiedono il loro intervento, mentre il legislatore può intervenire quando vuole in ogni materia; 2) la decisione del giudice condiziona soprattutto le parti coinvolte e solo occasionalmente influenza soggetti terzi o non coinvolti nella causa; 3) la discrezionalità del giudice è limitata dalla necessità di rifarsi ai precedenti.

I pianificatori centralizzati non possono raccogliere le informazioni diffuse fra gli individui, dunque i legislatori centralizzati non possono legiferare razionalmente perché non possono conoscere le esigenze degli individui; dunque vengono influenzati dai gruppi di interesse. I sistemi decentralizzati come il *common law* invece sono analoghi al libero mercato, in cui si determina un ordine naturale; i lobbisti dovrebbero investire una quantità smisurata di risorse (non solo economiche, anche come costi di transazione) per convincere tutti i giudici e cambiare le norme.

I danni derivanti dall’incertezza del diritto: 1) rende i cittadini involontariamente e inconsapevolmente trasgressori delle norme, specialmente in presenza della perversa regola “l’ignoranza della legge non scusa”; 2) aumenta la preferenza temporale degli individui, cioè aumenta il consumo presente a scapito degli investimenti, perché se il futuro è meno certo, viene valutato meno rispetto al presente.

Non è detto che i codici (civile, penale), molto utili nella sistematizzazione del diritto, debbano essere statalizzati e prodotti con il meccanismo legislativo: essi possono essere anche redatti privatamente, come i *Commentaries on the Law of England* di Blackstone o i contemporanei *Restatements of the law* americani. I codici sarebbero di gran lunga più razionali e sistematici se dovessero racchiudere soprattutto gli sviluppi del *common law*, anziché l’enorme legislazione.

*Il diritto in un contesto anarcocapitalista o ad adesione volontaria*

Sono norme giuridiche le regole obbligatorie stabilite dal proprietario (o dai comproprietari) di una data struttura, residenziale, commerciale, viaria. È assente dunque la *statualità*, una delle caratteristiche del diritto sostenute in passato (Jhering, Bentham, Carnelutti).

La volontarietà dell’adesione a una data comunità (struttura proprietaria) non va confusa con la discrezionalità nel seguirne le norme giuridiche: una volta che si aderisce (si entra in una struttura proprietaria), il diritto di quella data comunità diventa obbligante, e dunque il diritto conferma la sua natura di insieme di comandi, il suo legame con la forza (v. *supra*, Rothbard). Naturalmente resta il diritto di *exit*.

Dunque si può parlare di “imperatività interna” del diritto libertario, nel senso che l’elemento imperativo del diritto è esercitato su chi *sceglie* di aderire a quel dato ordinamento giuridico (chi è interno a esso), non, come avviene nel giuspositivismo, in maniera indiscriminata. A livello metagiuridico gli individui hanno un grado di libertà in più rispetto a un assetto statal-giuspositivista.

Di conseguenza in tale contesto le norme restano *eteronome* quanto alla fonte (il proprietario) ma autonome rispetto alla volontà di sottomettervisi. Sono come le norme dei giochi, o di un’associazione: se voglio partecipare ad esse mi sottometto, se non voglio sottomettermi non partecipo al gioco o non mi iscrivo all’associazione. Mentre le norme giuridiche statuali, anch’esse eteronome, si applicano a tutti.

L’adesione volontaria e il diritto di uscita reintroducono la connessione fra diritto e morale invocata dal giusnaturalismo (senza doverlo assumere come fondamento dottrinale) e respinta dal positivismo giuridico: infatti, dal momento che le norme coercitive sono accettate dall’aderente, non vi è coercizione involontaria (aggressione), circostanza che invece esporrebbe il sistema al rischio della presenza di una o più norme immorali.

Infine, in un assetto giuridico anarchico viene risolto il principale nodo teorico del giuspositivismo, il rapporto fra il carattere fattuale del diritto e il suo carattere normativo. Perché un fatto o un insieme di fatti (i comandi di un sovrano, le procedure di un parlamento) devono avere anche forza vincolante? Il solo esercizio del monopolio della forza non può essere il criterio legittimante di un ordinamento giuridico, perché in tal modo anche i comandi di un clan mafioso in una data sezione di territorio avrebbero legittimità di norme giuridiche e non si riuscirebbe a distinguere il sistema normativo legittimo. L’adesione volontaria qualifica l’obbligo di obbedienza a un livello di legittimità che il giuspositivismo statalistico lascia non giustificato.

18. Movimenti tra fine XX e inizio XXI secolo

*Critical Legal Studies*

R. Unger (*Knowledge and Politics*, 1975[[156]](#footnote-156)), R. Gordon, D. Kennedy, M. Minow, M. Tushnet

In quanto gruppo autodefinito, il movimento dei CLS, prevalentemente americano, inizia la propria attività a partire dalla fine degli anni Settanta del Novecento[[157]](#footnote-157). È un movimento eterogeneo, non ha un solo metodo e una sola epistemologia.

Il diritto è ridotto a un discorso ideologico fondato sulle relazioni di potere; il diritto è politica.

Critica al liberalismo e alla sua presunta neutralità, da posizioni marxiste e di estrema sinistra. I diritti e le libertà sono funzionali agli interessi politici ed economici del liberalismo. I concetti giuridici non sono oggettivi; ad esempio, il concetto di libertà contrattuale, presentato come un diritto, serve soltanto ai fini del mercato e agli interessi del capitalismo; così come il principio dello *stare decisis*. La dottrina giuridica e le istituzioni giuridiche operano solo per sostenere un sistema di rapporti oppressivi e non egualitari.

Per sovvertire tale ordine pietrificato, U. propone dei “controprincipi” che rovescino i principi tradizionali, relegando questi al rango di eccezioni. Il valore principale che informa di sé tali controprincipi è la “comunità”, intesa come l’elemento sociale o altruistico presente nel mondo. Esempi di controprincipi sono quelli che sostengono le pari opportunità nei confronti di tutte le categorie svantaggiate (donne, neri, poveri, handicappati). Dunque, nell’esempio precedente della libertà contrattuale, dovrebbe prevalere il controprincipio per cui prevalgono gli aspetti comuni della vita sociale, dunque un determinato assetto economico-sociale notevolmente egualitario, che la libertà di contratto non può intaccare in maniera sostanziale, rimanendo relegata a un ruolo marginale. Tali controprincipi rappresentano un punto di partenza per ricostruire un nuovo diritto, sia pubblico che privato.

Altri temi di tale corrente sono l’indeterminatezza del diritto (il giudice può formulare qualsiasi decisione, il linguaggio del diritto non vincola) e l’attacco alla distinzione pubblico/privato (l’ambito privato non è un rifugio dalla coercizione dell’ambito pubblico; coercizione vi è anche nelle relazioni fra privati, come ad esempio lo sfruttamento di un lavoratore da parte del datore di lavoro, e il pubblico spesso si rifiuta di intervenire per far terminare quell’oppressione).

In Italia è di formazione marxista Pietro Barcellona.

All’interno dei CLS si sono formati sottogruppi come gli studiosi della differenza razziale, la teoria giuridica femminista e la decostruzione postmodernista, che di seguito vengono esaminati.

*Teoria della differenza razziale*

M. Matsuda, S. Brewer, R. Delgado, J. Stefancic

Emerge negli Stati Uniti sul finire degli anni Ottanta. Denuncia il condizionamento discriminatorio del diritto ma ne evidenzia anche le capacità emancipatorie. Il diritto riflette la prospettiva e il valore dei bianchi, non è neutrale. La dottrina dei diritti civili e quindi l’uguaglianza davanti alla legge perpetua la discriminazione di fatto.

Costante attenzione alle proposte di riforma volte a cambiare il diritto attraverso la legislazione (uno degli strumenti più ricorrenti è l’*affirmative action*).

I lavori di questo movimento sono anomali dal punto di vista stilistico, spesso si fa uso della narrazione e del racconto anziché della saggistica tradizionale; anche per evidenziare un punto di vista specifico dei neri sul diritto.

*Teoria giuridica femminista*

Emerge alla fine degli anni Settanta del Novecento.

Il sistema giuridico riflette e rinforza la prospettiva e gli interessi maschili. Alcune studiose hanno sostenuto l’uguaglianza giuridica (*femminismo liberal*)[[158]](#footnote-158) mentre una parte prevalente ha rielaborato le categorie concettuali del diritto e le istituzioni per renderle rispettose delle differenze di genere. Le soluzioni però sono varie e a volte divergenti.

Come quello precedente, è un “movimento” più che una concezione del diritto, cioè è una teoria impegnata a difendere e a implementare determinati orientamenti di valore e piani d’azione. La dimensione normativa prevale su quella descrittiva e la ingloba in sé.

A. Scales, *Towards a Feminist Jurisprudence*, in “Ind. L. J.”, 56, 1981; N. Lacey, *Unspeakable Subjects*, 1998; P. Smith, *Feminist Jurisprudence*, 1996; R. West, *Caring for Justice*, 1997.

Gli ultimi due approcci al diritto a volte vengono ricompresi sotto la comune etichetta di *Outsider jurisprudence*.

*Postmodernismo giuridico*

È l’applicazione al diritto dei temi sviluppati dal postmodernismo filosofico, tra cui il rifiuto dell’idea di una fonte fondativa della verità o della giustificazione e dell’idea per cui le affermazioni, i testi o gli eventi abbiano significati univoci; la verità e l’identità come costrutti sociali o culturali; l’enfasi sulle influenze irrazionali o inconsce di azioni e credenze.

J. Balkin, *Deconstructive Practice and Legal Theory*, 1987.

J.E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, in “Harvard Law Review”, vol. 97, No. 6, Apr. 1984.

*Diritto e Letteratura*

J.B. White, *The Legal Imagination*, 1973; Francois Ost, *Raconter la loi*, 2005

Gli studi sono stati organizzati secondo la dicotomia “il diritto nella letteratura” e “il diritto come letteratura”. Circa il primo aspetto, la letteratura è in grado di insegnare ai giuristi e ai giudici cose fondamentali sul modo in cui il diritto opera; es. l’opera di Kafka sul consenso, *Billy Budd* di Melville sulla colpevolezza. Per quanto riguarda il secondo aspetto, si evidenzia il carattere estetico e narrativo del diritto (es. i trucchi retorici degli avvocati in giudizio o dei giudici nella redazione delle sentenze), e soprattutto il processo interpretativo, la ricerca del significato nei testi o a partire dai testi, che accomunerebbe operatori del diritto e critica letteraria (a favore di questa tesi Dworkin, contro Posner).

19. Teoria del diritto

La teoria del diritto si occupa dei concetti giuridici fondamentali, cioè delle nozioni che si presumono comuni ai diversi ordinamenti giuridici (‘norma’, ‘validità’, ‘obbligo’, ‘diritto soggettivo’, ‘sanzione’, ‘illecito’, ‘responsabilità’, ‘persona giuridica’, ‘negozio giuridico’, ‘interpretazione’ ecc.) indipendentemente dai valori che li informano e dai loro concreti e variabili contenuti. Si riduce il diritto al diritto positivo, a cui viene applicato il metodo generalizzante[[159]](#footnote-159). Va distinta dalla *dogmatica giuridica*, che si occupa invece del contenuto di singoli settori di uno specifico ordinamento giuridico positivo (es. il diritto di famiglia)[[160]](#footnote-160).

“Umanità” e “socialità” del diritto: il diritto esiste in quanto esistono gli esseri umani[[161]](#footnote-161) ed esistono relazioni fra di loro[[162]](#footnote-162). Se gli esseri umani non esistessero o ciascuno vivesse completamente isolato dagli altri non vi sarebbe spazio per il diritto.

Un terzo carattere è quello normativo: ogni ordinamento giuridico si presenta come un sistema di norme.

Funzioni del diritto

La funzione minimale del diritto, cioè la ragione minima per la quale gli uomini si servono del diritto, è la convivenza pacifica, cioè non violenta; perché si ritiene che le azioni aggressive al corpo o alla proprietà di altri siano immorali, ingiuste (motivo deontologico) e, se non impedite, a lungo andare provochino il collasso delle società, generando disutilità (motivo consequenzialista). Cosicché il diritto tende alla funzione minimale dell’ordine, della pace sociale, della coesistenza dei piani individuali, della sopravvivenza del gruppo sociale, del disciplinamento della dinamica sociale, inteso come semplice assenza di conflitti, non nel senso forte di armonia positiva[[163]](#footnote-163). Da questo punto di vista, il diritto è il sottoinsieme dell’etica che identifica le azioni contro le quali si può fare ricorso alla forza[[164]](#footnote-164). In moltissimi ordinamenti giuridici il mentire appartiene alla morale ma non al diritto, e infatti non si usa la forza contro una persona che ha detto una bugia; uccidere appartiene sia alla morale sia al diritto. Dunque, per spiegare l’esistenza di molte norme (sicuramente le *norme di condotta*) si deve far riferimento a *valori*[[165]](#footnote-165).

Appena un sistema giuridico si articola, incorpora anche le norme *di struttura* o *di organizzazione*, cioè le norme che stabiliscono chi e come può produrre le norme (un capotribù, un sovrano assoluto, un parlamento).

Una terza funzione del diritto è quella di risolvere eventuali ‘problemi di coordinamento’, in modo che nell’interazione fra individui si mantengano i comportamenti più efficienti. Un classico esempio sono le norme sulla circolazione stradale, in particolare se si deve tenere la carreggiata destra o sinistra[[166]](#footnote-166). Il coordinamento presuppone dunque l’esistenza di soluzioni equipollenti: scegliere la carreggiata destra o sinistra è irrilevante, una scelta non è più morale dell’altra, o l’una morale e l’altra immorale; l’importante è che si scelga un lato per evitare il caos nella circolazione automobilistica. Vi è qui dunque una profonda differenza rispetto alla prima funzione del diritto, nella quale le soluzioni (norme) scelte non sono equipollenti a una ipotetica norma alternativa: vietare l’omicidio non è equivalente a consentirlo. Tale funzione evidenzia che il diritto sarebbe necessario anche se gli individui fossero “angeli”, cioè moralmente perfetti, perché ai fini del coordinamento sociale è necessario accordarsi preventivamente su determinate regole di tipo tecnico.

Infine, esaminando il diritto delle società contemporanee, si deve prendere in considerazione anche lo scopo di allocare autoritativamente beni e servizi, di fatto un intervento redistributivo, strettamente associato alla realizzazione dello Stato sociale.

È prevalentemente in questo contesto che opera la funzione “promozionale” del diritto (N. Bobbio), opposta a quella repressiva, in quanto è volta a incoraggiare all’osservanza di determinati comportamenti (attraverso premi, contributi, esenzioni fiscali ecc.).

Definizioni

Dipendono dalle impostazioni teoriche e dottrinali dei giuristi e delle scuole di pensiero. Qui si offrono alcune definizioni/descrizioni.

Definizioni *normativiste*

Il diritto è un insieme coordinato di norme che regola il comportamento umano al fine di garantire la convivenza pacifica fra gli individui.

Insieme coordinato di norme che regola il comportamento umano al fine di organizzare – nel senso di ‘dare ordine’ a – la vita sociale.

Insieme coordinato di norme per la distribuzione imperativa dei valori (vita, integrità fisica, libertà, sicurezza) e dei beni nella società[[167]](#footnote-167).

*Prescrittivismo* (riconfigurazione del normativismo): il diritto è l’insieme delle norme giuridiche intese come precetti o prescrizioni.

Definizione *giuspositivista*: il diritto è l’ordinamento che disciplina l’impiego della forza.

Definizioni *imperativistiche*

Il diritto è un insieme di comandi direttamente o indirettamente emanati da un sovrano.

Il diritto è una tecnica per il controllo del comportamento umano.

Definizioni *giusnaturaliste*

Il diritto è l’insieme di norme di condotta derivanti dalla natura umana e dunque conformi a standard morali oggettivi.

Il diritto è il sottoinsieme dell’etica che identifica le azioni contro le quali è corretto usare la forza (M.N. Rothbard).

Definizione *giusrealista*: il diritto è l’insieme dei comportamenti dei giudici (o, più in generale, degli organi dell’applicazione; rappresentati, oltre che dagli organi giurisdizionali, anche dagli organi amministrativi e dai supremi organi costituzionali).

Definizione *istituzionalista*: il diritto è l’insieme e l’interazione delle istituzioni nella società.

Definizione *interpretazionista* (R. Dworkin): il diritto è una pratica interpretativa e argomentativa informata al principio della soluzione corretta.

Alcuni concetti di base: fattispecie, rapporto giuridico, diritto oggettivo, diritto soggettivo, soggetto giuridico, legge, giurisprudenza

Il diritto è un insieme coordinato di norme, è un ordinamento; una norma giuridica non si trova mai sola, è legata ad altre norme con le quali forma un sistema (v. *infra*, § 18.2).

I fatti che accadono nella realtà, individuali e concreti, sono le *fattispecie concrete*. Le situazioni-tipo previste (e regolate) dalle norme sono le *fattispecie astratte*.

Un rapporto fra due soggetti diventa giuridico solo dopo che una norma lo abbia regolato. Dunque un *rapporto giuridico* è ogni relazione tra due soggetti che sia disciplinata da norme giuridiche (v. *infra*, § 18.3).

Un rapporto di fatto si trasforma in un rapporto giuridico quando una norma attribuisce a uno dei due soggetti un diritto e all’altro un dovere (o obbligo).

*Diritto oggettivo*: ordinamento giuridico, complesso di norme. È il significato che ha in espressioni come “Il diritto italiano vieta l’omicidio”.

*Diritto soggettivo*[[168]](#footnote-168): è il riconoscimento-attribuzione da parte dell’ordinamento giuridico (del diritto oggettivo) di una pretesa, che implica un altrui obbligo di non fare o di fare. Il primo tipo di obbligo si traduce in tre situazioni idealtipiche per il titolare del diritto soggettivo: non subire lesioni al corpo da altri, poter compiere un’azione, poter disporre di una cosa (d. “negativi”). Il secondo tipo di obbligo invece si traduce nel diritto di esigere una prestazione da altri (d. contrattuale, d. “positivi”). Esempi di uso del termine: “Ho diritto di dire quello che penso”, “Ho diritto di ricevere il prezzo del bene venduto”, “I cittadini hanno diritto di associarsi”. Il diritto soggettivo comporta la facoltà di agire (presso un organo giurisdizionale) per difendere l’interesse riconosciuto ed eventualmente minacciato. Diritti e obblighi dunque sono correlativi[[169]](#footnote-169).

*Soggetto*: centro di imputazioni giuridiche (diritti, interessi, aspettative, obblighi).

*Legge*: nel significato di oggi, è un atto del legislatore che forma o modifica il diritto.

*Giurisprudenza*: insieme delle decisioni giudiziarie delle corti, cioè l’attività dei giudici e/o il suo risultato (es.: la giurisprudenza del Tribunale di Napoli in materia di sfratti). In passato indicava la scienza che studia e spiega il diritto positivo, cioè ciò che oggi chiamiamo *dottrina* (*juris prudentia*, *sapientia juris*).

Storia del diritto

Per gran parte della storia umana il diritto è stato *consuetudinario*, cioè basato su una prassi sociale lungamente ripetuta a seguito dell’osservanza spontanea dei consociati. Va distinto dalla consuetudine il *linguaggio normativo orale*, che si ha quando le norme sono orali, ma imposte da una fonte specifica, non ‘estratte’ da comportamenti, come avviene nel diritto consuetudinario; ne sono un esempio le leggi di Sparta volute da Licurgo (VIII secolo a.C.).

Vi è poi il diritto scritto. Esempi di norme scritte nel mondo antico: codice di Hammurabi in Babilonia (XVIII secolo a.C.), costituzioni delle *poleis* greche nel V secolo a. C., legge delle 12 tavole nell’antica Roma (V secolo a.C.), codificazione di Giustiniano (VI secolo d.C.). L’avvento del diritto scritto si realizza agli inizi dell’Ottocento (codificazioni), e va di pari passo con la statizzazione del diritto[[170]](#footnote-170).

Esistono anche norme giuridiche scritte diverse dalla legge, come le sentenze a cui è riconosciuto il valore di precedenti vincolanti (diritto *giurisprudenziale*, es. *common law*).

Il diritto non è necessariamente collegato allo Stato; esso può derivare, e storicamente è derivato, anche da una comunità che dal basso si auto-organizza e in cui è assente un monopolista della forza (la *Lex Mercatoria*[[171]](#footnote-171), il diritto della navigazione, l’Irlanda dal VII al XVII secolo d.C., l’Islanda fra il X e il XIII secolo d.C., la Lega Anseatica, l’Ovest americano all’epoca della colonizzazione). Tuttavia nell’epoca moderna lo Stato si è riservato il monopolio del diritto, o producendolo direttamente o riconoscendone alcune fonti. Lo Stato, disponendo del monopolio della forza, può conferire alle norme quella qualità (l’imperatività) che le rende giuridiche. Lo Stato esercita questo monopolio del diritto attraverso 1) l’assunzione del dominio sulle sue fonti (funzione legislativa), 2) il dominio sulla sua applicazione (funzione giurisdizionale), 3) la competenza esclusiva sulla materiale costrizione dei comportamenti (funzione di polizia).

In vecchie definizioni, come ad esempio quella di Francesco Carnelutti (1940), fra gli elementi del diritto si inseriva anche la *statualità*: solo il diritto statale può essere considerato “vero” diritto, la compiutezza del diritto può esprimersi solo attraverso e nello Stato. Hanno sostenuto tale tesi giuristi giuspositivisti o appartenenti al sociologismo giuridico come R. Jhering, L. Duguit, R. Carré de Malberg e P. Roubier[[172]](#footnote-172). Tuttavia tale carattere, che per molto tempo è stato considerato un elemento imprescindibile (come l’umanità e la socialità), oggi dalla maggior parte dei giuristi non è considerato necessario: si considerano altri diritti fuori dello Stato – l’ordinamento giuridico della Unione europea, il diritto internazionale, il diritto canonico – e interni allo Stato, come il diritto sportivo[[173]](#footnote-173). Inoltre, come si è detto, anche in passato il diritto si è generato spesso dal basso, e la sua osservanza era sì obbedienza, ma obbedienza intrisa di adesione, perché la regola era radicata nei valori circolanti e condivisi; la dimensione ordinante non era solo coartante, accompagnava lo sviluppo e le esigenze di quella data società.

Rami o partizioni del diritto

Privato: regola i rapporti fra privati (civile, commerciale, del lavoro, della navigazione, bancario).

Pubblico: regola l’organizzazione dello Stato e i rapporti fra lo Stato e i privati (costituzionale, amministrativo, penale, processuale, tributario, regionale).

Questa distinzione non è appropriata per i sistemi di *common law*.

A loro volta tali rami possono essere suddivisi in micro-insiemi di norme: ad esempio, all’interno del diritto privato, il diritto dei contratti, la disciplina della compravendita, la locazione degli immobili, le successioni, il diritto di famiglia.

19.1 Norma giuridica

La norma è l’unità elementare di quel sistema che è il diritto[[174]](#footnote-174).

Definizione

Per giungere a una definizione sono necessarie alcune considerazioni. Una definizione risalente identifica la norma giuridica con una *proposizione* prescrittiva[[175]](#footnote-175). Secondo questo uso del termine ‘norma’, a ogni enunciato corrisponde una (e una sola) norma[[176]](#footnote-176).

Nel tempo la dottrina ha sottoposto a critiche tale impostazione. La sequenza di parole sintatticamente unite (di un articolo di codice o di un’intera legge), l’enunciato, è stato definito *disposizione*[[177]](#footnote-177). Ora, è vero che il significato letterale in gran parte dei casi rappresenta un nucleo non controverso[[178]](#footnote-178), tuttavia in alcune situazioni può non coincidere con la norma[[179]](#footnote-179). Perché:

1) Una norma può essere tratta dalla combinazione di più disposizioni, da più documenti o da più fatti (tecnica del combinato disposto)[[180]](#footnote-180).

2) Una singola disposizione (un singolo articolo o un singolo comma) può esprimere anche più di una norma[[181]](#footnote-181).

3) Vi possono essere disposizioni sinonime, cioè che esprimono la stessa norma[[182]](#footnote-182).

4) La disposizione può essere semanticamente generica o ambigua, quindi passibile di più significati; le interpretazioni di essa allora possono essere diverse, cioè possono generare una norma o un’altra a seconda della valutazione dell’interprete[[183]](#footnote-183).

5) Esistono anche norme senza proposizioni, quando quindi la disposizione addirittura manca, come avviene con le norme inespresse, ricavate per analogia, *legis* o *iuris* (v. *infra*); con le norme implicite (le consuetudini, i principi generali) o con le norme comunicate con segni non verbali (luci, semafori, cartelli, segnali stradali, emissioni sonore, atti simbolici).

Se è così allora una norma non è la singola disposizione bensì il **significato**, il contenuto di senso, che si trae da uno o più enunciati, da uno o più disposizioni. E ciò rende necessaria anche un’operazione interpretativa. Una sequenza di parole non è sufficiente, c’è sempre un’interpretazione volta a comprenderne il significato.

In conseguenza di tali considerazioni una definizione più rigorosa di norma giuridica è: “la norma è il significato di uno o più enunciati linguistici in funzione prescrittiva contenuti nelle fonti del diritto”[[184]](#footnote-184).

**Classificazione delle norme giuridiche**

Gli elementi delle norme sono il *carattere* e il *contenuto*[[185]](#footnote-185).

Relativamente al carattere, o alla natura, delle norme giuridiche, è stata proposta un’ampia varietà di classificazioni, condizionata dalle diverse tradizioni di ricerca e anche dalle scelte semantiche effettuate, che talvolta hanno etichettato con termini diversi i medesimi concetti.

- Norme di *condotta* (o *sostanziali* o *di comportamento*): impongono obblighi; possono essere *proibitive* o *precettive*, cioè possono vietare o imporre comportamenti[[186]](#footnote-186). Un esempio del primo tipo è l’art. 575 del Codice penale italiano che vieta l’omicidio; e in genere le norme del diritto penale, che impongono di “non commettere” le azioni X, Y o Z (non uccidere[[187]](#footnote-187), non rubare[[188]](#footnote-188), non percuotere[[189]](#footnote-189)). Esempi del secondo sono le norme fiscali che introducono le imposte[[190]](#footnote-190), le norme che impongono l’esecuzione dei contratti (pagamento di una somma, consegna di un bene, effettuazione di una prestazione), la norma che punisce l’omissione di soccorso[[191]](#footnote-191), il risarcimento del danneggiato, il dovere (oltre al diritto) dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli[[192]](#footnote-192), l’obbligo scolastico[[193]](#footnote-193).

- Norme *permissive*: riconoscono la facoltà di assumere determinati comportamenti; es. la garanzia che il venditore dell’automobile mi dà per il buon funzionamento del prodotto mi consente l’azione per la riparazione in caso di vizio del prodotto.

La maggior parte della teoria considera facenti parte delle norme permissive le norme *attributive* (di diritti, di facoltà, di poteri[[194]](#footnote-194)) a soggetti privati o pubblici, i quali quindi possono tenere e anche non tenere una certa condotta[[195]](#footnote-195). Una norma attributiva di un diritto soggettivo è, ad esempio, l’art. 12 della legge sul diritto d’autore (l. 22-04-1941 n. 633 e successive modifiche) che attribuisce all’autore il diritto esclusivo di pubblicare e utilizzare economicamente l’opera; o l’art. 65 c.c., in base al quale dopo la sentenza di morte presunta “il coniuge può contrarre nuovo matrimonio”[[196]](#footnote-196).

Relativamente all’attribuzione di poteri, come detto anche questi possono essere conferiti a soggetti pubblici o privati. Esempi di norme che attribuiscono un potere pubblico: l’art. 70 Cost: “la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere” (il legislatore ha la facoltà, non l’obbligo, di legiferare); l’art. 102, comma 1, Cost: “La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario”.

Un esempio di norma che attribuisce poteri a soggetti privati è l’art. 320 c.c., in base al quale i genitori amministrano i beni dei figli finché questi non hanno raggiunto la maggiore età o l’emancipazione.

Esempi di norme che conferiscono poteri privati sono anche quelle che accordano ai soggetti facilitazioni per concretizzare i loro desideri; es. il modo in cui si stipulano contratti, matrimoni, testamenti, come trasferire la proprietà di un immobile, come ipotecare validamente un bene. Sono state definite anche *tecniche*, perché impongono obblighi ma in modo condizionato, solo se si intende raggiungere un determinato fine; in sostanza indicano la via per conseguire qualche fine, “se vuoi fare questo, ecco il modo per farlo” (es. “La domanda di partecipazione al concorso dovrà essere presentata entro la data di scadenza X”). Se le norme tecniche hanno una portata costitutiva (v. *infra*), cioè se la condizione posta dalla norma è costitutiva dell’istituto giuridico stesso, le norme si chiamano *anankastico-costitutive*[[197]](#footnote-197); ad esempio è tale l’art. 602, comma 1 c.c. “Il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore”; la condizione posta dalla norma è costitutiva del concetto stesso di testamento olografo, nel senso che il testamento olografo non sarebbe tale se non fosse scritto e sottoscritto dal testatore.

- Norme *costitutive*: creano un concetto giuridico e generano una pratica che prima della loro formulazione non esistevano, a differenza delle norme prescrittive che disciplinano situazioni già esistenti[[198]](#footnote-198); producono determinati effetti in via di ‘automatismo giuridico’, non è necessario l’esercizio intenzionale di un potere giuridico da parte del soggetto; eseguono sé stesse, non hanno bisogno di un adempimento da parte di altri, come quelle prescrittive. Esempi: la norma che associa il conseguimento della maggiore età al compimento del diciottesimo anno (l’effetto giuridico è il *costituirsi* di uno status); la norma che stabilisce le condizioni per la maturazione dell’usucapione; l’art. 12 della Costituzione italiana che descrive la bandiera[[199]](#footnote-199).

- Norme *di struttura* (o *procedurali* o *di organizzazione* o *di competenza*): disciplinano la creazione e l’applicazione del diritto, cioè stabiliscono chi produce (abroga, modifica, applica) le norme e il procedimento che deve essere seguito affinché esse siano emanate (abrogate, modificate, applicate, risolte le antinomie). Esempi: le norme della Costituzione che regolano il procedimento legislativo (ad esempio, l’art. 70 stabilisce l’organo competente, l’art. 72 [parte de] il procedimento); le leggi di procedura che regolano il processo penale e civile; l’art. 4 delle Preleggi: “I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi”[[200]](#footnote-200).

- Norme *definitorie* (o *determinative*): sono quelle che definiscono un istituto (il matrimonio, la proprietà, la vendita, il contratto) o il significato di un termine o di un sintagma impiegati in altre norme. Esempi: art. 74 c.c.: “La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite”; art. 1321 c.c.: “Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

- Norme *programmatiche*: esprimono una finalità generale da perseguire, sono un “manifesto”, ma non contengono prescrizioni specifiche né i mezzi per raggiungere il fine posto; raccomandano al legislatore il perseguimento con successive norme specifiche. Esempi: l’art. 3, comma 2, Cost., “È 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”; l’art. 4, comma 1, Cost. sul “diritto al lavoro”; l’art. 32, comma 1, Cost. “La Repubblica tutela la salute…”. Un eventuale inadempimento del legislatore, cioè la mancata adozione di leggi di attuazione, non è sanzionato; di conseguenza tali norme possono essere inserite fra quelle prive di sanzione (o non essere considerate norme secondo un altro indirizzo di pensiero).

Sono possibili altre classificazioni di tipo formale[[201]](#footnote-201).

Più avanti, nel paragrafo relativo all’imperatività, verrà esaminata la posizione dei giuristi che considerano norme “in senso stretto” solo le norme di condotta, prescrittive, mentre considerano le altre norme sopra elencate “norme in senso lato e generico”, funzionali alle prescrizioni, dunque non norme ma frammenti di norme (R. Guastini).

*Contenuto* di una norma

È ciò che una norma dichiara obbligatorio (pagare le imposte, mantenere i figli), proibito (uccidere, ferire, rubare) o permesso (contrarre matrimonio).

La teoria prevalente ritiene che la struttura logica di base di qualunque norma possa essere raffigurata come una proposizione condizionale della forma “Se F allora C”, dove F è la fattispecie, cioè la descrizione in termini generali e astratti di un insieme di fatti, di condotte, e C la conseguenza giuridica (sanzioni, obblighi, poteri ecc.)[[202]](#footnote-202). Se intesa come norma rivolta agli organi dell’applicazione, questa riformulazione in forma ipotetica risale a Kelsen (v. *supra*, cap. 11). Ad esempio: “Se qualcuno si è appropriato di una cosa altrui [furto], allora obbligo di applicare la sanzione di…” (per l’organo dell’applicazione); per le norme di competenza: “Se il soggetto S statuisce x, allora x è diritto”. Tuttavia secondo altri giuristi la riformulazione nello schema condizionale può essere applicata anche alle norme rivolte al cittadino; nell’esempio precedente la norma rivolta al cittadino sarebbe: “se cosa altrui, allora divieto di appropriarsene”.

Questa forma canonica riguarda le norme, non le disposizioni, nel senso che una norma in tale forma può essere ricavata (in via interpretativa) anche da una o più disposizioni che non hanno la formulazione condizionale.

Ciò non toglie che spesso le disposizioni giuridiche siano espresse secondo lo schema condizionale: ad esempio, l’art. 1329, comma 1, c.c.: “Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto”. O il già menzionato art. 575 c.p., espresso nella forma dichiarativa “chiunque uccide...”.

La riformulazione secondo lo schema condizionale non è possibile per norme di applicazione non generale, come le norme destinate ad applicarsi a un solo caso o una sola volta (es. le norme di interpretazione autentica, le norme di abrogazione espressa, le norme che istituiscono organi o enti) e le sentenze giudiziali (per la dottrina che le considera norme)[[203]](#footnote-203).

**Criteri per identificare le norme giuridiche**

Nel corso della storia le varie dottrine hanno proposto diversi criteri per distinguere le norme giuridiche da altri tipi di norme (morali, sociali, religiose, dei giochi).

1) Criterio giuspositivista della *coattività* o *coercibilità* o *imperatività*: la norma giuridica è dotata di sanzione esterna, dunque è possibile farla rispettare con la forza, le altre norme no. La sanzione è necessaria perché in una società non vi è mai l’adesione spontanea di tutti i membri alle norme stabilite.

Tale criterio consentirebbe di distinguere le norme giuridiche da altri tipi di norme, come quelle morali (aiutare una persona in difficoltà, la fedeltà coniugale, onorare i genitori, l’elemosina, il non mentire, pagare i debiti di gioco)[[204]](#footnote-204), sociali (es. quelle della buona educazione e dell’etichetta: salutare, cedere il posto a sedere a un anziano, mangiare con le posate, un abbigliamento decente), religiose (la preghiera, la partecipazione ai riti, la comunione, la confessione, l’astensione da alcuni cibi) o le regole dei giochi.

Tuttavia il requisito della sanzione esterna consente di distinguere le norme giuridiche dalle norme morali e, sotto certe condizioni, anche dalle norme religiose, ma non dalle norme sociali o dalle regole dei giochi. Le norme morali, infatti, sono autonome (nel senso di non eteronome, che riguardano il foro interno, sono frutto di adesione spontanea), e, se comportano una sanzione, essa è interna (il rimorso della persona, il bisogno di perdono). Lo stesso si può dire delle norme religiose se la sanzione è ipotizzata da un’autorità terrena, e allora manca (non più se è ipotizzata da un’autorità divina, ma in tal caso la sanzione è trascendente, non immanente, e spesso posposta in un *aldilà*). Le norme sociali invece prevedono una sanzione esterna, da parte del gruppo sociale (ad esempio l’isolamento sociale o la riprovazione[[205]](#footnote-205)). E anche le norme dei giochi, o di un’associazione, prevedono una sanzione esterna[[206]](#footnote-206). La differenza fra le norme sociali e le norme giuridiche consiste nel fatto che nelle prime manca l’istituzionalizzazione, cioè sono prive di un meccanismo istituzionalmente organizzato di produzione e applicazione, dal momento che la sanzione non è guidata da regole precise, può mancare di proporzione fra violazione e risposta, o può essere applicata in maniera incostante. Questa considerazione ha indotto parte dello stesso giuspositivismo a integrare con il criterio dell’*istituzionalizzazione* la teoria della sanzione, come illustrato nel punto successivo; dunque è la *sanzione esterna istituzionalizzata* l’elemento distintivo delle norme giuridiche. Invece la differenza fra norme giuridiche e norme dei giochi è di altra natura: le seconde infatti sono dotate di sanzione esterna istituzionalizzata, ma ciò che le rende diverse dalle norme giuridiche (dell’epoca contemporanea) è che resta libera la volontà di sottomettervisi (se non voglio sottostare a esse non partecipo al gioco), mentre le norme giuridiche si applicano a tutti (meglio, a tutti coloro che ricadono nel loro ambito di applicazione)[[207]](#footnote-207).

Dunque, le norme giuridiche, a differenza delle altre, sono norme a *efficacia rafforzata*.

Per un esame più ampio e per le obiezioni alla teoria coattiva v. *infra*, “L’imperatività”.

2) Criterio dell’*istituzionalizzazione* (Kelsen, Hart): si sa che una norma è giuridica (e non morale, religiosa, sociale ecc.) perché gli ordinamenti giuridici preliminarmente includono, oltre alle norme che proibiscono o comandano (norme *primarie* o *di condotta*) anche le *norme sulla produzione e applicazione giuridica*, cioè le norme che stabiliscono chi e come produce, modifica, abroga e applica[[208]](#footnote-208) le norme giuridiche (le già esaminate norme *secondarie*, o *di struttura* o *procedurali* o *di organizzazione* o *di competenza*; Hart, Ross, Bobbio); e dunque una norma è giuridica se è stata prodotta in conformità a tali metanorme o se appartiene alla fonte suprema e originaria dell’ordinamento giuridico[[209]](#footnote-209). In tale concezione gli organi autorizzati a utilizzare la forza devono essere centralizzati, dunque è previsto il monopolio statale della forza[[210]](#footnote-210). Ad esempio, “Ama il prossimo tuo come te stesso” del Vangelo non è una norma giuridica perché non è stata prodotta da un parlamento secondo le procedure stabilite, condizione richiesta dall’ordinamento giuridico stesso per definirla norma giuridica. In base a questa concezione, dunque, per qualificare una norma come giuridica bisogna far riferimento all’intero sistema giuridico (partire dal sistema giuridico); a differenza della concezione esaminata nel punto precedente, le caratteristiche di una norma presa isolatamente (essere dotata di sanzione, avere un determinato contenuto) non sono in grado di qualificarla come giuridica[[211]](#footnote-211).

Un problema di tale teoria è quello di stabilire un criterio per qualificare come norme giuridiche quelle originarie, ad esempio quelle che stabiliscono *chi* produce le norme giuridiche. Le soluzioni più celebri sono la norma fondamentale di Kelsen e la norma di riconoscimento di Hart (v. *supra*, cap. 11).

3) Criterio del riconoscimento da parte degli organi primari (Raz, Ross): una norma appartiene a un sistema giuridico quando è riconosciuta dagli organi che applicano le norme (non da quelli che le producono), dunque i giudici (in senso ampio), coloro che dispongono misure coattive per conferire forza obbligatoria alle proprie decisioni[[212]](#footnote-212). Ad esempio, le norme “supreme” (es. le norme costituzionali) non possono essere individuate in base al criterio illustrato al punto 2), cioè in quanto prodotte in conformità alle procedure dell’ordinamento stesso, perché esse sono le norme che originariamente hanno fissato le procedure; dunque queste norme sono giuridiche solo in quanto riconosciute e usate come giuridiche nel contesto sociale di riferimento, e in particolare dagli organi dell’applicazione. Sono norme giuridiche non in quanto valide[[213]](#footnote-213), ma in quanto *effettive*, cioè generalmente obbedite e applicate.

4) *Eteronomia*: le n. g. sono norme eteronome, provenienti dall’esterno del soggetto; cioè prodotte e applicate da soggetti diversi dai destinatari. A differenza delle norme morali, che invece sono autonome, provenienti dall’interno del soggetto (Thomasius). Tuttavia sono eteronomi anche i precetti di molte morali religiose, che si fondano sulla volontà di un Dio e sul timore della punizione divina.

5) *Esteriorità*: le n. g. riguardano il comportamento esteriore del soggetto, tengono conto della manifestazione di un atto, non dell’intenzione o dei pensieri e convinzioni (es. provare odio non è punibile dalle n. g., lo è da alcune norme morali e religiose). Obiezione: non è vero che il diritto non tiene conto delle intenzioni, lo dimostrano concetti giuridici come il *dolo* o la *buona fede*, o la *volontarietà* anziché la *colposità* nell’ambito di alcuni reati.

6) Criterio del *contenuto*: le n. g. regolano un rapporto intersoggettivo. L’obiezione è che ciò avviene anche nelle norme sociali.

7) Criterio del *fine*: le n. g. servono alla conservazione della società. Tuttavia anche molte norme sociali o morali svolgono la stessa funzione.

8) Criterio del *soggetto* (di impostazione positivistica, Austin): le n. g. sono quelle poste da chi detiene il potere sovrano; e costui è il soggetto abitualmente obbedito dalla comunità. Una versione generalizzata di tale criterio è la *statualità*: la norma è posta dall’autorità che dispone del monopolio della forza legittima, lo Stato. Tuttavia le consuetudini non presentano questa proprietà.

9) Criterio *giusnaturalistico*: le n. g. sono quelle che si ispirano a valori, in particolare a quello della giustizia. Un’obiezione: se il diritto è solo ciò che *deve essere*, cioè solo un diritto “buono” (giusto, morale), allora non si riesce a dare conto dei sistemi giuridici “cattivi”[[214]](#footnote-214).

10) Nelle n. g. il destinatario è convinto della loro obbligatorietà, per le altre norme l’obbligo non è incondizionato.

11) Le n. g. sono costituite da norme tecniche, quelle morali da norme etiche.

12) Le n. g. sono costituite da imperativi negativi (mentre la morale sarebbe costituita da imperativi positivi). Come si è visto, anche le norme giuridiche possono essere precettive.

L’atto antigiuridico (l’illecito) e la sanzione

L’illecito è la violazione di qualche norma giuridica. Riguarda sia il diritto penale, e in tal caso si ha un reato, sia il diritto civile (es. l’inadempimento contrattuale, il danno patrimoniale).

Relativamente all’illecito penale, E. von Beling (*Die Lehre vom Verbrechen*, 1906) ha definito i requisiti accolti successivamente dalla dogmatica penale: compimento di un’azione tipica antigiuridica colpevole. L’illecito consiste in un’azione quando la norma violata è un imperativo negativo, in una omissione quando la norma è un imperativo positivo. Altra condizione è la colpevolezza, cioè l’azione deve possedere una componente psicologica, che è o il dolo (intenzione) o la colpa (negligenza, imprudenza o imperizia).

La *sanzione* è (la minaccia de) il danno conseguente alla violazione della norma. È la pena, il castigo, la punizione; essa in generale indica il dolore, la sofferenza che viene inflitta a colui che ha violato un comando. Carattere essenziale della sanzione è l’afflittività. La sanzione evidenzia il profondo nesso che lega il diritto alla forza[[215]](#footnote-215).

La sanzione consiste nella privazione coercitiva di un bene individuale fra i quattro fondamentali, che sono: vita, integrità fisica, libertà, proprietà. La pena di morte è la sanzione che incide sulla vita[[216]](#footnote-216); le pene corporali, ad esempio la mutilazione[[217]](#footnote-217) o la fustigazione[[218]](#footnote-218), colpiscono l’integrità fisica; la detenzione (reclusione[[219]](#footnote-219), arresto[[220]](#footnote-220)), l’obbligo di presentarsi regolarmente presso l’autorità di pubblica sicurezza, l’obbligo di intraprendere programmi riabilitativi e il lavoro forzato incidono sulla libertà; e le pene pecuniarie (multa, risarcimento[[221]](#footnote-221), confisca, esecuzione forzata sui beni, demolizione di opere abusive) sul patrimonio o proprietà.

Vi sono poi alcune sanzioni collaterali che provocano l’inabilitazione all’esercizio di alcuni diritti o al compimento di alcune azioni (es. l’esclusione dall’elettorato attivo e/o passivo, l’interdizione dai pubblici uffici, la sospensione o la revoca della patente)[[222]](#footnote-222).

Esistono anche le cosiddette “pene naturali”, effetti del reato che si abbattono su chi lo ha commesso: ad esempio il marito conducente che sopravviva alla moglie in un incidente da lui provocato; il genitore che in un attimo di distrazione non vigili sul figlioletto poi annegato in piscina o investito in strada; o che dimentichi il figlio neonato d’estate in auto con i finestrini chiusi e questi finisca per soffocare; o non allacci il figlio al seggiolino e questi muoia in un incidente automobilistico. I Paesi che tengono conto delle pene naturali (Germania, Svezia, Finlandia, Argentina, Colombia, Perù; non l’Italia) a volte non irrogano una sanzione perché ritengono che i colpevoli abbiano già subìto una sofferenza morale considerata proporzionata alla gravità del reato.

È controversa fra i giuristi la qualifica di sanzione per le diverse ipotesi di invalidità di atti giuridici, come la nullità[[223]](#footnote-223), l’annullabilità[[224]](#footnote-224), la decadenza, l’inammissibilità. I favorevoli alla natura di sanzione affermano che vengono imposte condizioni senza le quali non si determinano i diritti e gli obblighi voluti dagli individui: ad esempio, la nullità del contratto per non averne rispettato i requisiti può essere considerata una sanzione perché l’effetto per il soggetto è l’impedimento a perseguire il risultato voluto, e colui che ne è colpito psicologicamente sente ciò come un “male”. I contrari sostengono che l’irriconoscibilità sociale dell’atto reso invalido non ha valenza punitiva perché la sanzione presuppone l’esistenza *giuridica* di un atto, mentre l’invalidità postula che l’atto *giuridicamente* non è[[225]](#footnote-225).

Secondo la teoria statuale contemporanea, deve essere irrogata ed eseguita da un’autorità competente: è ciò che distinguerebbe la pena di morte da un omicidio o la reclusione da un sequestro di persona. L’evoluzione storica ha sostituito l’autotutela con l’eterotutela, cioè la sanzione viene inflitta da organi diversi dalle parti in conflitto, in quanto sarebbe garantita una maggiore uguaglianza di trattamento. Inoltre in uno Stato di diritto si pretende che la sanzione istituzionalizzata possieda tre caratteristiche: 1) *certezza* (qual è la sanzione da applicarsi), 2) *proporzionalità* (rispetto all’illecito), 3) *imparzialità* (stabilire prima organi e procedure).

Secondo altre teorie (ad esempio quella libertaria) il requisito dell’autorità terza e monopolistica non è necessario: la sanzione può essere irrogata anche da un soggetto privato (la vittima o l’agenzia di protezione di cui è cliente) purché la sua entità sia stabilita da norme di tipo retributivo-risarcitorio: è questo che distingue la pena di morte da un omicidio o la reclusione da un sequestro di persona, non l’autorità che sanziona.

Circa il destinatario, se la sanzione può essere irrogata al soggetto che non ha commesso il fatto si ha la *responsabilità indiretta*; che però oggi in genere non viene mai riconosciuta nel diritto penale e in casi limitatissimi nel diritto civile: un genitore o il tutore deve risarcire il danno provocato da un figlio minorenne non emancipato e un maestro d’arte deve risarcire i danni cagionati dai loro allievi (es. in Italia art. 2048 c.c.).

La dottrina più recente ha introdotto anche la nozione di *sanzione positiva*, conseguenza giuridica positiva che il diritto riconnette a un’azione umana giuridicamente meritevole. Es. un’onorificenza, un incentivo (per la realizzazione di un impianto industriale in una certa zona), la validità del contratto se sono rispettati tutti i requisiti (N. Irti). Per alcuni giuristi (C. Luzzati) dilatando in tal modo il concetto di sanzione lo si snatura perché viene perduto l’originario collegamento della nozione con l’uso organizzato della forza.

La maggior parte dei teorici, compresi gli imperativisti, riconosce che nessun ordinamento giuridico può reggersi soltanto sul timore della sanzione; è necessario che un certo numero di persone conformi il proprio comportamento a quanto richiesto dal diritto per ragioni diverse dalla paura di incorrere in una sanzione in caso di violazione.

L’imperatività

J. Bentham, J. Austin e A. Thon (1878) hanno formulato la dottrina imperativistica del diritto: come già visto sopra, secondo questa impostazione le norme giuridiche sono comandi, o imperativi, cioè norme sanzionate dalla forza, ed è questo che le distingue dagli altri tipi di norme. I precetti possono essere positivi o negativi, cioè obblighi di fare o di non fare. Ai fini dell’imperatività è essenziale la sanzione.

Anche per Kelsen una norma è giuridica se ha come contenuto un atto coercitivo; di conseguenza anche per lui una norma giuridica è quella che prescrive una sanzione.

Dunque, sia l’imperativismo sia il normativismo kelseniano hanno insistito sulla ricerca di una *struttura* costante di tutte le norme giuridiche, riducendole a un unico schema (teoria *monista* della norma giuridica): il comando di un sovrano con minaccia di sanzione per l’imperativismo e lo schema ipotetico che associa una sanzione a un illecito per Kelsen (v. *supra*, cap. 11)[[226]](#footnote-226).

I critici dell’imperativismo, per provare che la sanzione è un elemento secondario, o comunque non necessario, e che quindi l’obbligatorietà non è l’unico tratto delle norme, hanno addotto tre argomenti, più una questione di tipo logico, il regresso all’infinito.

a) L’esistenza di norme prive di sanzione (Hart, 1961), definite norme *imperfette*, ad esempio:

1) l’art. 315 c.c., “il figlio deve rispettare i genitori”; o le norme procedurali penali che, come conseguenza di una propria violazione, non hanno sanzioni come la nullità, l’inutilizzabilità, l’inammissibilità e la decadenza, perché prevedono termini meramente ordinatori, come l’art. 477 c.p.p., “il giudice può sospendere il dibattimento soltanto per ragioni di assoluta necessità e per un termine massimo che […] non oltrepassi i dieci giorni”;

2) le norme permissive, definitorie, costitutive, programmatiche (v. *supra*) e abrogatrici espresse. Circa le norme permissive, secondo i critici (come Hart) esse non hanno la funzione di imporre obblighi, ma di accordare ai soggetti facilitazioni per concretizzare i loro desideri; se non si seguono le regole non si sarà violato qualche obbligo, semplicemente non si sarà conseguito l’obiettivo. Nel diritto pubblico, in particolare nella parte che riguarda l’organizzazione dei poteri dello Stato, prevalgono le norme non sanzionabili; d’altra parte, osservano i critici, se le attività degli organi che si trovano al vertice dello Stato fossero garantite dalla sanzione, ci vorrebbero altri soggetti istituzionali che facciano rispettare le regole nei loro confronti, ma allora gli organi di cui si parla non sarebbero più gli organi supremi, come si era ipotizzato.

Dunque secondo i critici esistono più *strutture* delle norme giuridiche (imperative, permissive definitorie, costitutive).

3) le consuetudini.

b) L’esistenza di interi ordinamenti senza sanzione, ad esempio il diritto internazionale[[227]](#footnote-227).

Secondo i critici dell’imperativismo in tutti questi casi elencati sotto i punti a) e b) non vengono imposti obblighi.

c) Il fatto che in ogni ordinamento giuridico la maggior parte delle persone aderisce spontaneamente[[228]](#footnote-228).

Il regresso all’infinito - Molti autori (fra i maggiori A. Ross) hanno notato che l’idea che ogni norma giuridica sia assistita da sanzione innesca un regresso all’infinito: ad esempio, la norma sul divieto di sosta ha la sanzione della contravvenzione; se la sanzione non viene applicata vi dev’essere un’altra norma che impone una sanzione disciplinare ai vigili urbani; e poi un’altra norma che impone una sanzione ai superiori gerarchici dei vigili che non hanno irrogato la sanzione disciplinare; e così via all’infinito. Nella realtà ci si trova con un’ultima norma non sanzionata; A. Thon ha definito la norma dove si interrompe la catena *norma impotente*. Le soluzioni proposte, già esaminate sopra, sono la norma fondamentale di Kelsen, la norma di riconoscimento di Hart o appoggiarsi a un potere di fatto, politico, come il monarca, che “costringe senza essere costretto” (Jhering, *Lo scopo del diritto*) o i rappresentanti nelle democrazie contemporanee.

Per quanto riguarda il primo argomento, alcuni imperativisti replicano alle critiche spostando la questione a livello di ordinamento: quando si parla di sanzione come elemento costitutivo del diritto non è necessario che ogni norma sia dotata di sanzione, ma che vi sia una sanzionabilità dell’ordinamento giuridico nel suo complesso, cioè che le norme prive di sanzione siano ricomprese in un ordinamento giuridico che è complessivamente dotato di un sistema di sanzioni. Non è necessario che tutte le norme del sistema siano sanzionate, ma soltanto che lo sia la maggior parte. Le norme prive di sanzione svolgono una funzione accessoria. In maniera equivalente, il diritto nel suo complesso ha la funzione *prescrittiva* di influire sui comportamenti, e a tal fine non è necessario che *ogni* enunciato sia prescrittivo, o immediatamente prescrittivo (un obbligo o un divieto); può esserlo indirettamente, ad esempio essendo funzionale alla produzione, modifica o abrogazione degli enunciati prescrittivi[[229]](#footnote-229). In sostanza, le norme non prescrittive sono *funzionalmente dipendenti* dalle prescrizioni[[230]](#footnote-230).

Ad esempio, le norme di struttura (o di competenza) conferiscono il potere di creare o abrogare prescrizioni.

Le norme permissive presuppongono altre norme imperative, cioè la funzione delle norme permissive è di derogare a un imperativo più generale preesistente. Nell’esempio dell’art. 65 c.c., la norma permissiva ha ragion d’essere in quanto la regola normativa presupposta è il divieto di contrarre un secondo matrimonio fino a che uno dei coniugi è vivo; mentre nell’esempio relativo al Codice della strada, il permesso di allontanarsi dal margine della carreggiata nella circolazione a file parallele rappresenta una deroga alla più generale prescrizione prevista dall’art. 143, comma 1, in base al quale i veicoli devono circolare in prossimità del margine destro della carreggiata. Ciò sarebbe confermato dal fatto che il postulato del diritto è “tutto ciò che non è proibito è permesso”; dunque non vi sarebbe bisogno di introdurre una norma permissiva se non vi fosse prima una norma imperativa.

Sempre relativamente alle norme permissive, gli imperativisti utilizzano altri tre argomenti: 1) le norme permissive in realtà sono norme imperative, è solo una questione di forma dell’enunciato: ad esempio la norma “è consentito votare dopo il compimento del diciottesimo anno d’età” può essere capovolta ed espressa nella forma “è vietato votare prima del compimento del diciottesimo anno d’età”. 2) Permettere a un soggetto di compiere una data azione equivale a vietare a tutti gli altri soggetti di interferire con l’azione in esame, per cui tali norme in realtà sono imperative e il loro comando è il divieto di interferenza. 3) Se si considerano l’*invalidità*, la *nullità* o l’*annullabilità* tipi di sanzione (come detto, c’è discordia fra i giuristi), le norme permissive non ne sono prive[[231]](#footnote-231).

Circa le norme definitorie, esse svolgono la funzione di precisare il significato di altre prescrizioni nelle quali è impiegato il termine definito[[232]](#footnote-232).

Sempre relativamente a tali norme, gli imperativisti utilizzano un altro argomento: esse esprimono obblighi diretti ai giudici (e in generale agli interpreti), e in particolare l’obbligo di intendere e applicare il termine o il sintagma nel modo indicato[[233]](#footnote-233). In alcuni ordinamenti giuridici il mancato rispetto della definizione determina una sanzione, specificamente una responsabilità civile a carico del giudice per violazione del diritto, con conseguente risarcimento. Un’altra conseguenza è la riforma in appello o in Cassazione della sentenza basata su una violazione di una definizione, cioè l’invalidità, che, come detto, per alcuni giuristi è una sanzione.

Circa le norme che conferiscono poteri a soggetti pubblici, molti giuristi le definiscono *imperativi di seconda istanza*, espressione che di per sé allude a una loro natura imperativa.

Per quanto riguarda il secondo argomento (esistono interi ordinamenti senza sanzione, ad esempio il diritto internazionale), alcuni autori, come Austin e Ross, hanno negato la giuridicità all’ordinamento internazionale in quanto non include regole concernenti l’uso della forza[[234]](#footnote-234); il diritto internazionale dunque apparterrebbe alla classe degli ordinamenti (*lato sensu*) morali. Per altri la sanzione, quindi l’uso della forza, esiste, ed è la guerra come risposta a una violazione, ma non è istituzionalizzata, cioè non è irrogata da un organo centrale ma affidata al singolo Stato offeso, in forma decentrata; è autotutela, non eterotutela, e dunque i giuspositivisti che includono l’istituzionalizzazione fra i requisiti di un ordinamento giuridico (Nino) affermano che il diritto internazionale non è diritto. Jhering e Kelsen[[235]](#footnote-235) hanno definito tale condizione *diritto primitivo*, in quanto appunto manca un soggetto che detenga il monopolio della forza. Se uno Stato, anche in tale contesto non istituzionalizzato, non ha poi nemmeno la forza di ripristinare la legalità violata, viene meno la regolarità della sanzione, un requisito importante per l’identificazione di un ordinamento giuridico.

Circa il terzo punto, i sanzionisti replicano che l’adesione spontanea, anche se ampia, non è *garanzia sufficiente*, e ogni ordinamento giuridico deve poter contare, almeno *in ultima istanza*, sulla sanzione; perché, anche se in una collettività solo una ristretta minoranza è propensa a delinquere, l’assenza dell’effetto dissuasivo e/o repressivo rappresentato dalla sanzione renderebbe la vita sociale ugualmente molto problematica.

Generalità e astrattezza

Secondo parte della dottrina (A.M. Sandulli, L. Carlassare, L. Ferrajoli) la *generalità* e l’*astrattezza* sono caratteristiche intrinseche, costanti, necessarie delle norme giuridiche.

Generalità: la norma deve essere rispettata da chiunque si trovi nella situazione descritta dalla norma stessa. Essa non si rivolge a singole persone, ma a una generalità di persone. La generalità garantisce l’eguaglianza giuridica, l’eguale trattamento[[236]](#footnote-236).

Astrattezza: la norma si applica in ogni situazione eguale a quella prevista dalla norma. Riguarda un’azione-tipo; disciplina una classe di fatti. Es.: non viene disciplinato il furto di quel determinato quadro di Picasso, ma il furto in quanto tale; il codice della strada non si riferisce al caso specifico del mio tamponamento, ma ipotizza la situazione tipica del tamponamento, che può avvenire poi in tanti modi diversi (tra cui il mio). L’astrattezza garantisce la certezza del diritto, cioè gli effetti che l’ordinamento giuridico attribuisce a un dato comportamento, in modo che gli individui siano in grado di sapere in anticipo le conseguenze delle proprie azioni[[237]](#footnote-237).

Tuttavia nei sistemi giuridici esistono anche norme *particolari* (o *singolari*) e *concrete*, l’opposto rispettivamente delle norme generali e astratte. Ad esempio, le norme destinate ad applicarsi a un solo caso o una sola volta, come le norme di interpretazione autentica, le norme di abrogazione espressa, le norme che istituiscono organi o enti, le leggi-provvedimento[[238]](#footnote-238). E, per la dottrina che le considera norme giuridiche (Kelsen), le sentenze giudiziali (es. una sentenza di condanna) o un giudice che obbliga le parti a esibire in giudizio un documento o gli atti amministrativi o i negozi giuridici.

Vi sono poi situazioni in cui la generalità, pur essendo formalmente mantenuta a livello della categoria implicata, è sostanzialmente compromessa. Ad esempio: differente età pensionistica per uomini e donne, differenti requisiti per l’assunzione (privilegi a portatori di handicap, minoranze etniche ecc.), obbligo militare solo per i maschi.

Le norme speciali rappresentano una deroga ai principi di generalità e astrattezza.

In base a tali considerazioni, per alcuni giuristi la generalità e l’astrattezza non sarebbero requisiti necessari delle norme giuridiche.

Sulle sentenze dei giudici non c’è accordo. Per molti giuristi non sono norme giuridiche perché sono applicazione del diritto, non diritto. Per R.C. Soler non lo sono perché mancano del requisito della generalità. Per altri giuristi sì, anche se le definiscono norme giuridiche particolari. Nei sistemi di *common law* lo sono senz’altro.

**Criteri di valutazione delle norme giuridiche**

Ogni norma giuridica può essere esaminata da tre punti di vista: la *validità*, l’*efficacia* e la *giustizia*.

La validità è l’appartenenza di una norma all’ordinamento giuridico. Si distingue la validità formale dalla validità materiale.

Validità *formale*: una norma è formalmente valida se la sua produzione sottostà a tutte le condizioni procedurali previste dall’ordinamento. Ad esempio, in Italia una legge ordinaria è formalmente valida se è stata approvata dalle due Camere, promulgata dal Presidente della Repubblica e pubblicata in Gazzetta Ufficiale, cioè se ha seguito le procedure stabilite dagli artt. 70-74 della Costituzione[[239]](#footnote-239).

Validità *materiale* o *sostanziale*: una norma è materialmente valida se, sul piano del *contenuto*, è conforme a, cioè non incompatibile con, altre norme gerarchicamente superiori.

Una norma può essere formalmente valida e materialmente invalida. La diversità dei due criteri è illustrata dal seguente caso: una norma di rango legislativo viene approvata secondo la procedura prevista, quindi è formalmente valida; successivamente viene modificata una norma della costituzione (o viene introdotta una nuova costituzione), e a questo punto la norma di rango legislativo si trova in conflitto con la norma costituzionale modificata[[240]](#footnote-240) (vi si troverà fino al momento in cui l’incostituzionalità viene accertata): secondo il concetto di validità formale la norma è valida (vigente), secondo il concetto di validità materiale non è valida (sebbene vigente)[[241]](#footnote-241).

Dunque, secondo gli autori che sostengono la validità nell’accezione materiale, cioè come conformità a un ordinamento (E. Bulygin), la validità non coincide con l’*esistenza*, come asserito in alcune definizioni di validità. Sono concetti distinti, dal momento che in un ordinamento possono *esistere* anche norme invalide, appunto le leggi incostituzionali o i regolamenti *contra legem*, che per un certo periodo di tempo vengono osservati, fino al momento in cui la loro invalidità viene riconosciuta dall’organo a ciò competente. Secondo questi autori quella che viene definita validità formale è solo *obbligatorietà*, perché la norma viene fatta rispettare con la forza (finché non viene annullata), ma non vera validità[[242]](#footnote-242).

La questione della validità si occupa non dei fini, ma dei mezzi per attuare quei fini, cioè si esamina quali sono i caratteri peculiari di un ordinamento giuridico distinto da altri ordinamenti normativi (ad esempio quello morale). È il problema *ontologico* del diritto, che dà luogo alla filosofia del diritto come teoria generale del diritto.

Efficacia o effettività: riguarda l’osservanza concreta di una norma, se essa è seguita o no dalle persone a cui è diretta (efficacia primaria) o è applicata o no dagli organi dell’applicazione (efficacia secondaria)[[243]](#footnote-243). La ricerca per accertare l’efficacia o l’inefficacia di una norma è una ricerca empirica, storico-sociologica (problema *fenomenologico* del diritto, che dà luogo alla sociologia del diritto). Ad esempio, l’articolo 624 del Codice penale italiano, che punisce tutti i furti con la reclusione fino a tre anni, sul piano formale della dogmatica è valido; ma nella realtà non tutti i furti sono puniti[[244]](#footnote-244). Il piano sociologico è diverso da quello formale e vi può essere una divaricazione fra i due (e non significa che i due siano contraddittori, parlano solo di cose diverse).

L’efficacia è una nozione graduale, ciascuna norma può essere più o meno efficace. I fattori che influenzano l’efficacia sono: la conoscibilità della norma, la possibilità effettiva di seguirla, il tipo e l’entità della sanzione, la prevedibilità dell’intervento degli organi dell’applicazione, l’ethos diffuso relativamente al rispetto della legge.

Una norma valida che non viene rispettata o è poco rispettata o non è fatta rispettare si definisce *ineffettiva* o *inefficace*.

Anche una norma non attuata rientra in questa categoria. Un esempio ne è la mancata registrazione dei sindacati italiani (art. 39 Cost); esempi del passato sono il Cnel o le regioni, attuate con notevole ritardo rispetto all’entrata in vigore della Costituzione italiana.

Giustizia: è il problema della corrispondenza della norma a valori ultimi o ideali etici che ispirano un determinato ordinamento giuridico (problema *deontologico* del diritto, che dà luogo alla filosofia del diritto in quanto teoria della giustizia)[[245]](#footnote-245).

È vero che le impostazioni etico-politiche possono essere, e di fatto sono, molteplici; è anche vero però che certe esigenze morali sono talmente radicate nel senso comune da rappresentare delle costanti negli ordinamenti giuridici: come il divieto di omicidio. Per cui una connessione fra diritto e alcune esigenze basilari di giustizia è storicamente persistente.

Molti ordinamenti giuridici contemporanei hanno incorporato nelle costituzioni alcuni valori etico-politici (es. l’uguaglianza).

Un altro possibile nesso fra diritto e giustizia è stato visto nel carattere *generale* delle norme giuridiche, perché implica e realizza l’uguaglianza davanti alla legge o uguaglianza formale. Tuttavia, l’assenza o l’insufficienza di generalità, astrattezza e uniformità di applicazione, non infrequenti negli ordinamenti giuridici, rendono fragile questa relazione tra norme giuridiche e giustizia.

I rapporti fra queste tre proprietà cambiano a seconda delle diverse concezioni filosofico-giuridiche. Ad esempio, per il giusnaturalismo una norma è valida solo se è giusta. Per il giuspositivismo ideologico (v. *supra*, cap. 6) ogni norma valida è automaticamente giusta. Per il realismo giuridico è valida solo se efficace. Il giuspositivismo invece enfatizza la validità e ritiene i tre criteri indipendenti, non riducibili l’uno all’altro, appartenenti a piani diversi: una norma può essere valida senza essere efficace e valida senza essere giusta[[246]](#footnote-246).

In un diritto consuetudinario validità ed efficacia coincidono sempre.

Per le proposizioni prescrittive non vale invece il criterio di *verità* o *falsità*, perché non sono asserzioni su stati di cose. Non ha senso dire che la norma “è vietato calpestare le aiuole” sia falsa o vera, mentre si può dire che è giusta (o ingiusta) o valida (o invalida) o efficace (o inefficace).

**Rapporto delle norme con il tempo**

È la questione dell’intervallo temporale entro il quale una norma deve essere applicata.

Una norma “nasce”, cioè inizia la sua appartenenza a un ordinamento giuridico, a seconda delle procedure previste da una data comunità. Una modalità prevalente oggi è costituita da una sequenza rappresentata da deliberazione di un organo collegiale, promulgazione e pubblicazione.

L’appartenenza di una norma non coincide con l’applicabilità: una norma può essere stata pubblicata, dunque appartenere all’ordinamento giuridico, ma non è ancora applicabile in virtù della norma sulla *vacatio legis*, il periodo di tempo (generalmente 15 giorni) che intercorre tra la pubblicazione e l’entrata in vigore[[247]](#footnote-247); oppure perché l’applicabilità della nuova norma è esplicitamente differita (ad esempio, è fissata la data di inizio vigenza di un nuovo codice di procedura).

Efficacia delle norme nel tempo: retroattività, irretroattività

La retroattività è l’applicazione della norma a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore. In Italia in linea generale vige il principio di irretroattività (art. 11, comma 1, disp. prel. cod. civ.); tuttavia, essendo tale norma di rango legislativo, può essere derogata da fonti pari-ordinate (leggi, atti aventi forza di legge), se il legislatore lo dichiara espressamente. Occorre però distinguere tra i diversi settori del diritto: quanto detto è vero per le norme civili, amministrative o tributarie[[248]](#footnote-248) ma non per le norme penali, per le quali l’irretroattività (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) è imposta da una norma costituzionale (art. 25, comma 2) oltre che da una norma primaria (art. 2, comma 1, c.p.). Tuttavia anche in materia penale vanno operati dei distinguo.

Le norme più sfavorevoli per il reo non devono essere mai retroattive: non si può essere condannati (o ricevere una pena maggiore) in base a una legge entrata in vigore dopo la commissione del fatto, estendendo la sua azione all’indietro nel tempo.

Per quanto riguarda le norme più favorevoli al reo, fra paesi vi sono normative diverse circa il giudicato: in Italia solo l’*abolitio criminis*, cioè l’abrogazione di precedenti norme incriminatrici[[249]](#footnote-249),modifica anche la sentenza passata in giudicato; in Francia e Germania anche l’introduzione di norme più favorevoli ma che non comportano la cancellazione di un fatto come reato, come la riduzione della misura della sanzione.

In ogni caso il principio dell’irretroattività sembra riguardare solo le norme che regolano i presupposti del reato e l’inflizione delle pene, non quelle procedurali: nella procedura penale (e civile), infatti, vale il principio *tempus regit actum* (il tempo regola l’atto), dunque il giudice è tenuto ad applicare la legge vigente al momento del giudizio, non quella vigente al momento della commissione del fatto, anche se la prima è peggiorativa per l’imputato e comporta una diminuzione delle garanzie o un qualunque tipo di restrizione della libertà personale. Di conseguenza in Italia, così come in molti altri Paesi, è applicata la retroattività alle norme processuali penali, a quelle che regolano le misure di sicurezza[[250]](#footnote-250), a quelle che regolano la prescrizione.

Esempio di retroattività nelle leggi penali (non processuali): alcune guardie di frontiera della DDR che avevano sparato e ucciso cittadini che cercavano di scappare a Berlino Ovest, dopo la riunificazione sono state condannate. Tuttavia, quando esisteva la DDR quella condotta era permessa dall’art. 27 della *Legge sui confini* e dunque non era reato[[251]](#footnote-251).

Nel sistema di *common law* teoricamente l’introduzione di un nuovo precedente rappresenta l’applicazione di un criterio di retroattività, problematico in materia penale e quando sfavorevole al reo. Un esempio di retroattività è stato il passaggio alla punibilità della violenza sessuale sul coniuge, che in precedenza non era reato. In pratica il problema è sdrammatizzato perché oggi il nucleo maggioritario delle norme penali inglesi è dato dagli *statutes*.

Norme *transitorie*: hanno un’efficacia circoscritta nel tempo, è previsto *ab origine* un termine finale. In genere sono dettate allo scopo di regolare il passaggio da una disciplina a un’altra, in modo da poter regolare situazioni non ancora esaurite al momento dell’entrata in vigore delle nuove norme[[252]](#footnote-252).

Le norme possono perdere validità o applicabilità[[253]](#footnote-253) per *abrogazione* o per *annullamento*.

L’abrogazione può avvenire per opera del legislatore o mediante referendum (è il caso dell’Italia).

Abrogazione *espressa*: l’autorità normativa (e dunque l’atto normativo da essa prodotto) dichiara espressamente abrogata una data norma precedente; es. “È abrogato l’articolo x della legge y”. L’abrogazione espressa ha a oggetto disposizioni (è come se il testo della legge precedente venisse cancellato).

Per la dottrina il referendum è assimilabile all’abrogazione espressa.

Abrogazione *tacita*: una norma è automaticamente cancellata perché una norma successiva contiene disposizioni in contrasto con la norma in questione, anteriore; o perché viene prodotta una nuova disciplina per un’intera materia. L’abrogazione tacita dunque opera su norme, perché presuppone che venga rilevato un contrasto (antinomia) e tale contrasto si può solo rilevare a seguito di interpretazione. Dunque l’abrogazione tacita è effettuata dagli interpreti (mentre quella espressa dal legislatore) e consiste nel *disapplicare* le norme espresse dalla legge precedente.

Annullamento: è la cancellazione di una norma perché invalida, cioè in contrasto con una norma di grado superiore. È un atto giurisdizionale, deve cioè essere pronunciato da un giudice: in Italia può essere effettuato dalla Corte costituzionale se la norma è in contrasto con la Costituzione o da un giudice amministrativo se una norma di una fonte secondaria è in contrasto con una legge.

Di regola l’annullamento *retroagisce*, la norma non è più applicabile neppure alle fattispecie nate prima dell’annullamento.

**Rapporto delle norme con lo spazio**

Oggi il principio prevalente è quello di *territorialità*: le norme giuridiche di uno Stato si applicano nel suo territorio, cioè all’interno dei confini (con qualche eccezione, che sarà esaminata più avanti). In materia penale tale principio è assoluto: chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è soggetto al diritto di quello Stato[[254]](#footnote-254).

Proiezione verso l’alto, fino all’atmosfera (convenzionalmente fino a 200 chilometri di altezza); e verso il basso, nel sottosuolo, fin dove può inoltrarsi l’attività dell’uomo.

Acque territoriali: 12 miglia marine (circa 22 km) dalla costa. Più la piattaforma continentale, che è il naturale prolungamento della terraferma in mare, cioè il fondale marino finché mantiene una bassa profondità e fino a che non si inclina rapidamente; su di essa, definita Zona Economica Esclusiva, lo Stato costiero può sfruttare in modo esclusivo le risorse minerarie, comunque non oltre le 200 miglia[[255]](#footnote-255) (convenzione delle Nazioni Unite a Montego Bay, 1982).

Nelle acque internazionali (*alto mare*), che cominciano a 200 miglia (321 chilometri) dalle coste, si applica il principio della libertà dei mari, che comporta il riconoscimento a ciascuno Stato, sia costiero sia privo di litorale, di un uguale diritto di compiere attività di navigazione, sorvolo, posa di cavi, costruzione di isole e installazioni artificiali, pesca, ricerca scientifica, a condizione che siano rispettati gli interessi degli altri Stati. Uno Stato può abbordare ed eventualmente catturare navi straniere impegnate in atti di pirateria, tratta di schiavi o trasmissioni abusive, o inseguire e catturare navi sospettate di aver violato le proprie leggi e regolamenti.

Le navi e gli aeromobili civili sono territorio dello Stato di cui battono bandiera nelle acque e cieli internazionali (e dunque si ha la *full jurisdiction*, a bordo vigono le leggi del Paese di bandiera), quelli militari sempre, anche in territorio di altro Stato. Le sedi delle rappresentanze diplomatiche all’estero sono territorio dello Stato.

Come detto, vi possono essere eccezioni al principio di territorialità: ne sono esempi le cosiddette norme di diritto internazionale privato e l’applicazione del principio di personalità passiva.

Le norme del diritto internazionale privato permettono di applicare in alcune materie il diritto di un altro Stato[[256]](#footnote-256): ad esempio, per una controversia matrimoniale fra due stranieri residenti in Italia si applica la legge dello Stato di cui sono cittadini; per una donazione la legge dello Stato del donante; per la successione la legge dello Stato del deceduto.

Vi sono situazioni di giurisdizione penale extraterritoriale sulla base del principio di personalità passiva[[257]](#footnote-257): l’Italia, ma vale anche per gli altri Stati, prevede la punibilità secondo la legge italiana anche per un fatto commesso all’estero, perché il reato viola interessi dello Stato italiano o danneggia un cittadino italiano: es. falsificazione di monete italiane, cattura di ostaggi per costringere lo Stato italiano a compiere un qualsiasi atto[[258]](#footnote-258).

Nel caso di reati la cui dinamica coinvolge i luoghi di Stati diversi (es. Tizio uccide Caio inviandogli una scatola di cioccolatini avvelenati), il criterio prevalente è quello dell’ubiquità, dunque si applica la legge dello Stato in cui si trova il reo. Fa eccezione il *common law* inglese, in cui prevale il criterio dell’evento, per cui si applica la legge dello Stato in cui si trova la vittima.

Infine, funzionari dello Stato impegnati all’estero nell’esercizio delle loro funzioni, in caso di reati sono giudicati dalla giustizia del proprio Paese[[259]](#footnote-259).

**Interpretazione delle disposizioni normative**

L’interpretazione è l’attribuzione di un significato a un enunciato giuridico[[260]](#footnote-260). La dottrina dell’interpretazione cognitivistica, dominante fino all’Ottocento, e prevalente anche oggi, presuppone che il *senso* degli enunciati normativi sia univoco; ogni testo normativo incorpora un solo significato (una sola norma) conoscibile mediante interpretazione. La quale quindi deve limitarsi a “scoprire” tale significato precostituito. L’interpretazione è atto di conoscenza, non di volontà. Nella normalità dei casi, il significato può venir colto dall’interprete senza particolare fatica ermeneutica. Se ciò non avviene, dipende da una (deprecabile) pessima tecnica legislativa, che consente oscurità, ambiguità e insufficienze nella legge positiva.

Secondo una versione meno radicale, la necessità di interpretare nasce innanzi tutto da un elemento strutturale ineliminabile, il fatto che il linguaggio naturale possiede un’endemica generalità rispetto alla varietà e mobilità della realtà materiale e sociale[[261]](#footnote-261). Di regola l’autore di un enunciato vuole comunicare un solo e specifico significato, ma può capitare che i destinatari intendano significati diversi. Ciò avviene (ed è il motivo per cui vi è necessità di interpretare) per almeno tre circostanze.

1) Indeterminatezza del significato, causata dall’imprecisione delle parole, che possono essere vaghe[[262]](#footnote-262) o generiche. Esempi: “danno ingiusto”, “grave pregiudizio”, “diligenza del buon padre di famiglia”, “comune sentimento del pudore”, “incapace d’intendere e di volere”. L’“abitazione” designa certamente l’appartamento; ma si estende anche all’androne, alla cantina, al box? L’art. 62, n. 3, del Codice penale italiano indica quale circostanza attenuante del reato “l’aver agito per suggestione di una folla in tumulto”; che cosa vuol dire “suggestione”? Quando ci si trova in presenza di una “folla”? Quali circostanze devono verificarsi perché si abbia “tumulto”?[[263]](#footnote-263)

2) Ambiguità semantica o polisemia delle parole (più di un significato[[264]](#footnote-264)) o della struttura sintattica dell’enunciato. Esempi: art. 59 Cost.: “Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini…”; ogni presidente in quanto persona fisica o la presidenza come organo? Nel secondo caso non potrebbero mai esserci più di cinque senatori a vita in parlamento. Art. 94 Cost., commi 2 e 5, che prevede che una delle camere possa votare la sfiducia al governo; significa che può essere oggetto di una mozione di sfiducia solo il governo nella sua interezza o anche un singolo ministro? Nel 1996 la Corte costituzionale ha accolto la prima tesi, ma una parte della dottrina sosteneva la seconda[[265]](#footnote-265). È evidente che a seconda della tesi (interpretazione) scelta consegue la vigenza di una o di un’altra norma: nel precedente esempio sull’art. 94 della costituzione italiana, o l’ordinamento giuridico include la norma N1 (la sfiducia parlamentare può investire solo il governo nel suo complesso), o include la norma N2 (la sfiducia parlamentare può colpire anche un singolo ministro).

3) Accezione tecnico-giuridica o accezione ordinaria di un vocabolo. A volte capita che, nell’ambito del diritto, un termine abbia un contenuto diverso rispetto all’uso ordinario: ad esempio, nel linguaggio giuridico *confusione* indica la coincidenza di creditore e debitore nella stessa persona (non il disordine o lo scompiglio); *affinità* il rapporto di parentela tra un coniuge e i consanguinei dell’altro (non la somiglianza di idee gusti o sentimenti). L’interprete deve valutare l’uso corretto del vocabolo in questione[[266]](#footnote-266).

Inoltre, come si è visto all’inizio del capitolo, una norma può essere tratta dalla combinazione di più disposizioni; o una singola disposizione può esprimere più di una norma; o più disposizioni possono esprimere la stessa norma (disposizioni sinonime); o possono esistere norme senza proposizioni.

Un esempio - e al tempo stesso la dimostrazione dell’esistenza - di possibilità di interpretazioni difformi di uno stesso testo è costituito dalle *sentenze interpretative*,di accoglimento o di rigetto, della Corte Costituzionale italiana, nelle quali la fondatezza o l’infondatezza dell’eccezione di incostituzionalità sollevata dai giudici comuni è dichiarata a patto che alla legge impugnata si dia una certa interpretazione (ritenuta non conforme alla Costituzione in caso di accoglimento e conforme in caso di rigetto) anziché un’altra. Le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale sono esempi tipici di *interpretazione adeguatrice*, con la quale si dichiara una disposizione costituzionalmente legittima *perché* interpretata nel modo conforme a costituzione[[267]](#footnote-267).

Tipi di interpretazione

Dalla fine dell’Ottocento, con l’affermarsi delle teorie realiste e successivamente dell’ermeneutica, alla teoria dominante si è affiancata un’impostazione diversa, che ripudia l’univocità e l’oggettività del senso di una norma in nome della pluralità e della funzione *creatrice*, non passiva, dell’interprete[[268]](#footnote-268).

Schematizzando, si possono individuare tre grandi concezione dell’interpretazione: *formalismo*, *antiformalismo* e *mista*.

Il *formalismo* (o *cognitivismo*) interpretativo (Scuola dell’Esegesi, Scuola storica del diritto[[269]](#footnote-269)), come detto, per secoli dominante, per interpretare utilizza gli elementi intrinseci alla norma (linguaggio, regole della logica formale), ignorando fattori estrinseci come quelli storici, socioeconomici, teleologici. Vi è un significato precostituito, certo, oggettivo, dell’enunciato (prevalentemente l’intenzione del legislatore) che attende di essere *scoperto* dall’interprete. L’attività interpretativa è conoscitiva, avalutativa, politicamente neutra. Il formalismo è contrario agli eccessi di creatività interpretativa.

L’*antiformalismo* (Movimento del diritto libero, Giurisprudenza degli interessi, Evoluzionismo giuridico, Istituzionalismo, Realismo giuridico, Ermeneutica giuridica) invece ritiene che l’interpretazione debba basarsi su elementi estrinseci alla norma, storici, economici, teleologici, per concorrere alla soluzione di problemi economico-sociali[[270]](#footnote-270), non per dedicarsi alla adiafora ricerca del significato della disposizione con operazioni di carattere logico-formale. L’interprete è chiamato a dare all’enunciato l’interpretazione che ha più forza incisiva sulla realtà (per ordinarla, per pacificarla, per fare giustizia)[[271]](#footnote-271).

Un secondo motivo per cui il giudice nel decidere sui casi concreti ha, ed è giusto che si riservi, ampi margini di manovra, è dato dalla circostanza che il diritto legislativo non può mai essere completo, in quanto gli ambiti da regolare sono sempre più vasti rispetto alla capacità delle parole della legge di rappresentarli.

Nell’antiformalismo dunque l’atto interpretativo, a differenza dell’interpretazione formalistica, produce qualcosa di *nuovo* rispetto al dato normativo di partenza; vi è *creazione* del significato, mentre nel formalismo vi è *scoperta*. Di conseguenza, una medesima disposizione, un medesimo testo, nel tempo possono produrre norme diverse se ad essi si danno interpretazioni diverse.

I sostenitori dell’interpretazione creatrice precisano che il fatto che i testi normativi ammettano diverse interpretazioni non significa che nella realtà il significato sia indeterminato: in ogni momento dato esiste nella cultura giuridica un’interpretazione consolidata[[272]](#footnote-272).

La concezione *mista*, il cui maggior esponente è Hart, è una posizione ‘di mezzo’, secondo cui l’interpretazione è *scoperta* nei casi facili (quando i termini della disposizione sono chiari relativamente al caso concreto), e dunque i giudici devono essere formalisti, e *creazione* nei casi difficili (quando ad esempio una disposizione manca o i termini sono ambigui), per cui i giudici devono proporre liberamente *policies*[[273]](#footnote-273). La concezione mista è oggi la tradizione di ricerca dominante.

Metodi di interpretazione (o argomenti interpretativi)

Tornando alle tecniche formalistiche di interpretazione, si possono individuare tre metodi.

1) Interpretazione *letterale*: il significato è ricavabile dal senso letterale delle singole parole nella loro connessione sintattica nella lingua in cui l’enunciato è espresso. Si è già detto dei problemi relativi: indeterminatezza, ambiguità, linguaggio specifico. Dell’interpretazione letterale fa parte l’argomento *a contrario*, utilizzabile per *escludere* l’interpretazione estensiva e restrittiva di una norma, e dunque per sostenere che il legislatore intendeva dire esattamente ciò che ha detto in quella norma, nulla di più e nulla di meno[[274]](#footnote-274).

2) Interpretazione *logica* o *teleologica*: cerca di individuare il senso complessivo di un dato enunciato per scoprire lo scopo del legislatore, cioè le finalità economiche, sociali e politiche di date disposizioni. È extratestuale. Poiché inevitabilmente i legislatori non sopravvivono alle norme da loro create, si ricorre ad alcuni strumenti: i lavori preparatori, il profilo storico (si confronta la norma con quelle che l’hanno preceduta), la realtà economica e sociale che la norma si propone di regolare[[275]](#footnote-275).

Appartengono all’interpretazione logica l’analogia *legis* e *juris*, che tuttavia rappresentano un’interpretazione volta all’integrazione del diritto, cioè alla produzione di norme nuove, non una semplice interpretazione di norme esistenti (v. *infra*, “Completezza dell’ordinamento giuridico. Le lacune”).

3) Interpretazione *sistematica*: non ci si concentra solo sulla singola direttiva giuridica, bensì la si considera in un contesto più ampio, si fa riferimento al sistema, a vari elementi coordinati fra di loro[[276]](#footnote-276). L’interprete risale dalla singola disposizione all’istituto giuridico cui essa attiene (es. la famiglia, la proprietà ecc.); quindi dall’istituto giuridico alla branca del diritto cui appartiene (civile, commerciale ecc.); infine, dalla branca del diritto al sistema del diritto. Strumenti dell’interpretazione sistematica possono essere: a) *sedes materiae*, rilevanza della collocazione dell’enunciato normativo; b) costanza semantica, il legislatore impiega il medesimo termine o sintagma sempre nello stesso significato; c) coerenza, si sceglie il significato che non è incompatibile con un’altra norma; d) costruzioni dogmatiche, si tiene conto delle parole, dei sintagmi o delle nozioni coniate dalla dottrina anche se non presenti nei testi legislativi (es. negozio giuridico); e) combinato disposto, si tiene conto di più enunciati normativi.

I soggetti dell’interpretazione

Possono essere i giudici (*i. giudiziale* e *operativa*), i giuristi (*i. dottrinale*), il legislatore (*i. autentica*). Nel primo caso l’interpretazione è in vista dell’applicazione a un caso concreto, ed è stata appunto definita *interpretazione applicativa*. L’attività in teoria è composta di due parti che rappresentano due attività concettualmente distinte: la prima consiste nel ricavare il significato di una disposizione; la seconda consiste nell’applicazione di una norma previamente identificata alla fattispecie concreta. Ma nella pratica giuridica le due cose sono strettamente intrecciate. L’interpretazione è un passaggio necessario per l’applicazione. L’interpretazione/applicazione toglie generalità e astrattezza alla disposizione e la immerge nel concreto della realtà.

Se il giudice è di ultima istanza, la sua interpretazione, oltre che *proposta*, viene *imposta*; viceversa, in caso di sentenza passibile di appello, il giudice potrà solo proporre la sua interpretazione al giudice di ulteriore istanza.

L’interpretazione dottrinale poggia sull’autorevolezza, ma può essere solo *proposta* dal giurista.

Nell’interpretazione autentica il legislatore emana norme che hanno il compito di chiarire o integrare il significato di norme o leggi precedentemente poste in essere. Tale tipo di norma dunque ha efficacia retroattiva. Qui l’interpretazione viene *imposta*, non solo proposta.

Risultati dell’interpretazione

1) Interpretazione *dichiarativa*: coincide con il significato proprio delle parole nella loro connessione, cioè si assume che il legislatore abbia detto esattamente ciò che voleva dire.

2) Interpretazione *restrittiva*: più stretta del dettato normativo; si assume che il legislatore abbia detto più di quanto voleva dire, e dunque l’interprete rimette le cose in ordine attribuendo al legislatore un’intenzione che può essere soddisfatta solo restringendo il significato dell’enunciato.

3) Interpretazione *estensiva*: più ampia del dettato normativo; si assume che il legislatore abbia detto meno di quanto voleva dire, e dunque l’interprete rimette le cose in ordine attribuendo al legislatore un’intenzione che può essere soddisfatta solo estendendo il significato dell’enunciato.

‡ ‡ ‡ ‡

Detto tutto ciò, vi potrà essere sempre un margine, anche piccolo, di scelta discrezionale. L’attività esegetica infatti non è un’attività meccanica. Dunque può capitare che da uno stesso enunciato si possano ricavare significati diversi (e dunque, per i giuristi che non identificano la norma nell’enunciato, *norme* diverse).

**L’applicazione della norma**

L’applicazione della norma è l’“uso” di essa effettuato dagli organi dell’applicazione, giurisdizionali e amministrativi, al fine di una decisione autoritativa nel caso concreto.

Si presenta come un ragionamento deduttivo, un sillogismo nel quale la premessa maggiore è la fattispecie astratta (la norma dedotta dal diritto), la premessa minore la fattispecie concreta (il fatto qualificato giuridicamente) e la conclusione è la decisione del caso concreto. Es.: “L’omicidio è vietato e va punito. Tizio ha commesso omicidio. Quindi Tizio deve essere punito”[[277]](#footnote-277).

L’individuazione della norma da applicare al caso concreto di fatto è composta da diverse attività, alcune delle quali esaminate in precedenza: identificazione della materia, esame letterale della disposizione, interpretazioni, indagine dei precedenti in casi simili, confronto cronologico fra disposizioni, valutazione della conformità alla costituzione, adesione a convenzioni diffuse nella cultura giuridica[[278]](#footnote-278).

Negli ordinamenti giuridici moderni l’attività di applicazione si caratterizza per due aspetti: l’obbligo per il giudice di applicare il diritto (soggezione alla legge) e l’obbligo di motivazione (sulla base delle norme giuridiche esistenti). Una sentenza consta dunque di due parti: il dispositivo, cioè la decisione in senso stretto, e la motivazione, cioè l’insieme degli argomenti addotti in favore della decisione (la ragione giustificatrice)[[279]](#footnote-279).

Quando le norme giuridiche sono suscettibili di concreta applicazione (e quando in generale un ordinamento giuridico è suscettibile di concreta applicazione) si parla di *operatività* (delle norme e/o dell’ordinamento giuridico).

## 19.2 Ordinamento giuridico

L’ordinamento giuridico è il dirittoin senso *oggettivo*. Un ordinamento giuridico costituisce un sistema, cioè un insieme di enti tra cui esiste un certo ordine; è cioè un insieme strutturato, le norme intrattengono relazioni le une con le altre, non sono reciprocamente irrelate e indipendenti. Come si vedrà meglio più avanti, due relazioni rilevanti sono la relazione di “fondazione”[[280]](#footnote-280) e la relazione gerarchica.

Le definizioni dipendono dai diversi orientamenti teorici. La descrizione largamente dominante, di impostazione normativistica, è: l’ordinamento giuridico è l’insieme ordinato di norme[[281]](#footnote-281).

Secondo il primo giuspositivismo (Austin), l’ordinamento giuridico è l’insieme delle norme dotate di potere coattivo.

Nella versione giuspositivista istituzionalizzata (Bobbio), l’ordinamento giuridico è il sistema che contiene norme che stabiliscono chi e come può produrre le norme e chi è autorizzato a usare la forza. Nella variante di Hart, è un sistema generalmente riconosciuto come obbligatorio da certi organi istituiti dal medesimo sistema, organi in grado di disporre misure coattive.

Secondo l’impostazione istituzionalista (S. Romano), l’ordinamento giuridico è l’insieme di documenti e fatti[[282]](#footnote-282) da cui si ricavano le norme giuridiche; è un complesso di istituzioni, organizzazione sociale, corpi sociali collegati tra loro da rapporti organici.

**Fonti del diritto**

Nel linguaggio dei giuristi la locuzione “fonti del diritto” è usata per riferirsi a due oggetti diversi: quello principale, che qui viene esaminato, è costituito dagli atti[[283]](#footnote-283) e dai fatti[[284]](#footnote-284) che producono le norme giuridiche (fonti *di produzione* del diritto). È una classificazione delle norme in base all’*origine*. L’altra accezione riguarda i documenti normativi (scaturiti da procedimenti normativi), cioè i documenti e le pubblicazioni ufficiali attraverso cui si può prendere conoscenza del diritto; ad esempio la *Gazzetta ufficiale* o i codici o la raccolta di usi e consuetudini (fonti *di cognizione* del diritto).

Gli ordinamenti giuridici si dicono *semplici* se le norme che li compongono derivano da una sola fonte (oggi praticamente inesistenti); *relativamente complessi* se derivano da più fonti gerarchizzate; *altamente complessi* se derivano da più fonti gerarchizzate e contemporaneamente anche da più fonti pari-ordinate, con competenza esclusiva su materie diverse e/o in ambiti territoriali diversi (è il caso dell’Italia).

Il modo abituale di raffigurare le fonti del diritto (e l’ordinamento giuridico nel suo complesso) è una costruzione gerarchica (v. *infra*) articolata in “livelli”.

Anche se non è una regola ferrea, in genere le norme dei gradini inferiori attuano e/o dettagliano maggiormente quelle di grado superiore, tanto da suggerire l’immagine (semplicistica) della piramide.

In Italia le fonti del diritto sono strutturate in quattro gradi gerarchicamente ordinati: 1) Costituzione e leggi costituzionali, 2) leggi ordinarie, atti aventi forza di legge (decreti-legge e decreti legislativi[[285]](#footnote-285)), leggi regionali, regolamenti UE, 3) regolamenti pubblica amministrazione[[286]](#footnote-286), 4) usi e consuetudini. Questo schema si ripete con poche differenze nei Paesi di *civil law*. Nei Paesi di *common law* invece la giurisprudenza, intesa come precedente giudiziario, è una fonte del diritto primaria[[287]](#footnote-287).

Come si vedrà più avanti a proposito dei conflitti fra norme, il criterio gerarchico fra le fonti (prevale la norma di rango superiore) coesiste con il criterio cronologico (per norme appartenenti a una stessa fonte), con il criterio della specialità e con il criterio della competenza per materia.

Norme superprimarie, Costituzione, leggi costituzionali – Se le norme costituzionali sono materialmente sovraordinate alle norme legislative ordinarie, la costituzione è *rigida*. La superiorità gerarchica della costituzione sulla legge è sostenuta in base a due teorie diverse: 1) il fatto che la costituzione non è modificabile mediante legge ordinaria ma attraverso leggi costituzionali, la cui approvazione prevede un procedimento più complesso (“aggravato”: maggioranze più ampie, più letture, sottoposizione a referendum) rispetto a quello richiesto per le leggi ordinarie; 2) l’esistenza del controllo giurisdizionale di costituzionalità, cioè di una apposita procedura di annullamento delle leggi in contrasto con le norme costituzionali (costituzione *garantita*). Secondo questa impostazione, dunque, non è sufficiente che le norme costituzionali possano essere modificate solo con procedure più complesse, devono esistere anche norme che stabiliscono che, in caso di contrasto fra norme costituzionali e norme di legge, un organo apposito considera invalide le norme di legge (Guastini)[[288]](#footnote-288). Ad esempio, in Italia queste norme sono contenute negli articoli 134 e 136 Cost.

Le costituzioni sono invece *flessibili* quando possono essere modificate da una legge ordinaria, a cui sono quindi parificate nella scala gerarchica delle fonti; oppure, in base alla seconda teoria, se non esiste un organo che annulla le norme in contrasto con la costituzione.

Le costituzioni “lunghe” includono i diritti (di libertà ed economico-sociali) e i doveri dei cittadini, disposizioni di principio (caratterizzate da un elevato grado di indeterminatezza: fattispecie aperte, genericità, eccezioni implicite) e programmatiche e le norme sull’organizzazione e distribuzione dei pubblici poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario)[[289]](#footnote-289).

Questa fonte è frutto dell’esercizio di un potere *extra ordinem*, costituente, non disciplinato da norme preesistenti (altrimenti sarebbe un potere costituito), un potere di fatto, derivante da un fatto politico: una rivoluzione, un colpo di Stato, una guerra, l’accordo per una costituente[[290]](#footnote-290). Le norme della (prima) costituzione sono *originarie*.

Per questo motivo, come si è già visto, una parte della dottrina afferma che le norme costituzionali non sono né valide né invalide, sia formalmente sia materialmente: non possiedono la validità formale perché le norme originarie non sono state prodotte seguendo le procedure previste dall’ordinamento (e nemmeno l’invalidità, perché non le hanno violate), e non possiedono la validità materiale perché non possono essere in accordo con nessuna norma di grado superiore (né l’invalidità perché non possono esservi nemmeno in contrasto). Tali norme sono giuridicamente esistenti in base al “principio di effettività”, perché *ex post* sono generalmente osservate dai destinatari.

La Corte costituzionale italiana ritiene che vi sia una gerarchia fra norme della stessa costituzione (Corte cost. 175/1971): i principi supremi sono sovraordinati alle rimanenti norme; il che implica che tali principi siano sottratti alla revisione costituzionale, non possono essere alterati nemmeno attraverso la procedura prevista dall’art. 138. Dunque la Corte ha instaurato una gerarchia assiologica (non fissata dall’ordinamento) e poi l’ha convertita in gerarchia materiale. Gerarchia materiale che sussiste anche tra le leggi di revisione costituzionale e le norme che non possono essere da quelle modificate; ad esempio, l’art. 139 subordina materialmente le leggi di revisione costituzionale alle norme che determinano la forma repubblicana.

Norme primarie

Il termine “legge”, in senso formale, indica le norme prodotte da un’assemblea legislativa (nell’esempio italiano, dove l’assemblea legislativa è quella nazionale, il parlamento, si hanno le leggi ordinarie; dove sono i consigli regionali, si hanno le leggi regionali).

Con la Rivoluzione francese la natura del diritto cambia profondamente: il processo di statalizzazione di tutto il diritto è realizzato attraverso il monopolio della legge come fonte del diritto. Prima dell’avvento delle costituzioni rigide, nei paesi di tradizione giuridica continentale (*civil law*) la legge acquisisce lo statuto di fonte suprema e primaria, nel senso di anteriore, originaria: tutti i poteri dello Stato sono conferiti dalla legge, che quindi non applica norme preesistenti. Non solo: diventa anche fonte unica, essendo cancellate le fonti dell’antico regime: consuetudini, giurisprudenza, dottrina, norme religiose e di diritto canonico, norme locali. La legge diventa il paradigma delle fonti del diritto, in quanto espressione della volontà generale, del potere sovrano[[291]](#footnote-291).

All’interno delle norme primarie, si ritiene che vi sia una gerarchia fra legge delega e decreto legislativo, più precisamente fra i principi e i criteri direttivi contenuti nella legge delega e le norme del decreto legislativo redatto di conseguenza.

Norme UE: le sole materie in cui l’Unione ha competenza esclusiva sono la politica per la concorrenza all’interno del mercato unico, l’unione doganale, le risorse del mare e la politica monetaria (per i Paesi area euro). Altre materie sono oggetto di competenza concorrente, cioè coesiste ed è complementare con quella degli Stati: es. reti transeuropee, ricerca, industria, protezione dei consumatori, agricoltura.

Per giurisprudenza ormai consolidata sia della Corte costituzionale sia della Corte di Giustizia europea[[292]](#footnote-292), i regolamenti della UE prevalgono in caso di conflitto sulle leggi nazionali (sia anteriori, sia posteriori).

Secondo alcune stime, dal 15% al 45% della legislazione dei singoli Stati è condizionata dalla legislazione europea.

Uso o Consuetudine – È caratterizzata da due elementi: uno materiale, la ripetizione costante e uniforme di un comportamento, e uno psicologico, la convinzione che quel dato comportamento sia doveroso, che la norma sia vincolante. Se è assente uno dei due elementi o entrambi si ha la “prassi”, che quindi è diversa dalla consuetudine; ad esempio lasciare la mancia o i regali di Natale sono una prassi, non una consuetudine, perché manca la convinzione dell’obbligatorietà.

Nella consuetudine quindi l’*efficacia* è la condizione necessaria per l’esistenza e la validità.

L’uso o consuetudine dunque è un fatto umano che viene ripetuto durevolmente, perché in esso la coscienza collettiva rinviene un valore da serbare e osservare; tale comportamento ripetuto si ‘congela’ in una prescrizione giuridica. A differenza della Costituzione o della legge, la consuetudine non è un principio o una previsione, cioè una manifestazione che attende l’applicazione per incarnarsi, bensì è un fatto: manifestazione e incarnazione sono un tutt’uno. È così che nasce il diritto nei primordi della storia umana: non da un testo scritto, frutto di rivelazioni divine o di sapienza di dotti, bensì da un fatto che si ripete, da una durata che si distende nel tempo, da un’osservanza collettiva che è adesione, persuasione, non obbedienza passiva. Nessuna forma di manifestazione più della consuetudine rivela la natura del diritto per chi non lo intende come puro comando. Nella sua elementarità la consuetudine è la fonte che più rispecchia il diritto allo stato di purezza originaria.

Tuttavia ciò che è la sua forza in una società statica di tipo agrario, diventa la sua debolezza in società che diventano complesse e dinamiche: il particolarismo. La consuetudine nasce dal particolare, perché il fatto si colloca sempre nel particolare. Una società complessa si perderebbe in un reticolato di usi, e dunque c’è bisogno di schemi generali ordinanti, che vengono forniti dalla legge ma anche dalla scienza giuridica, dai giuristi (es. si disegna l’istituto del contratto) (Paolo Grossi).

Negli ordinamenti di *civil law* le norme consuetudinarie, marginali, esistono solo se gli ordinamenti stessi le ammettono, a determinate condizioni. Nell’ordinamento italiano consuetudini e usi sono legittimati dall’art. 8 delle preleggi al Codice civile.

Esempi

Di *consuetudo secundum legem*, cioè richiamato dalla legge stessa per integrare: 1) le modalità e i termini di pagamento di un lavoratore subordinato sono quelli in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito (art. 2099 c.c.); dunque la misura della retribuzione è fissata dai contratti collettivi ma le modalità sono lasciate agli usi. 2) in una obbligazione, il luogo in cui deve essere eseguita la prestazione è determinato dagli usi (art. 1182, comma 1, c.c.).

Di *consuetudo praeter legem*, perché le norme scritte non dispongono nulla: 1) il Presidente della Repubblica, prima di conferire l’incarico di formare il nuovo governo, effettua delle consultazioni con i rappresentanti dei partiti politici. 2) la fiducia posta dal Governo sulla conversione in legge dei decreti-legge.

La *consuetudo contra legem* è illecita.

Non è facile accertare l’esistenza di una consuetudine. In Italia l’ordinamento giuridico affida alle camere di commercio e altri enti autorizzati il compito di raccogliere e pubblicare gli usi. Secondo quanto previsto dal legislatore italiano nell’art. 9 delle Disposizioni sulla legge in generale (preleggi), gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria. Va precisato che con la trascrizione le norme consuetudinarie non diventano norme scritte; le disposizioni costituiscono fonti di cognizione e non di produzione del diritto.

Si discute se la giurisprudenza sia o no fonte del diritto, cioè se le sentenze siano o no norme giuridiche. Per H. Kelsen i dispositivi di sentenze e atti amministrativi sono diritto; per S. Soler no perché mancano del requisito della generalità. La maggior parte degli studiosi italiani nega alla giurisprudenza il carattere di fonte di produzione, perché nel nostro ordinamento le sentenze (es. della Corte di Cassazione) non innovano il diritto e valgono solo tra le parti; e sul piano teorico si offuscherebbe la distinzione fra produzione e applicazione del diritto. È controverso anche se le sentenze con cui la Corte costituzionale italiana dichiara l’illegittimità costituzionale delle leggi siano una fonte del diritto. In entrambi i casi a favore A. Pizzorusso (*Fonti del diritto*, 1977).

Per altri giuristi, invece, i giudici svolgono una funzione normativa 1) nel senso della creazione del diritto quando interpretano le disposizioni normative attribuendovi un dato significato e 2) nel senso della cancellazione quando disapplicano il diritto nazionale non conforma a quello europeo o quando rinviano alla Corte costituzionale le leggi che appaiono non conformi alle prescrizioni costituzionali.

Nei sistemi di *common law* le sentenze – i precedenti – costituiscono fonte del diritto.

Una discussione simile si è posta relativamente ai contratti: due persone che stipulano un contratto creano diritto? La risposta prevalente è che esse istituiscono diritti, obblighi, poteri e sanzioni; producono norme autonome, che regolano soltanto le condotte di quanti sono parti del contratto.

Gerarchia

Qui si intende la gerarchia *materiale* o *sostanziale*[[293]](#footnote-293): riguarda la diversa “forza” delle fonti. È la relazione che intercorre tra due norme allorché una di esse, quella appartenente alla fonte superiore, non può essere contraddetta o modificata dall’altra, evidentemente di rango inferiore. Dunque, la norma A è sovraordinata alla norma B quando in caso di conflitto si considera valida A e non B[[294]](#footnote-294). B dunque è subordinata ad A. Ad esempio, negli ordinamenti a costituzione rigida ogni legge che sia in contrasto con la costituzione è illegittima e dunque invalida (viene cancellata da un organo giurisdizionale apposito[[295]](#footnote-295)).

Le norme inferiori derivano dalle superiori. Quando un organo superiore attribuisce a un organo inferiore un potere normativo, glielo attribuisce con due tipi di limiti: di contenuto (*materiali*) e di forma (*formali*). Il primo tipo di limiti riguarda il contenuto della norma che l’inferiore è autorizzato a emanare (es. il legislatore ordinario non può restringere la libertà religiosa); il secondo la procedura con cui la norma deve essere emanata (il parlamento deve seguire una determinata procedura per l’approvazione delle leggi).

Se dal punto di vista dinamico l’ordinamento presenta questa struttura piramidale, ci si può chiedere su che cosa poggia tutta questa scala normativa, qual è il fondamento ultimo della catena di norme, cioè quale norma stia al vertice della piramide. Due celebri espedienti per “chiudere” il sistema sono stati la norma fondamentale di Kelsen e la regola di riconoscimento di Hart (v. *supra*,cap. 11). Infatti, il potere costituente è il potere ultimo, ma ogni potere normativo presuppone una norma che lo autorizzi a produrre norme giuridiche. In sostanza, è necessaria una norma che dia validità alle prime norme positive del sistema.

**Coerenza dell’ordinamento giuridico. Le antinomie**

Un ordinamento giuridico è coerente se in esso non possono coesistere norme incompatibili[[296]](#footnote-296). L’*antinomia* è un’incompatibilità fra due norme simultaneamente vigenti in un ordinamento giuridico in quanto in contraddizione: due norme offrono, per uno stesso caso, soluzioni tra loro logicamente incompatibili, per cui l’osservanza di una costituisce inosservanza o violazione dell’altra. Ad esempio, una norma comanda di fare una cosa e un’altra la proibisce; una consente di fare e un’altra proibisce[[297]](#footnote-297); una proibisce di fare e un’altra permette di fare[[298]](#footnote-298).

In questi casi una delle due dovrebbe essere eliminata.

La coerenza dell’o. g. non va intesa in senso assoluto, come impossibilità che in qualche momento si produca una norma incompatibile con una norma precedente in vigore, perché le leggi si sovrappongono e si rinnovano, e anche le migliori tecniche di formulazione non riuscirebbero a evitare smagliature e scoordinamenti; bensì va intesa come esito di criteri interni all’ordinamento in grado di risolvere il conflitto, cioè di stabilire quale norma applicare. I criteri stabiliti a tal fine manifestano meglio di altre nozioni l’idea dell’ordinamento giuridico come sistema, cioè come insieme di enti in relazione dinamica.

Come detto in precedenza, i criteri per la soluzione delle antinomie sono quattro: gerarchico, cronologico, di specialità, di competenza.

1) Gerarchico, detto anche della *lex superior*: fra due norme incompatibili prevale quella gerarchicamente superiore[[299]](#footnote-299).

2) Cronologico, o della *lex posterior*: fra due norme contrastanti che appartengono alla stessa fonte o a fonti diverse con pari competenza e che si trovano sullo stesso piano (es. legge ordinaria e decreto-legge), prevale la norma cronologicamente successiva[[300]](#footnote-300).

3) Di specialità, o della *lex specialis*: fra due norme incompatibili pari-ordinate, di cui una generale e una speciale (o eccezionale), prevale la seconda, perché disciplina “più da vicino” la medesima fattispecie, manifesta l’intenzione di derogare alla norma generale[[301]](#footnote-301). A differenza dell’applicazione dei criteri gerarchico e cronologico, nei quali le norme inferiore e precedente diventano invalide, nel criterio di specialità la norma generale resta valida e viene solo derogata nella fattispecie disciplinata dalla norma speciale.

4) Di competenza: fra due norme contrastanti che appartengono a fonti distinte che si trovano sullo stesso piano (ma a volte anche su piani diversi), prevale la norma appartenente alla fonte cui è stata attribuita la competenza (es. fonti di pari forza come le leggi ordinarie e i regolamenti UE[[302]](#footnote-302), o come le leggi statali e le leggi regionali)[[303]](#footnote-303).

In caso di conflitto fra i quattro criteri, il criterio gerarchico prevale sempre su ciascuno degli altri, perché si vuole garantire la stabilità dell’ordine gerarchico entro l’ordinamento, assecondare la maggior “forza” assegnata preliminarmente a determinate norme.

Ad esempio, in caso di conflitto fra criterio gerarchico e criterio cronologico, cioè fra una norma di rango superiore e anteriore nel tempo e una norma di rango inferiore e più recente, prevale la prima.

L’unico caso in cui non esiste una regola consolidata, perché l’ordinamento italiano non disciplina espressamente questa situazione, è l’eventuale conflitto fra criterio gerarchico e criterio della specialità, cioè fra una norma superiore generale e una norma inferiore speciale. Dottrina e giurisprudenza per lo più sostengono la prevalenza del criterio gerarchico (il criterio *lex specialis* si ritiene applicabile solo tra norme pari-ordinate), ma in pratica l’esigenza di adattare la normativa alle sempre nuove situazioni poste dalla società porta non di rado a far prevalere la legge speciale. Es. l’art. 39 Cost. afferma la libertà sindacale, ma la legge 22-12-1956, istitutiva delle Partecipazioni statali, imponeva alle aziende a partecipazione statale di far parte di organizzazioni dei datori di lavoro diverse da quelle delle altre aziende.

Nel caso di conflitto fra criterio della specialità e criterio cronologico, cioè fra una norma speciale precedente e una norma generale successiva, prevale la norma speciale.

Si può verificare un’antinomia fra due norme coeve, poste sullo stesso livello ed entrambe generali. Ad esempio, ciò può accadere per due norme che si trovano nello stesso codice. In tal caso non è stato individuato un criterio convincente che possa vincolare l’interprete (giudice, giurista), il quale resta abbastanza libero nella soluzione del conflitto, da realizzare secondo opportunità (spesso si ricorre alla gerarchia *assiologica*, cioè all’importanza). Le due norme sono entrambe valide, ma non entrambe efficaci, perché sarà efficace quella applicata dal giudice nel singolo caso; l’altra è semplicemente disapplicata.

Conflitti tra principi giuridici – L’esistenza di una norma può determinare un conflitto tra principi, la cui risoluzione ha effetti sul mantenimento o l’annullamento della norma. Esempio: ipotizziamo che una costituzione contenga il principio che tutela la salute degli individui e il principio che tutela la libertà di iniziativa economica; e supponiamo che il legislatore emani una legge che obbliga le aziende produttrici di tabacco ad apporre sulle confezioni avvertenze relative ai pericoli per la salute derivanti dal fumo. Tale obbligo incide sul secondo principio in quanto vincola la libertà di confezionamento del prodotto e tende a dissuadere i consumatori dall’acquisto. In tali casi i giudici decidono operando un *bilanciamento* tra i principi in gioco; nella modalità più frequente ordinandoli gerarchicamente nel caso concreto. Tale gerarchia assiologica spesso è anche *mobile*, cioè provvisoria, limitata al caso in esame, in un momento successivo e su un altro tema si può far prevalere il principio che in precedenza era stato accantonato[[304]](#footnote-304) (v. *supra*, cap. 14).

La decisione di un eventuale giudice costituzionale ha effetti sulla vigenza della norma: se, nell’esempio precedente, privilegerà il primo principio, la norma resterà in vigore, se farà prevalere il secondo principio, la norma sarà annullata.

**Completezza dell’ordinamento giuridico. Le lacune**

Un ordinamento giuridico si dice *completo* quando è privo di lacune, cioè quando esiste una norma (una conseguenza giuridica) per ogni fattispecie astratta, dunque anche per ogni caso concreto. Si ha lacuna normativa quando vi è un caso che non è regolato da nessuna norma. In tal caso manca il requisito della completezza dell’ordinamento giuridico.

Tuttavia questa definizione di lacuna è troppo generica e va precisata, perché un ordinamento giuridico potrebbe consapevolmente rinunciare a disciplinare determinate fattispecie. E infatti alcuni teorici, di impronta giuspositivista (Kelsen), sostengono la necessaria completezza di un ordinamento giuridico sulla base dell’argomento del *principio generale esclusivo*, secondo il quale “tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso”. Tale norma di chiusura fa sì che, ove non vi sia un esplicito divieto o un esplicito obbligo, vi è un implicito permesso[[305]](#footnote-305).

Di conseguenza è stata formulata (Alchourrón e Bulygin) una definizione più rigorosa di lacuna: questa si ha se il caso non regolato si può considerare giuridicamente rilevante, meritevole di essere disciplinato da una norma, ed è tale se la fattispecie cui il diritto *non* riconnette conseguenze giuridiche presenta alcuni elementi di somiglianza (più rigorosamente: alcune proprietà in comune) con altre fattispecie cui il diritto positivo invece riconnette conseguenze giuridiche[[306]](#footnote-306).

Di fatto anche la completezza, come la coerenza, è una finzione. Oggi ad esempio settori come le biotecnologie e la genetica possono creare problemi di individuazione del diritto in quanto la legislazione non sta al passo con le innovazioni. Secondo L. Ferrajoli un esempio di lacuna persistente è la non azionabilità in giudizio del diritto al lavoro proclamato dall’art. 4 Cost.

Tuttavia negli ordinamenti moderni in genere il giudice è tenuto per legge a risolvere sempre la controversia che gli viene sottoposta, quindi anche in caso di lacuna; non può “denegare giustizia”, rifiutandosi o omettendo ingiustificatamente di pronunziare la sentenza nei termini di legge[[307]](#footnote-307).

L’eliminazione delle lacune può avvenire ricorrendo all’*analogia legis*, all’*analogia juris*[[308]](#footnote-308) o all’argomento *a contrario*.

*Analogia legis*: si applicano le norme che disciplinano casi simili (o materie analoghe). La somiglianza deve essere *rilevante*; la rilevanza si verifica constatando la *ratio legis*, cioè la ragione che ispira la disciplina del caso simile. Se, ad esempio, in un ordinamento giuridico v’è una norma che vieta la circolazione di automobili per limitare l’inquinamento ma non v’è una norma che regola la circolazione delle motociclette, si può ricorrere alla norma esistente e ricavare una nuova norma per le motociclette, perché il caso è simile in modo rilevante, alla luce della *ratio* che è quella di limitare l’inquinamento. Attraverso l’analogia si crea una norma nuova (inespressa), non si effettua una interpretazione estensiva.

Esempi di lacune e ricorso ad *analogia legis* - 1) La vendita a scopo di garanzia (passaggio di un bene da un debitore a un creditore al fine di garantire il debito) non è disciplinata da alcuna norma; l’interprete potrebbe ricorrere all’art. 2744 c.c. che vieta il patto commissorio (in caso di mancato pagamento di un debito, il bene dato in garanzia con ipoteca o pegno passa in proprietà al creditore[[309]](#footnote-309)) per vietare la vendita a scopo di garanzia. 2) Non c’è una norma che stabilisca eventuali obblighi del comodatario circa le riparazioni della cosa data in comodato (che è a titolo gratuito); l’interprete può ricorrere all’art. 1577 c.c. che riguarda gli obblighi del locatore per le riparazioni della cosa locata (che avviene in cambio di un corrispettivo in denaro). 3) Non vi è una norma che disciplini la forma (scritta o no) del negozio con la quale le parti desiderano *risolvere* consensualmente un contratto preliminare per il trasferimento di diritti reali immobiliari; la Cassazione nel 1995 fece ricorso agli articoli 1350 e 1351 c.c. che prescrivono la forma scritta per la stipula del contratto preliminare avente ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari[[310]](#footnote-310).

L’analogia non è ammessa nel diritto penale (secondo l’opinione diffusa, solo nelle norme incriminatrici) e per le leggi eccezionali, ma vi è stato qualche caso di applicazione di essa: negli anni Ottanta del Novecento, prima che il legislatore introducesse i “reati informatici”, i giudici spesso condannavano per “furto” di software, sebbene il furto sia sottrazione di cosa mobile, mentre la fattispecie in questione consiste in un impossessamento di idee.

*Analogia juris*: se non è possibile il ricorso al criterio precedente si ricorre ai principi generali del diritto positivo, cioè i principi formulabili per astrazione a partire da norme esistenti; come l’obbligo di rispettare i patti (lealtà), il divieto di un comportamento contraddittorio, la buona fede, il principio di ragionevolezza[[311]](#footnote-311).

Esempi di lacune e ricorso ad *analogia iuris* - 1) Caso dei coniugi Anselmi. Il marito, in conseguenza di impotenza di generare, acconsente a inseminazione artificiale eterologa della moglie; nasce il figlio; dopo alcuni anni il marito chiede il disconoscimento di paternità ex art. 235 c.c. (ora abrogato; tra le cause c’era l’*impotentia generandi*). La Cassazione nel 1999 dà ragione alla moglie richiamandosi ai principi generali dell’ordinamento (doveri di lealtà, buona fede e correttezza: il marito aveva dato il consenso), dunque non ritenendo applicabile l’art. 235 (approvato in un’epoca in cui la procreazione esigeva il rapporto fisico tra uomo e donna), e dunque postulando l’esistenza di una lacuna, colmata con una nuova norma inespressa (formulabile in questo modo: “in caso di consenso del marito a inseminazione artificiale eterologa, egli non può successivamente intraprendere l’azione per il disconoscimento di paternità”). 2) La maternità surrogata è una materia in cui il diritto inglese ha individuato lacune; la madre portante può ripensarci e tenere il bambino.

Argomento *a contrario*: data la presenza di una norma che prescrive una certa disciplina per una certa fattispecie, si ritiene implicitamente disposta la disciplina opposta per le fattispecie opposte. Cioè si fa collimare il significato letterale con ciò che il legislatore intendeva dire, concludendo che il legislatore ha voluto solo ciò che ha detto e riguardo a ciò che non ha detto ha voluto l’opposto[[312]](#footnote-312). Ad esempio, secondo l’art. 81 del Codice civile, in caso di rottura della promessa di matrimonio senza giustificato motivo, il promittente deve risarcire i danni patrimoniali (spese effettuate e obbligazioni contratte) all’altra parte. Ciò significa che il legislatore ha voluto che *non* siano risarciti i danni non patrimoniali (una nuova norma). Oppure, se vi è la norma “Tutti i cittadini hanno diritto di voto”, si può concludere che i non cittadini, cioè gli stranieri, non hanno diritto di voto.

Si può argomentare *a contrario* anche a partire dalla totalità delle norme: ad esempio, se nessuna norma qualifica in alcun modo la condotta del convenuto, la domanda giudiziale dell’attore deve essere respinta[[313]](#footnote-313).

Il mutamento di un ordinamento giuridico

Se cambiano le norme che costituiscono la base di un ordinamento giuridico, le regole fondamentali, l’o. g. è mutato, nello stesso territorio si è creato un ordinamento diverso dal precedente. Tale mutamento può avvenire in due modi: 1) in maniera “irregolare”, nel caso di un colpo di Stato o di una rivoluzione; 2) in modo regolare, quando tra le regole di un sistema ve ne sono alcune che prevedono un procedimento per la loro modificazione (es. l’art. 138 della Costituzione italiana).

Certezza del diritto

Si può definire come la situazione in cui il destinatario della norma è in grado di prevedere con precisione le conseguenze giuridiche associate a una determinata fattispecie. Ciò consente di progettare il corso delle proprie azioni.

Dipende da diversi fattori:

*determinatezza*: esistenza di norme chiare (non vaghe, ambigue, contraddittorie e interpretabili arbitrariamente)[[314]](#footnote-314);

*snellezza*: non pretendere di regolare con pervasività l’intera realtà sociale ed economica;

*economicità*: assenza di ridondanze: la ridondanza si ha quando un ordinamento giuridico fornisce troppe soluzioni per uno stesso caso; ad esempio, (almeno) due norme disciplinano nello stesso modo lo stesso caso (le norme si ripetono);

*adempimento non impossibile*;

facile *accessibilità* alle norme; cioè la conoscibilità da parte principalmente dei destinatari;

*stabilità*: norme non modificabili con frequenza e arbitrariamente dagli organi della produzione e non interpretabili arbitrariamente dagli organi dell’applicazione[[315]](#footnote-315);

*effettività secondaria*: le norme vengono fatte rispettare; con congruenza fra enunciazione e applicazione (applicazione non infedele).

L’inflazione legislativa dell’epoca contemporanea compromette tale requisito[[316]](#footnote-316). In generale la dogmatica presuppone che il diritto racchiuda tutte le soluzioni in forma latente; a tal fine essa assume l’ipotesi di razionalità del legislatore, operando la finzione tacita di attribuire al legislatore, spersonalizzato e reso astratto, determinate doti: esso è *unico*, *imperituro*, *consapevole*, *onnisciente*, *attento all’efficacia*, *giusto*, *coerente*, *onnicomprensivo*, *non ridondante* e *preciso*. Tali doti tuttavia sono ben lungi dal caratterizzare i legislatori reali: le norme sono prodotte da una molteplicità di individui differenti; molti non più in vita (interrompendosi così la continuità della volontà, scopo del requisito); alcuni alzano la mano o premono un pulsante senza una conoscenza precisa della legge che stanno votando; non possono conoscere tutte le fattispecie concrete, a volte infinite, incluse nella norma sancita; dettano norme inapplicabili; propongono soluzioni assiologicamente scorrette; producono antinomie; non riescono a evitare lacune; duplicano norme; usano espressioni o termini vaghi, imprecisi, oscuri o scorretti[[317]](#footnote-317). Tutto ciò compromette la qualità, oltre che la certezza, del diritto.

Le impostazioni teoriche più sostanzialiste e meno formaliste, come il neocostituzionalismo o l’evoluzionismo giuridico, ritengono che il valore della certezza non debba sempre prevalere e possa passare in secondo piano rispetto a valori come la flessibilità, l’evoluzione del diritto o la giustizia del caso concreto.

19.3 Rapporti giuridici e situazioni giuridiche soggettive

Si definisce *rapporto giuridico* ogni relazione tra due soggetti che sia disciplinata da norme giuridiche. I rapporti giuridici possono essere istituiti da norme di condotta (es. il rapporto di credito) o da norme sulla produzione giuridica (es. rapporti di potere, il creditore ha il potere di far vendere all’asta la cosa del suo debitore inadempiente). Ai soggetti che entrano in rapporto il diritto conferisce vantaggi e svantaggi correlati; tali vantaggi e svantaggi sono le situazioni giuridiche soggettive.

La situazione giuridica soggettiva è la dimensione soggettiva di una norma, cioè l’attributo ascritto da una norma a un soggetto.

Vi sono otto situazioni giuridiche soggettive elementari[[318]](#footnote-318):

*obbligo*: situazione di un soggetto al quale è rivolta una norma imperativa (un comando o un divieto);

*pretesa*: situazione giuridica nella quale un soggetto può esigere l’adempimento di un obbligo da parte di un altro soggetto;

*libertà*: situazione di un soggetto al quale nessuna norma imperativa impone di tenere un dato comportamento o al quale una norma permissiva consente di tenere un dato comportamento;

*non-pretesa* (assenza di pretesa): situazione di un soggetto al quale nessuna norma attribuisce una pretesa;

*potere*: situazione di un soggetto al quale una norma (autorizzatrice, di competenza) consente di creare o modificare obblighi o pretese in capo a sé e ad altri;

*soggezione*: situazione di un soggetto modificabile da un altro soggetto (che ha il potere);

*incompetenza*: situazione di assenza di potere;

*immunità*: situazione di assenza di soggezione.

Obbligo e pretesa, così come potere e soggezione, sono concetti relazionali, nel senso che se a un soggetto è attribuito un obbligo, (almeno) un altro gode di una pretesa; e se a un soggetto è conferito un potere, a un altro è imposta una soggezione.

A loro volta tali situazioni elementari possono essere variamente combinate per dar luogo a situazioni giuridiche complesse, come un diritto soggettivo. Ad esempio, il diritto di proprietà implica per il proprietario la *libertà* di agire, il *potere* di disporre della cosa, la *pretesa* di comportamenti omissivi altrui. Oppure il diritto soggettivo di esprimere liberamente il proprio pensiero comporta la *libertà* di espressione, l’*immunità* rispetto a possibili divieti del legislatore, la *pretesa* di un comportamento omissivo da parte del potere esecutivo, cioè l’*obbligo* per esso di non impedire materialmente il comportamento in questione.

La dottrina amministrativistica italiana ha introdotto la nozione di *interesse legittimo*, una ulteriore situazione giuridica soggettiva, sconosciuta alla teoria del diritto contemporanea. È l’interesse di un soggetto a che la pubblica amministrazione agisca conformemente alla legge nell’interesse collettivo, perché in tal modo il soggetto può conseguire un’utilità. Ad esempio, la correttezza delle procedure di un concorso è un interesse legittimo di ciascun partecipante. Dunque l’interesse legittimo non ha una posizione autonoma primaria come il diritto soggettivo, bensì secondaria, perché l’interesse primario è la legalità amministrativa, da cui deriva l’eventuale utilità per il soggetto privato (nell’esempio, l’utilità derivante dall’eventuale vittoria del concorso)[[319]](#footnote-319).

Secondo diversi autori (A. Orsi Battaglini, R. Guastini) l’interesse legittimo non è che una *species* del *genus* diritti soggettivi, un diritto soggettivo latamente inteso, in quanto entrambi hanno la natura giuridica di forme di protezione dell’interesse individuale.

Bibliografia

U. Grozio, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e libro primo*, trad. it. parziale, Cedam, Padova, 2010.

J. Bentham, *Of Laws in General* (1782), The Athlone Press, Londra, 1970.

J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (1832), Il Mulino, Bologna, 1994.

S. Romano, *L’ordinamento giuridico* (1918), Quodlibet, Macerata, 2018

K.N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence. The Next Step*, in “Columbia Law Review”, 30, 1930.

K. Olivecrona, *Il diritto come fatto* (1939), Giuffrè, Milano, 1967.

H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Etas, Milano, 1994.

- *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1966.

L. Strauss, *Diritto naturale e storia* (1952), Neri Pozza, Venezia, 1957.

P. D’Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di comunità, Milano, 1954.

A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino, 1965.

H. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino, 1965.

B. Leoni, *La libertà e la legge* (1961), Liberilibri, Macerata, 1995.

G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

- *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

- *Il positivismo giuridico rivisitato*, in “Rivista di filosofia”, 1989.

N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Laterza, Roma-Bari, 20112.

- *Studi per una teoria generale del diritto* (1970), Giappichelli, Torino, 20122.

*- Dalla struttura alla funzione*, Giuffrè, Milano, 1977.

- *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010.

J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980.

M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995.

E. Pattaro (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982.

N. Irti, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984.

L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1986.

J. Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R.P. George (a cura di), *Natural Law Theories*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 158-187.

- *Normative (or Ethical) Positivism*, in J. Coleman (a cura di), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 411-433.

J.M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale* (1992), Il Mulino, Bologna, 1996.

Y.R. Simon, *La tradizione del diritto naturale* (1992), Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2005.

E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995.

G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), Il Mulino, Bologna, 2001.

S. Nino, *Introduzione all’analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996.

L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997.

L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2008.

R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.

*- Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006.

- *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

- *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.

C. Luzzati, U. Scarpelli, *Compendio di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

C. Luzzati, *Questo non è un manuale*, Giappichelli, Torino, 2010.

M. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari, 2001.

P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

- *Società Diritto Stato*, Giuffrè, Milano, 2006.

- *L’Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

- *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

- *Uno studioso del diritto alla ricerca di se stesso*, il Mulino, Bologna, 2008.

G. Visentini, *Appunti di teoria generale del diritto*, I e II, Cedam, Padova, 2003.

A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

D. Friedman, *L’ordine del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004.

R. David, E. Jauffret, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004.

C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

- *Appunti di storia della filosofia del diritto*, Gedit, Bologna, 2005.

A. Schiavone, *Ius*, Einaudi, Torino, 2005.

E. Castrucci, C. Lottieri, *Lezioni di filosofia del diritto*, Aracne, Ariccia (Rm), 2006.

AA.VV., *Il mercato delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2006.

L. Ferrajoli, *Principia iuris, I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

P. Chiassoni, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

- *L’indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, I, Giappichelli, Torino, 2009.

- *Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2016.

M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2008.

- *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* *– Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

M. Grondona, *L’ordine giuridico dei privati*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2008.

S. Castignone, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

F. Modugno, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2006.

A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

C. Ciscato, F. Todescan (a cura di), *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, antologia di testi, Cedam, Padova, 2010.

F. D’Agostino, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

- *Lezioni di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006.

*- Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L’ultima parola?*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2012.

B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.

F. Poggi, *Concetti teorici fondamentali*, Edizioni ETS, Pisa, 2013.

G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013.

G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Edizioni ETS, Pisa, 2016.

B.H. Bix, *Teoria del diritto: idee e contesti* (2015), Giappichelli, Torino, 2016.

A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, il Mulino, Bologna, 2016.

AA.VV., *Che cosa è il diritto: Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016.

1. Secondo un’altra definizione, il compito fenomenologico riguarda l’evoluzione del diritto nella società. [↑](#footnote-ref-1)
2. All’interno di questa sezione si può inserire la funzione della filosofia del diritto secondo gli analitici: la filosofia del diritto si occupa dell’analisi del linguaggio della dottrina. [↑](#footnote-ref-2)
3. I diversi orientamenti teorici non concordano sui contenuti della filosofia del diritto. Ad esempio, per l’orientamento giusnaturalista la filosofia del diritto comprende il compito ontologico e quello deontologico; mentre il giuspositivismo riserva alla filosofia del diritto i compiti deontologico e metodologico, configurando il compito ontologico nella forma della *teoria del diritto*, dunque in senso strettamente scientifico. [↑](#footnote-ref-3)
4. G. Fassò, p. 115. [↑](#footnote-ref-4)
5. Papiniano: “Una legge è un decreto avente carattere generale, frutto del parere dei legislatori, la repressione dei reati commessi deliberatamente o per ignoranza, un impegno generale della pubblica fede dello stato”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Questo fenomeno è influenzato dall’Umanesimo (gli autori elencati sono umanisti), un tratto del quale è la convinzione che i valori, le credenze, le preferenze non siano universali ed eterne ma dipendano dal tempo e dal luogo. Applicate al diritto, tali convinzioni portano gli umanisti a criticare gli studiosi dello *ius commune* in quanto trascurano i diversi contesti e la prospettiva storica; mentre il diritto è sempre il prodotto delle circostanze particolari della società che lo genera. Ciò contribuisce a irrobustire i sistemi statali e locali a discapito dello sfondo giuridico comune. [↑](#footnote-ref-6)
7. P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 97-98. [↑](#footnote-ref-7)
8. Nel *Leviatano* (1651) alcuni cenni sintetici (cap. XXVI) fanno intravedere una concezione del diritto positivistica, imperativistica e statalistica: il diritto è l’insieme delle norme caratterizzate come comandi che lo Stato rivolge ai destinatari; il soggetto che le produce è il sovrano o un’assemblea legislativa: «*auctoritas, non veritas, facit legem*». Anche Pufendorf nel *De iure naturae et gentium* (1672) offre una definizione della legge come ordine notificato da un superiore a coloro che gli sono soggetti. [↑](#footnote-ref-8)
9. In materia di diritto le teorizzazioni dell’illuminismo e dell’utilitarismo inglesi non hanno conseguenze al di fuori del campo dottrinale, cioè sul diritto positivo; il *common law* era troppo radicato. Enfatizzando l’*interesse*, l’utilitarismo apre la strada anche alle teorie giuridiche dell’interesse (R. Jhering, P. Heck, v. *infra*, cap. 9). [↑](#footnote-ref-9)
10. A. Thon (*Norma giuridica e diritto soggettivo* [1878], Cedam, Padova, 1951) è considerato insieme ad Austin il principale esponente dell’imperativismo, secondo cui il diritto è essenzialmente un insieme di *comandi* o *imperativi* rivolti dal sovrano ai cittadini. Il suo (e quello di Austin e anche di Hobbes) è stato definito *imperativismo ingenuo*, distinto dal successivo *imperativismo critico* (Kelsen), che analizza la struttura dell’imperativo giuridico in forme più sofisticate, e cioè come imperativo ipotetico e come imperativo rivolto ai giudici anziché ai cittadini (v. *infra*, cap. 11). [↑](#footnote-ref-10)
11. La tesi ‘solo il diritto positivo è diritto’ può essere intesa come tesi epistemologica (solo il diritto positivo è suscettibile di conoscenza scientifica, empirica), come tesi etico-normativa (il diritto positivo è dotato di un superiore valore morale, dunque prevale sulle norme morali con esso incompatibili) o come tesi a un tempo epistemologica ed etico-normativa. [↑](#footnote-ref-11)
12. Un tema ricorrente nelle discussioni sul diritto attiene al contrasto tra Volontà e Ragione, con riflessi sulle classificazioni delle varie teorie giuridiche. Ad esempio, le teorie positiviste si trovano più a loro agio con gli aspetti che riguardano la volontà, mentre quelle giusnaturaliste valorizzano la ragione (la scoperta dei principi naturali attraverso il ragionamento). Il volontarismo è la concezione del diritto secondo la quale il fondamento del diritto è costituito solo dalla *volontà* di un dato soggetto (individuo, collegio o collettività). Tale volontà deve avere una posizione centrale e dominante, dev’essere un potere psichico incondizionato, il valore finale; se essa invece è strumentale rispetto a un altro valore (la giustizia, il benessere) o da esso limitata, non si può parlare di giusvolontarismo (ecco perché l’autentico volontarismo si concilia bene unicamente con l’assolutismo politico). A. Falzea ha osservato che, configurandosi nel volontarismo la norma giuridica come un comando o un imperativo del soggetto che manifesta la sua volontà, volontarismo e imperativismo vengono usati come sinonimi. Tuttavia non sempre i significati coincidono. *Comando* è il termine più appropriato per descrivere la norma giuridica nel volontarismo: il comando è la manifestazione di volontà di un soggetto diretta a ottenere da un altro soggetto un determinato comportamento. L’*imperativo* invece è il modo verbale impiegato in qualsiasi formulazione legislativa. Ciò significa che si può riscontrare la forma imperativa della legge senza che dietro vi sia un qualsiasi fenomeno di volontà. In sostanza, spesso gli imperativi sono comandi, ma non sempre. Ad esempio il formalismo riconosce nella legge un imperativo, ma lo considera un imperativo depsicologizzato, da non intendere come atto di volontà. A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* *– Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 89-92. [↑](#footnote-ref-12)
13. Un secondo elemento associato a questo è che le leggi che costituiscono il diritto positivo sono solo quelle ‘volute dallo Stato’ e fatte valere con la forza di cui esso è monopolista. Da qui le critiche di statolatria rivolte alla teoria (v. *infra*). [↑](#footnote-ref-13)
14. Spesso la tesi della separazione del diritto dalla morale si congiunge con la tesi del non-cognitivismo etico o del “relativismo dei valori” (J. Waldron) o dello scetticismo (H. Kelsen, A. Ross, v. *infra*, cap. 11): impossibilità di una conoscenza oggettiva dei valori; i giudizi di valore non hanno fondamento nella ragione, ma sono soltanto l’espressione delle opinioni arbitrarie di chi li esprime. Di conseguenza i criteri di giustezza del diritto sono sempre di natura soggettiva; tutte le asserzioni morali relative a come il diritto dovrebbe essere rivelano un carattere “non cognitivo”, costituiscono cioè manifestazioni di sentimenti, espressioni di volontà, desideri, preferenze non fondabili e dimostrabili razionalmente. I contenuti del diritto variano da paese a paese e da un’epoca storica all’altra. Tuttavia autori come il primo H. Hart (1958), C. Nino e M. Hartney hanno sostenuto che il giuspositivismo non implichi il soggettivismo e il non-cognitivismo etico: il positivismo giuridico è semplicemente una teoria su ciò che è diritto (le regole che derivano da fonti sociali) ed è indipendente dalla questione relativa alla natura, soggettiva o oggettiva, dei nostri giudizi morali. In sostanza, il sostenitore di un’etica oggettivista può essere un giuspositivista, cioè può riconoscere che, ad esempio, in una società tutti seguono una norma che egli ritiene in contrasto con la morale oggettiva (da lui sostenuta); oppure che l’autorità x, da tutti considerata un’autorità normativa, promulga tale norma (tesi di R. Caracciolo). Secondo C. Luzzati un positivista potrebbe criticare per motivi morali una legge pur riconoscendo che sia valida, e anche violarla (ad esempio con un atto di disobbedienza civile). Secondo Nino un giuspositivista (metodologico) può affermare, senza contraddirsi, che un giudice ha l’obbligo morale di disapplicare una norma giuridica ingiusta. [↑](#footnote-ref-14)
15. In termini di diritti soggettivi, la differenza fra giusnaturalismo e giuspositivismo (metodologico) è illustrata dalla seguente circostanza: supponiamo che in un ordinamento giuridico non siano riconosciuti diritti come quello alla vita, alla proprietà o alla libera espressione. Per i giusnaturalisti tali diritti sono e restano diritti *giuridici* (in quanto diritti *morali*), mentre per i giuspositivisti non sono diritti *giuridici* (sebbene i giuspositivisti metodologici non si oppongono all’idea che sussistano come diritti morali). [↑](#footnote-ref-15)
16. Il positivista C. Luzzati contesta che il positivismo debba identificarsi con l’imperativismo (sebbene in Austin e Kelsen coesistessero). Per il positivismo tutto il diritto è diritto posto o comunque riconducibile ad atti o fatti dell’uomo; e fra queste fonti vi è anche la consuetudine, o norme che non consistono in comandi ma nell’attribuzione di facoltà o poteri. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ad esempio, oggi secondo le procedure costituzionali che per la vigenza dei testi legislativi richiedono modalità per la presentazione, discussione, deliberazione, promulgazione e pubblicazione. Oppure, nel *common law*, la prassi indiretta del precedente giudiziario. [↑](#footnote-ref-17)
18. Le diverse versioni del giuspositivismo si distinguono soprattutto per il modo di descrivere il fondamentale test di *pedigree* che una regola deve superare per essere una norma giuridica. Ad esempio, criteri stringenti sono quelli che pretendono che le norme siano emanate da organi rappresentativi eletti che decidano a maggioranza, con successivo scrutinio di un organo di tipo giudiziario; mentre un criterio più lasco è che è norma ciò che è deciso dal soggetto che di fatto controlla in ultima istanza gli altri, cioè a cui gli altri obbediscono abitualmente (Austin). [↑](#footnote-ref-18)
19. I due termini sono utilizzati (e si relazionano) anche in un’accezione diversa: relativamente al potere politico, per N. Bobbio la legittimità riguarda la titolarità del potere, cioè se colui che lo detiene abbia il giusto titolo per detenerlo; mentre la legalità riguarda l’esercizio del potere, cioè se viene esercitato, da chi ne ha il giusto titolo, in base alle leggi vigenti. Esempi di potere illegittimo potrebbero essere il potere conseguito attraverso un colpo di stato violento o attraverso brogli elettorali. Mentre un potere legittimo è illegale se chi lo esercita lo fa arbitrariamente, violando, disattendendo o distorcendo le leggi vigenti. [↑](#footnote-ref-19)
20. A seguito dello sviluppo di un’estesa codificazione, è nei Paesi dell’Europa continentale, come Francia, Germania, Italia e Spagna, nonché nella maggior parte dell’America latina, che ha predominato ed è ancora consistente uno spiccato formalismo nei confronti delle norme, cui vengono assegnate le proprietà formali illustrate (precisione, univocità, coerenza, completezza e simili). Fra i giuristi di *common law* tale convincimento è molto meno frequente. Secondo C. Luzzati la tesi che un sistema giuridico è un “sistema logico chiuso” «è un relitto d’altri tempi. Il vecchio positivismo sosteneva contro ogni evidenza che il ragionamento giuridico fosse costituito da una catena di sillogismi, senza alcuno spazio per compiere scelte discrezionali. Il giudice diventava così la mera “bocca della legge”. […] [Tale] tesi rappresenta una concezione sorpassata […] cui Hart ha dato il colpo di grazia sostenendo che il linguaggio normativo è sempre vago e aperto in qualche misura». C. Luzzati, *Questo non è un manuale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 152. Come si vedrà in seguito (§ 9), lo scetticismo nei confronti delle norme professato dal realismo giuridico sarà una sorta di reazione estrema contro tale formalismo. [↑](#footnote-ref-20)
21. La giustificazione più estrema dell’obbedienza al diritto positivo è lo Stato etico di matrice hegeliana. Secondo tale concezione, lo Stato, che è la suprema manifestazione di Dio nella Storia, è portatore della missione di realizzare l’*eticità*; dunque le leggi, come manifestazione della volontà dello Stato, hanno sempre un valore etico e richiedono quindi l’incondizionata obbedienza dei sudditi. Grazie all’influsso della *Rechtsphilosophie* di Hegel, il positivismo ottocentesco sul piano etico-normativo si connota per una valutazione positiva pregiudiziale nei confronti dello Stato e delle sue leggi, a prescindere dal loro contenuto; giustificando la definizione di *positivismo statual-legalista*. È questa versione estrema del positivismo ideologico, propugnata dai giuristi tedeschi del periodo nazista, che ha contribuito a veicolare l’immagine di un positivismo giuridico ‘immorale’ e complice del nazismo. [↑](#footnote-ref-21)
22. Questa critica va distinta dall’accusa mossa al giuspositivismo (soprattutto dal versante giusnaturalistico) di insensibilità morale e di colpevole agnosticismo rispetto a orientamenti giuridici che contengono principi moralmente riprovevoli. Il giurista può svolgere la sua attività ermeneutica sul diritto positivo senza formulare giudizi di valore su di esso, come il sociologo che osserva il tipo di vita di un dato gruppo sociale. Al sociologo non si chiede di aggiungere una parola di biasimo alla descrizione dei costumi di una tribù di cannibali. Diverso è il fatto di saper dare conto dei principi morali che condizionano un dato diritto positivo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Un argomento difensivo classico (ad esempio a Norimberga) da parte dei dirigenti e funzionari pubblici marchiatisi di crimini anche efferati è che essi operavano in conformità con le norme giuridiche vigenti. [↑](#footnote-ref-23)
24. La giurisprudenza analitica di Bentham e Austin può essere collocata nella categoria del *positivismo epistemologico o scientifico*, il cui fine è la conoscenza scientifica del diritto positivo, da conseguire per mezzo di indagini empiriche e di analisi concettuali, e informato al postulato di avalutatività etico-normativa (*Wertfreiheit*). A questa categoria apparterranno anche la teoria pura del diritto, il realismo americano e scandinavo, la teoria analitica della scuola di Oxford. Questa impostazione è distinta dal *positivismo ideologico*, che, come si è visto, invece attribuisce un superiore valore etico al diritto positivo. Tuttavia Bentham e Austin sul piano filosofico non sostengono lo scetticismo etico cui aderiranno componenti importanti del giuspositivismo del Novecento (come Kelsen; nonché il giusrealista Ross): essi ritenevano che un principio morale universalmente valido e razionalmente giustificabile esistesse, il principio di utilità, in base al quale una condotta è moralmente corretta quando contribuisce a incrementare la felicità del maggior numero di persone. [↑](#footnote-ref-24)
25. J. Bentham, *Of Laws in General* (1782), The Athlone Press, Londra, 1970. [↑](#footnote-ref-25)
26. Bentham ammette anche l’esistenza di norme permissive e premiali, di conseguenza alcuni studiosi (P. Chiassoni) hanno parlato di *imperativismo temperato*. [↑](#footnote-ref-26)
27. Un sostenitore contemporaneo di tale teoria è H.L.A. Hart. [↑](#footnote-ref-27)
28. J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1994. [↑](#footnote-ref-28)
29. Il metodo analitico di Austin compara i sistemi giuridici più evoluti (romano, common law, i diritti codificati di Francia e Prussia) per trarne alcuni elementi comuni (nozioni, principi) che sono costitutivi dei diritti positivi; successivamente viene compiuta un’analisi del linguaggio (ambiguità semantica, usi diversi, immagini figurate poco rigorose) e delle definizioni, per non cadere in circolarità, valutatività, mancanza di rigore e scorretta correlazione tra i concetti. [↑](#footnote-ref-29)
30. Non è scontato che il positivismo giuridico istituisca questa connessione necessaria: ad esempio, August Thon è esponente di un imperativismo non-coazionistico: sostiene che nei diritti positivi, oltre alle norme coercitive, esistano anche norme la cui efficacia non riposa sulla prospettazione dell’uso della forza; ad esempio, le norme costituzionali indirizzate ai supremi organi del potere statale (es. il parlamento). Inoltre, se una trasgressione rimane priva di conseguenze giuridiche, si può risalire all’indietro nel sanzionare ma a un certo punto ci si deve fermare a un imperativo che impone un dovere non sanzionato; cioè se un giudice non sanziona un trasgressore è necessaria una norma che lo sanzioni, e se colui che deve sanzionare il giudice omette di farlo è necessaria una norma di terzo livello che lo sanzioni e così via; per evitare il regresso all’infinito bisogna ammettere che c’è una norma ultima che consiste in un imperativo privo di conseguenze giuridiche. [↑](#footnote-ref-30)
31. È necessario un altro requisito: chi comanda deve trovarsi non solo in una posizione di *superiorità coercitiva* ma anche di *superiorità normativa*, o *autorità*, il che accade quando chi comanda è autorizzato in virtù di una qualche norma dell’organizzazione a cui appartengono sia l’emittente sia il destinatario (N. MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Clarendon, Oxford, 1973, pp. 102 ss). Il termine “obbligo” può essere usato solo in presenza di comandi *autorizzati da norme*; altrimenti, come nel caso delle minacce di un brigante, si è solo *costretti*, non obbligati in senso giuridico (H.L.A. Hart, *Il concetto del diritto* [1961], Einaudi, Torino, 1965). [↑](#footnote-ref-31)
32. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica* (1941), Appendice a *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino, 1967, pp. 187-188. [↑](#footnote-ref-32)
33. A esso può essere accostato il positivismo analitico della scienza giuridica inglese, come attitudine metodologica verso il precedente giudiziario e soprattutto verso le norme statutarie. [↑](#footnote-ref-33)
34. Le consuetudini dunque per Savigny vanno intese come *prove*, *indici*, di istituti giuridici e norme preesistenti, non come gli atti costituitivi degli istituti giuridici; nella sua concezione sono dunque prevalentemente fonti di cognizione, non di produzione, del diritto. [↑](#footnote-ref-34)
35. Anche la scienza giuridica è una fonte di cognizione del diritto, la più importante. [↑](#footnote-ref-35)
36. All’interno di questa impostazione si svilupperanno due filoni: i “romanisti”, che considerano il diritto romano un’eredità importante, e da rivalutare, per il diritto tedesco (Savigny); e i “germanisti”, che considerano il diritto romano un sistema estraneo, la cui cattiva influenza ha limitato lo sviluppo del diritto germanico e di conseguenza deve essere espunto da questo (i fratelli Grimm). [↑](#footnote-ref-36)
37. «In tal modo l’atmosfera culturale delle correnti giusnaturalistiche operanti nell’umanesimo e nell’illuminismo si tramanda nella scuola storica in tutta la sua originaria potenza». A. Falzea, *op. cit*., p. 130. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ciò ha riflessi sulla teoria dell’interpretazione: tra i quattro momenti indicati da Savigny – grammaticale, logico, storico, sistematico – i due ultimi diventano rilevanti. [↑](#footnote-ref-38)
39. H. Sumner Maine, *Ancient Law*, University of Arizona Press, Tucson, 1986. [↑](#footnote-ref-39)
40. Parente stretta della già esaminata Scuola dell’Esegesi. [↑](#footnote-ref-40)
41. C.C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871. Il formalismo langdelliano negli Stati Uniti diventa la teoria dominante e si riverbera anche nella costituzione, grazie alla Corte suprema che costituzionalizza le regole di *common law* sulla libertà contrattuale in modo da impedire al governo, sia dei singoli stati sia federale, di intervenire per regolare le questioni economiche e sociali. Ad esempio, nella sentenza *Lochner v. New York* del 1905 la Corte suprema, in base a una concezione astratta e formale del contratto, stabilisce che la città di New York non poteva regolare l’orario lavorativo dei panettieri fissando il limite di dieci ore, perché ciò violava la libertà contrattuale. I giusrealisti criticheranno la sentenza perché trascurava la concreta asimmetria di potere e inuguaglianza di ricchezza tra datori di lavoro e lavoratori, e mascherava una posizione ideologica specifica, il liberismo, dietro la neutralità della libertà di contratto. Questo formalismo durerà fino agli anni Trenta del Novecento, quando inizia l’attivismo welfarista del New Deal. [↑](#footnote-ref-41)
42. Il positivismo filosofico non va confuso con il positivismo giuridico: per il primo la teoria del diritto si risolve nella sociologia. [↑](#footnote-ref-42)
43. Epigoni della giurisprudenza degli interessi come Esser, Westermann e Reinach hanno rifiutato il nesso causale, contrapponendovi la controllata libertà del legislatore nella valutazione degli interessi. Tuttavia resta il problema dei criteri di valutazione degli interessi in gioco: valori materiali generici, come giustizia, equità, responsabilità morale, dignità umana ecc., hanno bisogno di una determinazione più precisa, dunque di altri criteri, esponendosi a un regresso all’infinito. [↑](#footnote-ref-43)
44. O.W. Holmes Jr., *The Common Law*, Little Brown and Co., Boston, 1881. [↑](#footnote-ref-44)
45. R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in “American Law Review”, 44, 1910; *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in “Harvard Law Review”, 24 e 25, 1911 e 1912. In Pound il sociologismo ha forti intonazioni idealistiche, non materialistiche. [↑](#footnote-ref-45)
46. K.N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence. The Next Step*, in “Columbia Law Review”, 30, 1930; *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, in “Harv. L. Rev.”, 44, 1931. [↑](#footnote-ref-46)
47. J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Brentano’s, New York, 1930. [↑](#footnote-ref-47)
48. Nei sistemi romanistici leggi e costituzioni sono *pseudofonti* del diritto. [↑](#footnote-ref-48)
49. Abbiamo già visto la critica dei giusrealisti americani alla sentenza della Corte suprema sul caso *Lochner v. New York* (che giudica incostituzionale la legge della città di New York che fissa a dieci le ore giornaliere dei panettieri): dietro la neutralità della libertà di contratto si nasconde l’opzione ideologica dei giudici a favore del liberalismo economico. [↑](#footnote-ref-49)
50. A. Hagerstrom, *Das Prinzip der Wissenschaft*, SKHVSU Almqvist & Wicksell, Uppsala, 1908. [↑](#footnote-ref-50)
51. K. Olivecrona, *Il diritto come fatto* (1939), Giuffrè, Milano, 1967. [↑](#footnote-ref-51)
52. A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino, 1965. [↑](#footnote-ref-52)
53. Esponenti italiani di questa corrente sono S. Castignone (1974, 1995) e E. Pattaro. [↑](#footnote-ref-53)
54. G. Tarello, *Diritto, enunciati ed usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1974. [↑](#footnote-ref-54)
55. S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974; *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995. [↑](#footnote-ref-55)
56. C. Schmitt considererà Hauriou suo maestro. Il diritto si risolve nella decisione politica. Il sovrano è colui che decide nello stato di eccezione. L’esperienza politica vive dove c’è l’opposizione amico-nemico. [↑](#footnote-ref-56)
57. La principale critica rivolta all’istituzionalismo riguarda il silenzio sulla maggiore o minore *giustizia* dei gruppi sociali organizzati. Come nel caso di un’organizzazione criminale, l’ordine esiste all’interno dell’organizzazione (procedure per risolvere i conflitti), fra i suoi componenti, ma verso l’esterno vi è esercizio della violenza. [↑](#footnote-ref-57)
58. I normativisti (Kelsen) replicano che i meri fatti, di per sé, non hanno un immediato valore sul piano giuridico; conta il *significato* che essi hanno. Serve un processo di pensiero che interpreta la specifica percezione sensibile. Un signore in toga pronuncia da un seggio elevato determinate parole: tale accadimento esteriore diventa un fatto giuridico (una sentenza) solo se cade sotto le disposizioni di una norma (un insieme coordinato di norme), nell’esempio specifico la costituzione e il codice di procedura penale. La qualificazione di un fatto come esecuzione di una sentenza capitale e non come omicidio non risulta da una percezione sensibile ma dal riferimento al codice penale e di procedura penale. La norma funziona come schema che qualifica l’atto. Inoltre, qualsiasi organizzazione prevede fini, mezzi e una distribuzione di compiti, che non possono realizzarsi se non mediante *regole di condotta* (scritte o non scritte, è indifferente). [↑](#footnote-ref-58)
59. A questo problema va incontro anche il pluralismo giuridico di Ehrlich esaminato in precedenza. Esponenti contemporanei del pluralismo giuridico sono J. Griffiths (*What is Legal Pluralism?*, 1986), F. von Benda-Beckmann (*Who’s Afraid of Legal Pluralism?*, 2002), Gordon R. Woodman (*Diritto consuetudinario e diritti consuetudinari*, 2009) e G. Teubner (*La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle Costituzioni civili*, 2005). [↑](#footnote-ref-59)
60. N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione* (1986), Giuffrè, Milano, 1990. [↑](#footnote-ref-60)
61. Kelsen aderisce alla concezione epistemologica del positivismo logico elaborato dal Circolo di Vienna e dunque ritiene che i principi morali non siano conoscibili razionalmente e oggettivamente. Gli unici giudizi la cui verità o falsità sia decidibile razionalmente sono i giudizi analitici e i giudizi dotati di contenuto empirico. Un giurista che sostiene le medesime premesse epistemologiche è il giusrealista Alf Ross. Non tutti i giuspositivisti sostengono tale scetticismo etico: come si è visto (§ 6), Bentham e Austin ritenevano che un principio morale universalmente valido e razionalmente giustificabile esistesse, il principio di utilità. [↑](#footnote-ref-61)
62. L’impostazione filosofica è neokantiana, la purezza posta come fondamento di tutto il sistema. [↑](#footnote-ref-62)
63. H. Kelsen, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, 1963. [↑](#footnote-ref-63)
64. Come Kant, Kelsen intende effettuare una “rivoluzione copernicana” e spostare l’attenzione dall’oggetto da conoscere al soggetto conoscente. Per superare lo scetticismo di Hume, Kant individuò le categorie, leggi *a priori* della mente in grado di organizzare le impressioni sensoriali e garantire la generalità e la certezza della conoscenza. Ad esempio, è la categoria della causalità che stabilisce un legame fra due fenomeni, A causa e B effetto. Kelsen intende compiere un’operazione dello stesso genere, identificando la categoria o forma attraverso cui noi riusciamo a conoscere il fenomeno “diritto”: e la individua nella categoria del “dover essere”, categoria puramente formale, a priori. Che non ha nulla a che vedere con il dover essere riferito ai valori della morale: significa semplicemente che tutta l’esperienza giuridica può venire espressa mediante giudizi del tipo “se A allora B *deve essere*”; dove A è un dato comportamento e B è una sanzione. [↑](#footnote-ref-64)
65. In conseguenza della violazione di una norma morale vi può essere la disapprovazione da parte di alcuni membri o anche l’ostracismo, ma non vi sono organi specializzati competenti a irrogare sanzioni, cioè non vi è sanzione *organizzata*. [↑](#footnote-ref-65)
66. Molti autori (fra i maggiori A. Ross) hanno notato che l’idea che ogni norma giuridica sia assistita da sanzione innesca un regresso all’infinito: ad esempio, la norma sul divieto di sosta ha la sanzione della contravvenzione; se la sanzione non viene applicata vi dev’essere un’altra norma che impone una sanzione disciplinare ai vigili urbani; e poi un’altra norma che impone una sanzione ai superiori gerarchici dei vigili che non hanno irrogato la sanzione disciplinare; e così via all’infinito. Nella realtà ci si trova con un’ultima norma non sanzionata. [↑](#footnote-ref-66)
67. O, in una forma più cruda, “I comandi del sovrano devono essere osservati”. Un’altra formulazione di tale norma è: “Il potere costituente è autorizzato a emanare norme obbligatorie per tutta la collettività”, oppure “Ogni norma giuridica legittima (cioè statuita in conformità col diritto) deve essere osservata” o “Bisogna ubbidire alla Costituzione”. Ad esempio, per l’ordinamento giuridico italiano la norma fondamentale presupposta dai giuristi sarebbe: “L’Assemblea Costituente, riunita il 22 dicembre 1947, è autorizzata ad approvare la Costituzione”. A livello internazionale invece la norma fondamentale è *pacta sunt servanda*. Il potere originario, a cui la norma fondamentale stabilisce che bisogna ubbidire, è l’insieme delle forze politiche che in un determinato momento storico hanno preso il sopravvento e hanno instaurato un determinato ordinamento giuridico. Per alcuni giuristi far dipendere il sistema normativo dal potere originario significa ridurre il diritto alla forza. Altri obiettano che il potere può anche riposare sul consenso; la forza è uno strumento necessario del potere, ma non è detto che ne sia anche il fondamento. [↑](#footnote-ref-67)
68. Questa è considerata una debolezza del normativismo: norme poste in modo valido da una qualche autorità (prevalentemente dallo Stato) possono essere inefficaci o restare inattuate. L’elemento di forza dell’*istituzionalismo* (*supra*, cap. 10) è sembrato proprio la capacità di porre un rimedio a tale difetto. [↑](#footnote-ref-68)
69. Normativisti contemporanei come Claudio Luzzati sostengono che il normativismo non implica la statualità del diritto: anche altre organizzazioni possono produrre giuridicità. [↑](#footnote-ref-69)
70. Cfr. N. Bobbio, *Dal potere al diritto e viceversa*, in “Rivista di filosofia”, 1981, rist. in N.B., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Esi, Napoli, 1992, pp. 141-155. [↑](#footnote-ref-70)
71. N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992. R. Guastini ha sostenuto l’autosufficienza del potere costituente - un potere di fatto, *extra ordinem* – facendo notare che le norme originarie, costituzionali, non sono né valide né invalide, perché non sono state prodotte seguendo le procedure previste dall’ordinamento (e nemmeno le hanno violate) e non possono essere in accordo (o in conflitto) con nessuna norma di grado superiore. Ma allora, se al vertice dell’ordinamento vi deve essere per forza una norma né valida né invalida, perché non ammettere che si tratti della norma posta, la prima costituzione, anziché introdurre un’inutile duplicazione della costituzione? La norma fondamentale si rivela superflua. R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 270. [↑](#footnote-ref-71)
72. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Laterza, Roma-Bari, 20112. [↑](#footnote-ref-72)
73. N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in “Rivista di filosofia”, 1967, pp. 235-262. [↑](#footnote-ref-73)
74. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Giuffrè, Milano, 1977. [↑](#footnote-ref-74)
75. H. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, 2002. [↑](#footnote-ref-75)
76. Secondo Candace J. Groudine Hart non è riuscito a oltrepassare la tesi di Austin secondo cui le norme giuridiche sono tali in virtù di una mera superiorità coercitiva: C.J. Groudine, *Authority: H.L. Hart and the Problem with Legal Positivism*, in “Journal of Libertarian Studies”, vol. 4, n. 3, estate 1980, pp. 273-288. [↑](#footnote-ref-76)
77. Per Hart è raro che sia espressamente formulata in un testo canonico. [↑](#footnote-ref-77)
78. Secondo alcuni autori può essere formulata così: “Sono diritto in questo paese tutte le norme dettate dal legislatore A o da chi è autorizzato da lui”. In merito alla norma di riconoscimento sono state sollevate molte questioni: ad esempio, se vada interpretata come una norma che impone doveri o che conferisce poteri; o se, all’interno di uno stesso ordinamento, possano esistere più norme di riconoscimento (J. Raz, *The Authority of Law*, 1979). [↑](#footnote-ref-78)
79. Questa posizione, cioè il ricondurre l’individuazione del diritto all’accettazione di una norma sociale di riconoscimento da parte di un gruppo rilevante di individui, è la posizione del *mainstream* del giuspositivismo contemporaneo. U. Scarpelli, di scuola analitica, ha criticato Hart sulla fondazione della giuridicità sull’effettività: da un punto di vista interno, cioè se si è attori all’interno del sistema, un giudizio non può basarsi unicamente sull’accertamento di un fatto (l’effettività), non basta a garantire neutralità scientifica. Se tutti si comportano in un certo modo, questo non implica che *ci si debba* comportare così; ci vuole anche una premessa prescrittiva. In sostanza, per decidere se un ordinamento in questione è giuridico non basta un pratico *accertamento*, è necessaria una *scelta*; non è materia di mere rilevazioni sociologiche, ma dipende da principi. U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965. J. Raz ha criticato la norma di riconoscimento perché Hart non riesce a giustificare l’asserzione secondo cui in ogni ordinamento giuridico c’è una sola norma di riconoscimento. Ad esempio, in un sistema giuridico una norma di riconoscimento può prescrivere l’applicabilità delle norme prodotte dal Parlamento, oppure delle norme costituite da precedenti giudiziali. Queste vanno considerate due norme di riconoscimento diverse; infatti, se invece si afferma che si tratti di un’unica norma di riconoscimento che determina due fonti di norme distinte, allora si può anche sostenere che esiste una sola norma di riconoscimento che prescrive l’applicabilità delle norme prodotte dai Parlamenti italiano e francese, considerando i due diritti di questi due paesi un unico ordinamento giuridico. [↑](#footnote-ref-79)
80. Paul Foriers (*Le juste et le droit naturel*, 1982) ha utilizzato l’espressione “diritto naturale positivo”. [↑](#footnote-ref-80)
81. Tali precetti discendono da alcuni *fatti* della condizione umana: siamo tutti mortali e vulnerabili; caratterizzati da uguaglianza approssimativa (nessuno è tanto più forte degli altri da essere in grado di soggiogarli, se non per un breve periodo; al limite gli altri possono coalizzarsi e ucciderlo); l’altruismo è limitato (e discontinuo: a volte alcuni fanno del male agli altri); le risorse sono limitate; abbiamo comprensione e forza di volontà limitate. [↑](#footnote-ref-81)
82. Circa i diritti soggettivi, Hart sostiene la ‘teoria della scelta’, secondo cui la titolarità di un diritto è basata sul potere individuale di *scegliere* se rinunciare o rafforzare l’obbligo corrispondente altrui (di non interferire o di effettuare una prestazione). A tale teoria si contrappone la ‘teoria dell’interesse’ (MacCormick), secondo la quale la titolarità di un diritto è basata sull’interesse, dal momento che la teoria della scelta non riesce a rendere conto dei diritti indisponibili e dei diritti di soggetti, come i bambini, non in grado di scegliere. [↑](#footnote-ref-82)
83. In termini operativi Hart è il maggiore esponente della concezione dell’interpretazione mista (tra formalismo e antiformalismo): l’interpretazione è *scoperta* nei casi facili (quando i termini della disposizione sono chiari relativamente al caso concreto), e dunque i giudici devono essere formalisti, e *creazione* nei casi difficili (quando ad esempio una disposizione manca o i termini sono ambigui), per cui i giudici devono proporre liberamente *policies*. Lon Fuller ha utilizzato questo esempio per criticare Hart sul criterio linguistico, più precisamente sulla convinzione che una norma possa avere un nucleo di significato linguistico stabilito: supponiamo che il camion sia un monumento eretto nel parco da un gruppo di cittadini; allora non basta la ricerca della parola “veicolo” sul vocabolario da parte del giudice per stabilire se il camion può entrare o no; il giudice deve anche considerare l’*obiettivo* della norma, non solo i termini; l’interpretazione giudiziale dev’essere orientata agli obiettivi. L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, in “Harv. L. Rev.”, 71, 1958, p. 630. [↑](#footnote-ref-83)
84. Questo non significa che il legislatore non possa promulgare norme giuridiche che corrispondono a norme morali ritenute vincolanti nella società; ma che, quando ciò accade, queste norme perdono il loro carattere morale per trasformarsi a tutti gli effetti in norme giuridiche. [↑](#footnote-ref-84)
85. J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979. [↑](#footnote-ref-85)
86. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994. [↑](#footnote-ref-86)
87. J.L. Coleman, *The Architecture of Jurisprudence*, in “Ratio Juris” 3, 2000, pp. 294-304. [↑](#footnote-ref-87)
88. J.J. Moreso, *El reino de los derechos y la obiectividad de la moral*, in “Analisis Filosofico” 23, 2003, pp. 117-150. Secondo altre classificazioni, questo autore è inserito nella corrente teorica del *neocostituzionalismo*. [↑](#footnote-ref-88)
89. U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit.. [↑](#footnote-ref-89)
90. T.D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Darmouth, Aldershot, 1996. [↑](#footnote-ref-90)
91. J. Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R.P. George (a cura di), *Natural Law Theories*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 158-187. [↑](#footnote-ref-91)
92. G. Grisez, *The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question 94, Article 2*, in “Natural Law Forum”, 1965, pp. 168-201. Questo saggio, riguardante il primo principio della ragion pratica (“fare il bene ed evitare il male”), secondo alcune classificazioni è considerato il vero inizio della teoria neoclassica del diritto naturale, caratterizzata dalla ripresa di Tommaso d’Aquino. Il testo principale di tale approccio è *Legge naturale e diritti naturali* di J. Finnis (v. *infra*). [↑](#footnote-ref-92)
93. L. Fuller, *La moralità del diritto* (1964), Giuffrè, Milano, 1986. [↑](#footnote-ref-93)
94. Il principale interlocutore di Fuller è stato Hart; il dibattito ha luogo a partire dal 1958 nella “Harvard Law Review”. [↑](#footnote-ref-94)
95. Fuller afferma che, se dovesse indicare un contenuto, il principio più importante sarebbe: conservare la comunicazione con i propri simili. La trasmissione da un uomo all’altro delle conoscenze è la base della vita. [↑](#footnote-ref-95)
96. Dunque, applicando tale criterio al famigerato test del diritto nazista, per Fuller non tutto il diritto del *III Reich* va considerato non giuridico: ad esempio il diritto privato era diritto, perché aveva seguito le forme indicate da Fuller, dunque possedeva una “moralità interna”; invece altre aree normative non lo erano, perché il legislatore ricorreva a leggi segrete, inventava una retroattività per colpire specifiche persone e altri arbitrii simili. [↑](#footnote-ref-96)
97. Secondo lo studioso Gary Minda invece la scuola del *Legal Process* non è altro che la versione del realismo giuridico americano trasportata negli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento, una versione migliorata perché più solidamente fondata sulle scienze sociali moderne e un po’ più concettualista. [↑](#footnote-ref-97)
98. J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), Giappichelli, Torino, 1996. [↑](#footnote-ref-98)
99. G. Fassò, *Legge della ragione*, Giuffrè, Milano, 1964; *Società, legge e ragione*, Giuffrè, Milano, 1974. [↑](#footnote-ref-99)
100. Per la filosofia analitica (Wittgenstein), la filosofia non è una peculiare forma di conoscenza, bensì solo l’analisi logica del linguaggio. La conoscenza del mondo spetta alle diverse scienze; la filosofia è un metodo, la critica e la chiarificazione del linguaggio. L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), Einaudi, Torino, 1989; J. Searle, *Atti linguistici* (1969), Boringhieri, Torino, 1976. Applicando ciò al diritto, ne segue che la filosofia (analitica) del diritto non è altro che l’analisi logica del linguaggio giuridico. [↑](#footnote-ref-100)
101. Dalla *metagiurisprudenza descrittiva* si distingue la *metagiurisprudenza prescrittiva*, che si occupa di ciò che la giurisprudenza deve essere, cioè di che cosa i giuristi dovrebbero fare per adempiere meglio al loro compito. [↑](#footnote-ref-101)
102. N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile” 2, 1950, pp. 342-367. [↑](#footnote-ref-102)
103. R. Alexy, *Theorie, der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Francoforte sul Meno, 1978. [↑](#footnote-ref-103)
104. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, in “Rechtstheorie”, 1981. [↑](#footnote-ref-104)
105. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Torino, 1997. [↑](#footnote-ref-105)
106. R. Dreier, *Konstitutionalismus und Legalismus*, in “Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie”, Beiheft 40, 1991. [↑](#footnote-ref-106)
107. A rigore, i principi hanno un carattere deontologico (stabiliscono cosa è dovuto), mentre i valori una dimensione assiologica (stabiliscono cosa è bene). Il neocostituzionalismo relativizza la distinzione fra i due: giudicare e applicare principi e valori significa fare la stessa cosa, il giudizio sulla base dei valori (una soluzione superiore a un’altra) si trasforma, in ambito giuridico, nel giudizio sui principi (quella soluzione è ‘dovuta’). [↑](#footnote-ref-107)
108. Esempi: l’uguaglianza fra i cittadini, la pace fra le nazioni, la certezza del diritto, la libertà contrattuale [↑](#footnote-ref-108)
109. Es. il “diritto al lavoro” (art. 4 Cost.) o il “diritto alla salute” (art. 32, comma 1) esigono altre norme (regole) che li attuino e tale concretizzazione può avvenire in molti modi diversi. [↑](#footnote-ref-109)
110. Ad esempio, la norma costituzionale (art. 21, comma 1) che proclama la libertà di manifestazione del pensiero incontra un limite nel “buon costume” (comma 6). Così come i riti religiosi (art. 19) e la libertà della scienza e dell’arte (art. 33, comma 1). [↑](#footnote-ref-110)
111. Alla teoria della distinzione *forte* fra principi e regole si contrappone la teoria della distinzione *debole* (dei positivisti Raz, MacCormick, Hart, Moreso, Jori, Pintore), per la quale la differenza è solo quantitativa, di grado, non qualitativa: i principi possiedono in misura maggiore certe proprietà, ma anche le regole le possiedono, sebbene in misura minore. Ad esempio, circa l’*importanza*, vi sono alcuni principi che non sono autoevidenti e sono invece bisognosi di ulteriore giustificazione (in altri principi), come la divisione dei poteri e la sovranità popolare. Relativamente alla *trasparenza/opacità*, vi sono regole chiarissime rispetto al valore che vogliono tutelare, come il divieto dell’omicidio o della riduzione in schiavitù. Tali regole, inoltre, sono oggetto di *adesione* assiologica, non solo di ubbidienza. Per Hart talvolta anche i principi devono la loro natura giuridica al *pedigree*: ad esempio, il principio di buona fede o il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* sono giuridici proprio perché sono contenuti in disposizioni formalmente valide. [↑](#footnote-ref-111)
112. P. Grossi ha giudicato un’utile incrinatura del rigido legalismo i riferimenti della Corte Costituzionale italiana al “diritto vivente” e al principio di ragionevolezza della legge; un modo di rimodellare le fonti del diritto. [↑](#footnote-ref-112)
113. Ad esempio, fra libertà di espressione e tutela della riservatezza o della reputazione, o fra diritto di sciopero e diritto dell’utente a un servizio pubblico. [↑](#footnote-ref-113)
114. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010. [↑](#footnote-ref-114)
115. Un giurista che aderisce al movimento dei diritti fondamentali ma è distante dall’impostazione *liberal* di Dworkin, il libertario Richard Epstein, ritiene invece che quelli fondamentali siano i diritti di proprietà. [↑](#footnote-ref-115)
116. L. Ferrajoli, *Principia juris*, Laterza, Roma-Bari, 2007. [↑](#footnote-ref-116)
117. «La Legge che vieta il furto, per esempio, è il risultato di un processo spontaneo di selezione culturale di usi e convenzioni che inizia con l’osservazione che la convenzione di distinguere ciò che è di Tizio da ciò che è di Caio riduceva la conflittualità all’interno della società, la quale quindi, introducendo questa convenzione, prosperava e diventava più forte rispetto ad altre che non la introducevano. Questo processo finisce con la lenta e graduale trasformazione di questa convenzione (inizialmente introdotta per motivi di interesse) in principio morale, e quindi generale e astratto». G. Birindelli, *La sovranità della legge*, Facco, Treviglio (Bg), 2014, p. 34. [↑](#footnote-ref-117)
118. I giuristi che avversano la legolatria contemporanea (es. Paolo Grossi) evidenziano che in passato il diritto è stato espressione di forze più complesse, come gli usi, l’attività dei giudici (giurisprudenza) e dei giuristi (dottrina). [↑](#footnote-ref-118)
119. B. Leoni, *La libertà e la legge* (1961), Liberilibri, Macerata, 1995. [↑](#footnote-ref-119)
120. B. Leoni, *op. cit*., p. 170. [↑](#footnote-ref-120)
121. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-121)
122. *Ivi*, p. 171. [↑](#footnote-ref-122)
123. B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto* (1959), Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2003. [↑](#footnote-ref-123)
124. C. Lottieri ha evidenziato la seguente difficoltà contenuta nell’elaborazione teorica di Leoni: mentre la negoziazione economica produce un esito pienamente legittimo, lo scambio delle pretese che fa emergere norme sulla base dei comportamenti e delle culture prevalenti non conduce necessariamente ad un risultato egualmente giusto. Ad esempio, in una società che mostri un’ampia accettazione verso condotte aggressive, è possibile che finiscano per essere ritenute giuridiche regole tutt’altro che coerenti rispetto a un quadro liberale. [↑](#footnote-ref-124)
125. Si riportano le critiche nella versione contenuta in P. Chiassoni, *Dei difetti dell’evoluzionismo giuridico*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2, dicembre 2015. [↑](#footnote-ref-125)
126. P. Chiassoni propone il seguente esempio: «In un edificio senza servizio di portierato vivono due condomini, Tom e Jerry. Nell’intento di arrivare a un assetto normativo nel quale Tom apre il portone di mattina e Jerry lo richiude la sera (“Tom deve aprire il portone al mattino; Jerry deve chiuderlo alla sera”), Tom formula tacitamente la sua “proposta”, che consiste al tempo stesso in una “prestazione contrattuale anticipata”, aprendo il portone tutte le mattine per un certo tempo. Jerry, che ha colto l’intenzione di Tom e ritiene vi sia spazio per cooperare con reciproco vantaggio, procede a sua volta alla sua “controproposta”, e alla simultanea “anticipazione” della sua “contro-prestazione”, chiudendo il portone tutte le sere per un certo tempo. Una volta che ciascuna parte abbia constatato la regolarità della condotta (complementare) dell’altra, ciascuna parte riterrà instaurato uno schema cooperativo formulabile nei termini di una norma consuetudinaria.

Il prodotto finale delle interazioni negoziali a risultato aperto, la norma consuetudinaria che alla fine può desumersi dai comportamenti regolari di un certo insieme di agenti, può essere una norma che, all’inizio dell’interazione negoziale, nessuna delle parti aveva esattamente in mente». Tuttavia, osserva Chiassoni, «quando si formulano proposte e controproposte, mediante “prestazioni” e “controprestazioni” “anticipate”, si ha in mente l’assetto finale al quale grossomodo si vorrebbe arrivare. Può accadere che, nel corso dell’interazione negoziale, gli agenti modifichino le proprie posizioni circa l’assetto normativo finale. Ciò non esclude, tuttavia, che esso ne rispecchi comunque le intenzioni convergenti. Alla luce di queste considerazioni, per il modello contrattuale di genealogia delle norme consuetudinarie sostenere che tali norme siano sempre e comunque un “effetto non intenzionale” delle condotte degli agenti deve ritenersi, in conclusione, fuorviante». P. Chiassoni, *op. cit*., p. 341. [↑](#footnote-ref-126)
127. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, Boston, 1972. [↑](#footnote-ref-127)
128. G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago, 1976. [↑](#footnote-ref-128)
129. Sul piano metodologico esistono due correnti all’interno della Scuola: quella “positiva” (viva a Chicago con Richard Posner) e quella “normativa” (a Yale con Guido Calabresi, S.R. Ackermann, O. Fiss). La prima ritiene che l’unico criterio debba essere la massimizzazione della ricchezza, e che esso è parametro di giudizio non solo dell’efficienza, ma anche della giustizia di un sistema giuridico. Il parametro deve essere la ricchezza e non l’utilità perché questa è impossibile da misurare e da comparare in forma interpersonale. La seconda corrente, definita anche *New Haven School* o *Reformist School*, sostiene invece che, in termini di giustizia, il solo incremento di ricchezza non basta, e deve essere coniugato con altri scopi, come l’eguaglianza e l’utilità; dunque, le norme devono indurre redistribuzioni della ricchezza. G. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in “Yale L. J.”, 70, 1961; *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica* (1970), Giuffrè, Milano, 1975. [↑](#footnote-ref-129)
130. Dalla contrattazione emergeranno i prezzi effettivi. Le unità monetarie consentono misurazioni che sono impossibili con l’“utilità”. [↑](#footnote-ref-130)
131. Un esempio di applicazione giuridica, che sarà ripreso più avanti, è il disincentivo al crimine in relazione alla pena, considerata il “prezzo” che la società impone per un reato, con una relazione inversa tra le due entità. [↑](#footnote-ref-131)
132. Un’applicazione al diritto è la stima dei danni (monetari, quindi minimi) per la perdita della vita di un figlio, valutando le risorse investite dai genitori (cibo, vestiti, istruzione ecc.) che si sarebbero potute indirizzare verso altri beni e servizi. [↑](#footnote-ref-132)
133. Per Posner l’accostamento economico non è solo *normativo* (funzionale a valutare la correttezza delle soluzioni giuridiche), ma anche *descrittivo*, in grado cioè di spiegare le istituzioni giuridiche vigenti. In tutti gli ambiti del diritto - e persino in settori apparentemente lontani da implicazioni economiche, come il diritto penale - le soluzioni proposte da legislatori, giudici e giuristi tendono a perseguire l’efficienza economica, anche quando i loro autori non ne sono coscienti, o quando nascondono tale intento dietro espedienti retorici. [↑](#footnote-ref-133)
134. R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in **“**Journal of Law and Economics”, n. 3, ottobre 1960. L’articolo è una risposta a A.C. Pigou e alla sua soluzione del problema delle diseconomie esterne, incentrata sulle imposte, o sul risarcimento, assegnati in anticipo alla parte responsabile, che così è costretta a internalizzare l’esternalità. [↑](#footnote-ref-134)
135. Un altro esempio proposto da Coase è il seguente: «Nel caso del bestiame del proprietario del ranch che si cibi del raccolto del vicino, è senz’altro vero che il raccolto non avrebbe subìto danno alcuno se non ci fosse stato il bestiame. Ma è anche vero il contrario, ossia che il raccolto non avrebbe subìto danno alcuno se fosse stato altrove, anziché lì. […] Se discutiamo del problema in termini di causalità, ebbene, entrambe le parti hanno causato danni». R. Coase, *op. cit.* La reciprocità della causalità ha sollevato molte critiche, che verranno esaminate più avanti. Autori non di scuola Austriaca che hanno rifiutato la tesi sono Richard Epstein (*Causation – In Context: An Afterword*, in “Chicago-Kent Law Review”, 63, 1997) e George Fletcher, che ha osservato: «Il teorema di Pigou continuerà a regnare […] Coase non si affermerà mai tra i giudici, perché le sue idee di efficienza sono incompatibili con i principi più elementari di equità». G. Fletcher, *The Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 167. [↑](#footnote-ref-135)
136. Un esempio che viene proposto di tale condizione è l’inquinamento provocato da un aereo in volo: l’individuazione dei soggetti danneggiati e l’ipotetica negoziazione con essi rappresenterebbe un costo di transazione molto elevato. In questo caso è plausibile una norma giuridica che impone in maniera standard un vincolo specifico, ad esempio un’imposta sulle emissioni o l’imposizione di dispositivi antiinquinanti. Per Coase l’*impresa* stessa, con la sua organizzazione, è un modo di ridurre i costi di transazione: naturalmente l’internalizzazione delle attività, che, riducendo i contratti verso l’esterno, riduce i costi di transazione, non è sempre vantaggiosa; oltre una certa soglia gli svantaggi saranno superiori ai vantaggi (se non fosse così, ogni impresa procederebbe a una progressiva integrazione verticale, finché l’internalizzazione di ogni processo produttivo e commerciale non genererà un’unica gigantesca impresa). Gli istituzionalisti Oliver Williamson e Douglass North approfondiscono lo spunto di Coase sui costi di transazione. Williamson ne evidenzia gli attriti sulla fluidità degli scambi, ma ritiene che il mercato riesca a minimizzarli. North considera le istituzioni come lo strumento più esteso per ridurre i costi di transazione, in particolare l’incertezza. Istituzioni mal congegnate aumentano, anziché ridurre, i costi. D. North, *Institutions, institutional change, and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. [↑](#footnote-ref-136)
137. Nell’esempio precedente della locomotiva, ai 100.000 dollari di danni al campo e ai 75.000 dollari di costo dell’apparecchio si aggiungono costi di transazione pari a 30.000. Di conseguenza la soluzione non sarà più quella del caso di assenza di costi di transazione, e cioè la ferrovia non installerà il dispositivo, e la soluzione sarà meno efficiente. Il giudice, come si vedrà di seguito, deve mimare gli effetti del mercato assegnando i diritti al contadino. [↑](#footnote-ref-137)
138. Posner fa coincidere il “principio di massimizzazione della ricchezza” non con l’ottimalità paretiana ma con il criterio di Efficienza Kaldor-Hicks, secondo cui una regola, decisione o azione è efficiente se e solo se coloro che ne beneficiano potrebbero potenzialmente compensare coloro che perdono e continuare a conseguire un guadagno netto. In questo schema le parti vincitrici non compensano effettivamente quelle perdenti; il punto è: se le parti rese più ricche fossero sollecitate a valutare l’opportunità di una compensazione e decidessero che è conveniente, allora ci si troverebbe in una situazione di ottimo paretiano. In tal modo l’azione statale è giustificata anche se si determina l’impoverimento di una delle parti, perché, senza bisogno delle controverse comparazioni di utilità, si desume che la situazione nuova scaturita dall’intervento è migliore di quella precedente. [↑](#footnote-ref-138)
139. In questa area fu importante il contributo di G. Calabresi nel già citato lavoro *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. [↑](#footnote-ref-139)
140. R. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Harvard, 1983; P.H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?*, in “Journal of Legal Studies”, 6, 1977. [↑](#footnote-ref-140)
141. I. Ayres I., R. Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in “Yale Law Journal”, 99, 1989. [↑](#footnote-ref-141)
142. F. Parisi, R.A. Posner, *Scuole e tendenze nell’analisi economica del diritto*, n. 148, cit., p. 10. [↑](#footnote-ref-142)
143. J.H. Barton, *The Economics Basis of Damages for Breach of Contract*, in “Journal of Legal Studies”, n. 1, 1972. [↑](#footnote-ref-143)
144. A. Schwartz, *The Case for Specific Performance*, in “Yale Law Journal”, 89, 1979. [↑](#footnote-ref-144)
145. S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1987. Shavell è uno dei maggiori esponenti della componente dell’AED, concentrata nella Harvard Law School, che ha sviluppato modelli matematici per le tematiche giuridiche. [↑](#footnote-ref-145)
146. Il limite più evidente del ricorso alla responsabilità civile si ha nel caso in cui l’autore dell’illecito possieda risorse finanziarie insufficienti. [↑](#footnote-ref-146)
147. M.A. Polinsky, S. Shavell, *The Optimal Tradeoff Between the Probability and Magnitude of Fines*, in “American Economic Review”, 69, 1979. [↑](#footnote-ref-147)
148. G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in “The Journal of Political Economy”, 76, 1968, pp. 169-217. All’impostazione di Becker sono state rivolte le seguenti critiche: 1) L’impossibilità delle comparazioni interpersonali di utilità, che non consente il calcolo dei costi sociali del crimine; 2) la vittima, e il suo diritto al risarcimento, anche psicologico, non vengono considerati; 3) per Becker il costo di un omicidio è dato dalla perdita dei guadagni futuri della vittima, e non si calcola il valore della vita in sé. Per cui se venisse ucciso un handicappato che non lavora ed è quindi un consumatore netto di risorse, non essendoci una perdita netta per la società, quell’omicidio non dovrebbe essere sanzionato; verrebbe ammesso l’omicidio selettivo. [↑](#footnote-ref-148)
149. In base ai dati hanno rilevato che, durante gli anni Ottanta e Novanta del Novecento, negli Stati Uniti fu incrementata la possibilità di sequestrare beni in relazione ad attività illegali, principalmente la detenzione e il commercio di stupefacenti. Confrontando le leggi dei vari stati e i dati relativi, gli autori hanno dimostrato che i dipartimenti di polizia si orientavano verso i settori in cui era loro consentito sequestrare quantità più elevate di beni. B. Mast, B. Benson, D.W. Rasmussen, *Entrepreneurial Police and Drug Enforcement Policy*, in “Public Choice”104, n. 3-4, 2000, pp. 285-308. [↑](#footnote-ref-149)
150. T.L. Anderson, D.R. Leal. *Free Market Environmentalism*, Pacific Research Institute forPublic Policy, San Francisco, 1991. [↑](#footnote-ref-150)
151. D.C. Mueller, *Constitutional Democracy*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1996; R.D. Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2000. [↑](#footnote-ref-151)
152. I principi giuridici che stabiliscono divieti, come la responsabilità civile o i crimini, devono essere distinti dalle leggi ordinarie o dai regolamenti amministrativi che stabiliscono richieste positive, del tipo “devi pagare la somma X di imposta” o “devi presentarti per il reclutamento in tale data”. In un certo senso, ovviamente, *tutti* i comandi possono essere formulati in una maniera tale da apparire come comandi negativi, ad esempio “non devi rifiutarti di pagare la somma X di imposta”, o “non devi disubbidire l’ordine di presentarti per il reclutamento”. Ma questa riformulazione è inappropriata. [↑](#footnote-ref-152)
153. I seguaci di Austin, ovviamente, introducono di soppiatto nella loro teoria positiva un assioma normativo: il diritto deve essere ciò che il re ha proclamato tale. Questo assioma non viene discusso e non è basato su alcun insieme di principi etici. [↑](#footnote-ref-153)
154. Di nuovo, queste varianti moderne e democratiche della teoria giuridica positivista introducono di soppiatto l’indimostrato assioma normativo secondo cui le leggi devono avere qualsiasi contenuto i legislatori o gli elettori desiderino. [↑](#footnote-ref-154)
155. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003; *L’Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007; *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, il Mulino, Bologna, 2008. [↑](#footnote-ref-155)
156. R. Unger, *Conoscenza e politica*, il Mulino, Bologna, 1983. [↑](#footnote-ref-156)
157. Nel 1976 un gruppo di giuristi si incontra alla Law School dell’Università del Wisconsin e costituisce un’associazione chiamata *Conference on Critical Legal Studies*. [↑](#footnote-ref-157)
158. A. Freedman, Wendy Williams. [↑](#footnote-ref-158)
159. L’atto di nascita della teoria del diritto è unanimemente individuato nell’articolo del 1874 del giurista tedesco Adolf Merkel, *Sul rapporto tra filosofia del diritto e scienza positiva del diritto*. [↑](#footnote-ref-159)
160. Questa distinzione genera anche una differenza semantica che riguarda gli studiosi: i cultori della prima branca vengono definiti *teorici del diritto*, i secondi *giuristi*. [↑](#footnote-ref-160)
161. *Hominum causa omne ius constitutum est*: aforisma di Ermogeniano; Giustiniano, *Digesto*, 1,5,2. [↑](#footnote-ref-161)
162. *Ubi societas ibi ius*. [↑](#footnote-ref-162)
163. «Il diritto nasce perché a un certo punto, in una data situazione, sorge un conflitto. […] Tale conflitto genera la sua stessa soluzione giuridica. Il diritto non è un corpo preesistente di norme astratte, ma una reazione che appare se c’è un conflitto da risolvere». David Dürr, *The Inescapability of Law*, intervento alla Austrian Economics Research Conference, Auburn, AL, 23 marzo 2019. [↑](#footnote-ref-163)
164. Questa considerazione relativa alla *forza* non implica la visione del diritto unicamente come emanazione di una volontà sovrana imposta ai destinatari, di impostazione giuspositivista. Anche una comunità totalmente basata sull’adesione volontaria, dunque con il massimo tasso di consenso possibile, disporrebbe di norme supportate dalla forza. [↑](#footnote-ref-164)
165. In molte voci del diritto l’idea di valore è una componente concettuale imprescindibile: interesse, bene, godimento, danno, sanzione, rimedio. [↑](#footnote-ref-165)
166. In Italia art. 143, D.Lgs. 30-4-1992, n. 285, “Nuovo codice della strada”. [↑](#footnote-ref-166)
167. Il normativismo, cioè la concezione del diritto come insieme di norme, non implica che ci sia accordo circa la natura, la struttura, le proprietà, le funzioni, i reciproci rapporti ecc. delle norme stesse. [↑](#footnote-ref-167)
168. La lingua inglese mette a disposizione due espressioni diverse (*law*, *right*), di contro alla lingua francese (*droit*), tedesca (*recht*), spagnola (*derecho*) e italiana (*diritto*), che hanno un unico lemma e pertanto sono costrette ad aggettivarlo (diritto oggettivo, soggettivo) o a volgerlo al plurale per rendere i due diversi significati. [↑](#footnote-ref-168)
169. L’accettazione di questa tassonomia non è unanime e dipende dalle diverse impostazioni teoriche ed etico-politiche. Ad esempio, per la teoria liberale classica di origine deontologica e per la teoria libertaria i diritti soggettivi sono la traduzione di un’istanza etica in un vincolo giuridico. I diritti generali sono solo “negativi”; gli unici diritti “positivi” sono quello derivanti da un obbligo contrattuale, e sono definiti diritti *speciali*. Per questa corrente di pensiero dunque la definizione di diritto soggettivo è più snella: è la pretesa assoluta di ciascun individuo a non essere aggredito nel corpo e nei beni di cui è proprietario, garantita dalla legittimità dell’uso della forza contro il trasgressore. Anche per il giusnaturalismo i diritti soggettivi derivano da norme morali oggettive ricavabili dalla natura umana, ma molti giusnaturalisti ricomprendono fra i diritti soggettivi anche alcuni diritti positivi. Per l’utilitarismo benthamiano invece una definizione di diritto soggettivo è la seguente: un d. s. è il beneficio (utilità) di cui un soggetto gode in conseguenza del fatto che l’ordinamento giuridico comanda dietro minaccia di sanzione agli altri o di non impedire al soggetto il comportamento permesso (*liberty-rights*) o di eseguire una prestazione a vantaggio del soggetto (*rights correlative to obligations*). [↑](#footnote-ref-169)
170. Si ritiene che la forma scritta assicuri valori come la certezza del diritto, la stabilità, la conoscibilità delle norme, la riduzione di discrezionalità per gli organi applicativi, l’applicabilità a una platea indefinita di destinatari (generalità e astrattezza; mentre un comando individuale si presta più facilmente alla forma orale). Sebbene essa non sia di per sé garanzia che tali valori siano realizzati, in quanto è possibile (e purtroppo frequente) che un diritto scritto sia caotico, disordinato, soggetto a frequenti mutamenti, difficilmente accessibile, poco comprensibile. [↑](#footnote-ref-170)
171. E in generale il diritto comune a partire dal IX secolo d.C., che contiene il diritto romano, il diritto canonico e il diritto commerciale (appunto la *lex mercatoria*). [↑](#footnote-ref-171)
172. Un attributo degli Stati è la *sovranità*: essa è inerente a un’autorità normativa (suprema). A rigore oggi denota il potere costituente, non il potere legislativo, perché il primo non è conferito e disciplinato da altre norme giuridiche, ma si esercita *extra ordinem*, come potere illimitato di instaurare norme “originarie”; mentre il secondo è una potestà delegata, trae fondamento di legittimità dalle norme costituzionali. [↑](#footnote-ref-172)
173. I difensori della statualità del diritto replicano che gli ordinamenti diversi dallo Stato restano a raggio limitato, perché preordinati alla realizzazione di interessi circoscritti, mentre scopo della organizzazione statuale è di rendere possibile la stessa convivenza sociale, e ogni possibile interesse sociale. [↑](#footnote-ref-173)
174. Secondo la teoria normativista, l’atomo-norma è l’elemento centrale e qualificante del diritto; è sufficiente indagare sulla norma per comprendere la natura del diritto. Come si è visto, vi sono anche dottrine alternative al diritto come insieme di norme: quella del diritto come *istituzione* (Santi Romano), del diritto come insieme di comportamenti (giusrealismo), del diritto come *rapporto giuridico*, del diritto come *pretesa* individuale (B. Leoni). [↑](#footnote-ref-174)
175. Che impone o vieta determinati comportamenti, e in generale volta a modificare la condotta degli esseri umani; non descrittiva (come ad esempio è tipico delle scienze). La norma giuridica esprime il “dover essere”. Il fatto che alcune norme non appaiano con un contenuto di tipo deontico (come ad esempio la norma sulla maggiore età) non confuta la prescrittività: essa infatti appartiene al discorso del diritto nel suo complesso, non necessariamente a ogni enunciato. Il senso del diritto nel suo complesso è di influire sui comportamenti; e anche gli enunciati non direttamente prescrittivi sono variamente associati a quelli prescrittivi e lo sono quindi indirettamente. Ad esempio, la norma permissiva secondo la quale “al compimento della maggiore età è possibile X”, può essere intesa o come un divieto di X prima del compimento della maggiore età o come una norma volta a vietare l’introduzione di un divieto a X dopo il compimento della maggiore età. [↑](#footnote-ref-175)
176. Il che presuppone una concezione cognitivistica dell’interpretazione (di ascendenza illuministica), secondo cui ogni testo normativo incorpora un solo significato (una sola norma) conoscibile mediante interpretazione. La quale quindi deve limitarsi a “scoprire” tale significato precostituito. [↑](#footnote-ref-176)
177. L’enunciato è diverso dalla proposizione perché il primo può essere composto da più proposizioni, ad esempio una proposizione principale e una o più proposizioni a questa subordinate; cioè l’enunciato può essere una frase complessa. [↑](#footnote-ref-177)
178. Se non vi è scarto fra l’enunciato letterale (la disposizione) e la norma, cioè se il significato più ovvio ‘a prima vista’ coincide con il significato letterale, perché i termini (e le loro connessioni) sono netti e non si possono prestare ad ambiguità, si dice che la norma è perfettamente *isomorfa*. Per la chiarezza e certezza del diritto tale coincidenza *prima facie* sarebbe auspicabile; purtroppo gli ordinamenti giuridici contemporanei sono spesso afflitti da tecniche di redazione normativa scadenti, che rendono difficile o impossibile il significato “pacifico” dell’enunciato. [↑](#footnote-ref-178)
179. Questa tesi, originariamente avanzata nell’ambito della teoria analitica del diritto, si è successivamente diffusa anche in ambiti teorici diversi. [↑](#footnote-ref-179)
180. Ad esempio, in Italia la norma “Tutti i cittadini che hanno compiuto il diciottesimo anno d’età hanno il diritto di voto”, non scritta esplicitamente in alcun documento di alcuna fonte del diritto (dunque norma *inespressa*), è ricavata dalla congiunzione delle due disposizioni “Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età” (art. 48, comma 1, Cost.) e “La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno” (art. 2, comma 1, c.c.). [↑](#footnote-ref-180)
181. Ad esempio, l’art. 2043 cod. civ., relativamente alla responsabilità civile, fa riferimento a qualunque fatto “doloso o colposo”; esso esprime più norme (due) in maniera cumulativa, perché le categorie dei fatti dolosi e colposi sono distinte, e addirittura mutuamente esclusive; dunque in esso vi è la norma che istituisce la responsabilità civile per fatto doloso e la norma che istituisce la responsabilità civile per fatto colposo. [↑](#footnote-ref-181)
182. Ad esempio, l’art. 25, comma 2, Cost., “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso” e l’art. 1 c.p., “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. Analogamente, l’art. 89, comma 2, Cost. e l’art. 5, comma 1, lett. d), L. 23.8.1988, n. 400, secondo i quali gli atti governativi che hanno valore o forza di legge devono essere controfirmati dal Presidente del Consiglio. [↑](#footnote-ref-182)
183. Un esito simile si ha quando si effettua un’interpretazione estensiva o restrittiva di una disposizione. Sull’interpretazione v. *infra*. [↑](#footnote-ref-183)
184. O, come proposto da C. Luzzati, sostituire ‘enunciato’ (o ‘proposizione’) con ‘contenuto’: “la norma è un contenuto prescrittivo…”; il contenuto implica il significato. C. Luzzati, *Questo non è un manuale*, cit., pp. 28 e 62. È stato obiettato che questa definizione, sebbene catturi gran parte del fenomeno, ignora le consuetudini, che sono mute, dunque non sono un fenomeno linguistico. I sostenitori della definizione ribattono che nel diritto moderno le consuetudini sono eccezioni trascurabili e dunque una definizione che poggia sugli enunciati coglie la sostanza del diritto. [↑](#footnote-ref-184)
185. Cfr. G.H. von Wright, *Norma e azione* (1963), il Mulino, Bologna, 1989. [↑](#footnote-ref-185)
186. Secondo un’altra nomenclatura, *negative* (il comportamento imposto è un non fare) o *affermative* (il comportamento imposto è un fare). [↑](#footnote-ref-186)
187. Non ogni atto violento che provoca la morte di un’altra persona è sanzionato: ad esempio in tutti gli ordinamenti è accolta la legittima difesa (*vim vi repellere licet*). Così come la legittimità dell’uccisione del nemico in guerra. Negli ordinamenti in cui è prevista, va inclusa anche l’eutanasia, caratterizzata, a differenza dei due casi precedenti, dalla volontarietà del soggetto passivo (dove invece è vietata, si configura come *omicidio del consenziente*). Un esempio più controverso è l’aborto (dove è legale), che rientra nella categoria qui considerata per coloro che ritengono il feto una persona o una persona in potenza (una vita futura secondo una successione di tappe biologiche certe). [↑](#footnote-ref-187)
188. Art. 624 del Codice penale italiano. [↑](#footnote-ref-188)
189. Art. 581 c.p. Se l’aggressione al corpo comporta delle lesioni serie, l’articolo di riferimento è il 582. Anche per le lesioni e le percosse è un’esimente la legittima difesa. Un altro caso particolare di uso legittimo della forza è l’impiego dei mezzi di correzione da parte dei genitori nei confronti dei figli o in generale l’esecuzione delle azioni espressione della potestà genitoriale. Questo è l’unico caso in cui per il soggetto passivo dell’atto forzoso, ad esempio un bambino, può mancare sia un precedente atto di violenza sia il consenso. [↑](#footnote-ref-189)
190. Art. 53, comma 1, Cost. [↑](#footnote-ref-190)
191. Art. 593 c.p. [↑](#footnote-ref-191)
192. Art. 30, comma 1, Cost. [↑](#footnote-ref-192)
193. Art. 34, comma 2, Cost. [↑](#footnote-ref-193)
194. H. Hart ha concentrato l’attenzione sulle norme che conferiscono poteri in funzione della sua critica dell’imperativismo, evidenziando la loro natura di norme non obbligatorie (v. *infra*, “L’imperatività”). Secondo Hart la conformità alle norme che conferiscono poteri è l’*accettazione*, a differenza della conformità alle norme che impongono obblighi, che è l’*obbedienza*. [↑](#footnote-ref-194)
195. Non così alcuni giuristi, come G. Gavazzi, che distinguono le norme permissive dalle norme che conferiscono facoltà o poteri. Alcune delle norme che conferiscono poteri coincidono con le *norme di competenza*, esaminate più avanti. [↑](#footnote-ref-195)
196. Altri esempi: gli articoli 17, comma 1 e 2 (diritto di riunione); 18, comma 1 (diritto di associazione); 19 (diritto di professare la propria fede religiosa ed esercitarne i riti) della Costituzione italiana. La norma derivabile dall’art. 832 c.c., “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo”. L’art. 144, comma 2, D.Lgs. 30-4-1992, n. 285 (c.d. Codice della strada): “Nella circolazione per file parallele è consentito ai conducenti di veicoli, esclusi i veicoli non a motore e i ciclomotori, di non mantenersi presso il margine della carreggiata, pur rimanendo in ogni caso nella corsia prescelta”. Se la circolazione non è per file parallele, invece, è necessario mantenersi in prossimità del margine destro della (parte destra della) carreggiata. Fra i teorici non c’è unanimità sul riconoscimento di una specifica categoria come le norme permissive. I favorevoli (G. Visentini) sostengono che il diritto non sempre limita o impone, ma spesso permette l’azione. Tuttavia i contrari ritengono che ogni norma permissiva possa essere interpretata come una norma imperativa camuffata (e potrebbe essere riscritta in una forma linguistica imperativa): nell’esempio precedente sulla garanzia, la norma potrebbe essere interpretata come un’imposizione al venditore. Nell’esempio relativo all’art. 832 c.c. i contrari sostengono o che questo enunciato sia superfluo (ciò che non è vietato è permesso) o che la norma sia proibitiva per tutti gli altri, impediti dall’invadere o interferire con la proprietà del titolare. [↑](#footnote-ref-196)
197. Dal greco ανάγκη, necessità. [↑](#footnote-ref-197)
198. Ad esempio, non è possibile ‘contrarre matrimonio’ se non esistono le norme giuridiche (costitutive) che istituiscono il matrimonio (condizioni, requisiti, procedure: es. la maggiore età o l’autorizzazione del tribunale dopo i 16 anni per gravi motivi, le pubblicazioni prima della celebrazione, l’aggiunta del cognome del marito per la moglie); il “fatto” della sussistenza di una relazione, anche in una stessa dimora, non significa trovarsi nello status giuridico di sposato. Mentre è possibile uccidere un uomo anche se non esiste la norma giuridica (prescrittiva) che vieta l’omicidio. [↑](#footnote-ref-198)
199. Secondo alcuni autori, in conseguenza di tale natura, queste norme non sono trasgredibili, nel senso che, se qualcuno non segue le regole stabilite da una norma costitutiva, l’effetto non è una violazione della norma bensì il mancato compimento dell’atto istituzionale creato dalla norma. Giuristi come Gaetano Carcaterra e Amedeo Conte, critici del prescrittivismo, enfatizzano le norme costitutive e la loro caratteristica di essere insuscettibili di osservanza o di violazione per evidenziare che non sono riconducibili allo schema unico delle norme come prescrizioni volte a dirigere la condotta. G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano, 1974; *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979. [↑](#footnote-ref-199)
200. Tra i teorici non c’è stato accordo sulla natura di tali norme. Ad esempio, con riguardo a una norma come “La funzione legislativa è esercitata dalla Camera dei deputati” si è sostenuto che si tratti: 1) come visto sopra, di una norma *permissiva*: “È permesso alla Camera dei deputati di esercitare la funzione legislativa”; 2) di una norma *imperativa*: “La Camera dei deputati deve produrre leggi”; 3) di una norma *imperativa* di seconda istanza, rivolta ai destinatari: “È obbligatorio osservare le norme prodotte dalla Camera dei deputati nell’esercizio della funzione legislativa”; 4) di una norma *definitoria*, che contiene una definizione di legge: “Per ‘legge’ s’intende qualunque risultato dell’esercizio della funzione legislativa da parte della Camera dei deputati”; 5) di una norma *thetico-costitutiva*, che pone una condizione necessaria, ma non sufficiente, di esistenza di cose come le leggi: “La produzione delle leggi spetta unicamente alla Camera dei deputati nell’esercizio della sua funzione legislativa”.

Queste norme sono state anche definite *secondarie*, mentre quelle *primarie* sono le norme di condotta, perché la funzione primaria del diritto è considerata quella di guidare i comportamenti dei cittadini (H. Hart, U. Scarpelli, L. Ferrajoli). Un’altra classificazione è: le primarie sono quelle che impongono modelli di condotta, dunque sono quelle destinate ai cittadini (o ad altri soggetti come le persone giuridiche); le secondarie sono le sanzioni, dunque sono rivolte agli organi che devono far rispettare le norme (es. i giudici). H. Kelsen, ritenendo che il punto di vista degli organi dell’applicazione abbia un ruolo prioritario nel discorso giuridico, capovolge la nomenclatura: definisce *primarie* le norme rivolte agli organi dell’applicazione, dunque le sanzioni, e *secondarie* le norme di condotta rivolte ai cittadini. Per R. Jhering i destinatari delle norme sono solo gli organi giudiziari incaricati di esercitare il potere coattivo, e in genere tutti gli organi dello Stato abilitati all’uso della forza. [↑](#footnote-ref-200)
201. *Originarie* e *derivate*: le prime sono le norme la cui appartenenza all’ordinamento *non* dipende dalla (previa) esistenza di altre norme; tali sono le norme costituzionali, che sono, per definizione, frutto dell’esercizio di potere costituente, ossia di un potere *extra ordinem*, di fatto, non conferito né disciplinato da alcuna norma preesistente (diversamente si tratterebbe di un potere non costituente, ma costituito). Sono derivate tutte le norme rimanenti, tutte quelle, cioè, la cui esistenza riposa sulla previa esistenza di altre norme; sono norme derivate sia quelle che derivano logicamente da norme preesistenti (es. le norme inespresse), e si parla di fondamento *statico*, sia quelle emanate da un soggetto investito di autorità normativa da una norma preesistente (es. le leggi, in quanto le norme costituzionali hanno attribuito la competenza all’organo legislativo), e si intende fondamento *dinamico*;

- *formulate* e *inespresse*: le prime trovano un’enunciazione espressa, le seconde sono ricavate dalle norme formulate mediante procedimenti logici (deduzione) o analogie o assunzioni dogmatiche; ad esempio, la Corte costituzionale (16/1978) ha ritenuto che l’elenco delle cause di inammissibilità del referendum contenuto nell’art. 75 Cost. non sia tassativo e ha aggiunto altre cause inespresse, sulla base dell’intero ordinamento costituzionale del referendum abrogativo e delle caratteristiche dell’istituto.

- *metanorme*: in senso stretto, sono le norme che parlano di altre norme: ad esempio, l’art. 1, comma 1, disp. prel. cod. civ., “La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”, si riferisce ad altre ipotetiche norme, le leggi del Parlamento; oppure le norme sull’interpretazione; o le norme abrogatrici; o le norme che permettono o vietano il ricorso all’analogia (art. 14 disp. prel. cod. civ.) o ai principi generali. Spesso però il termine metanorma è utilizzato in senso lato, comprendendo anche le norme di struttura, in quanto norme su norme. Non è detto che una metanorma sia anche una sovranorma, cioè sia gerarchicamente superiore; nell’esempio precedente si ha una legge ordinaria, che può essere derogata in base al criterio cronologico da una legge ordinaria posteriore; ad esempio l’interpretazione autentica di una legge ha una inevitabile efficacia retroattiva.

- *suppletive*: disciplinano una situazione solo se gli interessati non hanno deciso diversamente: es. l’art. 1574 del c.c. detta alcuni criteri per stabilire la durata del contratto di locazione, se le parti non hanno stabilito diversamente;

- *interpretative*: attribuiscono il significato “autentico”, realmente inteso dal legislatore, ad altre disposizioni, ovviamente precedenti; es. l’art. 1 della legge n. 24 del 2001: “Ai fini dell’applicazione dell’articolo 644 del codice penale e dell’articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento”.

- *di rinvio*: indicano agli organi dell’applicazione (i giudici, la pubblica amministrazione) in quale altra fonte o disposizione cercare la disciplina della fattispecie in questione; esempi: le norme cosiddette “di diritto internazionale privato” (legge 218/1995);

- *a fattispecie aperta*: non enumerano tassativamente i casi in presenza dei quali si deve produrre la conseguenza giuridica prevista; cioè stabiliscono che nelle ipotesi A, B e C deve prodursi la conseguenza X, ma si ritiene che X debba prodursi anche nell’ipotesi D non espressamente contemplata. Ad esempio, secondo alcuni giuristi, è tale l’art. 2 Cost., in quanto i diritti inviolabili non sarebbero solo quelli espressamente elencati nella Parte I Titolo I ma anche futuri diritti che l’evoluzione storica potrebbe proporre. Naturalmente le norme *a fattispecie chiusa* sono quelle opposte, che elencano tassativamente i casi in cui si produce una data conseguenza.

- *defettibili*: soffrono di eccezioni implicite, non statuite espressamente da esse o da altre norme dell’ordinamento; cioè stabiliscono che nelle ipotesi A, B e C deve prodursi la conseguenza X, ma si ritiene che in quelle tre ipotesi X non debba prodursi se ricorre anche la circostanza D. Ad esempio, l’art. 33, comma 1, Cost. sulla libertà della scienza e dell’arte, che, secondo alcuni giuristi, incontra un limite (implicito) nel buon costume e nell’ordine pubblico.

- *regole* e *principi*: le prime sono norme che individuano in maniera precisa sia le fattispecie sia le conseguenze giuridiche, i secondi sono norme fondamentali le cui fattispecie e (soprattutto) conseguenze giuridiche sono generiche e indeterminate, nel senso che possono essere attuati in molti modi diversi (es. l’uguaglianza, la pace fra le nazioni, la libertà contrattuale; v. *supra*, cap. 14). I principi possono essere *espressi*, quando sono esplicitamente formulati in un’apposita disposizione normativa (costituzionale o legislativa; es. l’uguaglianza nell’art. 3 Cost.), o *inespressi*, cioè privi di una disposizione ma desunti da singole regole o da insiemi di regole (es. il principio di separazione dei poteri o, in diritto civile, il principio di tutela della buona fede). I principi, per essere applicati (dal giudice costituzionale per decidere della conformità a costituzione di una norma di legge o da un giudice comune – civile penale amministrativo – per colmare una lacuna nella legge), a causa della loro indeterminatezza, devono essere “concretizzati”; cioè usati come premessa in un ragionamento la cui conclusione è la formulazione di una nuova norma, fino a quel momento inespressa. Ad esempio, il principio sul diritto alla salute (art. 32 Cost.) non dice nulla sulla eventuale risarcibilità del cosiddetto danno “biologico”; un giudice può concretizzare il principio considerando il danno biologico un danno ingiusto alla salute e dunque oggetto di risarcimento. [↑](#footnote-ref-201)
202. Non dunque nella forma di proposizioni categoriche, incondizionate, del tipo “È vietato uccidere”. [↑](#footnote-ref-202)
203. Le sentenze giudiziarie infatti sono espresse in forma categorica e non ipotetica, es. “Mario Rossi deve essere punito con otto anni di reclusione”. Come si vedrà meglio più avanti, chi considera norme le sentenze o i contratti ritiene che la generalità e l’astrattezza non siano caratteristiche costanti delle norme giuridiche. [↑](#footnote-ref-203)
204. Naturalmente alcune norme giuridiche possono avere lo stesso contenuto di alcune norme morali (es. “non si deve uccidere”); qui sono stati scelti esempi di norme morali che in moltissimi ordinamenti giuridici non vengono tradotte in norme giuridiche proprio per evidenziare la non coincidenza tra i due tipi. [↑](#footnote-ref-204)
205. A rigore la riprovazione morale, così come lo stigma sociale, andrebbero inserite tra le sanzioni interne, in quanto sono le idee e opinioni che altri hanno del reo e il fatto che si trasformino in una sofferenza per lui dipende dalla sua sensibilità, ad esempio dalla circostanza che provi o no vergogna. [↑](#footnote-ref-205)
206. Sebbene differisca la natura della sanzione: nei giochi è o di tipo pecuniario o impone l’esclusione temporanea da una o più partite, mai reclusiva o capitale come negli ordinamenti giuridici. [↑](#footnote-ref-206)
207. Non ci si addentra qui in un esame approfondito delle ragioni per cui in genere nelle società non si trasformano tutte le norme morali e sociali in norme giuridiche. Il primo motivo risiede sicuramente in una valutazione di tipo etico: non si ritiene che il mancato rispetto di quelle norme sia di particolare gravità, per gli altri e per sé stessi; e dal momento che non vi è un consenso unanime su quei comportamenti morali o sociali, è opportuno che il diritto resti neutrale, non interferisca. Vi è poi un aspetto pratico: i costi – economici, di tempo e di energie – necessari per l’applicazione di quelle norme sarebbero talmente elevati da renderla irrealistica e da oberare di fatto il sistema giudiziario e di sicurezza fino a paralizzarlo; è ciò che avverrebbe se la polizia dovesse controllare, ad esempio, anche le persone che non dicono “grazie” o non salutano un conoscente o sono infedeli al coniuge o non fanno l’elemosina, per poi intraprendere la procedura che conduce al processo e alla sanzione. [↑](#footnote-ref-207)
208. Oltre alle norme su chi e come produce le norme, vanno comprese anche le norme su chi è autorizzato ad applicarle (giudici) e su chi è autorizzato a eseguire materialmente le misure coercitive (polizia), cioè gli *organi dell’applicazione*. [↑](#footnote-ref-208)
209. Questa seconda condizione è necessaria perché, ad esempio, le norme della prima costituzione storica non sono state prodotte in conformità ad altre norme superiori ma sono originarie. Come si vedrà al punto 3), questo aspetto è considerato una difficoltà di tale criterio, a cui il criterio del riconoscimento cerca di porre rimedio. [↑](#footnote-ref-209)
210. Ciò tuttavia a livello teorico non è un requisito necessario: ad esempio, un dato sistema può ammettere la presenza di agenzie giudiziarie e di protezione private in concorrenza. [↑](#footnote-ref-210)
211. È la posizione prevalente fra i teorici del diritto attuali: per una singola norma non si può parlare di giuridicità; il problema della giuridicità si sposta dalla singola norma all’ordinamento. [↑](#footnote-ref-211)
212. Secondo C. Nino questo criterio consente di distinguere un ordinamento giuridico da un altro, ad esempio quello italiano da quello francese: un ordinamento giuridico si distingue da un altro per il fatto che le sue norme sono direttamente o indirettamente riconosciute da organi che ricorrono, per l’esecuzione delle misure coattive di cui dispongono, a un’organizzazione della forza indipendente da quella che impiegano gli organi primari di altri ordinamenti. [↑](#footnote-ref-212)
213. Infatti, le norme valide sono quelle non incompatibili con norme gerarchicamente superiori (validità materiale) e in linea con le procedure dettate dalle norme di produzione (validità formale). Le norme supreme non hanno norme gerarchicamente superiori e originariamente hanno prodotto le procedure, dunque di esse non si può predicare la validità, non possono essere considerate né valide né invalide (v. *infra* § 18.2, *Fonti del diritto*). [↑](#footnote-ref-213)
214. Alcuni giusnaturalisti antistatalisti e sostenitori di sistemi giuridici consensuali hanno proposto di chiamare “legislazione” e non “diritto” il diritto coercitivo di matrice statale. Tuttavia per la maggior parte della scienza giuridica tale soluzione non sarebbe risolutiva ai fini della controversia in esame, dal momento che la legislazione è considerata in ogni caso un elemento che ha a che fare col discorso del diritto, condivide certe proprietà fattuali della giuridicità. [↑](#footnote-ref-214)
215. Secondo alcuni teorici (H.L.A. Hart) per istituire un obbligo giuridico è sufficiente l’affermazione dell’obbligatorietà di un dato comportamento, anche senza la conseguenza rappresentata dalla sanzione. Altri autori (R. Guastini) dissentono: questo modo di vedere rende indistinguibili i comandi dalle mere raccomandazioni. [↑](#footnote-ref-215)
216. È attualmente in vigore in 54 Stati, in genere come conseguenza del reato di omicidio. Alcuni Paesi, come Singapore, la prevedono, tramite impiccagione, anche per il traffico di stupefacenti. [↑](#footnote-ref-216)
217. Nel diritto iraniano e in quello saudita è prevista l’amputazione di una mano per il reato di furto. [↑](#footnote-ref-217)
218. Paesi che attualmente hanno nella propria legislazione questa pena corporale sono Singapore, Arabia Saudita, Iran, Barbados, Botswana, Brunei, Swaziland, Tonga, Trinidad e Tobago, Zimbabwe. Le leggi iraniane prevedono le frustate per oltre cento reati, tra cui furto, aggressione, vandalismo, diffamazione, frode, adulterio. [↑](#footnote-ref-218)
219. Il carcere come punizione è un’invenzione monastica del V secolo: le prime carceri sono le celle d’isolamento previste dalla regola di san Benedetto all’interno del monastero. Nelle società antiche il carcere o non esisteva o era luogo di attesa del processo o della sentenza, e le sanzioni erano di altro tipo: morte, fustigazione, lavoro nelle miniere, lavoro sulle navi, esilio, confisca dei beni, tatuaggio. [↑](#footnote-ref-219)
220. Differenze tra reclusione e arresto nell’ordinamento italiano: la reclusione può andare da 15 giorni a 24 anni, l’arresto da 5 giorni a 3 anni; la reclusione si sconta nelle carceri, l’arresto in luoghi (case di arresto) differenziati dalle carceri, oppure in sezioni diverse delle carceri; l’arresto consente la semilibertà e le misure alternative alla detenzione, la reclusione no. [↑](#footnote-ref-220)
221. È un esempio di sanzione *riparatoria*, distinta dalla prevalente sanzione *punitiva* secondo una classificazione a volte proposta. [↑](#footnote-ref-221)
222. Alcuni elencano anche sanzioni informali come la riprovazione morale e lo stigma sociale, che tuttavia dipendono dalla sensibilità del reo e sono quindi inseribili, come si è visto sopra, tra le sanzioni interne (la vergogna, il rimorso). [↑](#footnote-ref-222)
223. Ad esempio, per un contratto quando manca uno o più elementi essenziali come la causa, l’oggetto o la forma, o quando la causa o il motivo sono illeciti: un contratto di compravendita di stupefacenti o la compravendita di un immobile senza la forma scritta. [↑](#footnote-ref-223)
224. È possibile in casi di vizi meno gravi di quelli che conducono alla nullità, come l’incapacità di una delle parti o il consenso carpito con dolo o con violenza. [↑](#footnote-ref-224)
225. Teorici contrari alla nullità come sanzione, come Hart e Nino, affermano che una sanzione ha lo scopo di scoraggiare una determinata azione. Nel caso, ad esempio, di nullità di un testamento perché fatto senza la presenza di due testimoni, il diritto non pretende di sopprimere o scoraggiare il fare testamento senza testimoni, semplicemente non riconosce a questo atto effetti giuridici. Secondo la similitudine di Nino, le regole del calcio che stabiliscono le condizioni per ottenere un gol non sono destinate a scoraggiare tutte le azioni che non hanno il risultato di ottenere un gol. Tuttavia il soggetto che compie quella determinata azione o procedura (fare testamento, ottenere un gol) vuole conseguire quel determinato scopo, la nullità del quale è un fastidio o un male; è vero che nessuno impedisce alle persone di fare testamento senza testimoni, ma solo delle persone irrazionali perderebbero tempo a compiere un atto del quale si sa che non avrà gli effetti giuridici desiderati. Inoltre la similitudine proposta da Nino non sembra corretta: il rispetto della regola del fuorigioco nel calcio è una condizione per ottenere un gol; essa non ha lo scopo di scoraggiare tutte le azioni che non si tramutano in gol, ma, tramite annullamento, solo le azioni in cui chi riceve il pallone non ha fra sé e la porta almeno due avversari. [↑](#footnote-ref-225)
226. Le teorie sanzionatorie propongono anche un conseguente concetto di *obbligo* giuridico, sussistente solo quando esiste una norma giuridica che impone di sanzionare chi non rispetta l’obbligo. In base a questa concezione, la sanzione rappresenta l’elemento definitorio dell’obbligo, è ciò che lo definisce. Dissente da questa impostazione (oltre ovviamente ai giusnaturalisti) anche un giuspositivista come Hart, secondo cui l’irrogazione di una sanzione si giustifica per il fatto che *già in precedenza* c’era un obbligo; un comportamento non è obbligatorio perché sanzionato, ma sanzionato perché obbligatorio; obbligo e sanzione sono cose diverse e indipendenti, non si può sciogliere il concetto di obbligo in quello di sanzione. Per Hart un obbligo deriva dall’esistenza di una norma sociale, un comportamento regolare che diventa un modello di guida e di valutazione. [↑](#footnote-ref-226)
227. Esempi di norme consuetudinarie di diritto internazionale sono: *pacta sunt servanda;* l’immunità dei diplomatici; il diritto per uno Stato di esercitare la sovranità sul suo territorio. Vi sono poi le norme derivanti dagli accordi (patti, convenzioni, trattati), che, ovviamente, vincolano solo gli Stati contraenti. Un esempio è la convenzione sul diritto del mare di Montego Bay. [↑](#footnote-ref-227)
228. In relazione alla tematica dell’autodisciplina delle persone, J. Raz ha sostenuto che una ipotetica società composta da esseri “angelici” non avrebbe bisogno delle sanzioni per rispettare le norme, ma avrebbe ugualmente bisogno di norme per sapere come ci si deve comportare in varie situazioni. Tali norme, secondo Raz, continuerebbero a essere norme giuridiche, pur essendo prive di sanzione; dunque la sanzione non sarebbe un requisito necessario per qualificare le norme come giuridiche. C. Nino contesta che un simile ordinamento possa considerarsi giuridico. [↑](#footnote-ref-228)
229. Questa posizione è ben sintetizzata nel passo seguente: «la funzione prescrittiva o direttiva perseguita in generale dal discorso giuridico può essere realizzata in vari modi (spesso tra loro concomitanti): vietando o comandando certi comportamenti; agevolando o incentivando certi comportamenti (la c.d. funzione promozionale, o premiale, del diritto); proteggendo lo svolgimento di determinate attività, ad esempio tramite l’attribuzione di diritti; incanalando lo svolgimento di determinate attività all’interno delle formalità e delle strutture istituzionali predisposte dal diritto stesso (contratti, matrimoni, società commerciali, produzione di nuove norme, soluzione di controversie, svolgimento di attività di interesse pubblico da parte della pubblica amministrazione); o, all’inverso, rendendo giuridicamente inesistente, privo di effetti giuridici lo svolgimento di certe attività». G. Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Edizioni ETS, Pisa, 2016, p. 61. [↑](#footnote-ref-229)
230. La tesi delle norme non prescrittive come funzionalmente dipendenti dalle prescrizioni è da molti autori considerata equivalente alla teoria dei *frammenti* di norme di Kelsen e Ross, secondo cui le norme prive di sanzione non sono norme giuridiche in sé compiute ma enunciati che solo se combinati con altri enunciati producono norme giuridiche; dunque non sono norme ma, appunto, frammenti di norme. Riferito alla prescrittività: una norma di competenza dunque non è altro che un frammento di tutte le prescrizioni che saranno create dall’autorità da essa istituita; una norma definitoria non è altro che un frammento di tutte le prescrizioni nelle quali è impiegato il termine definito; e così avanti. Ad esempio, le norme costituzionali che stabiliscono le procedure di approvazione, promulgazione, pubblicazione ed entrata in vigore di una legge (prive di sanzione) non sono norme, ma contribuiscono alla norma sull’omicidio (dotata di sanzione), in quanto essa è vigente grazie alle suddette procedure; e ciò vale per tutte le norme dotate di sanzione. Per Kelsen dunque ogni norma è straordinariamente complessa, perché ha come antecedente una serie enorme di enunciati. Un altro esempio è il già citato art. 74 del c.c., che, definendo il significato di parentela, contribuisce a produrre la norma giuridica sugli aventi diritto nelle successioni legittime, il cui enunciato è contenuto nell’art. 565 c.c. I critici dell’imperativismo replicano che in tal modo le norme si trasformano in lunghissime catene difficili da esplicitare e individuare, pagando un prezzo enorme in termini di chiarezza e nettezza concettuale. [↑](#footnote-ref-230)
231. Relativamente alle norme di diritto pubblico (costituzionale), secondo alcuni autori se coloro che agiscono ai vertici del potere agiscono in modo non conforme a una norma, questo comportamento non è la violazione della norma, ma la produzione di una norma nuova. Es. art. 139 Cost.: “La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale”; se un’assemblea costituente violasse questo articolo ciò rappresenterebbe l’instaurazione di una nuova costituzione. Tuttavia questo criterio non può essere applicato a tutte le norme costituzionali. [↑](#footnote-ref-231)
232. Questo schema, che rende le norme non prescrittive *funzionalmente dipendenti* dalle prescrizioni, viene applicato anche ad altri tipi di norme, esaminate nella nota 139: le norme interpretative svolgono la funzione di determinare il contenuto di prescrizioni preesistenti; le norme di rinvio indicano agli organi dell’applicazione quali prescrizioni debbano essere applicate; le norme sui conflitti indicano agli organi dell’applicazione a quale prescrizione dare la preferenza in caso di conflitto tra più prescrizioni; le norme abrogatrici svolgono la funzione di sopprimere l’efficacia di prescrizioni preesistenti; e così via. Cfr. U. Scarpelli, *L’etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982; R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit. [↑](#footnote-ref-232)
233. Ad esempio, per il Codice civile italiano (art. 812) fra i beni immobili sono inseriti gli edifici galleggianti saldamente assicurati alla riva. Un giudice che risolvesse una controversia relativa a una casa galleggiante applicando le norme sui beni mobili violerebbe la definizione. [↑](#footnote-ref-233)
234. Eventuali obblighi sono liberamente e volontariamente assunti dagli stessi obbligati. [↑](#footnote-ref-234)
235. Per Kelsen gli Stati sono soggetti al diritto internazionale, dunque non sono sovrani; la loro costituzione ha bisogno di un fondamento di validità superiore e tale fondamento è dato da una norma di diritto internazionale; la norma di diritto internazionale che conferisce loro potere è il principio di effettività; che potrebbe essere formulato così: “Ogni costituzione effettiva (cioè generalmente accettata) è valida”. Guastini contesta tale modo di vedere, obiettando che il principio di effettività non è una norma di competenza, non disciplina i processi costituenti; semplicemente “riconosce” un potere preesistente, il potere di fatto che si è già esercitato *extra ordinem*. Il diritto internazionale non fornisce legittimazione agli Stati, si limita a prendere atto dei loro poteri. [↑](#footnote-ref-235)
236. Ne è espressione la celebre massima “La legge è uguale per tutti”. Ad esempio, un ricco e un povero, o un uomo e una donna, o un biondo e un bruno, che commettono lo stesso tipo di omicidio devono essere sanzionati nello stesso modo. Le caratteristiche personali non devono essere motivo per un diverso trattamento. [↑](#footnote-ref-236)
237. Non è agevole individuare quale sia il confine che separa l’astrattezza dalla specificità. Ad esempio, relativamente all’omicidio, non tutte le uccisioni sono omicidi (non lo sono quelle effettuate per legittima difesa); inoltre viene distinto in varie fattispecie (doloso, colposo, preterintenzionale, del consenziente ecc.); e qualificato con aggravanti o attenuanti. [↑](#footnote-ref-237)
238. Sono atti formalmente legislativi, ma sostanzialmente amministrativi. Un esempio è il decreto-legge del 2012 sulla bonifica dello stabilimento dell’Ilva di Taranto. Come asserito anche dalla Corte costituzionale (275/2013), non vi è una pretesa riserva alla pubblica amministrazione di atti a contenuto concreto e particolare. [↑](#footnote-ref-238)
239. Un esempio di disposizione che è stata annullata dalla Corte Costituzionale per non aver seguito le corrette procedure, dunque formalmente invalida, è la legge regionale calabrese n. 5/2010: nel 2009 il Governo commissariò la regione Calabria per l’inerzia nell’attuazione in via legislativa del c.d. “piano casa”; il Presidente (e commissario *ad acta*) nominato approvò la suddetta legge regionale, successivamente dichiarata invalida dalla Consulta perché non possono essere conferiti poteri legislativi a un commissario del governo, tanto meno per una legge regionale, che spetta al solo organo rappresentativo della Regione. Nella sentenza la Corte costituzionale definì l’atto “una mera parvenza di legge”. [↑](#footnote-ref-239)
240. Questo esempio illustra un caso di invalidità *sopravvenuta*, cioè in un momento successivo alla nascita della norma; mentre l’invalidità *originaria* è quella che colpisce la norma fin dal momento della sua nascita. [↑](#footnote-ref-240)
241. Per Hart una norma è valida non se esiste ma se è *accettata* nell’ordinamento. Per la dottrina recente, delle norme supreme (es. le norme costituzionali) non si può predicare la validità, non possono essere considerate né valide né invalide; infatti le norme valide sono quelle in linea con le procedure dettate dalle norme di produzione (v. formale) e non incompatibili con norme gerarchicamente superiori (v. materiale); ma le norme costituzionali sono quelle che originariamente hanno prodotto le procedure e non hanno norme gerarchicamente superiori. [↑](#footnote-ref-241)
242. Inoltre l’esistenza può essere distinta anche dall’applicabilità: è il caso di una legge in regime di *vacatio*, che è esistente perché approvata, promulgata e pubblicata, ma non è applicabile finché non termina il periodo di *vacatio*. [↑](#footnote-ref-242)
243. *Una stessa norma* può risultare allo stesso tempo inefficace dal punto di vista dei cittadini ed efficace dal punto di vista degli organi dell’applicazione: ad esempio la norma sul furto può essere inefficace nel primo senso perché vengono commessi molti furti, ma efficace nel secondo senso perché i furti sono regolarmente sanzionati dagli organi dell’applicazione. [↑](#footnote-ref-243)
244. Oggi una norma molto poco seguita, dunque a bassa effettività o efficacia, è quella che vieta il download informatico di materiale protetto da copyright. Un’altra è la norma che vieta la compravendita di stupefacenti. In passato una norma frequentemente violata, soprattutto presso l’aristocrazia e l’alta borghesia, era quella che vietava i duelli; e tra il 1920 e il 1933 negli Stati Uniti le leggi che proibivano la produzione e il consumo di alcolici. [↑](#footnote-ref-244)
245. Una distinzione più strutturata è quella fra legale, legittimo e giusto. Legale è ciò che è conforme a una data norma positiva. Legittimo è ciò che va consentito sulla base di criteri etici, principi e giudizi di valore, non soggettivi bensì collettivi (condivisi da un’intera comunità) che servono da riferimento per la pratica in esame. Ad esempio, una norma che non rispetta il principio di uguaglianza giuridica oggi è considerata illegittima (sebbene legale finché vigente); e in passato sono stati legali la schiavitù e l’olocausto. Spesso il termine è utilizzato in relazione all’esercizio del potere politico, legittimo se fondato sul consenso e/o se colui che lo detiene abbia il giusto titolo per detenerlo (dunque il contrario del potere legittimo è il potere di fatto; mentre il contrario del potere legale è il potere arbitrario, che non rispetta le leggi). In una diversa accezione, la legittimità è considerata come requisito all’interno di una data filosofia politica (es. per il libertarismo l’usura è legittima, anche se non è legale praticamente in nessun sistema giuridico). Infine, giusto è ciò che è corretto sul piano dell’etica personale (es. non mangiare carne di maiale, fare l’elemosina). In questa tripartizione dunque “legittimo” prende il posto di ciò che nel testo è stato definito “giusto”, e “giusto” (o “ingiusto”) viene limitato alla sola morale individuale. [↑](#footnote-ref-245)
246. Non per il giuspositivismo ideologico, che, come si è visto, considera automaticamente giusta qualunque norma giuridica valida. Considerando le altre combinazioni di tali proprietà prese a due a due, un giusnaturalista ammette che una norma possa essere giusta senza essere valida (e si rammaricherà della sua mancata positivizzazione), mentre ritiene implausibile che possa essere giusta senza essere efficace; un giusrealista non ammette che una norma possa essere efficace senza essere valida, ma può riconoscere che sia efficace senza essere giusta. [↑](#footnote-ref-246)
247. Tale differimento della vigenza ha lo scopo di consentire a tutti i cittadini la conoscibilità della legge. Secondo alcune correnti di dottrina la vacanza si può leggere alla stregua di un disposto compensativo del principio [*ignorantia legis non excusat*](https://it.wikipedia.org/wiki/Ignorantia_legis_non_excusat). [↑](#footnote-ref-247)
248. Anche l’interpretazione autentica di una legge è un caso di retroattività. Gli arretrati negli stipendi sono un esempio di retroattività. [↑](#footnote-ref-248)
249. O l’illegittimità costituzionale di esse dichiarata dalla Corte costituzionale. [↑](#footnote-ref-249)
250. Le misure di sicurezza sono conseguenza di un reato, a differenza delle misure di prevenzione, che conseguono alla generica pericolosità sociale dell’individuo. Esempi: libertà vigilata, divieto di soggiorno in un comune, colonia agricola, ospedale psichiatrico giudiziario, ora sostituito dalle Residenze per le misure di sicurezza detentive, dove viene inviato chi è prosciolto per incapacità di intendere e volere. Esempi di misure di prevenzione sono invece l’obbligo di firma, il rimpatrio con foglio di via, la sorveglianza speciale della polizia. Circa le norme di sicurezza, come detto, in Italia, ma anche in Germania, vale la retroattività anche *contra reum* (art. 200 c.p.), e ciò ha suscitato obiezioni perché la loro natura afflittiva spesso non è inferiore a quella della pena. [↑](#footnote-ref-250)
251. Il caso più celebre è quello di un ventenne, Michael Schmidt, che nel 1984, mentre cercava di scavalcare il Muro, fu ucciso dai proiettili di un sottufficiale ventenne e di un soldato suo sottoposto. Nel 1992, dopo la riunificazione, vennero condannati con sentenza definitiva rispettivamente a 1 anno e 6 mesi di libertà condizionata (in ragione della giovane età) e a 1 anno e 9 mesi di carcere. La Corte di cassazione confermò la condanna seguendo, con impostazione giusnaturalista, la “formula di Radbruch” (v. *supra*, cap. 12): era stata superata la soglia di tollerabilità morale. Il collegio di difesa utilizzò l’argomento dell’illiceità e incostituzionalità (art. 103, comma 2, Cost.) della retroattività penale. La Corte costituzionale, chiamata in causa, confermò la condanna sostenendo che la Costituzione tedesca contiene principi supremi come l’inviolabilità e la libertà della persona; e in secondo luogo che l’art. 103 Cost. va interpretato non sulla base della lettera del testo ma come presidio giuridico dei principi dello Stato di diritto, ovverosia il principio democratico, la separazione dei poteri e la soggezione del legislatore alla costituzione. Poiché la DDR era uno Stato che negava tutti questi principi, invocare l’irretroattività a salvaguardia di uno Stato autoritario rinnegherebbe la funzione svolta da tale principio e lo trasformerebbe in uno strumento di ingiustizia. La decisione scatenò un ampio dibattito in Germania sui rapporti fra diritto e morale e sulla problematicità della retroattività in materia penale. [↑](#footnote-ref-251)
252. Ad esempio, le disposizioni transitorie e finali della costituzione italiana: la prima stabilisce che il capo provvisorio dello Stato dell’epoca esercita le attribuzioni del Presidente della Repubblica e ne assume il titolo. [↑](#footnote-ref-252)
253. Le due diverse situazioni dipendono dall’impostazione teorica seguita: gran parte dei teorici e filosofi del diritto ritiene che l’abrogazione consista nell’eliminare la validità delle norme abrogate, mentre la dogmatica italiana, R. Guastini e J. Aguilo ritengono che l’abrogazione consista nel circoscrivere l’applicabilità nel tempo delle norme. Queste due posizioni traggono conclusioni diverse nel caso in cui una norma abrogatrice N2, che ha abrogato la norma N1, viene a sua volta abrogata da una terza norma N3: per i primi la norma N1 non torna valida, per i secondi sì. [↑](#footnote-ref-253)
254. In Italia tale principio è contenuto nell’art. 3 c.p. [↑](#footnote-ref-254)
255. Si può estendere fino a 350 miglia, ma parte dei proventi delle risorse acquisite fra le 200 e le 350 miglia deve essere versata all’Autorità internazionale dei fondi marini. [↑](#footnote-ref-255)
256. In Italia il testo di riferimento è la legge n. 218 del 31 maggio 1995. [↑](#footnote-ref-256)
257. Definito così perché si applica la legge penale dello Stato “vittima”, soggetto passivo, del reato; non la legge dello Stato di appartenenza del reo (principio di personalità attiva). [↑](#footnote-ref-257)
258. Il ricorso a tale criterio ha tradizionalmente incontrato l’opposizione dei paesi di *common law*, in particolare gli Stati Uniti che ne sono stati fermi avversari fino agli anni Ottanta del secolo scorso, in quanto questa base di giurisdizione comportava una significativa intrusione nella sfera di sovranità degli altri Stati interessati (sovranità territoriale e relativa alla nazionalità del reo). [↑](#footnote-ref-258)
259. È il caso dei due marò italiani Girone e Latorre, che il 15 febbraio 2012, a bordo della nave “Enrica Lexie” battente bandiera italiana e di pattuglia nelle acque territoriali dell’India, avevano sparato a due pescatori indiani scambiandoli per pirati. Nel 2020 la Corte arbitrale del Tribunale dell’Aja sentenziò che il processo si doveva svolgere in Italia. È anche il caso dei militari Nato in Europa, disciplinato dalla Convenzione di Londra del 1951: ad esempio, nel 1998 un aereo militare della United States Marine Corps partito dalla base aerea di Aviano nel Friuli, volando a una quota inferiore a quanto concesso e in violazione dei regolamenti, fece precipitare la cabina di una funivia sul Cermis e provocò la morte dei venti turisti. Il processo ai soldati americani autori della strage venne celebrato negli Stati Uniti. [↑](#footnote-ref-259)
260. Secondo l’impostazione analitica, non a una norma; la norma, come si è visto sopra, è il *risultato* dell’interpretazione; il punto di partenza, ciò che si interpreta, è la disposizione, l’enunciato. In termini filosofici, nell’interpretazione ci si pone a un livello *metalinguistico* rispetto al linguaggio legislativo, cioè ci si occupa delle parole (del loro significato), non del mondo. I livelli linguistici possono essere anche più estesi: ad esempio, un giudice che discute se una legge ordinaria sia conforme al dettato costituzionale sta operando a un livello *meta-metalinguistico*; infatti egli discute 1) dei requisiti che il legislatore costituzionale esige 2) dalle leggi ordinarie. [↑](#footnote-ref-260)
261. Nelle norme giuridiche il linguaggio scritto oggi è dominante rispetto alla comunicazione verbale o alla comunicazione tramite disegni o suoni o alle consuetudini; il problema dell’interpretazione tuttavia si potrebbe porre anche in queste tre modalità alternative. [↑](#footnote-ref-261)
262. R.A. Sorensen, *An Argument for the Vagueness of ‘vague’*, in “Analysis”, 45, 1985, pp. 134-137; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990; T. Endicott, *Vagueness in Law*, OUP, Oxford, 2000. [↑](#footnote-ref-262)
263. Un altro esempio è quello proposto da H. Hart a proposito di una disposizione apparentemente inequivocabile come l’obbligo del testatore di *sottoscrivere* il testamento: che cosa si decide se il testatore usava uno pseudonimo? Se ha scritto solo le iniziali? Se ha firmato in cima alla prima pagina anziché in fondo all’ultima? Se la sua mano è stata guidata da altri? H. Hart, *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 17. Altri termini vaghi e/o valutativi che caratterizzano le aggravanti e le attenuanti sono: il carattere “abietto o futile” dei motivi dell’azione oppure il loro “particolare valore morale o sociale”, la “gravità” o la “tenuità” del danno, la “crudeltà” della condotta, lo “stato d’ira”, la “provocazione”. Legati all’indeterminatezza sono quelli che nella dottrina giuspubblicistica, e principalmente nell’ambito del diritto amministrativo, vengono definiti ‘concetti giuridici indeterminati’, relativamente ai quali un’altra disciplina tecnico-scientifica riempie di contenuto la norma giuridica. È frequente che, dinanzi a una norma vaga e indeterminata, gli apparati amministrativi, nell’emanare un provvedimento, diano concretezza alla norma ricorrendo alle nozioni tecniche o scientifiche di altre discipline. Ad esempio ciò avviene con le autorità antitrust; per dare contenuto al concetto di “salubrità” degli alimenti bisogna far riferimento alla chimica e alla medicina. [↑](#footnote-ref-263)
264. La differenza fra ambiguità e polisemia risiede nel fatto che nella prima i due termini o i due sintagmi non sono connessi dal punto di vista etimologico o semantico, nella seconda sì. Un esempio del primo tipo è il termine “legge” inteso o come un testo di legge, sostantivo, o come terza persona singolare del tempo presente e del modo indicativo del verbo leggere; esempi del secondo sono i nomi degli organi istituzionali, che per estensione metonimica possono designare sia l’ufficio sia la persona fisica (come evidenziato nell’esempio che segue nel testo). [↑](#footnote-ref-264)
265. Altri esempi: il Presidente della Repubblica può opporre il veto (sospensivo) alle leggi (art. 74, comma 1, Cost.), ma può opporlo anche alle leggi di revisione costituzionale? La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo; su tutti o solo su quelli che non hanno forza di legge? [↑](#footnote-ref-265)
266. Alcuni termini poi appartengono solo al linguaggio giuridico, cioè rappresentano concetti o istituti interni alla regolazione giuridica, senza un corrispondente nel linguaggio ordinario: es. “enfiteusi”, “anatocismo”, “anticresi”. [↑](#footnote-ref-266)
267. Si dicono *manipolatrici* le sentenze di accoglimento in cui la Corte non si limita a dichiarare l’illegittimità costituzionale delle norme ma modifica direttamente l’ordinamento allo scopo di armonizzarlo con la costituzione. Ad esempio, un gruppo di soggetti possiede un diritto previdenziale e un altro no, ma devono essere trattati nello stesso modo; la Corte non cancella tutta la norma (togliendo così – si suppone provvisoriamente – i diritti anche al primo gruppo) ma aggiunge i diritti al secondo, dunque creando una nuova norma. Oppure, una norma attribuisce un potere a un organo ma secondo la Corte deve essere attribuito a un altro organo, e nella sentenza non si limita a dichiarare che il potere non spetta al primo organo ma dichiara anche che spetta al secondo; di conseguenza introduce una norma nuova, che attribuisce il potere al secondo organo e non al primo. [↑](#footnote-ref-267)
268. Fra le critiche all’ermeneutica giuridica vi è la denuncia dell’approdo relativista o nichilista: se non esiste un’unica interpretazione *vera*, capace di accertare l’unico senso autentico di un enunciato normativo, allora l’attività del giurista è svuotata di ogni obiettività, indebolita e resa niente più che un *gioco*. [↑](#footnote-ref-268)
269. Tendenzialmente anche il giusnaturalismo è orientato al formalismo interpretativo, secondo cui ogni disposizione giuridica ha un solo significato, ogni caso giudiziale ha una sola soluzione. Se il diritto è connesso con la morale, e questa è oggettiva, allora anche l’interpretazione sarà scoperta di un contenuto oggettivo, unico. [↑](#footnote-ref-269)
270. Se fra gli elementi di supporto all’interpretazione si inseriscono anche determinati valori e principi allora all’interno di questo filone sostanzialista si può includere anche il Neocostituzionalismo, tenendo però presente che per esso i principi sono *norme*, non qualcosa di estrinseco alle norme. [↑](#footnote-ref-270)
271. A volte tale concezione asserisce che l’interpretazione basata su elementi estrinseci alla norma dipende dal fatto che i vocaboli e gli enunciati non hanno un nucleo di significato certo (o anche convenzionale, ordinario, normale), rilevabile dall’interprete; o che questo significato esiste ma influenza poco il procedimento interpretativo (è la posizione di esponenti del realismo giuridico analitico come Ross e Tarello). [↑](#footnote-ref-271)
272. Lo *scetticismo interpretativo* è interno a tale concezione: esso infatti afferma che ogni individuazione di significato è automaticamente creazione di significato nuovo; nulla assicura che persone diverse diano lo stesso significato allo stesso enunciato normativo. Nella sua versione forte lo scetticismo sostiene che *è impossibile* che persone diverse diano lo stesso significato alla medesima disposizione. [↑](#footnote-ref-272)
273. L’esempio proposto da Hart è un’ipotetica disposizione che proibisce l’entrata nel parco ai “veicoli”. Tale divieto si deve applicare sicuramente ad automobili e camion, perché entrambi rientrano in quello che egli chiama il “nocciolo” di significato, cioè il significato definito, chiaro, della parola “veicolo”. E per quanto riguarda le biciclette? Secondo Hart il termine “bicicletta” rientra nella zona di “penombra” del significato incerto; il che permette ai giudici di prendere una decisione concreta, di *policy*. H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 146 ss. [↑](#footnote-ref-273)
274. Ad esempio, data una norma che attribuisce a tutti i soggetti appartenenti a una categoria C la titolarità del diritto D, si conclude che il legislatore *non* ha inteso attribuire il diritto ai soggetti che *non* fanno parte della categoria C (cioè *non* ha inteso estendere); e anche che *non* ha inteso limitare il diritto a una sotto-categoria di C (cioè *non* ha inteso restringere), ma a tutta la categoria C. Un esempio del primo caso può essere l’art. 48 Cost. che conferisce il diritto di voto ai “cittadini”; l’interpretazione *a contrario* esclude i residenti non cittadini, gli immigrati. L’argomento *a contrario* può essere utilizzato anche in un’altra versione, per *produrre* una nuova norma (da una norma esistente), non per interpretare una norma già esistente. Di questa funzione dell’argomento *a contrario* volta a colmare le lacune dell’ordinamento giuridico ci si occuperà più avanti (v. *infra*, “Completezza dell’ordinamento giuridico”). [↑](#footnote-ref-274)
275. Le corti inglesi privilegiano l’interpretazione letterale delle leggi, diffidando del ricorso alla storia legislativa (lavori di commissioni) per rintracciare una presunta intenzione del legislatore difforme dal significato letterale. Negli Stati Uniti gli *originalisti* (come ad esempio il giurista Robert H. Bork o i giudici della Corte Suprema Anthony Scalia e Brett Kavanaugh) sono i giuristi convinti che gli articoli della Costituzione vadano interpretati secondo il loro *original public meaning*, che ha due varianti, o 1) in base a ciò che i padri costituenti intesero dire o 2) allo stesso modo in cui li intendevano i cittadini (di media cultura e sufficientemente informati) al momento della loro adozione; e che le leggi vadano applicate secondo il significato letterale, per come sono, non per come i giudici vorrebbero che fossero, cioè senza infondervi le proprie preferenze culturali e politiche. Diversamente, gli interpreti finirebbero per sostituirsi ai rappresentanti democraticamente eletti, mettendo così a rischio la separazione dei poteri. Questa corrente si oppone al *judicial activism*, un orientamento che trasforma la Corte Suprema in promotrice di riforme sociali. In Italia i due criteri finora esaminati, letterale e teleologico, sono contenuti nell’art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile. [↑](#footnote-ref-275)
276. Ad esempio, l’art. 95, comma 2, Cost. dispone che i ministri sono “responsabili collegialmente” degli atti del Consiglio dei ministri; tale responsabilità potrebbe presumersi anche penale, ma ciò è escluso se si fa riferimento a un’altra norma, l’art. 27, comma 1, Cost., ai sensi del quale la responsabilità penale è sempre personale. [↑](#footnote-ref-276)
277. Questa è la *giustificazione interna*. Invece la *giustificazione esterna* è l’insieme di argomenti mediante i quali il giudice giustifica la scelta di una data norma; ad esempio, gli argomenti interpretativi (“la tale disposizione esprime la norma N1 e non la N2 perché…”) o gli argomenti costruttivi (l’esistenza di una lacuna, la formulazione di norme inespresse, la soluzione di un’antinomia, la ponderazione di principi in conflitto). [↑](#footnote-ref-277)
278. Ai fini della decisione giudiziale, vi sono altre attività non riguardanti strettamente le norme, come la decisione di prova, che stabilisce che certi fatti relativi al caso in discussione vengono assunti come esistenti nella dimensione spazio-temporale determinata; o come la decisione di scelta delle conseguenze, che stabilisce che, in base alla norma applicata, i fatti provati hanno determinate conseguenze giuridiche. [↑](#footnote-ref-278)
279. Tale esposizione non è dei *motivi* (i moventi psicologici del giudice), ma delle *ragioni* (il riferimento alle norme vigenti). [↑](#footnote-ref-279)
280. Ad esempio, le norme derivate rispetto a quelle originarie, nei due sensi diversi del fondamento *statico* (le norme inespresse rispetto alle formulate) o del fondamento *dinamico* (le norme prodotte da un’autorità istituita da norme preesistenti; v. *supra*, § 18.1, “carattere” delle norme giuridiche). [↑](#footnote-ref-280)
281. Una versione più sofisticata fa riferimento all’insieme e all’interazione fra gli enunciati, che, come si è visto, non rappresentano necessariamente norme in sé, ma possono contribuire, attraverso un processo interpretativo, a produrre norme giuridiche. [↑](#footnote-ref-281)
282. Alcuni giuristi (S. Romano, P. Grossi) avversano la visione dello Stato come unico produttore del diritto e valorizzano la società quale referente della giuridicità, rivalutando fonti endo-giuridiche quali la giurisprudenza, la dottrina e le prassi messe in atto da operatori, soprattutto commerciali (es. transazioni e contratti giustiziabili da arbitri privati, anche a livello internazionale). [↑](#footnote-ref-282)
283. Es. il procedimento che produce una legge ordinaria – l’iniziativa, l’approvazione da parte del parlamento, la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. [↑](#footnote-ref-283)
284. Es. i comportamenti ripetuti che generano le consuetudini; o i fatti originari *extra ordinem* che generano una nuova costituzione, come una rivoluzione o un colpo di stato. [↑](#footnote-ref-284)
285. La dottrina prevalente ritiene che tra legge delega e legislazione delegata esista un rapporto di gerarchia materiale, dunque che non siano pari-ordinate. [↑](#footnote-ref-285)
286. Tra cui i Dpcm, decreti emanati dal Presidente del Consiglio e non dall’intero Consiglio dei ministri e non sottoposti al controllo della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica. [↑](#footnote-ref-286)
287. In Gran Bretagna le fonti del diritto sono: la giurisprudenza (il *common law* in senso stretto); la legge, cioè lo *statute law*, il diritto scritto contenuto nei testi legislativi prodotti dal parlamento (*Acts*) e nella legislazione delegata del governo e, prima dell’uscita, le norme UE; le consuetudini, delle quali parte importante sono le consuetudini costituzionali. La sequenza non rappresenta un ordine gerarchico. In passato il diritto scritto era considerato integrativo rispetto al diritto giurisprudenziale, ma l’importanza della legislazione diretta e delegata (secondaria) è andata crescendo fino a diventare la parte più ampia del diritto, rendendo minoritari i precedenti giudiziari. La legislazione è dominante sul *common law* anche sotto due altri punti di vista: in caso di conflitto prevale la legge (di conseguenza i giudici non possono emanare sentenze in contrasto con le leggi del parlamento); e una norma di legge scritta può abrogare un precedente giudiziale. [↑](#footnote-ref-287)
288. Alcuni giuristi replicano che la procedura aggravata è sufficiente: sebbene di fatto possibile, sarebbe però incomprensibile la scelta di prevedere due procedure diverse, una più “stringente” dell’altra, e non trarne alcuna conseguenza sul piano gerarchico, mantenendo il criterio cronologico in caso di conflitto fra una norma costituzionale e una norma di legge, con prevalenza della norma di legge se temporalmente posteriore. [↑](#footnote-ref-288)
289. Quelle “brevi” solo l’elenco dei diritti “negativi” e un quadro sintetico dell’organizzazione dei pubblici poteri. Quasi tutte le costituzioni contemporanee sono “lunghe”. [↑](#footnote-ref-289)
290. È questo potere che ha la *sovranità*, intesa come concetto del diritto costituzionale, cioè come attributo dell’autorità giuridica suprema, quella che ha il potere giuridicamente illimitato. Dunque la sovranità non è attributo del potere legislativo, come a volte erroneamente si afferma, perché il potere legislativo deriva dal potere costituente, non è supremo. Questo concetto di sovranità, come detto, tipico del diritto costituzionale, è diverso dal concetto di sovranità del diritto internazionale: in questo la sovranità è un attributo degli Stati nella loro globalità, denota la statualità; non vi è alcun sistema di norme al di sopra degli Stati, che li vincoli. [↑](#footnote-ref-290)
291. Il “principio di legalità” è un’espressione utilizzata per intendere concetti o meccanismi giuridici diversi, e interseca concetti come il *Rule of Law* e lo “Stato di diritto”, sovrapponendosi a volte con questi. Inteso in senso stretto, rappresenta l’esigenza che tutti i membri di una comunità, compresi i rappresentanti degli organi dello Stato, siano sottoposti alle leggi intese come leggi ordinarie (e basta), le leggi prodotte dall’organo rappresentativo che possiede la funzione legislativa (es. il parlamento), sia in funzione di garanzia per i soggetti (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) sia in funzione della stabilità della comunità. I pubblici poteri coinvolti sono il potere esecutivo e il potere giudiziario, ma ovviamente non il potere legislativo, che è quello che produce le leggi. Una seconda definizione aggiunge la generalità, cioè il fatto che i soggetti, anche pubblici, siano sottoposti alle *stesse* leggi; tale accezione spesso fa parte di un contesto più ampio, in cui i principi di legalità sono fatti coincidere con i criteri che garantiscono la certezza del diritto. Così il concetto tende a confluire nel concetto di Stato di diritto. In un terzo senso è inteso come soggezione al diritto in generale, comprese le norme costituzionali; e in tal caso la corretta nomenclatura dovrebbe essere stato *costituzionale di diritto* (L. Ferrajoli, R. Guastini). Qui, se la costituzione è rigida, sono sottoposti alle norme tutti e tre i poteri. Secondo altre classificazioni sono concetti distinti, in quanto lo Stato di diritto incorpora il principio di legalità e considera distinti altri attributi come la generalità, l’imparzialità delle norme e le controversie su quale sia la legge attribuite ai giudici (E.C.S. Wade, *Constitutional Law*, Longmans, Londra, 1955). [↑](#footnote-ref-291)
292. Sentenza *Costa v. Enel* del 1964. [↑](#footnote-ref-292)
293. Un altro tipo di gerarchia è quella *formale* (Kelsen), che intercorre fra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse; es. le norme costituzionali sulla formazione delle leggi (art. 70 Cost.) sono sovraordinate, formalmente superiori, alla legislazione stessa; o le norme che conferiscono una delega legislativa (art. 76 Cost.) sono sovraordinate alle norme dello specifico decreto delegato. Dunque qui la gerarchia sussiste in virtù del contenuto delle norme in questione, non perché alcune siano state collocate su un livello superiore. Secondo questo tipo di gerarchia, dunque, anche in una costituzione flessibile le norme che conferiscono e regolano il potere legislativo sono formalmente sovraordinate alle norme legislative. [↑](#footnote-ref-293)
294. Per stabilire che A è superiore a B è necessaria la presenza di una norma (o di un complesso di norme) C che stabilisce quale tra le due norme in conflitto sia superiore e quale inferiore. [↑](#footnote-ref-294)
295. In quasi tutti gli ordinamenti dell’Europa continentale un organo specifico (in Italia la Corte costituzionale), negli Stati Uniti qualunque giudice, dunque in forma “diffusa” (ma la disapplicazione della legge incostituzionale ha effetti circoscritti alle parti coinvolte nel caso specifico; di conseguenza la legge non viene espulsa dall’ordinamento e teoricamente potrebbe essere applicata da altri giudici). [↑](#footnote-ref-295)
296. È la *consistency* di N. MacCormick. Se si prendono in considerazione i legami con i valori o i principi, si può distinguere la *coesione* e la *congruenza* dalla coerenza. La coesione è una coerenza assiologica (la *coherence* di N. MacCormick), cioè (non le norme ma) i *principi* a cui sono ispirate le norme devono essere coerenti (non in conflitto) fra loro. Nella realtà degli ordinamenti giuridici tale principio è inesistente, perché ciascun ordinamento è il frutto alluvionale di valori e dottrine politiche diversi succedutisi nel tempo. Un esempio di mancanza di coesione è costituito dall’articolo 3 della costituzione, i cui commi 1 e 2 affermano rispettivamente il principio dell’uguaglianza giuridica e il principio dell’uguaglianza sostanziale, palesemente in conflitto. La congruenza invece è il legame positivo tra più norme, derivante dal fatto di attuare lo stesso valore; ad esempio sono congruenti (oltre che coerenti) le due norme “Vietato fumare in luoghi pubblici” e “La Repubblica tutela la salute”, perché la prima attua il principio proclamato dalla seconda. [↑](#footnote-ref-296)
297. Un esempio di questo tipo di antinomia, relativamente alla libertà di manifestazione del pensiero, potrebbe aversi fra l’art. 21 Cost. e gli articoli del Codice penale che limitano alcune manifestazioni di tale libertà (reati d’opinione). Un altro esempio tratto dal *common law* americano è il seguente: relativamente alla responsabilità di un medico di famiglia che non si è reso reperibile da un suo assistito e in conseguenza di ciò questi è morto, la sentenza *Hurley v. Eddingfield* del 1901 stabilisce che, in assenza di un contratto esplicito, non vi può essere responsabilità; mentre in *Cotnam v. Wisdom* del 1907 è stabilito che, in assenza di un contratto esplicito, si presume una relazione contrattuale se è necessario per evitare un’ingiustizia, dunque il medico sarebbe responsabile. [↑](#footnote-ref-297)
298. Esempi di queste fattispecie antinomiche sono contenuti in N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 213. [↑](#footnote-ref-298)
299. In termini più formali: qualora la norma N1 sia in conflitto con la norma N2, e N1 sia gerarchicamente sovraordinata a N2 sulla base di quanto disposto da una norma N3, allora N2 è invalida e deve essere annullata. Se una disposizione gerarchicamente inferiore ammette due interpretazioni confliggenti, di cui una conforme alla costituzione e l’altra in contrasto, l’antinomia è evitata attraverso la cosiddetta *interpretazione adeguatrice*, che intende la disposizione nel significato conforme alla costituzione. [↑](#footnote-ref-299)
300. Nell’ordinamento italiano la norma che stabilisce tale criterio è espressa dall’art. 15 disp. prel. cod. civ. per quanto attiene agli atti aventi forza di legge e dall’art. 138 Cost. per quanto attiene alle leggi costituzionali. [↑](#footnote-ref-300)
301. Esempi: la norma generale afferma che deve essere risarcito il danno ingiusto, la norma speciale che non deve essere risarcito il danno ingiusto prodotto agendo per legittima difesa. La norma generale ammette la libertà di associazione, la norma speciale vieta le associazioni segrete. L’art. 840 c.c. dispone che la norma generale secondo cui la proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, non si applica alle miniere, cave e torbiere. Il D.Lgs. 151/2001 sulle lavoratrici madri (es. maggior numero di permessi o divieto di impiego dalle 24 alle 6 entro un anno di età del bambino). [↑](#footnote-ref-301)
302. Nella realtà l’Unione Europea non legifera mai in materie non di sua competenza (ad esempio, in materia pensionistica), per cui, quando si determina un conflitto, la giurisprudenza costituzionale italiana ha stabilito che deve essere applicata sempre la norma comunitaria. La norma statale tuttavia va disapplicata ma non abrogata né giudicata invalida, perché, secondo la Corte, la norma comunitaria appartiene a un ordinamento giuridico comunicante ma distinto e separato da quello interno e nessuna norma può provocare l’abrogazione o l’invalidità di una norma appartenente a un *diverso* ordinamento. Corte cost. 170/1984, 399/1987. La norma in sostanza è “accantonata”, resta “in letargo”: potrebbe riacquistare efficacia qualora la norma comunitaria fosse abrogata dalla stessa UE. [↑](#footnote-ref-302)
303. Poiché la competenza è assegnata da una norma di rango superiore, in genere costituzionale, la norma dichiarata non competente, ad esempio una legge regionale rispetto a una legge dello stato, non è invalida perché in contrasto con la legge dello stato, ma perché viola la norma costituzionale che assegna la competenza. Si dice quindi che il criterio della competenza è parassitario del principio gerarchico. [↑](#footnote-ref-303)
304. Ad esempio, la Corte costituzionale talora ha ritenuto che il principio di uguaglianza formale o giuridica, di cui all’art. 3, comma 1, Cost., debba prevalere sul principio di uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2, Cost. (è consentito il lavoro notturno delle donne [sentenza 210/1986], sono illegittime le quote nelle liste elettorali [422/1995]), talaltra che il principio di uguaglianza sostanziale debba prevalere sul principio di uguaglianza formale (legittimità di azioni positive per l’imprenditoria femminile [109/1993], legittimità di un trattamento più favorevole per i lavoratori in seno al processo del lavoro [13/1977]). [↑](#footnote-ref-304)
305. Alcuni giuristi osservano che in molti ordinamenti, tra cui quello italiano, una norma come questa è presente solo nell’ambito della legge penale (*nullum crimen, nulla poena sine lege*; ricavabile dall’art. 25, comma 2, Cost. e dall’art. 1 c.p.), non in altri ambiti, che quindi rischiano l’incompletezza. Kelsen, dopo aver ipotizzato tale norma negativa che espressamente permette tutto ciò che non è vietato, in una parte successiva della *Dottrina pura del diritto* utilizza un secondo argomento, molto simile ma non identico: ciò che è permesso si può inferire dall’intero ordinamento, senza bisogno della norma tacita; il solo fatto che un comportamento non è giuridicamente vietato vuol dire che è permesso, e ciò lo si constata dalle sentenze dei giudici: se in una controversia il giudice condanna l’imputato o il convenuto vuol dire che c’è una norma che considera quel comportamento illecito, se respinge la domanda o assolve vuol dire che quel comportamento è lecito perché non esiste alcuna norma che lo vieta. [↑](#footnote-ref-305)
306. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi Normativi* (1971), Giappichelli, Torino, 2005. Ad esempio, se esiste una norma che vieta il “furto di qualsiasi mezzo di trasporto dotato di quattro ruote”, si può considerare una lacuna l’assenza di una norma che disciplini il furto di motorini o biciclette o tricicli e in generale di mezzi di trasporto con un numero di ruote diverso da quattro: le due fattispecie hanno evidentemente diverse elementi in comune. [↑](#footnote-ref-306)
307. Nella cultura giuridica moderna il precedente di tale disposizione è il Codice napoleonico, che nell’art. 4 afferma: “Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o insufficienza della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia”. In Italia tale principio è contenuto nella legge 13 aprile 1988, n. 117, “Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”, che agli articoli 2 e 3 dispone che lo Stato risponda come responsabile civile del fatto del giudice che abbia denegato giustizia. [↑](#footnote-ref-307)
308. Nell’ordinamento italiano è l’art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile a stabilire i due criteri. [↑](#footnote-ref-308)
309. Le ragioni del divieto sono di garantire la par condicio di tutti i creditori e di non imporre accordi capestro al debitore. [↑](#footnote-ref-309)
310. A livello costituzionale, la Corte costituzionale italiana (sostenuta dalla dottrina) ha praticato spesso la cosiddetta *sovra-interpretazione* della costituzione, secondo cui le lacune possono essere colmate attraverso norme inespresse ricavate dalla Corte sulla base di norme costituzionali espresse. In tal modo può essere disciplinato tendenzialmente qualsiasi aspetto della vita sociale e politica. Ad esempio, sulla base dell’art. 2 Cost., che “riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”, la Corte ha asserito che i diritti garantiti non sono soltanto quelli espressamente enumerati negli articoli seguenti della costituzione stessa, ma anche altri imprecisati diritti soggettivi che possono essere generati dall’evoluzione sociale. E infatti nella sua giurisprudenza ha riconosciuto altri diritti inviolabili, come la libertà sessuale (Corte cost. 561/1987), il diritto sociale all’abitazione (Corte cost. 217/1988), il diritto all’onore e alla reputazione (Corte cost. 1150/1988), il diritto all’istruzione (Corte cost. 215/1987), il diritto alla riservatezza (Corte cost. 366/1991), il diritto all’identità personale (Corte cost. 13/1994) e vari altri, dei quali non vi è traccia nel testo costituzionale. Oppure l’art. 75, comma 2, che impedisce il referendum abrogativo solo in materia tributaria e di bilancio, di amnistia e indulto e di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali, è stato interpretato dalla Corte nel senso che è vietato anche se mette in causa un qualsivoglia “valore costituzionale” (il che ha generato la non ammissibilità di molte richieste di referendum). Di conseguenza, non esistendo più uno spazio giuridicamente “vuoto” a livello costituzionale, il legislatore non è libero di disporre in un senso o nell’altro, dal momento che qualsiasi legge può essere sottoposta al controllo di legittimità costituzionale: anche se non confligge con una norma costituzionale espressa, confliggerà con una norma inespressa. [↑](#footnote-ref-310)
311. Il giurista Giorgio Del Vecchio riteneva che tali principi dovessero essere i principi di diritto naturale. G. Del Vecchio, *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milano, 1958. [↑](#footnote-ref-311)
312. L’argomento *a contrario* è espressione della dottrina imperativistica, secondo cui le norme sono comandi di un “sovrano” legislatore, talché *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*. Secondo un’altra versione, invece, in caso di silenzio del legislatore, *non sappiamo* che cosa egli abbia voluto rispetto a ciò che non ha detto; cioè non è scontato che volesse l’opposto. [↑](#footnote-ref-312)
313. Il giurista formalista, ostile, come si è detto (v. *supra*, “Interpretazione delle disposizioni normative”), a forme troppo palesi di creatività interpretativa, preferirà risolvere una lacuna con un argomento *a contrario* anziché con il ricorso all’analogia o ai principi generali. [↑](#footnote-ref-313)
314. Questo requisito è stato definito (L. Ferrajoli) principio di *stretta legalità* o di *legalità sostanziale*, in quanto impone limiti e vincoli di contenuto alla legge, in particolare la precisione e determinatezza semantica delle disposizioni, l’uso di termini dotati di connotazione empirica esattamente determinata; in modo che, soprattutto nella delicata materia penale, sia determinata la verificabilità e la falsificabilità, in sede di giudizio, delle ipotesi di reato. L’uso di termini vaghi o valutativi (come “atti osceni”), infatti, compromette la tassatività delle figure normative di reato e rende opinabili e infalsificabili le ipotesi accusatorie, trasformando il giudizio da cognitivo in potestativo. Si aggiunga che il giudice, quando prende cognizione di un reato (anche denotato dalla legge in maniera tassativa), valuta anche le circostanze specifiche nelle quali il colpevole ha operato (contesto ambientale, cause oggettive, motivi soggettivi, stati soggettivi, intensità della colpevolezza); non solo le circostanze già prestabilite dalla legge (quelle che in sostanza determinano aggravanti, attenuanti o scusanti) ma anche altre legalmente impreviste e imprevedibili, che rendono ciascun fatto diverso da tutti gli altri. Tutto ciò accentua i rischi di arbitrarietà. Il *principio di stretta legalità* dunque è rivolto al legislatore. [↑](#footnote-ref-314)
315. Le eventuali modifiche non devono essere retroattive (dunque è incorporato qui il principio di *non retroattività*) e devono minimizzare le ipotesi di abrogazione tacita. [↑](#footnote-ref-315)
316. Il diritto positivo ha sottomesso via via tutti i campi della vita sociale, aumentando sia le materie prima lasciate all’autonomia individuale sia il numero di fattispecie (in Italia vi sono 35 mila fattispecie di reato). L’introduzione di fattispecie nuove, come il mobbing, il cyberbullismo, l’omicidio stradale, il femminicidio, il caporalato, gli ecoreati, l’autoriciclaggio, gli insulti a specifiche categorie, molti dei quali potrebbero essere perseguiti con le norme già esistenti, estendono in modo confuso l’area del reato anziché determinarla in modo preciso. Si aggiunge poi l’indeterminatezza di alcune fattispecie: ad esempio, in Italia molte perplessità suscitano reati quali il concorso esterno in associazione mafiosa, il voto di scambio, il traffico di influenze, il disastro ambientale o l’abuso d’ufficio (dal quale il 97% degli amministratori pubblici viene assolto), la cui vaghezza o genericità o evanescenza o atipicità consentono un’ampia discrezionalità interpretativa a magistrati e corti, moltiplicandone il potere. Circa la quantità delle norme, in Italia il numero di leggi non è facilmente conoscibile. Alla fine del 1998 il ministro Bassanini diffuse una ricerca ministeriale che stimava in circa 18.000 le leggi in senso stretto, cioè la normativa primaria nazionale, così suddivise: 10.845 leggi ordinarie, 659 decreti legislativi, 5.267 atti dalla natura ambigua, a metà strada fra legge e regolamento; mentre 20.000 sono le leggi regionali. Se si considera anche la normativa secondaria, gli atti regolamentativi complessivi sono centinaia di migliaia. In una medesima ricognizione effettuata da The European House-Ambrosetti nel 2019 le norme complessive risulterebbero 160.000, di cui 71.387 promulgate a livello centrale e le rimanenti a livello regionale, comunale e da parte di enti e Autorità. A illustrare la stratificazione temporale continua: sono ancora in vigore 419 norme emanate nel 1862. In Francia le norme primarie sarebbero circa 10.500, i decreti governativi 120.000. In Germania le leggi sono circa 10.000. Negli Stati Uniti nel 2013 il totale delle leggi federali raggiungeva i 235 volumi per un totale di 175.496 pagine; nel 1925 era composto da un solo volume, nel 1950 da 14. I volumi di norme sull’ambiente sono 16, quelli sull’agricoltura 19, quelli sul lavoro 2. «Ogni cosa alla luce del sole viene regolata da qualche disposizione di legge: da come devono apparire i cinturini degli orologi a come preparare gli anelli fritti di cipolla nei ristoranti. [...] Molti disegni di legge portati in discussione al Congresso sono così complicati che i parlamentari non si curano neanche di leggerli prima del voto di approvazione» (F. Karsten, K. Beckman, *Oltre la democrazia*, Usemlab, Massa, 2012, pp. 29-30). L’economista americano Thomas D. Hopkins ha stimato che le regolamentazioni costano all’economia americana circa 600 miliardi di dollari all’anno in termini di prodotto perso (dati 2001). Una stima successiva, effettuata nel 2012 dalla Small Business Administration, ha calcolato la somma in 1750 miliardi.

L’inflazione legislativa è frutto di una degradazione della legislazione ad amministrazione, essendo venuta meno la distinzione tra le due funzioni sia a livello di fonti del diritto sia a livello di contenuti. Un diritto elefantiaco diventa inconoscibile. [↑](#footnote-ref-316)
317. Le leggi, oltre a essere tante, sono anche involute, scritte in maniera sciatta, in un linguaggio spesso oscuro, a volte vago, dando luogo a inestricabili labirinti normativi, che ingenerano incertezza del diritto. Sulla scarsa chiarezza espositiva, determinata da uno stile fatto di rinvii, citazioni e riferimenti ad altre norme, si propongono i seguenti esempi italiani. Articolo 1 del decreto-legge n. 193 del 2016, che abolisce Equitalia: “Dalla data di cui al comma 1, l’esercizio delle funzioni relative alla riscossione nazionale, di cui all’articolo 3, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, è attribuito all’Agenzia delle entrate di cui all’articolo 62 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, ed è svolto dall’ente strumentale di cui al comma 3”. Articolo 4 del decreto legislativo n. 219 del 2016 sul riordino delle camere di commercio: “Al fine di contemperare l’esigenza di garantire la sostenibilità finanziaria anche con riguardo ai progetti in corso per la promozione dell’attività economica all’estero e il mantenimento dei livelli occupazionali con l’esigenza di riduzione degli oneri per diritto annuale di cui all’articolo 28, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, le variazioni del diritto annuale conseguenti alla rideterminazione annuale del fabbisogno di cui all’articolo 18, commi 4 e 5, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, valutate in termini medi ponderati, devono comunque garantire la riduzione dei relativi importi del 40 per cento per il 2016 e del 50 per cento a decorrere dal 2017 rispetto a quelli vigenti nel 2014”. Ha scritto il giurista Michele Ainis: «Questo stile parossistico, questa stessa incontinenza semantica e verbale tracima da tutta la legislazione. […] Se si dovessero studiare tutte le leggi, non rimarrebbe il tempo di trasgredirle, diceva Goethe. Anche volendo, però, è ormai diventato impossibile studiarle, giacché è impossibile capirle. […] No, non dipende dal diritto, dai suoi vocabolari, il timbro delirante di queste leggi. La loro oscurità deriva piuttosto da una crisi morale […]. Perché la corruzione s’estende poi al linguaggio, perché attraverso le parole risuonano le cose. L’estetica comprende in sé stessa l’etica, lo dice per l’appunto la parola. E noi rischiamo di perdere entrambe le parole, entrambe le cose». M. Ainis, *Comma*, in “Repubblica”, 8 gennaio 2017. In conseguenza di tale patologia, in Italia la Corte costituzionale, con una celebre sentenza, la n. 364 del 1988, ha dovuto addirittura archiviare come irrealistico il classico principio della non scusabilità dell’*ignorantia legis* in materia penale allorquando questa appare inevitabile. In astratto tutti denunciano la sovrabbondanza e la scarsa qualità della normazione, tuttavia un incisivo processo di semplificazione non viene mai attuato in quanto operano due potenti forze contrarie: i testi sono redatti da - e risultano intellegibili solo per - un ristretto numero di funzionari esperti a capo degli uffici legislativi e la complessità mantiene e consolida il loro potere; in secondo luogo, l’oscurità consente la discrezionalità e l’arbitrarietà nell’interpretazione e applicazione delle norme. [↑](#footnote-ref-317)
318. W.N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali* (1919), Einaudi, Torino, 1969. [↑](#footnote-ref-318)
319. «Sia detto di passaggio, “interesse legittimo” è una nozione ideologica, frutto di una dottrina politica illiberale, secondo la quale: (a) l’interesse pubblico è comunque preminente sull’interesse privato; (b) l’interesse privato è tutelato nei confronti della pubblica amministrazione - “mediamente ed eventualmente” - solo se, “occasionalmente” come si suol dire, coincide con l'interesse pubblico; (c) sicché, in ultima analisi, nei confronti della pubblica amministrazione non si hanno diritti soggettivi (pieni e non effimeri, per così dire) ma, al più, solo “interessi”». R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., p. 97, nota 20. [↑](#footnote-ref-319)