



A.A. 2024/2025



DISPENSA

FILOSOFIA DEL DIRITTO -SECONDO PARZIALE-

SCRITTA DA

NICOLÒ SIMONAZZI

A CURA DI

GIUSEPPE LIARDO



TEACHING DIVISION



Questa dispensa è scritta da studenti senza alcuna intenzione di sostituire i materiali universitari. Essa costituisce uno strumento utile allo studio della materia ma non garantisce una preparazione altrettanto esaustiva e completa quanto il materiale consigliato dall'Università.

DIRITTO AL PLURALE: TEORIA E CRITICA DEL MONISMO GIURIDICO

Il nostro diritto oggi (applicato dai giudici, che guida le nostre condotte) è un diritto in trasformazione, che sta cambiando o è già cambiato in modo radicale; dunque, siamo in un'epoca di trasformazione → passaggio da diritto monistico a pluralistico nel modo di intendere applicare e produrre il diritto

- **Monismo giuridico:** il diritto è il risultato di un'autorità ultima, identificabile chiaramente, che ha il potere di emanare le norme e che ha l'ultima parola su cosa è il diritto, di cui identifica in modo chiaro i contenuti = Stato.
- **Pluralismo giuridico:** sono molte le autorità che hanno il potere di produrre il diritto, i soggetti che hanno il potere di applicare il diritto e le norme di cui noi siamo destinatari, che possono essere in contrasto fra loro

es. Decreto del governo italiano per trasferire temporaneamente in Albania gli immigrati che hanno fatto la richiesta d'asilo ma non sono ancora riconosciuti: in un'ottica monista è chiaro cosa si deve fare o cosa no (il governo italiano è sovrano nel nostro Stato, dunque ha esercitato un potere proprio emanando questo decreto), tuttavia in un'ottica pluralista non è chiaro cosa si deve fare o cosa no (un giudice ha affermato che questo decreto non può trovare applicazione perché va contro la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si basa su una serie di norme sulla tutela e sul trasporto dei migranti) → Situazione di pluralità di autorità e fonti, dunque ci si trova di fronte a un dilemma per il quale è difficile stabilire quale diritto vada seguito.

L'analisi parte da un'intuizione linguistica (Wittgenstein - *Immaginare il linguaggio è immaginare una forma di vita*: il modo in cui usiamo il linguaggio è una forma di vita, include ciò che ci rende chi siamo): il termine "diritto" ammette plurale?

- *X ha violato il diritto*: il termine fa riferimento a una o più norme o pratiche giuridiche
- *X ha violato i diritti di Y*: i diritti di qualcuno non sono norme o pratiche giuridiche, ma si fa riferimento a prerogative e libertà che spettano all'individuo
- *Il diritto italiano non ammette la pena di morte*: il termine fa riferimento a una norma giuridica (Art. 29 della Costituzione)
- *La pena di morte è contraria ai diritti umani*: i diritti umani non sono norme o pratiche giuridiche, ma si fa riferimento a prerogative e libertà di tutti gli esseri umani
- Il termine diritto cambia significato al plurale: non disponiamo di un termine per nominare insieme tutti gli ordinamenti giuridici
- **Il diritto è uno solo, unico e unitario e determinato** nelle varie parti del mondo in cui mi sposto: monismo giuridico è un modo di pensare il diritto come **unico e indivisibile facente capo ad una sola autorità ultima, tipico dello Stato**

Il monismo giuridico può essere guardato tra tre diversi punti di vista, tra loro interconnessi:

- **Metafisico:** *"Il diritto è uno solo, e occorre dunque intenderlo in modo unitario"*. La metafisica (filosofia prima) studia il fondamento ultimo della realtà, della natura profonda di tutto ciò che può esistere, quindi attualmente opera a stretto contatto con la fisica. Il lavoro della metafisica è identificare ciò che c'è o potrebbe esserci quindi il fondamento ultimo del diritto si trova cercando delle caratteristiche che ha necessariamente/costituzionalmente e ciò consente di distinguere il diritto dalle cose che non sono diritto (morale e natura, Kelsen), cioè non è diritto tutto ciò che non ha

le determinate caratteristiche che deve avere il diritto → necessità metafisica che riguarda verità assolute e incondizionate che non dipendono da fatti contingenti e che colgono i caratteri fondamentali del diritto, a prescindere dai quali il diritto non potrebbe esserci. Il diritto è uno solo, dunque occorre intenderlo in modo unitario: tesi metafisica relativa alla natura o alle caratteristiche fondamentali del diritto, inteso come entità esiste nel mondo dotata di caratteristiche necessarie e immutabili, strettamente dipendente dalla intenzioni e dai comportamenti umani

- **Epistemologico:** *“Il diritto può essere conosciuto solo se ricondotto ad unità, e dunque è soltanto uno”*. L'epistemologia si occupa dello studio della conoscenza e studia e osserva dei fatti che hanno a che fare e che dipendono dal diritto: per conoscere questi fatti ho bisogno di concetti e categorie conoscitive che permettano di capire come funzionano e come metterli insieme per capire come il diritto davvero funzioni. Per fare ciò c'è bisogno che il diritto sia uno, dunque bisogna considerare delle caratteristiche comuni, dei concetti unitari a cui ricondurre i fatti per capire il modo in cui il diritto guida l'agire umano e organizza la vita sociale
- **Pratico:** *“Il diritto deve essere reso unitario, coerente, uniforme per raggiungere i suoi fini”*. Spesso il diritto è frammentario e poco chiaro, dunque va ricondotto a unità, va reso coerente e riconducibile a un'autorità univoca che esercita il suo potere: un progetto da realizzare affinché funzioni la vita sociale e vengano perseguiti i fini del diritto

Dal punto di vista del monismo, il diritto si può dire soltanto singolare **1) perché unitaria è la sua natura 2) perché solo a patto di pensarlo come uno soltanto possiamo giungere a conoscere le sue caratteristiche distintive 3) perché solo riconducendolo ad unità possiamo realizzare i fini pratici (sociali o politici) che gli sono propri** → il diritto contemporaneo si presta ad essere inteso in questo modo?

Il diritto può essere pensato al plurale? Tesi da discutere: **1) La natura del diritto non è unitaria ma molteplice 2) Per conoscere il diritto dobbiamo avvalerci di una pluralità di metodi e concetti di diritto 3) Per realizzare i fini del diritto, occorre conservare la sua irriducibile pluralità**

Genealogia di Foucault: non è possibile ricostruire in modo lineare il passaggio da monismo a pluralismo; dunque, si traccia uno dei possibili percorsi ramificati che portano da uno all'altro

1) Origini del monismo giuridico nella filosofia del diritto, nella cultura giuridica e nel modo di organizzare la comunità politica tra '700 e '900

2) Crisi della prospettiva monista nel secondo dopoguerra: crisi dello Stato di diritto e processi di globalizzazione

3) Recupero delle concezioni antropologiche del diritto: pluralità di ordini giuridici all'interno e al di là dello Stato

4) Pluralismo giuridico e post-colonialismo: la difficile coabitazione tra ordinamenti giuridici nel medesimo territorio

5) Pluralismo giuridico radicale: il diritto è molteplice per natura

MONISMO METAFISICO

Joseph Raz (1939-2022) giuspositivista

- Compito della filosofia del diritto è scoprire le caratteristiche che i sistemi giuridici necessariamente possiedono (se non ci sono quelle caratteristiche allora non c'è un sistema giuridico, che non può non averle)
- Le tesi della filosofia del diritto, se sono vere, si applicano universalmente; esse valgono per tutto il diritto e per tutti i sistemi giuridici: per quelli che esistono, che sono esistiti e che esisteranno in futuro, come pure per quelli che potrebbero esistere anche se non arriveranno mai a farlo

Caratteristiche essenziali del diritto: **il diritto è un insieme di norme che avanzano una pretesa di autorità**. Raz intende l'autorità come una forma di **servizio**, fornisce un servizio nei nostri confronti: riesce a guidare le nostre azioni e ci induce ad agire in un certo modo perché gli attribuiamo autorità → il diritto è un'autorità e l'autorità non si impone ma si mette al servizio dei cittadini per consentirgli di raggiungere i propri obiettivi nel modo migliore, dunque è conveniente rispettarlo e accettarlo in quanto attraverso la sua funzione di servizio facilita le cose. Se qualcosa non corrisponde alla natura del diritto, o non si tratta di diritto o c'è stato uno sbaglio: il diritto ha sempre avuto queste caratteristiche

John Finnis (1940-Presente) giusnaturalista

- I principi del diritto naturale non hanno storia perché trovano fondamento nella natura umana
- Il diritto naturale costituisce l'essenza del diritto, da cui dipende l'obbligatorietà delle norme di diritto positivo (per natura il diritto include una serie di principi che non dipendono da noi ma sono inscritti nella natura umana)

Caratteristiche essenziali del diritto: **il diritto è un insieme di norme orientate al perfezionamento degli esseri umani e a realizzare la giustizia**

LEX INIUSTA NON EST LEX (T. D'Aquino): Finnis era antiabortista in quanto considerava l'aborto un attentato alla vita umana e ai diritti naturali perché la vita è un bene inalienabile → legislatore emana legge che autorizza l'aborto, che è contrario al diritto naturali: seguendo Finnis, è diritto o no? È una legge emanata dal Parlamento, il quale ha autorità; dunque, dal punto di vista formale è una legge valida (la **validità** dipende dal fatto che una norma sia stata emanata da un soggetto autorizzato) ma dal momento che va contro il diritto naturale, **non è obbligatoria in quanto ciò che vincola sono soltanto i principi naturali e la morale** (Radbruch sostiene che il diritto positivo va seguito per convenienza anche contro il diritto naturale ma entro certi limiti es. leggi nazifasciste)

MONISMO EPISTEMOLOGICO

Hans Kelsen (1881-1973) giuspositivista

Vuole fondare una scienza del diritto che sia ampiamente autonoma dalle altre scienze

- Kelsen non si propone di rispondere al quesito "cos'è il diritto" ma di individuare a quali condizioni il diritto può essere conosciuto come tale
- L'unità del metodo di studio del diritto si traduce nell'unità del suo oggetto.
- A partire dai fenomeni giuridici, occorre risalire alle loro condizioni di possibilità, ovverosia alle caratteristiche che questi fenomeni devono necessariamente possedere per essere oggetto di una conoscenza pura. Regressione a partire dai fenomeni giuridici e risalire alle loro condizioni di possibilità, caratteristiche per il riconoscimento come diritto

Uno stesso fenomeno empirico es. uccisione può essere spiegato dal punto di vista fisico del compimento materiale dell'atto o dal punto di vista giuridico di una norma che imputa a un fatto condizionante una conseguenza condizionata → **monismo perché il concetto di norma (schema di qualificazione) e di ordinamento (catena di delegazione e Grundnorm) sono concetti eterni e il diritto è qualcosa che conosco mediante quelle categorie.** Se qualcosa viene inteso come diritto ma non si presta ad essere pensata e descritta tramite questa categoria allora quel qualcosa non ha niente di giuridico: l'unicità e l'unità del diritto è garantita dall'unicità e unità del metodo mediante il quale il diritto viene considerato.

La **Scienza del Diritto Pubblico** nasce nell'Ottocento una disciplina nuova (la Scienza del Diritto Costituzionale nasce nel secondo dopoguerra) perché proprio in quel periodo si afferma lo Stato come un modello di organizzazione della società → studio dei concetti di Stato e Sovranità. La scienza giuridica intende lo Stato come un'entità reale che unisce gli individui e che opera nel mondo, vuole e decide. Kelsen è in disaccordo con questa tesi, infatti egli sostiene che questo pensiero, secondo il quale il diritto viene dopo lo Stato, sia soltanto un'ideologia (primo utilizzo del termine è di Marx - Ideologia Tedesca, l'ideologia è un'immagine rovesciata della realtà in cui ciò che viene prima viene rappresentato dopo e viceversa): per Kelsen gli studiosi della scienza del diritto pubblico rovesciano la realtà perché **Stato e ordinamento giuridico sono la stessa cosa**, lo Stato esiste perché ci sono le norme, è il concetto di ordinamento che rende pensabili e conoscibile, dal punto di vista giuridico, Ciò che chiamiamo Stato. Lo Stato è un ordinamento giuridico a caratteristiche particolari, è **un'organizzazione complessa e relativamente accentrata** e richiede una **divisione del lavoro** (chi fa le leggi, chi le applica, funzionari ecc.), **tuttavia lo Stato è unico e unitario**: uno Stato non può avere più ordinamenti giuridici, perché altrimenti ci sarebbero più Stati (sovranià come principio di unità), o più norme fondamentali perché altrimenti ci sarebbero eventuali momenti di confusione nella catena di delegazione e perché il concetto di fondamentale implica che non ci sia niente al di sopra (sovranià come principio di esclusione) → non vi è altro diritto che il diritto prodotto dallo Stato, il concetto di Stato è legato al concetto della **supremazia di un'autorità ultima**.

Stato:

- La dottrina giuridica tradizionale rappresenta lo Stato come “un'unità collettiva, come soggetto di un volere e di un agire indipendente e addirittura preesistente al diritto”.
 - Questa rappresentazione è ideologica: lo Stato è in realtà un tipo di ordinamento giuridico.
 - L'ordinamento statale comporta una «divisione del lavoro» nella produzione e nell'applicazione delle norme.
 - In uno Stato non possono convivere più ordinamenti: **lo Stato è unico e unitario**.
 - Lo Stato si compone di 3 elementi: sovranità, popolo, territorio.
- Affinché ci sia uno Stato serve un territorio, serve un popolo che abiti questo territorio e serve una sovranità che è una caratteristica dello Stato definita dalla Scienza del Diritto Pubblico come **ciò che non riconosce superiori a sé, sovrana è l'autorità suprema (*summa potestas*, che spetta allo Stato in quanto entità politica e giuridica suprema)**. All'interno di uno Stato non posso esserci più entità sovrane, in quanto essendo queste delle autorità supreme, è necessario che ce ne sia una sola.
- Nello Stato non vi è altro diritto di quello prodotto dal sovrano: **l'ordinamento giuridico statale è unico, unitario, supremo, esclusivo** (è il centro che trasferisce alla periferia un potere attraverso una delega di questo es. se le regioni avessero potere costitutivo e avessero costituzioni proprie allora queste sarebbero Stati), **autonomo**.

Sovranità:

*La sovranità non va vista come una qualità reale nel mondo esterno dei fatti percepibili, una qualità che inserisce a un oggetto naturale fisico o psichico, ma come un'ipotesi, un presupposto nel pensiero dell'osservatore che vuol conoscere lo Stato e il diritto. E ove si sostenesse che la sovranità è una qualità essenziale dello Stato, questo vorrebbe dire che **un ordinamento può essere considerato come ordinamento statale o giudicio solo in quanto io, l'osservatore, presuppongo questo ordinamento come supremo, autonomo: ma questo e non altro significa "sovrano".***

Il concetto di sovranità non cattura le caratteristiche della realtà empirica ma il dover essere dello Stato.

MONISMO PRATICO

Hobbes (1588-1679) giuspositivista

Il Leviatano

1. Il patto sociale è un esperimento mentale da cui si traggono conclusioni riguardo a come organizzare la comunità politica e sociale.
 2. I concetti di Stato, sovranità e rappresentanza attribuiscono un fondamento nuovo al diritto
 3. Gli uomini vengono considerati come **individui** (entità singole e indivisibili): prima che nascesse lo stato, la capacità giuridica (capacità di essere titolari di un rapporto giuridico) era differenziata, diritti e doveri dipendevano dai rapporti sociali in cui le persone erano inserite
 4. Nello Stato, gli individui diventano **liberi**: nella volontà del sovrano trova espressione la volontà di ciascun cittadino.
 5. Nello Stato, gli individui diventano **uguali**: ciascun cittadino è ugualmente sottoposto alla legge.
 6. Lo Stato diventa un **progetto da realizzare (monismo pratico)** → esigenza di regolare la vita sociale, lo Stato è uno strumento usato dal '700 per modificare la realtà
- I concetti giuridici (es. Stato e sovranità, creati introdotti in età moderna, prima della quale non esistevano) non sono eterni ma vengono creati, usati, nascono e muoiono, diventano importanti in quanto **modelli da realizzare, modi per organizzare la società o per giustificare e legittimare l'uso del potere politico, della forza e dell'autorità**. Formula la prima trattazione dei concetti Stati e sovranità → **Dottrina del Contratto Sociale** = argomento filosofico che serve a giustificare la nascita dello Stato, deve convincere che sia necessaria l'organizzazione della società come Stato. Un esperimento mentale (che può essere svolto con condizioni diverse) è un tipo di ragionamento controfattuale, Hobbes immagina una situazione fittizia per ragionare su come è meglio organizzare la nostra società: **passaggio dallo Stato di Natura allo Stato Civile**. Nello Stato di Natura gli uomini sono immaginati come indipendenti da tutti i condizionamenti sociali che li possono caratterizzare, sono tutti uguali tra loro e dotati semplicemente delle proprie capacità naturali, ciascuno agisce per soddisfare i propri bisogni e i propri interessi → *Homo homini lupus e Bellum omnium contra omnes*, è in pericolo la sopravvivenza di ciascuno, dunque, bisogna uscire dallo Stato di Natura per andare nello Stato (Civile). Ci si mette d'accordo attraverso un **patto sociale** (*pactum unions*) **per trasferire tutte le prerogative naturali a un corpo comune** (*civitas, societas civilis, commonwealth*), **Stato o Popolo, che gode di tutti i diritti (è sovrano perché non ha superiori) e che li eserciterà in vece dei singoli, garantendo sicurezza e prosperità**. Tuttavia, siccome il popolo è un'entità fittizia, affinché lo Stato prenda vita, serve una **rappresentanza politica** affinché il popolo agisca, la sovranità deve essere esercitata da

qualcuno (*pactum subiectionis*). Serve un'unica autorità autorizzata a produrre diritti a nome di tutti gli individui, che sono tutti uguali. Il diritto deve essere ricondotto a unità, dunque unico e indipendente, per realizzare i fini che gli sono propri, in particolare per garantire la **libertà e l'uguaglianza** degli uomini → la volontà dello Stato coincide con la volontà di chi la esercita in suo nome, nella volontà del sovrano ciascun individuo riconosce la propria volontà perché, mediante il contratto sociale, egli ha ceduto al corpo collettivo tutti i suoi diritti che vengono esercitati dal sovrano in suo nome: **obbedendo alla legge ciascun cittadino obbedisce a sé stesso**, diventando così libero, e proprio per questo chi viola la legge perde la propria libertà: ciò che il sovrano dice è ciò che ognuno dice (potente strumento di giustificazione del potere del sovrano). Nel garantire la libertà dei cittadini, lo Stato li rende anche uguali tra loro: **ciascun uomo è uguale a ciascun altro in quanto ugualmente soggetto e sottoposto alla legge emanata dal sovrano**, nello Stato le differenze vengono azzerate (la legge è uguale per tutti ed esprime la volontà di tutti) mediante una legge, ciascuno è libero di perseguire i propri interessi sulla base soltanto delle proprie capacità (es. ippodromo con siepi tra le corsie che consentono ai cavalli di cercare di arrivare primi senza interferenze altrui): l'uguale subordinazione degli individui alla legge sovrana diventa una precondizione essenziale della giustizia tra gli uomini = nello Stato non è la legge a dover aspirare alla giustizia, ma piuttosto non c'è giustizia se non c'è legge. Il diritto all'interno dello Stato è solo ciò che il sovrano dice essere diritto, nello Stato l'unico diritto è quello prodotto dal sovrano dunque **la legge, che solo il sovrano può produrre, è l'unica fonte del diritto dello Stato**: non esistono i diritti naturali nello Stato, o meglio esistono soltanto se il sovrano li rende legge (i diritti ci sono se possono essere rivendicati davanti a un giudice, altrimenti non ci sono)

Hegel critica la dottrina del contratto sociale e dice che si tratta di una finzione, non si diventa tutti liberi e uguali entrando nello Stato civile di Hobbes: lo stato di natura viene descritto da Hobbes in maniera funzionale al suo obiettivo (invenzione di un nemico per giustificare un potere già presente) ovvero convincere che lo stato civile di Hobbes sia il migliore mondo possibile. Resta tuttavia una frattura impossibile da colmare tra il **disaccordo tra la mia volontà singolare e quella del sovrano o della maggioranza**.

SOVRANITÀ DAL PUNTO DI VISTA INTERNO

Il potere sovrano corrisponde alle diverse funzioni che lo Stato è chiamato a svolgere: **potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario**; questo non significa che i poteri dello Stato siano molti, se non metaforicamente, perché il potere dello Stato per definizione è unico e indivisibile; tuttavia, il suo esercizio può essere **delegato** ad altri organi che lo esercitano in suo nome. La sovranità è il potere sommo, ma chi esercita i poteri è sottoposto al diritto? Riguardo al rapporto tra Stato e diritto (mezzo attraverso il quale lo Stato esercita il suo potere o le sue funzioni) e di conseguenza alla concezione della legge vengono formulati dei modelli, generalizzazioni che catturano caratteristiche generali

- **Stato legislativo (Machtstaat):** la legge emanata dal sovrano è l'unica fonte del diritto nello Stato (il diritto coincide con la volontà sovrana); il diritto, in quanto legge, è concepito come strumento di esercizio del potere (Stato sotto la forza). Il sovrano e chi esercita i poteri pubblici in suo nome, non è sottoposto alla legge in quanto ne è l'autore e l'unico interprete legittimo: il sovrano e gli organi che esercitano il potere in suo nome non sono sottoposti alla legge perché tutto ciò che lui dice è legge, il sovrano è la legge → **incertezza del diritto e arbitrarietà**: tecnicamente il sovrano non può violare la legge dal momento che egli è l'unico autore e interprete: se il sovrano è illuminato allora si preoccuperà per i cittadini per opportunità politica di evitare una rivoluzione, ma dal momento che il diritto può essere usato in modo arbitrario, l'agire del sovrano

non ha alcun limite giuridico, il suo volere può cambiare da un momento all'altro a suo piacimento e vantaggio

- **Stato di diritto** (Rechtsstaat): **valore** (istituzione che merita di essere realizzata se ancora non c'è o situazione reale e concreta che va protetta se già c'è) di lotta contro l'arbitrio dello Stato a danno dei cittadini, direzione di sviluppo storico di inversione del rapporto tra diritto e potere: ***rex facit legem* → *lex facit regem*** ovvero da un potere politico che si esprime arbitrariamente attraverso la legge si passa a qualcuno esercita un potere politico soltanto se c'è una legge che glielo attribuisce = **Principio di legalità**: la legge viene intesa come atto regolativo supremo e irresistibile che disciplina non solo i comportamenti dei cittadini ma anche l'attività dei poteri pubblici. Anche i poteri pubblici sono vincolati al rispetto della legge e agiscono solo nei limiti della legge, tuttavia il modello dello Stato di diritto non pone dei vincoli giuridici a chi esercita la sovranità, il quale avrà comunque l'ultima parola quando si tratta di determinare i contenuti della legge e potrà dunque usare quest'ultima a svantaggio degli interessi della collettività → **Stato totalitario**: questo modello può essere usato per giustificare i più feroci regimi totalitari, che solitamente sono perfetti Stati di diritto: nel Terzo Reich non accadeva niente che non fosse nei limiti della legge, i giudici erano interpreti fedelissimi della legge del Fuhrer, dunque mediante l'ausilio della legge nello Stato di diritto è possibile danneggiare i cittadini
- **Stato liberale di diritto**: Robert von Mohl (1872) "*Compito dello Stato è lo sviluppo e la protezione di tutte le forze naturali della nazione, intesi come scopo della vita dei singoli e della società*" → **Principio di legalità**: la legge viene intesa come strumento di garanzia delle libertà individuali dei cittadini (obiettivo intrinseco della legge), ovvero la legge deve garantire a ciascun individuo di sviluppare il suo progetto di vita tuttavia senza impedire i progetti di vita altrui → **Doppia funzione della legge**, che ha caratteristiche a garanzia dell'imparzialità dello Stato verso i cittadini, ovvero la **Generalità**, perché vale indifferentemente per tutti i soggetti di diritto, e l'**Astrattezza**, perché vale infinitamente per il futuro:
 - La legge stabilisce cosa l'amministrazione pubblica può fare nell'esercizio delle sue funzioni per realizzare l'interesse collettivo (tutto ciò che non è permesso è vietato), l'autorità dello Stato è l'eccezione: la legge va interpretata e applicata strettamente, massima riduzione dell'interferenza che lo Stato ha nella vita dei cittadini.
 - La legge stabilisce cosa i privati non possono fare nel perseguire i propri interessi (tutto ciò che non è vietato è permesso), le libertà individuali sono la regola: la legge garantisce piena libertà ponendo limiti minimi per non ledere la libertà altrui, la legge è giustificata a porre dei limiti solo nel caso in cui un comportamento interferisca con la libertà altrui.

Il modello dello Stato liberale di diritto si propone in tal modo di garantire la massima libertà ai cittadini, limitando l'ingerenza dello Stato alle sole situazioni in cui l'esercizio della libertà di un individuo è di pregiudizio per la libertà degli altri. Tuttavia, questo modello di Stato si è rivelato fallimentare alla luce della crisi economica degli anni '20, portando alla nascita di regimi totalitari che non potevano essere arginati da questo modello istituzionale.

- **Stato costituzionale**: la legge viene subordinata alla Costituzione, che contiene le norme secondarie di Hart ovvero le norme che attribuiscono poteri, relative al funzionamento della macchina dello Stato: se prima queste norme (dette costituzioni) erano intese come fonte paritaria rispetto alla fonte legale (legge è fonte suprema dello

Stato di diritto), dopo la Seconda Guerra Mondiale si afferma l'idea che anche il legislatore sia sottoposto in maniera rigida a tali norme (e non soltanto ideale, come nello Stato liberale di diritto) → introduzione della Costituzione come nuovo tipo di fonte, posta a un livello gerarchico superiore. La Costituzione assume caratteristiche nuove rispetto al modello ottocentesco di Stato di diritto in cui le Costituzioni erano flessibili, cioè modificabili dal legislatore ordinario e di fatto equiparata alla legge (espressione della volontà del sovrano) nella gerarchia delle fonti di diritto:

- **Rigidità:** implica la necessità di una maggioranza parlamentare qualificata (non legge ordinaria) per cambiarla; dunque, non può essere modificata o abrogata attraverso legge ordinaria (come era invece possibile per lo Statuto Albertino flessibile) e un
- **Controllo di legittimità costituzionale della legge:** la validità della legge non dipende soltanto dal fatto che essa sia stata emanata da un soggetto autorizzato, ma al requisito di validità formale si aggiunge anche quello di validità materiale o sostanziale: una legge è valida in senso pieno soltanto se è conforme ai principi costituzionali. È scritto sulla Costituzione che se la legge è in conflitto con la Costituzione, quest'ultima prevale in quanto gerarchicamente superiore: la Corte costituzionale è il soggetto istituzionale che ha il potere di controllare la legge e annullarla; dunque, il sovrano è limitato nell'esercizio del suo potere.
- **Lunghezza:** contiene un catalogo di principi e diritti fondamentali rivendicabili davanti a un giudice → questi principi costituzionali individuano i fini che l'ordinamento deve perseguire e costituiscono delle garanzie per i cittadini contro le scelte politiche del legislatore: i principi fondamentali spettano a tutti i cittadini e sono indisponibili da parte di nessuno, nemmeno da parte del legislatore, dunque sono diritti fondamentali che vanno garantiti a tutti, indipendentemente da ciò che il legislatore dice).

Il modello di Stato costituzionale, tuttavia, implica il **Problema contro-maggioritario** cioè che la Costituzione possa essere fatta valere contro una maggioranza

SOVRANITÀ DAL PUNTO DI VISTA ESTERNO

La sovranità va considerata secondo due dimensioni:

- **Interna:** come si articola la struttura dello Stato; dal punto di vista interno si considera il **principio di Supremazia** dello Stato. La sovranità comporta un'organizzazione monistica dei poteri pubblici. Data una certa unità spazio-temporale, il sovrano può essere soltanto uno (se ve ne fosse più di uno, infatti, nessuna autorità potrebbe dirsi suprema).
- **Esterna:** cosa si trova oltre i confini dello Stato; dal punto di vista esterno si considera il **principio di Indipendenza** dello Stato. L'indipendenza comporta l'assenza di supremazia, e dunque la mancanza di una entità sovra-statale cui spetta l'ultima parola con riguardo a ciò che il diritto internazionale prevede. Ne segue che per il diritto internazionale moderno gli unici attori del diritto internazionale sono gli Stati, intesi come soggetti formalmente uguali tra di loro che non sono sottoposti a una autorità superiore, e i cui vincoli giuridici e politici vengono fissati su base volontaria.

Alla base del diritto internazionale, che disciplina i rapporti tra gli Stati, c'è il fatto che oltre lo Stato ci sono soltanto altri Stati. Nello spazio internazionale ci sono altre entità statali, autorità territoriali con supremazia sui rispettivi territori: ciò che sta oltre i confini dello Stato costituisce

un'entità giuridica con cui interagire politicamente e giuridicamente soltanto se ha le medesime caratteristiche di ciò che sta all'interno del confine. Sotto il profilo giuridico lo Stato è il modello di ogni autorità territoriale → **1648 Pace di Westfalia**: due trattati firmati da molte autorità politiche territoriali che posero fine alle guerre di religione in Europa (Guerra dei Trent'anni). La Pace di Westfalia conduce alla nascita del diritto internazionale moderno, tutto il territorio del globo è amministrato da entità giuridiche chiamate Stati (con tante strutture istituzionali diverse, Papato, impero ecc.). Segna l'inizio di un processo di trasformazione che ha portato dal mondo medievale, (pluralità di centri di potere eterogenei tra loro) al mondo moderno (sistema di relazioni internazionali tra entità omogenee, supreme e indipendenti): **principio di Libertà Religiosa *cuius regio, eius religio*** cioè in ciascun territorio si professa la religione di chi lo governa (principio di supremazia rispettivamente di ogni entità politica territoriale), dunque viene vietata l'interferenza su base religiosa tra entità territoriali poi di conseguenza viene esteso il **divieto di ingerenza nelle questioni interne di altre entità politiche territoriali (Stati)** → ogni unità politica territoriale diventa potenzialmente sovrana e i rapporti tra Stati sono regolati soltanto su base volontaria. Nasce l'idea di **sovranità come indipendenza dalle ingerenze esterne**, dunque i rapporti tra Stati diventano rapporti tra entità indipendenti e paritarie, ciascuna sovrana suprema nel proprio territorio = **principio di Parità**: lo spazio internazionale ha **carattere monista** perché ciascuna entità statale ha le medesime caratteristiche, ponendosi su un piano di parità giuridica rispetto alle altre. Un'entità statale non può imporre la propria volontà su un'altra, altrimenti verrebbe meno la sovranità di quest'ultima.

Modello Westfalia:

- **Gli stati sono necessariamente indipendenti** perché se fossero dipendenti da altri e l'esercizio della sovranità fosse dipendente da cosa decidono gli altri Stati, allora non saremmo in presenza di uno Stato, che è tale in quanto sovrano, autorità suprema nel proprio territorio, che può essere una soltanto.
- **La sovranità non si presta ad essere limitata** perché per definizione il sovrano è l'autorità suprema, a cui non possono essere posti limiti: la sovranità può essere limitata soltanto se è lei stessa a porsi dei limiti nello spazio interno o esterno (es. gli Stati UE hanno volontariamente delegato porzioni di sovranità all'UE, ma niente vieta ai suddetti Stati di fare marcia indietro in qualsiasi momento, in quanto sono stati loro stessi a porsi tale limite, no eternità), attraverso la delega (atto giuridico con il quale si affida l'esercizio del proprio potere ad altri Stati o Organi Sovranazionali). Ogni forma di auto-limitazione della sovranità è per sua natura contingente e revocabile poiché a chi esercita la sovranità, intesa come autorità suprema, non può essere tolta la prerogativa di rimuovere i limiti posti nell'esercizio del proprio potere.
- **Il diritto internazionale ha necessariamente una natura volontaria e consensuale**: le sue fonti sono i trattati e la consuetudine. Stato, entità suprema, può essere limitato e obbligato soltanto quando è lui stesso a imporsi tale limite o obbligo altrimenti verrebbe meno la natura di Stato e lo stesso vale per tribunali o arbitri internazionali, alla giurisdizione dei quali sono gli Stati a decidere di sottoporsi → le uniche fonti del diritto internazionale sono:
 - **Trattato**: è lo strumento tramite il quale lo Stato si obbliga a fare qualcosa con altri Stati dal punto di vista esterno (dal punto di vista interno è il contratto); attraverso i trattati gli Stati si impegnano a rispettare reciprocamente il patto sottoscritto sotto l'egida del principio *Pacta sunt servanda*. Il concetto di legge implica il concetto di subordinazione tra chi emana le leggi e chi ne è destinatario → nel diritto internazionale la subordinazione è impossibile;

dunque, non ci sono leggi né legislatori ma rapporti paritari che producono Trattati, di cui gli Stati sono autori e destinatari al contempo.

- **Consuetudine:** è una forma di accordo volontario consensuale implicito (volontariamente ci si comporta tutti in un certo modo con la convinzione che sia la cosa che opportuna da fare) e deriva da una prassi consolidata e anch'essa ha un aspetto volontario per quanto implicito.
- **Principio di effettività:** nel diritto internazionale tendenzialmente le situazioni di fatto che si protraggono nel tempo diventano situazioni di diritto (es. Crimea invasa dalla Russia ora è considerata effettivamente russa perché nessuno ha fatto niente)
- **Il diritto internazionale non può essere applicato agli individui all'intero dello Stato:** la giurisdizione internazionale è volontaria, valendo per essa il principio supremazia di singoli Stati; i Tribunali Internazionali sono istituiti mediante fonti internazionali, i Trattati, e con questi gli Stati si accordano per risolvere e decidere riguardo alle eventuali controversie tra loro stessi in quanto Stati → ciò comporta due implicazioni:
 - 1) solo gli Stati che hanno aderito al trattato sono sottoposti ai tribunali internazionali, mentre gli Stati che non hanno aderito non sono sottoposti a questi
 - 2) un Trattato internazionale vincola gli Stati ma non i loro singoli cittadini, è efficace e produce effetti giuridici dentro lo Stato solo se convertito in legge. I cittadini come tali non si rivolgono direttamente ai Tribunali internazionali: il giudice applica il diritto internazionale solo se il parlamento ha emanato una legge con cui le norme internazionali sono diventate parte del diritto interno dello Stato.

Se non ci sono né legislatore né organismi legislativi/esecutivi, **il diritto internazionale è davvero diritto?**

Hart

Il diritto è un insieme di norme primarie (norme di condotta) e norme secondarie (norme strumentali di attribuzione di poteri) nel diritto internazionale ci sono norme primarie (trattati e consuetudini), mentre non ci sono norme secondarie, non ci sono norme di riconoscimento condivise → il diritto internazionale non è un diritto in senso proprio ma è uno stato di sviluppo del diritto, un **diritto in senso primitivo (solo norme primarie)**. Il diritto internazionale può essere descritto come un **sistema di regole sociali generalmente considerate vincolanti**: c'è una prassi consolidata, ci sono standard negli accordi internazionali; dunque, rispettarli è conveniente per gli Stati, i quali sentono una grande pressione alla conformità e si sentono vincolati a questi standard o consuetudini internazionali. Anche se il diritto internazionale non è diritto in senso proprio, è assai utile perché genera aspettative di comportamento negli Stati, esercitando una grande pressione alla conformità e ridimensiona la portata normativa illimitata della sovranità statale (il diritto internazionale definisce la sfera di autonomia concessa agli Stati).

Kelsen

La norma fondamentale attribuisce con struttura piramidale ad altri organi il potere di emanare altre norme secondo il meccanismo di delegazione. Per Kelsen l'ordinamento internazionale può contenere tutti gli ordinamenti dei singoli Stati, costruendo una struttura generale e più ampia di quella dei singoli Stati nella piramide di delegazione (è il diritto internazionale a determinare l'ambito di validità del diritto statale, le norme degli Stati, che non sono indipendenti né assoluti ma parziali e derivati, se in contraddizione con quelle internazionali sono nulle) → l'umanità è orientata verso un ordine e ha la possibilità di creare un **diritto internazionale, gerarchicamente superiore e sovraordinato a quelli dei singoli Stati, che**

contiene tutti i diritti statali e che ha le potenzialità per realizzare un'universale comunità giuridica, strumento di pace per tutto il mondo, attraverso un unico tribunale che gestirà ogni conflitto; tuttavia il diritto internazionale è ancora un **ordinamento primitivo, perché non si è ancora realizzato**, il suo sviluppo si trova a uno stadio embrionale

- Il diritto internazionale, non diversamente da quello statale, è un ordinamento giuridico coattivo composto da norme che imputano a una certa condotta una certa conseguenza giuridica (sanzione)
- Tesi dell'unità di diritto statale e diritto internazionale: la dottrina pura del diritto deve concepire l'ordinamento come uno; di conseguenza il diritto statale è subordinato al diritto internazionale.
- Il diritto internazionale contiene tutti i diritti statali
- Il pieno sviluppo del diritto internazionale è l'unica strada che conduce a realizzare la pace tra gli uomini.

CASO MORTENSEN vs PETERS (1906)

Nei Paesi di Common Law per indicare i casi giurisprudenziali si indicano le parti (il primo nome è quello dell'attore che fa ricorso e il secondo nome è quello dell'ufficiale che aveva inflitto la sanzione); nei Paesi di Civil Law viene indicata l'autorità giudicante, il giorno in cui viene emanata la decisione e il numero della decisione su base annua (rilievo all'autorità che decide piuttosto che all'attore).

Caso riguardante la **pesca a strascico** (remunerativa per chi pesca, dannosa per il fondale perché lo ara, dunque frequentemente vietata per salvaguardia ambiente). Nella **baia di Moray Firth** il peschereccio norvegese Niobe del danese Mortensen praticava a 5 miglia dalla costa (ma comunque all'interno della baia) la pesca a strascico nonostante fosse vietata in quella zona. Infatti, l'autorità amministrativa per la pesca aveva emanato un regolamento che vietava la pesca a strascico dentro una linea immaginaria che racchiude la baia (prevedeva una sanzione pecuniaria di 100£ ma se non pagata subito si passa a una sanzione penale di incarcerazione di 60 giorni + sequestro del materiale da pesca). La traccia della linea immaginaria viene dal Common Law in cui è inclusa la dottrina *Intra Fauces Terrae* che prevede che la porzione di mare compresa tra due lembi di costa sia parte delle acque nazionali dello Stato costiero corrispondente. Tuttavia il diritto internazionale, per il quale la pesca è libera, prevedeva che le acque territoriali (porzione di mare che si estende lungo la costa di uno Stato costiero per una distanza stabilita dal diritto, considerata a tutti gli effetti territorio dello Stato, il quale esercita su di essa la sua esclusiva giurisdizione) si estendessero soltanto fino a 3 miglia marine dalla costa nazionale (principio di effettività implicava che uno Stato potesse far valere la propria sovranità per 3 miglia perché era lo spazio di tiro delle armi di cui la tecnologia disponeva - Commenti di Bell) → **Antinomia = conflitto tra due norme che prescrivono condotte incompatibili tra loro**: secondo il **diritto dello Stato** (indipendente e sovrano) è stata commessa una violazione, ma secondo il **diritto internazionale** (basato su consuetudini in questo caso) non è stato violato alcun diritto. Mortensen decide di fare ricorso contro la sanzione, che ritiene illegittima, tramite la Corte Distrettuale respinge il ricorso di Mortensen, che dunque fa appello all'Alta Corte del Regno Unito.

Il Niobe era nave norvegese (per il diritto internazionale la nave straniera in acque internazionali è territorio dello Stato di appartenenza) di capitano danese, che per il diritto internazionale ha la giurisdizione sulla nave se si trova in acque internazionali → **si trovava**

dunque fuori dalla giurisdizione scozzese, quindi la questione è: **può il diritto di uno Stato essere fatto valere contro soggetti stranieri che operano in acque internazionali?**

Carl Schmitt - *Terra e mare* (1942) + Lord Dunedin: «*Se l'appellante (Mr Mortensen) fosse stato un suddito britannico al comando di una nave britannica, egli sarebbe di certo stato condannato*».

«*E' fin troppo ovvio che non ci si può appellare a una norma di diritto internazionale di fronte a questa corte, se tale norma non è parte del diritto del regno. Il diritto internazionale, per ciò che concerne questa corte, è l'insieme delle dottrine relative ai diritti e ai doveri internazionali degli Stati le cui norme sono state adottate dal diritto scozzese. Ora, si può affermare con certezza che secondo il diritto scozzese il locus delitti (nel quale si trovava il Niobe) è sottoposto alla giurisdizione della Scozia e che il diritto dello stato scozzese è stato violato. Sono quindi del parere che la sanzione sia legittima e che il ricorso debba essere respinto*».

Il ricorso viene rigettato:

- Il **diritto statale si applica anche agli stranieri che si trovano sul territorio** dello Stato, poiché su tale territorio lo Stato ha **giurisdizione suprema ed esclusiva**.
- Il **diritto internazionale è applicabile all'interno del territorio dello Stato soltanto se è stato precedentemente convertito in legge interna** e dunque incorporato nell'ordinamento statale. I giudici dello Stato possono applicare una norma internazionale solo se è stata recepita nell'ordinamento interno e convertita in una norma del diritto interno: solo così una norma internazionale diventa idonea a produrre effetti giuridici anche nell'ordinamento interno e può essere rivendicata davanti a un giudice.
- Poiché la consuetudine internazionale che fissava il limite delle acque territoriali a 3 miglia dalla costa non era stata recepita dalla legge scozzese, essa non era diritto applicabile dalla corte

Principio di supremazia del diritto statale sul diritto internazionale: nel modello Westfalia nel conflitto tra diritto interno e diritto internazionale prevale sempre il diritto interno se la norma internazionale non è stata recepita nell'ordinamento interno, perché tale norma non è applicabile dai giudici → bisogna chiedersi chi è il giudice e qual è la sua giurisdizione. Gli obblighi internazionali esistono e sono vincolanti, ma manca un soggetto che faccia valere questi obblighi contro le violazioni

CASO MILLER vs SECRETARY OF STATE FOR EXITING THE EUROPEAN UNION (2017)

26/06/2016 Referendum sull'**uscita del Regno Unito dall'UE**. Dopo il risultato positivo del referendum, il Primo Ministro Cameron dichiara che verrà subito attivata la procedura di exit mediante un decreto del governo (*prerogative power*: la Corona attribuisce al governo delle prerogative esclusive, ad esempio per quanto riguarda le relazioni internazionali, cioè gli consente di agire senza Parlamento), poi si dimette in quanto promotore del *remain* e dà mandato, mediante atto del governo, al successore Teresa May di procedere nella direzione di attivare subito la procedura di *exit*; è questa la prima proposta del governo May, che costituzionalmente ha il potere di stipulare o recedere da trattati internazionali. Gina Miller (membro illustre dell'House of Commons) sollevò un'istanza presso la Corte Suprema del Regno Unito, asserendo che l'avvio del processo di *exit* richiedeva un voto del **Parlamento**, **unica autorità sovrana in quanto rappresentante del popolo**, dal momento che la decisione di uscita dall'UE incideva profondamente nelle vite dei cittadini e modificava

l'ordinamento interno → tale ricorso è giustificato? Chi esercita l'autorità suprema all'interno dello Stato secondo il diritto costituzionale?

Trattato di Lisbona sull'Unione Europea - art. 50 (2007)

1. **Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione.** Fino al 2007 l'UE era vista come un progetto ideale di unificazione perpetua e senza fine. Per uscire dall'UE serve una notifica, un atto formale da inviare conformemente al diritto costituzionale dello Stato che vuole uscire, ma il Regno Unito non ha una Costituzione scritta, il diritto si basa su casi concreti e precedenti, dunque questo è un caso nuovo.

2. *Lo Stato membro che decide di recedere **notifica** tale intenzione al Consiglio europeo. Alla luce degli orientamenti formulati dal Consiglio europeo, l'Unione negozia e conclude con tale Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione*

3. **I trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui al paragrafo 2, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine.**

European Community Act - art. 20 (1972)

Tutti i diritti, i poteri, le responsabilità, gli obblighi e le restrizioni di volta in volta creati o derivanti dai Trattati [delle Comunità Europee], e tutti i rimedi e le procedure di volta in volta previste dai Trattati o in base ad essi, che in conformità con i Trattati medesimi devono, senza ulteriore emanazione, avere effetto giuridico o essere utilizzati nel Regno Unito, saranno riconosciuti e disponibili in diritto, e saranno applicati, consentiti e seguiti di conseguenza.

Una norma del diritto internazionale diventa idonea a produrre effetti giuridici solo quando viene recepita da una norma interna, solo così può essere rivendicata davanti a un giudice. European Community Act è una legge emanata dal Parlamento e prevede che **tutte le norme di diritto europeo vengano recepite all'interno dell'ordinamento del Regno Unito; dunque, il diritto europeo diventa idoneo a produrre effetti giuridici grazie a questa norma.**

La Corte Suprema decide che è richiesto un atto del parlamento per autorizzare i ministri a comunicare la decisione del Regno Unito di lasciare l'UE.

- L'uscita dall'UE comporta infatti una modifica del diritto interno, e in particolare dell'European Community Act del 1972, che deve essere abrogato: **l'unico soggetto che ha il potere di abrogare o modificare una legge è colui che ha il potere anche emanarla, il Parlamento**; la Corte Suprema ha solo il potere di annullare le leggi se contrarie ai suoi principi
- Qualora l'azione di un organo esecutivo abbia un impatto rilevante sul diritto interno e modifichi i diritti fondamentali dei cittadini, **le prerogative del governo non possono sostituirsi alla sovranità del Parlamento, inteso come autorità suprema entro lo Stato**
- Gli obblighi assunti dallo Stato, in sede internazionale e sovranazionale, che hanno un rilevato costituzionale, possono essere modificati o estinti soltanto su iniziativa del Parlamento, cui spetta **l'ultima parola con riguardo sia ai contenuti del diritto interno sia a quelli del diritto esterno**

Questa decisione viene attaccata come un attentato alla volontà popolare che si era espressa tramite referendum. Le autorità giuridiche invece dicono che la Corte ha affermato un principio fondamentale del diritto inglese, il **principio della supremazia del Parlamento**. Il Parlamento poi vota Brexit.

Lord Neuberger, presidente Corte Suprema:

1. *L'European Community Act del 1972 aveva attribuito efficacia al diritto dell'UE entro i confini del Regno Unito.*
2. *Tuttavia, la fonte ultima del diritto dell'UE sono le istituzioni europee e non il parlamento inglese.*
3. *L'European Community Act del 1972 aveva semplicemente "riconosciuto" il diritto dell'UE come una **fonte indipendente e sovraordinata del diritto interno**.*
4. ***Il diritto dell'UE è una fonte completamente nuova del diritto interno sovraordinata alle altre fonti.***

Un'idea di questo tipo non è compatibile con i principi e concetti di supremazia, sovranità e indipendenza: quanto detto da Neuberger è **incompatibile con il modello Westfalia**, ne evidenzia la rottura. L'Unione Europea è uno degli elementi chiave di trasformazione del modello Westfalia, ma bisogna individuare da dove questa trasformazione sia partita.

CARATTERISTICHE DEL MONISMO STATALE

Il diritto dello Stato si identifica con uno specifico ordinamento giuridico e con le sue istituzioni

- **Il diritto dello Stato esercita l'autorità suprema su uno specifico territorio**
- Il diritto dello Stato è stabile, organizzato gerarchicamente e centralizzato
- Il diritto dello Stato è caratterizzato da una chiara **divisione del lavoro** tra poteri pubblici: legislazione, amministrazione e soluzione delle controversie
- Il diritto dello Stato favorisce la nascita di una identità collettiva nazionale
- Il diritto dello Stato è **indipendente** dal diritto degli altri Stati

All'inizio del secolo scorso questo modello entra in **crisi**. Cassese:

Cassese - Una prospettiva storica (2017)

Invenzione della nuova disciplina del diritto amministrativo globale (per dare conto delle trasformazioni) e Ricostruzione del processo di declino del diritto dello Stato, il quale perde la sua indipendenza, si disgrega il modello di Stato come entità chiusa che interagisce con altre entità chiuse su base volontaria.

Prima crisi del diritto statale (1920-1934): L'autorità dello Stato viene revocata in dubbio dall'interno (**crisi del rapporto tra sistema politico e società civile**) → **politiche autoritarie, conflitti mondiali e conseguente nascita degli Stati costituzionali e del modello dello Stato sociale**.

I meccanismi di governo e le leggi dello Stato liberali ottocentesco, metro garante delle libertà individuali, si rivelano inefficaci di fronte alle crescenti tensioni sociali, la lotta politica e i Parlamenti non funzionano. La situazione sfocia in guerre mondiali e totalitarismi, avversari degli Stati liberali di diritto, incapaci di gestire la società nella quale tutto era in mano ai capitalisti, mentre le fasce deboli non erano tutelate ed erano lasciate da sole.

Seconda crisi del diritto statale (1970-1989): **lo Stato è incapace di assolvere i suoi doveri e crisi dello Stato Sociale** → **perdita del controllo della società, liberalizzazione dei mercati e privatizzazione dei pubblici servizi**.

Per proteggere e tutelare i diritti fondamentali dopo i totalitarismi e le guerre, che non devono più accadere, il modello di Stato subisce una revisione radicale e vengono promulgate le Costituzioni: forma autolimitazione dello Stato, compressione della propria autorità. Nasce Stato sociale di diritto, che si preoccupa delle libertà individuali e tutela i diritti sociali (es. scuola pubblica, sistema sanitario nazionale): lo Stato Sociale interviene nell'economia e nella società per soddisfare interessi e bisogni (es. pensione). Questo porta a una seconda grande crisi, perché la classe politica è incapace di governare lo Stato in modo virtuoso ed è incapace di assolvere ai suoi doveri economici. Cassese osserva che le funzioni pubbliche che prima svolgeva lo Stato, ora vengono privatizzate (Margaret Thatcher) —> lo Stato perde ulteriormente autorità perché ci sono dei soggetti privati che svolgono le funzioni dello Stato, esso perde il controllo della società.

Terza crisi del diritto statale (2000-): gli Stati perdono il loro controllo esclusivo sui processi di produzione normative, sull'amministrazione, sulla soluzione delle controversie, sulla moneta, ecc.

Un po' alla volta gli Stati perdono via via le loro prerogative sovrane fondamentali, (l'indipendenza e la supremazia) fino a perdere la prerogativa sovrana fondamentale di produrre le norme: lo Stato non è più l'unica autorità che produce norme ma entra in competizione con altre autorità → Globalizzazione

Held, McGrew - ***La Globalizzazione è un processo di «ampliamento»*** (dal locale al globale), ***intensificazione*** (da rarità a frequenza) **e accelerazione** (da lentezza a rapidità) ***dell'interconnessione tra tutti gli aspetti della vita sociale»***

Il diritto come lo vediamo noi oggi non si rispecchia più nel modello monista in cui c'è un solo diritto, un solo ordinamento e un solo territorio, ma si è verificata una transizione verso un modello diverso. Il diritto al plurale come lo vediamo noi oggi è frutto della globalizzazione, un processo che ha modificato la realtà attorno a noi e le relazioni tra gli individui all'interno della società —> la forma che le relazioni hanno assunto non riesce più ad essere regolata secondo il modello precedente, le relazioni tra gli individui cambiano perché hanno una portata più ampia, sono più frequenti e più veloci: cambiano la realtà e le relazioni e inevitabilmente cambia anche il diritto.

- **Spazio/Tempo: cambia la percezione e l'esperienza individuale di queste dimensioni** esistenziali. Lo spazio si dilata perché le relazioni che si intraprendono con gli altri possono assumere una portata molto più ampia, mentre il tempo si contrae perché è possibile intraprendere queste relazioni con tempi di esecuzione molto più brevi
- **Territorio/Scala: le relazioni umane si "deteritorializzano" e si sviluppano su diversi livelli** (locale (Milano), nazionale (Italia), regionale (UE), globale. Le relazioni tra gli individui non sono necessariamente ancorate a un certo territorio, possono essere staccate dal territorio in cui sono nate ed essere trasferite ovunque nel globo, possono prescindere da qualsiasi territorio. Nel mondo monista, in cui le relazioni tra individui sono più legate a un territorio specifico e le relazioni tra Stati sono più ridotte, i cittadini si rivolgono ai tribunali statali per far valere i propri diritti (a rivolgersi ai tribunali internazionali sono gli Stati, unici attori del diritto internazionale), ma il diritto di uno Stato, che tutela i propri cittadini, non può essere fatto valere in un altro Stato, dunque il diritto del modello monista non funziona più → la portata si deve ampliare fino ad avere un diritto transnazionale e globale
- **Sistema/Strutture: le relazioni sociali si strutturano in reti (network) caratterizzate da gerarchie mobili**. Nello spazio globale le relazioni non sono più rigidamente gerarchiche ma più acquistano una struttura a rete, fatta di nodi (momenti

di interazione tra gli individui) e corde (relazioni che legano i soggetti) e sviluppata su un piano orizzontale → di conseguenza anche il diritto assume una struttura a rete, ogni norma si connette a norme di tipo diverso senza una gerarchia definita e chiara, ma c'è una competizione tra ordinamenti ≠ monismo dove per definizione è chiara la gerarchia

- **Processo/Azione: la globalizzazione non è un evento storico, un fatto empirico o un modo di pensare, ma un processo in continua evoluzione: estensione, accelerazione e interconnessione delle relazioni sociali.** La globalizzazione non è un modo di pensare, ma un processo che si sviluppa continuamente e porta un cambiamento del mondo intorno a noi, delle relazioni sociali e di ciò che si considera giusto e sbagliato → di conseguenza anche il diritto deve cambiare

Punti di osservazione della globalizzazione: 1) economica (principalmente) 2) culturale 3) politica 4) giuridica.

Quesiti ricorrenti nel dibattito odierno: La globalizzazione è finita? La globalizzazione è (stata) un processo positivo o negativo? Gli Stati sono destinati a scomparire? Quali trasformazioni sta subendo il diritto nell'età della globalizzazione? Sicuro è che la globalizzazione abbia contribuito alla **crisi del monismo giuridico statale**, perché ne ha revocato in dubbio un presupposto fondamentale: si è spezzato il legame inscindibile tra politica, diritto e territorio → le relazioni umane regolate dal diritto acquistano una dimensione nuova, deterritorializzata, scalare e reticolare; dunque, **il diritto è costretto a cambiare per svolgere le conseguenti nuove funzioni che gli sono affidate.**

1) I fenomeni sociali regolati dal diritto acquistano una tendenzialmente scala globale non riducibile soltanto al diritto dello Stato (transazioni commerciali, migrazioni, crimine, ambiente, privacy, ecc.) → c'è bisogno di norme giuridiche per tutelare gli interessi in gioco a prescindere dai confini statali: per raggiungere questo obiettivo gli Stati devono rinunciare a parte delle loro prerogative peculiari e dei loro poteri sovrani e **cederle a nuove istituzioni** che non hanno la struttura giuridica degli Stati ma **che esercitano queste prerogative a livello sovranazionale, transnazionale o globale**

2) Tendenziale declino dello Stato in quanto autorità indipendente e suprema in ambito internazionale → cominciano a indebolirsi i principi di supremazia e indipendenza, perché a livello internazionale siamo tutti **interdipendenti**. In caso di conflitto tra norme di uno Stato o di un altro si apre una **competizione su quale ordinamento seguire**, nelle questioni sovranazionali non si sa chiaramente chi ha l'ultima parola perché non c'è una gerarchia rigida

3) Denazionalizzazione delle istituzioni statali → le funzioni che lo Stato era solito garantire non vengono più svolte soltanto dallo Stato, ma il **diritto esterno entra nei confini dello Stato e regola il diritto statale**

4) Forme di regolazione su più livelli indipendenti ma interconnessi tra di loro (locale, statale, sovra-nazionale, transnazionale, globale) → situazioni che richiedono strategie di regolazione capaci di superare la logica binaria del diritto statale moderno (interno-esterno). Le caratteristiche di questi strumenti dipenderanno dalla natura dei rapporti giuridici da disciplinare, ovverosia dal loro **carattere** (la natura variegata e mutevole delle relazioni umane nello spazio globale esige, in altri termini, una differenziazione dei meccanismi di intervento e di tutela giuridica, strumenti normativi che consentono forme e intensità di intervento diverse da parte di chi esercita l'autorità) e dalla loro **portata** (la loro idoneità a produrre effetti giuridici

ha una scala diversa a seconda delle situazioni considerate, nell'epoca della globalizzazione il diritto acquista un aspetto scalare)

Diritto internazionale: norme che regolano le relazioni tra gli Stati. Le fonti del diritto internazionale sono i trattati, le consuetudini internazionali e principi generali del diritto riconosciuti dagli Stati. Tendenza a trasformarsi in un diritto globale.

Esempi: Nazioni Unite, ICJ, WTO, ecc.

Nascono regimi giuridici o ulteriori rispetto al diritto statale e al diritto internazionale, specchio fedele del diritto statale e ciò richiede la progressiva **rinuncia alla supremazia e all'indipendenza dell'ordinamento giuridico dello Stato**. Per quanto riguarda la supremazia, solo se lo Stato rinuncia ad avere l'ultima parola riguardo a cosa il diritto prevede, norme appartenenti a ordini giuridici non-statali, di tipo locale, regionale o trans-nazionale, possono acquistare immediata efficacia, ovverosia essere applicate o rivendicate di fronte a un giudice, sul territorio di uno Stato. Ma se l'ordinamento dello Stato rinuncia alla sua supremazia in ambiti o materie la cui portata si irradia oltre i confini statali, allora lo Stato perde la sua indipendenza: l'esercizio dell'autorità dello Stato è cioè condizionato da altre autorità concorrenti.

Diritto sovranazionale: ordinamenti giuridici di portata regionale che sorgono per effetto della devoluzione su iniziativa degli Stati a istituzioni non-statali di alcuni dei poteri sovrani degli Stati, per perseguire e proteggere interessi comuni. Le decisioni di queste istituzioni diventano così vincolanti per gli Stati e per i loro cittadini.

Esempi: Diritto dell'UE, CEDU, Corte Inter-americana per i Diritti umani

Diritto transnazionale: ordini giuridici di norme, principi e pratiche (Hart) che regolano attività economiche o fenomeni sociali (es. commercio internazionale, terrorismo, corruzione, processi migratori, traffico di droga) che prescindono dai confini statali e sono al di là dell'ambito regionale, coinvolgendo entità private come società multinazionali, Organizzazioni non governative (ONG) associazioni professionali, individui; gli attori del commercio internazionale suppliscono al deficit normativo che si riscontra in questo campo, dal momento che né gli Stati né il diritto internazionale possono lo regolano, dunque non entra in conflitto con questi ma li completa soltanto: gli stessi destinatari sono anche autori di norme di portata trans-frontaliera per regolare le loro relazioni reciproche e proteggere i loro stessi interessi nello spazio globale.

Esempi: Lex mercatoria (insieme di regole, criteri, standard, norme che regolano le transazioni economiche tra i grandi attori economici a livello globale), ISO (organizzazione internazionale per la standardizzazione), Amnesty International, ecc.

Nel contesto globale non troviamo ordinamenti sistematici ma troviamo **ordini o regimi**, cioè ordinamenti a cui manca qualcosa (es. Trattato di Roma di diritto internazionale firmato da Stati, unici attori del diritto internazionale, da cui nasce la Corte Europea dei diritti dell'uomo → ordine internazionale, organizzazione giuridica che contiene norme primarie e secondarie ma manca un legislatore e un organo esecutivo ma c'è una Corte, dunque non è pienamente un ordinamento giuridico, complesso e sistematico)

Nello spazio globale possono sorgere ordini giuridici nuovi, la cui efficacia ha una portata locale, regionale o trans-nazionale, soltanto se lo Stato devolve porzioni della propria sovranità a dei nuovi organismi istituzionali, che esercitano i loro poteri su una scala diversa da quella nazionale, oppure se lo Stato consente a soggetti che operano sul suo territorio e in quello di altri Stati, di adottare forme di auto-regolazione che esulano dalla sue prerogative e dal suo esclusivo controllo. In questo modo il diritto diventa plurale. Per 'pluralismo giuridico' intenderemo infatti, in una prima e generica accezione, "**situazione in cui più ordini o regimi**

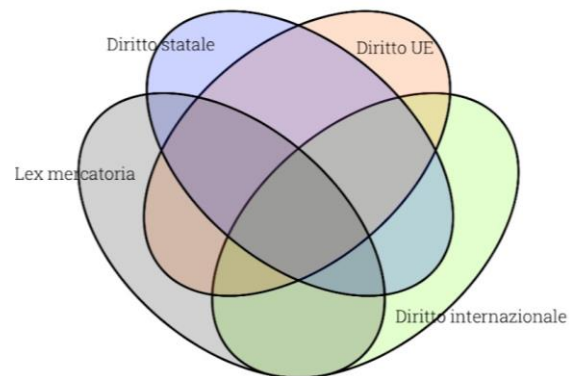
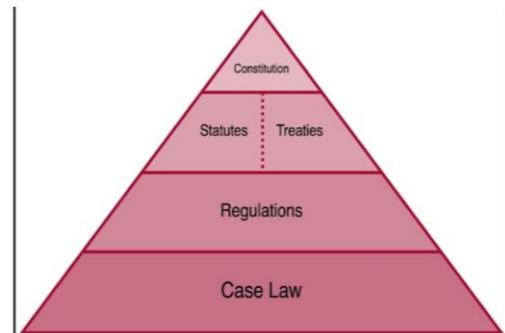
giuridici operano all'interno di un medesima unità politico-territoriale" senza che essi possano essere ricondotti ad unità con riguardo alla loro origine, alla loro funzione, ai criteri di validità e di efficacia delle norme che li compongono e alle prerogative delle istituzioni che essi generano.

Esempio

La disciplina giuridica dei rapporti commerciali

Fonti

- Diritto internazionale
- Diritto sovra-nazionale
- Diritto trans-nazionale
- Regolamentazione regionale non-statale
- Consuetudini, convenzioni
- Soft-law



Schema piramidale Westfalia (diritto interno)

I trattati di diritto internazionale non sono una fonte del diritto statale, non possono essere applicati da un giudice statale se non sono stati convertiti mediante una legge dello Stato e resi parte dell'ordinamento interno. Se una legge internazionale è in contrasto con il diritto interno, questa viene dichiarata nulla dalla Corte costituzionale, mentre il soggetto autorizzato a dichiarare la nullità di un regolamento di diritto interno è il giudice ordinario.

Schema Venn Attuale (diritto internazionale)

Qual è il diritto che può essere rilevante per regolare il rapporto giuridico riguardante un contratto tra un italiano e un indonesiano? La scala di questo rapporto supera i confini statali → entra comunque in gioco il diritto italiano (diritto statale), ma quel contratto è anche oggetto di disciplina dell'UE alla quale l'Italia ha ceduto parte dei suoi poteri (diritto internazionale), tuttavia l'Italia ha accordi commerciali con l'Indonesia (diritto sovranazionale), ma trattandosi di un accordo economico si deve considerare anche il diritto transnazionale → **competizione tra diritti che stanno sullo stesso piano e si sovrappongono senza una gerarchia definitiva**, concorrono: **pluralità di ordinamenti** che disciplinano la stessa fattispecie, dunque la determinazione della fonte che prevale è frutto di trattativa, non è prestabilita ma va determinata ogni volta

Cambio di paradigma e morte del monismo giuridico → **pluralismo giuridico** = Santos: *"la situazione in cui **più ordini o regimi giuridici operano all'interno di una medesima unità politico-territoriale**".* La pluralità degli ordini giuridici si accompagna **all'assenza di una autorità ultima** che l'ultima parola riguardo a ciò che il diritto prevede, ci sono tante autorità in competizione, che negoziano tra loro.

Cotterrell: *«Il dono della globalizzazione al diritto, per il momento, consiste in un alto grado di caos e nell'indeterminatezza dell'autorità normativa in molti ambiti di interesse*

transnazionale. Il diritto transnazionale è un cantiere aperto nel quale non c'è una norma fondamentale o una norma di riconoscimento, un sistema di regole alla Hart o gerarchie normative alla Kelsen, né questo diritto si lascia catturare da alcun modello esplicativo unitario».

Che fine fa il diritto dello Stato nel pluralismo giuridico? Il diritto statale è in via d'estinzione?

1) iper-globalisti («one world system»): Kelsen dice che la globalizzazione è processo irrefrenabile che porterà logicamente e inevitabilmente alla costituzione di un ordinamento giuridico mondiale (utopia), dunque gli Stati sono destinati a scomparire

2) scettici: ritengono che la globalizzazione sia un fenomeno economico destinato a sparire, non ritengono una buona idea la formazione di uno Stato mondiale per via dei problemi derivanti dall'eliminazione delle differenze e dal dibattito su chi lo governerebbe

3) teorici della trasformazione: Cassese: *“Non c'è declino, non c'è regresso, non c'è crisi dello Stato. C'è solo un processo di riconfigurazione, adattamento e strutturazione che è fisiologico nella vita dello Stato. Poiché devono condividere compiti e poteri, gli Stati diventano parte di reti globali e sostituiscono le gerarchie con collegamenti orizzontali, il comando e il controllo con la negoziazione”*. Ciò a cui stiamo assistendo è un ulteriore cambiamento nella forma dello Stato, come i precedenti cambiamenti che lo Stato ha vissuto nel tempo: oggi gli Stati condividono poteri e compiti con altri ordinamenti, diventando parte di una struttura globale a rete in cui è assente una gerarchia, sostituita da un sistema orizzontale dove i vari regimi giacciono sullo stesso piano e competono tra loro per determinare quale norma sia da utilizzare.

COSTA vs ENEL (1964) - Diritto sovranazionale

Walker: *«Il diritto dell'Unione Europea costituisce un testo paradigmatico e ineludibile per il cosiddetto monismo costituzionale. Secondo questa prospettiva gli unici centri o unità dotati di autorità costituzionale sono gli Stati. Il **pluralismo costituzionale**, al contrario, riconosce che l'ordine europeo inaugurato dal Trattato di Roma si è sviluppato al di là dei confini tradizionali del diritto internazionale, e ora avanza **le proprie rivendicazioni costituzionali in modo indipendente, accanto a quelle degli Stati**. Il rapporto tra gli ordini giuridici è ora **orizzontale anziché verticale, eterarchico anziché gerarchico**»*

- Il diritto UE si fonda su dei trattati internazionali ma è composto da norme che sono immediatamente vincolanti all'interno degli Stati membri. In un'ottica monista il diritto dell'UE non è diritto né statale né internazionale, è una cosa nuova, un ordine orizzontale ed eterarchico, emblema del pluralismo giuridico. È creato dagli Stati attraverso trattati con contenuti che portano gli Stati a delegare parte dei loro poteri. Le norme europee sono immediatamente efficaci e vincolanti all'interno dei singoli ordinamenti degli Stati che fanno parte dell'Unione

- Il diritto UE ha istituito una Corte di Giustizia Europea che assicura la sua omogenea applicazione negli Stati membri: deve essere applicato allo stesso modo da tutti i giudici nazionali e deve valere allo stesso modo dentro tutti gli Stati

Nascita Unione Europea: l'assetto attuale è il risultato di un processo che ha visto come protagonisti i giudici, che hanno costituito il diritto dell'UE attraverso varie decisioni. 1957 Trattato di Roma nasce la Comunità Economica Europea (CEE) → ampliamento di poteri e di

Stati membri → 1992 Trattato di Maastricht nasce la Comunità Europea (CE) → 2007 Trattato di Lisbona nasce l'Unione Europea (UE).

Alla sua nascita, la CEE veniva considerata come un ordine internazionale normale, gli Stati non pensavano di aver rinunciato ai loro poteri. Negli anni '60 le norme comunitarie venivano poste sullo stesso piano della legge ordinaria; dunque, erano considerate equivalenti agli atti legislativi del Parlamento. **Oggi il diritto europeo prevale su qualsiasi tipo di norma nazionale.**

CASO TARICCO: e il diritto europeo entra in conflitto con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e i diritti inalienabili della persona, il diritto costituzionale interno prevale. All'inizio l'UE veniva intesa come diritto internazionale e fino al caso Costa l'unione funzionava secondo questi principi:

- **principio di separazione e dualismo:** la rigida separazione e l'indipendenza tra diritto interno e diritto europeo comporta il fatto che certe materie sono di competenza esclusiva del diritto europeo e altre di competenza esclusiva dello Stato, senza intromissioni reciproche, dunque le norme del diritto europeo non entrano a far parte della gerarchia delle fonti del diritto interno
- **principio di autolimitazione della sovranità:** in base all'art. 11 Costituzione, l'Italia può ammettere limitazioni alla propria sovranità, in un regime di reciprocità con altri Stati, qualora ciò sia necessario per partecipare alle organizzazioni internazionali volte a promuovere la pace e la giustizia tra le nazioni; tuttavia lo Stato ha un limite in relazione ai poteri che può affidare all'UE, non può alienare integralmente la sovranità altrimenti muterebbe la sua stessa natura costituzionale, cessando di essere no Stato, ovvero può cedere solo quei poteri che servono per garantire la pace e la sicurezza

Costa, azionista di una società elettrica privata Edisonvolta, contestò la decisione del 1962 dello Stato italiano di **nazionalizzare la produzione di energia elettrica** mediante l'istituzione dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (energia elettrica intesa come industria strategica, dunque viene nazionalizzata per abbassare i costi e favorire la produzione industriale, cosa impossibile nel mercato privato). Costa non consentì ai dipendenti dell'ENEL di controllare il contatore domestico e non pagò la prima bolletta ricevuta (*strategic litigation* per promuovere e portare all'attenzione il suo caso: egli, infatti, sosteneva che l'ENEL fosse stata istituita illegittimamente e contrariamente al Trattato di Roma, che tutelava la libera concorrenza —> lo Stato, nazionalizzando l'industria dell'energia elettrica, azzerava la libera concorrenza e viola lo Trattato di Roma, trattato costitutivo della CEE). A ciò seguirono due azioni legali presso il giudice competente.

Costa sostenne che la legge che nazionalizzava la produzione di energia elettrica violava l'art. 11 della Costituzione italiana e le norme del Trattato di Roma della CEE che tutelavano la libertà di concorrenza; dunque, si rivolge al giudice di pace evidenziando questa illegittimità.

→ Decisione della Corte costituzionale: la Corte costituzionale italiana respinse l'istanza inizialmente proposta presentata da Costa, sostenendo che **il diritto interno prevale sul diritto comunitario in base al principio della *lex posterior***: in base al modello Westfalia il diritto internazionale non è mai di per sé idoneo a produrre effetti giuridici entro il territorio di uno Stato, in virtù della supremazia e indipendenza di quest'ultimo, ma può produrre effetti giuridici soltanto se vi è stata una legge di conversione che renda le norme internazionali una norma interna, cosa che non si era verificata in questo caso.

Diritto italiano vs Diritto europeo: il diritto europeo è un ordine internazionale che nasce attraverso trattato e può entrare dentro l'ordinamento giuridico italiano grazie all'art. 11 della Costituzione per il fine superiore di pace e sicurezza. Il diritto europeo comincia a disciplinare materie di cui prima si occupava l'ordinamento italiano, ma non si mescola in nessuno modo. Costa denuncia un'invasione di campo, una **violazione dell'area di competenza = antinomia**: legge italiana di nazionalizzazione va contro la legge europea che impedisce di nazionalizzare settori economici strategici → Corte costituzionale è l'organo che ha il potere di decidere a quale norma bisogna dare la priorità (fino a quel momento se un trattato non veniva convertito in norme applicabili all'interno dell'ordinamento interno, questo non aveva efficacia).

Criterio della *lex superior*: se le norme sono poste verticalmente su piani gerarchici diversi, la legge sovraordinata prevale sulla legge subordinata

Criterio della *lex posterior*: se le norme sono poste orizzontalmente sullo stesso piano gerarchico (come nel caso Costa, legge ordinaria e trattato internazionale, considerato di pari efficacia alla legge ordinaria, venivano posti sullo stesso piano gerarchico ancora secondo il modello Vestfalia), la legge cronologicamente successiva prevale sulla legge precedente.

→ la Corte costituzionale segue il criterio della *lex posterior* decreta che a vincere sia la legge italiana di nazionalizzazione del 1962, cronologicamente successiva, nonostante il trattato costitutivo della CEE del 1957, cronologicamente precedente, decretasse l'opposto.

Costa si rivolge a un secondo giudice che, con rinvio pregiudiziale, a sua volta si rivolge alla Corte di Giustizia Europea: viene sottolineato che se si seguisse quanto decretato dalla Corte costituzionale, allora ogni Stato membro potrebbe in un secondo momento venire meno ai trattati firmati.

Principio di Supremazia del diritto europeo: La Corte di Giustizia Europea emana una sentenza che porta la CEE a diventare un **ordine sovranazionale**: il Trattato CEE ha istituito un **proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri**; istituendo una comunità senza limiti di durata gli Stati membri hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto **vincolante per loro stessi e per i loro cittadini**, che genera obblighi indipendentemente da quanto previsto dal diritto interno, ha efficacia diretta anche se non c'è un legge di conversione.

Principio di effetto diretto: essendo un diritto integrato, questo si rivolge anche ai destinatari ultimi del diritto, che sono i cittadini dei singoli stati, protetti dall'UE dagli Stati stessi qualora questi dovessero violare le norme europee; in tal senso **ciascun cittadino dell'Unione può invocare direttamente l'applicazione di una norma del diritto europeo** di fronte a un giudice nazionale o a un giudice europeo.

Gli Stati non possono far prevalere un loro provvedimento su una norma comunitaria: le Corti degli Stati membri devono applicare il diritto europeo anche se questo è in conflitto col diritto interno, sulla base del Trattato che hanno firmato e che appare integrato all'ordinamento interno e in una posizione di supremazia. Quando una legge italiana è in conflitto con la legge dell'unione europea, non è l'UE a decidere di abrogare una legge di diritto interno, in quanto l'unico organo con tale potere è la Corte Costituzionale, dunque la suddetta norma non viene annullata o abrogata, ma viene soltanto **disapplicata dal singolo caso** (es. Costa vs ENEL) e si ridiscuterà circa la sua applicabilità qualora dovesse entrare di nuovo in conflitto con un'altra norma europea = **continua negoziazione** → diritto sovranazionale con struttura *sui generis* mai vista prima: ordinamenti che sono integrati tra loro pur restando distinti, con integrazione orizzontale cooperativa e non verticale gerarchica.

Caso Costa diventa un precedente fondamentale: fa capire che non siamo più in un sistema gerarchico proprio del modello Westfalia, ma in un sistema orizzontale sullo stesso piano

gerarchico cioè **meccanismo flessibile senza un'autorità ultima** ma che necessita ogni volta di negoziazione su quale norma debba prevalere.

Il meccanismo mosso dal Caso Costa ha portato a un progressivo riconoscimento da parte della Corte costituzionale del fatto che le norme europee prevalgono su qualsiasi tipo di norma nazionale e possano persino derogare a disposizioni costituzionali (sebbene non siano dotate dello stesso valore) a patto che non violino i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e i diritti inalienabili della persona.

Il modello Westfalia era caratterizzato dalla chiarezza: il diritto internazionale ha carattere volontario (lo Stato decide se essere soggetto al diritto internazionale mediante Trattati), è ammessa divaricazione tra la politica internazionale degli Stati e la loro politica e organizzazione costituzionale interna (completa separazione del diritto internazionale e del diritto interno) e, in ultimo, il diritto internazionale non riguarda i singoli cittadini e delegittima tutti gli attori non statali che contestano i confini territoriali. Tuttavia, questo modello è cambiato nel tempo.

Dallo Stato liberale di diritto si passa allo Stato costituzionale: controllo interno dell'esercizio della sovranità. Si verifica successivamente anche una **spinta per la costituzionalizzazione dell'ordine internazionale (David Held) a tutela dei diritti fondamentali degli individui**: vanno posti dei vincoli al dispotismo degli Stati, al loro potere di muoversi in modo indiscriminato nel diritto internazionale, vincolando le loro politiche di potenza → **tentativo di istituire norme di diritto internazionale con validità *erga omnes* a protezione dei diritti degli individui, che valgano per tutti gli Stati anche se questi non hanno sottoscritto nessun trattato**. La costituzionalizzazione dell'ordine internazionale è favorita dai processi di globalizzazione, che indeboliscono la supremazia e l'indipendenza degli Stati.

BOSNIA vs SERBIA - Diritto internazionale

Reminder Modello Westfalia e corollari dei relativi principio di supremazia e indipendenza degli Stati:

1. **Carattere volontario del diritto internazionale**: non esiste obbligo di diritto internazionale che prescinda dall'effettiva adesione di uno Stato agli accordi o alle pratiche previste da tale obbligo
2. **Divaricazione netta tra le politiche esterne ed interne**: un trattato internazionale risulta valido ed efficace a prescindere da ciò che accade entro i confini degli Stati che lo hanno firmato, dunque non rileva il fatto che un trattato sia stato firmato primo ministro colpevole di atti riprovevoli verso i cittadini; allo stesso modo uno Stato democratico-costituzionale che entro i confini del proprio territorio difende strenuamente il principio democratico e le libertà fondamentali può sostenere altri regimi anti-democratici per tutelare i propri interessi nazionali.
3. **Indipendenza degli Stati**: lo Stato conserva il controllo esclusivo sulla propria popolazione e non sono ammesse interferenze esterne; gli individui non possono appellarsi al diritto internazionale né le norme di diritto internazionale si applicano direttamente agli individui

Questi tre corollari hanno condotto a tollerare le politiche di potenza degli Stati, intoccabili dal punto di vista giuridico anche in caso di gravi violazioni dei diritti fondamentali, almeno fino alla Seconda Guerra Mondiale. Per scongiurare il ripetersi di simili drammi, la comunità internazionale ha assunto una prospettiva diversa e ha istituito progressivamente dei vincoli di tipo costituzionale nell'esercizio del potere degli Stati.

A seguito della dichiarazione di **indipendenza** della Bosnia Erzegovina (maggioranza della popolazione musulmana) dalla Repubblica federale di Jugoslavia, nel 1992 scoppia una guerra tra le tre componenti etniche (soprattutto la componente serba contro la componente musulmana al governo) del Paese = **guerra civile di annientamento** (Schmitt) tra cittadini di etnie diverse che fino a quel momento avevano convissuto. Nel 1993 la Bosnia accusa la Serbia di genocidio e viene istituito per iniziativa dell'ONU il Tribunale penale della ex-Jugoslavia. La **Corte Internazionale di Giustizia** (ONU) emana un ordine, un atto formale per intimare alla Serbia di fermare qualsiasi atto di genocidio da parte delle forze sotto il suo controllo, ma comunque nel 1995 si verifica il massacro di Srebrenica (terreno neutrale controllato dalle forze dell'ONU, dove le forze serbe entrano comunque uccidendo 8000 uomini), quindi nel 1996 **la Bosnia accusa la Serbia di genocidio davanti alla Corte Internazionale di Giustizia**. Per arrivare alla decisione finale si impiega fino al 2007, vista la delicatezza e la difficoltà di produzione di prove

Caratteristiche tipiche delle norme

Validità: appartenenza ad un ordinamento giuridico

Efficacia: idoneità a produrre effetti giuridici, rivendicabilità davanti a un giudice che è obbligato ad applicare (! ci sono norme che sono valide ma non sono efficaci es. norma che prevede che nel 2035 non possano più essere prodotte automobili non elettriche, non sarà valida fino al 2035)

Effettività: applicazione e utilizzo di una norma da parte dei suoi destinatari

Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio (1948)

Art 2: *Per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale:*

a) uccisione di membri del gruppo b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo c) l'imposizione di condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale (starvation) d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro.

Art. 3: *Saranno puniti i seguenti atti: il genocidio, l'intesa mirante a commettere il genocidio, l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio, il tentativo di genocidio, la complicità nel genocidio*

Art. 5: *Le parti contraenti si impegnano ad emanare, in conformità alle loro rispettive Costituzioni, le leggi necessarie per dare attuazione alle disposizioni della presente Convenzione, e in particolare a prevedere sanzioni penali efficaci per le persone colpevoli di genocidio*

L'accusa di genocidio alla Serbia era ammissibile in base alla Convenzione? La Serbia era responsabile dei fatti ad essa imputati? In caso di responsabilità, quale sanzione doveva essere inflitta? Ci sono diverse questioni tramite le quali la Serbia potrebbe essere sollevata dalla accuse:

1. Il regno della Jugoslavia nasce dopo la fine della Prima Guerra Mondiale, poi al termine della Seconda nasce la Repubblica Federale della Jugoslavia, che raggruppa sotto di sé tutti i Balcani. La Repubblica sopravvive fino alla guerra civile che nel 1996 la sembra, lasciandola composta soltanto da Serbia e Montenegro, che si dichiara indipendente nel 2006. Dal momento che la Convenzione era stata firmata dalla Jugoslavia nel 1948, sorge il dubbio che la Serbia fosse sottoposta ad essa, essendo nata successivamente.

2. Il principio secondo il quale la responsabilità penale può essere soltanto personale: il diritto penale rientra nel diritto pubblico, in quanto lo Stato suo tramite protegge interessi giuridici della collettività, il caso della Serbia invece è un caso civile che mira ad ottenere un risarcimento di danni inflitti a persone.
3. La Convenzione impegna gli Stati a combattere il genocidio emanando leggi che lo impediscano (che nel modello Westfalia sono riferibili soltanto al territorio su cui la Serbia esercita la sua sovranità), mentre in questo caso sarebbe proprio uno Stato ad aver condotto un genocidio ed oltretutto non nel suo territorio; dunque, dove non esercita la sua sovranità

Il convenuto Serbia risponde all'attore Bosnia:

- La Serbia non ha firmato il Trattato sul genocidio, quindi, non è ad esso soggetta
- Il Trattato impegna gli Stati firmatari soltanto a emanare leggi tese a prevenire e punire gli atti genocidari sul proprio territorio
- I fatti sono avvenuti all'esterno del territorio della Serbia

Secondo il modello Westfalia la Serbia non può essere condannata, ma avviene un'innovazione che dimostra che il modello non funziona più. La Corte richiama un precedente per fare chiarezza sulla questione serbo-bosniaca.

Barcelona Traction (1970): *Occorre tracciare una distinzione fondamentale tra **gli obblighi di uno Stato nei confronti di una comunità internazionale nel suo complesso** (la generalità di tutti gli Stati) e **quelli che sorgono nei confronti di un altro Stato (in base a un Trattato o ad una consuetudine)**. Per loro stessa natura, i primi riguardano **tutti gli Stati** (indistintamente, anche gli Stati che non hanno firmato alcun trattato né hanno partecipato ad una consuetudine giuridica). **Data l'importanza dei diritti in questione si può ritenere che tutti gli Stati abbiano un interesse giuridico alla loro tutela: si tratta di obblighi erga omnes.** Nel diritto internazionale contemporaneo, tali obblighi derivano, ad esempio, dalla messa la bando del genocidio.*

Il divieto di genocidio è dichiarato dalla Corte di Giustizia (ONU) come un obbligo *erga omnes*, dunque protegge interessi collettivi che sono tali per l'intera comunità internazionale e vale per tutti gli Stati, a prescindere dal fatto che l'abbiano sottoscritta o meno:

- La **Convenzione può essere applicata tanto agli Stati quando agli individui**: per imputare accusa di genocidio alla Serbia bisogna dimostrare che sono stati compiuti atti di genocidio dall'esercito dello Stato su ordine di chi esercitava un potere sovrano dello Stato
- I crimini commessi in Bosnia integrano la fattispecie di genocidio
- Non vi sono prove sufficienti per imputare tali crimini allo Stato della Serbia: nel processo non viene condannata la Serbia in quanto Stato dal momento che l'attività probatoria nei casi di genocidio è molto difficile
- Lo Stato serbo ha violato la Convenzione perché non ha intrapreso misure per prevenire e sanzionare gli atti di genocidio in Bosnia (la Corte nel '93 aveva intimato alla Serbia di non fermare ogni atto genocidario condotto dalle forze del suo potere).

Non vengono previste sanzioni dalla Corte ma basta l'onta derivante dalla piena pubblicità del fatto che la Serbia, pur non avendo perpetrato il genocidio; tuttavia, non ha fatto niente per impedire che questo accadesse.

→ Grande passo avanti del diritto internazionale che è in grado di **intervenire per punire atti contrari contro il diritto internazionale senza che uno Stato "canaglia" lo potesse impedire**. Tuttavia, qualcuno sottolinea la pericolosità del fatto che alcune norme (violazione dei diritti umani es. genocidio, tortura ecc.) del diritto internazionale valide *erga omnes*: potrebbe essere inteso come una giustificazione alle guerre umanitarie come strumento di

potenza, visto la previsione del dovere giuridico di impedire ad esempio il genocidio con tutti i mezzi. Però, non esiste un esercito o una polizia mondiale, sono gli Stati a far valere il diritto internazionale o al più i funzionari delle Nazioni Unite: anche nel pluralismo giuridico mondiale alla fine sono gli Stati ad avere l'ultima parola.

Il paradigma del monismo statale Westfalia non basta più, **serve un nuovo paradigma:**

Weiler (1997): Non c'è una realtà giuridica che si offre di per sé all'osservatore. Ogni teoria del diritto globale è un prisma mediante il quale si osserva il panorama di una certa prospettiva, un artefatto accademico col quale si fissano i punti cardinali e le pietre di confine a partire dai quali organizzare la realtà (e si stabilisce cos'è un punto cardinale e un confine), un costrutto intellettuale mediante il quale attribuire significato, o addirittura costituire, ciò che si osserva. Non c'è un paradigma chiaro e stabilito come la migliore spiegazione della complessa realtà che ci circonda, come invece c'era per il modello Westfalia; dunque, i teorie del diritto globale si trovano a dover spiegare fenomeni giuridici mai visti prima e per farlo è necessario formulare concetti nuovi → numerosi tentativi di elaborare nuovi paradigmi coerenti e sistematici

Twining: Le concezioni attuali della filosofia del diritto sono focalizzate in modo eccessivo sul diritto statale considerato da una prospettiva occidentale. Abbiamo bisogno di un apparato di concetti collegati tra loro che possano essere usati per studiare i fenomeni giuridici da una prospettiva globale.

Per dire cos'è il diritto serve una **nuova definizione del termine diritto**, una nuova teoria della natura o essenza del diritto, una serie di nuovi concetti, coerenti tra loro, capaci di condurci a comprendere la realtà giuridica (carattere interdisciplinare, complessità e pluralità di posizioni teoriche). Tutto questo nasce perché il modello del monismo giuridico non funziona più, perché **serve una nuova filosofia del diritto. Si arriva a chiedersi se il monismo non fosse mai esistito e il diritto fosse sempre stato plurale.**

Griffiths - What is legal pluralism?: «Secondo l'ideologia del centralismo giuridico, il diritto è e deve essere il diritto dello Stato, uniforme per tutte le persone, esclusivo di ogni altro diritto e amministrato da un unico insieme di istituzioni statali. Nella concezione del centralismo giuridico, il diritto è un ordinamento gerarchico esclusivo, sistematico e unificato di proposizioni normative. **L'ideologia del centralismo giuridico non solo ha frustrato lo sviluppo della teoria generale, ma è stata anche il principale ostacolo all'osservazione accurata della realtà giuridica. I giuristi, ma anche gli scienziati sociali, hanno sofferto di un'incapacità cronica di vedere che la realtà giuridica dello Stato moderno non corrisponde affatto all'ideale ordinato, coerente e organizzato che fa capo alle nozioni di "legge" e di "sistema giuridico". La realtà giuridica è piuttosto un collage non sistematico di parti incoerenti e sovrapposte, che non si presta facilmente ad essere ricondotto a unità».**

L'ipotesi è che il diritto sia plurale per sua natura e che il monismo statale sia un'ideologia (Marx: immagine rovesciata della realtà) tesa programmaticamente a rimuovere o ad occultare il pluralismo che caratterizza la realtà giuridica: il monismo è ideologia perché rappresenta la società come composta da individui irrelati tra di loro, che trovano sicurezza e benessere soltanto grazie ai poteri sovrani dello Stato, il quale ordina e dirige la società per mezzo delle norme giuridiche positive, ma non è così che stanno le cose, anzi al contrario il pluralismo è un tratto originario della società come pure del diritto, il quale si sviluppa all'interno dei diversi gruppi sociali anche in assenza dello Stato → queste tesi assumono varie declinazioni nella filosofia del diritto

PLURALISMO DENTRO LO STATO

Il diritto è plurale per sua natura ma non lo è soltanto al di fuori dello Stato nel panorama globale, lo è anche dentro lo Stato in una pluralità di situazioni generative di diritto.

Corrente della filosofia del diritto riscoperta in anni recenti, sono stati recuperati degli autori dai teorici del diritto globale, che hanno trovato nel pensiero dei precedenti autori una prefigurazione della situazione contemporanea.

Otto von Gierke (1841-1921)

Critica il modello dello Stato liberale di diritto imperante all'epoca, che garantisce la libertà degli individui riducendo al minimo l'intervento dello Stato nella società civile: Gierke sostiene che questo concetto sia ideologia, dunque immagine rovesciata della realtà. Parte sostenendo che la dottrina hobbesiana del contratto sociale serva solo per legittimare l'esercizio del potere senza necessità di ulteriori giustificazioni: **l'ideologia è che lo Stato sia la *persona artificialis* di Hobbes dalla quale proviene il diritto dall'alto verso il basso, dunque qualsiasi comunità umana all'interno della società diventa una creazione dello Stato, mentre la realtà è che il diritto nasca dal basso e prosegua verso l'alto fino a generare lo Stato e le sue istituzioni.**

Quando nasciamo, fin da subito entriamo a far parte di un gruppo sociale o **consociazione**, la famiglia (oíkos), che guida le nostre azioni mediante i ruoli che i membri svolgono al suo interno → si creano legami, regole e aspettative di comportamento che hanno fin da subito un carattere giuridico: il diritto nasce dalla società, appena si nasce ci si trova a dover intrattenere con altri individui delle relazioni (l'uomo è un animale sociale e non può non vivere in società), che progressivamente si sviluppano e si allargano, facendoci entrare a far parte di una comunità intermedie con regole che guidano le nostre condotte e ci fanno comportare in un certo modo: il diritto nasce dal basso ed è ciò che consente lo sviluppo delle società; anche lo Stato genera diritto ma il suo generare non è né originario né unico, anzi **il diritto dello Stato è reso possibile dai gruppi in cui si organizza la società** = immagine pluralistica perché il diritto nasce nei gruppi sociali e il compito dello Stato è ordinare e rendere organica la loro cooperazione → **Stato come organismo vivente**: no *Herrschaft* di Hobbes = esercizio unidirezionale del potere dall'alto verso il basso, relazione verticale tra chi comanda, che indispensabile per garantire libertà ed uguaglianza, e chi è comandato ma **Genossenschaft = appartenenza, unione e cooperazione degli individui all'interno dei gruppi sociale in cui vivono**; questo non esclude che esistano funzioni e ruoli di governo o di guida, ma questi sono vincolati ad altri per l'organizzazione della collettività, lo Stato non è esercizio verticale del potere ma in senso orizzontale è **l'unione e armonizzazione di forme sociali che già esistono e che cooperano tra loro**. Gierke non nega il diritto dello Stato ma dice che il modo di spiegare il diritto è sbagliato, il diritto non nasce dall'alto ma nasce dal basso, dalla società formata da gruppi sociali funzionali tra loro e l'appartenenza alla comunità assume carattere etico-spirituale, traducendosi in una visione organica del mondo (Giustiniano - Digesto: *ubi societas, ibi ius*)

Positivismo giuridico: autorità dello Stato come fonte e limite del diritto ≠ **Storicismo giuridico**: il diritto è un prodotto dell'evoluzione storica della società, lo Stato **armonizza al suo interno e dà unità ai caratteri giuridici delle consociazioni che si formano nella società**.

Eugen Ehrlich (1862-1922)

I fondamenti della sociologia del diritto: riprende sistematicamente l'idea di Gierke dello Stato organico dove le parti cooperano per costruire il diritto e dove chi esercita la sovranità è

solo un punto decisionale ultimo del coordinamento dei gruppi della società (Hegel). Poggiandosi su quest'idea di origine del diritto a cominciare dai gruppi sociali in cui gli individui vivono e dalla cooperazione di questi, egli sostiene che serve **costruire una nuova scienza del diritto, con un metodo nuovo**.

Critica la concezione classica del diritto e in particolare il Formalismo giuridico, vertendo su una concezione sostanziale del diritto: "Il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione bensì nella società stessa". Critica la filosofia del diritto di **Kelsen: sfera dell'essere** è studiata dalle scienze naturali ed empiriche che, tramite il **principio di causalità**, ricostruiscono i collegamenti causali degli eventi che si pongono alla

nostra attenzione, costruendo una teoria della realtà e formulando leggi scientifiche che permettono di prevedere come funzioni la realtà stessa \neq **sfera del dover essere** che richiede il metodo giuridico, il quale si avvale del **principio di imputazione** che permette di attribuire a un fatto empirico un significato o qualificazione giuridica \rightarrow per Ehrlich esiste solo la realtà empirica che si offre alla nostra osservazione e il diritto è un fenomeno sociale: nasce all'interno di gruppi nei quali si articola l'agire degli individui, va studiato come un insieme di fatti; il mondo del dover essere è una costruzione metafisica, il solo modo per spiegare come il diritto si crea è quello di usare le scienze sociali del diritto. Da Ehrlich nasce la **sociologia del diritto**: diritto come fenomeno sociale che richiede di essere indagato empiricamente, **per conoscere il diritto, che è un aspetto della realtà, si deve osservare cosa succede nella società attraverso il principio di causalità**

La teoria generale dello Stato commette l'errore di concepire la totalità del diritto come un sistema di norme positive, che coincide con lo Stato medesimo, mentre il diritto non trova origine nei testi di legge, piuttosto ha **origine nelle prassi sociali che hanno luogo all'interno delle molteplici comunità e organizzazioni umane**, le quali generano aspettative di comportamento che si trasformano in convenzioni e regole sociali. Per Ehrlich si tratta di un **Diritto vivente** (*lebendes Recht*): nasce dalla prassi sociale mediante **atti di riconoscimento da parte dei funzionari e dei consociati**, stimolato coscienza giuridica del popolo = **diritto di produzione giudiziale**, risultato delle convenzioni che vengono stabilite dalla comunità dei giudici in sede di interpretazione e applicazione delle norme positive questa è un'espressione usata per contrastare il diritto scritto delle norme, morto e soltanto formale, di Kelsen: lo Stato è un'entità vivente che opera grazie alle consociazioni che lo fanno agire e funzionare, lo Stato riesce a fare quello che fa perché prima c'è la società che lo asseconda, i consociati operano giuridicamente all'interno di organizzazioni, che determinano i diritti e i doveri degli individui. Inoltre, lo Stato non ha il monopolio della forza (esempio delle organizzazioni criminali).

- **Metodo di studio del diritto:** *imputazione* di Kelsen VS *causalità* di Ehrlich
- **Natura del diritto:** *coercizione* di Kelsen VS *riconoscimento* di Ehrlich
- **Rapporto tra diritto e Stato:** *identità* Stato e diritto di Kelsen VS *diritto vivente* precede lo Stato di Ehrlich
- **Concezione della scienza giuridica:** *teoria pura* del diritto di Kelsen VS *scienza sociale* di Ehrlich (è un aspetto della vita sociale e va studiato insieme altri insieme della vita sociale con cui è in relazione)

A questo modo di pensare il pluralismo, si contrappone lo **Strong legal Pluralism** di Griffiths: non solo vi sono più ordini giuridici che disciplinano le condotte umane ma ad essere plurale è la natura stessa del diritto, cioè il diritto non è un fenomeno unitario che si manifesta, tuttavia,

secondo modalità diverse, generando possibili sovrapposizioni e intersezioni tra ordinamenti giuridici distinti, il diritto è un fenomeno intrinsecamente plurale.

PLURALISMO CONTRO LO STATO

Il diritto non è soltanto diritto dello Stato, c'è un diritto che originariamente nasce nella società e in molte occasioni entra in contrasto con la pretesa dello Stato di governare in maniera esclusiva le condotte dei consociati, generando conflitti. Fenomeno visibile durante il **Colonialismo**, che ha comportato la rimozione di ciò che c'era nei territori colonizzati prima che le potenze occidentali li occupassero → giuridificazione dei territori colonizzati con estensione delle istituzioni degli Stati colonizzatori nei territori occupati: questi non erano ancora Stati ma lo sono diventati a seguito dell'occupazione e dell'acquisizione dell'ordinamento degli Stati colonizzatori oppure avevano già un loro diritto che è stato sostituito?

Brian Tamanaha

Serve un nuovo approccio filosofico-giuridico per comprendere il diritto contemporaneo, che è in trasformazione in una realtà intrinsecamente pluralista: per Tamanaha **il diritto è sempre stato pluralista e ciò lo si può capire dai fenomeni della colonizzazione**. Critica il monismo giuridico perché non da conto di quello che è successo a partire dal secondo dopoguerra e perché è sbagliato ritenere che sia stato l'unico diritto da Westfalia in poi: la narrativa secondo cui il diritto da dopo Westfalia è stato monista è sbagliata perché il diritto è sempre stato pluralista → Tamanaha vuole distruggere l'immagine consolidata del diritto veicolata dal monismo.

Pars Destruens:

- **Il diritto come specchio della società**: modo diffuso di interpretare il rapporto tra diritto e società è che il diritto costituisca una rappresentazione dei rapporti sociali in un certo tempo e luogo → **teoria speculare del diritto**: le norme giuridiche riflettono la realtà sociale, nel diritto sono riflesse le caratteristiche della società (es. Il falso in bilancio è stato depenalizzato nel diritto italiano perché non è oggetto di biasimo da parte della società, dunque va rimosso il reato perché il diritto in questo caso non rispecchia i principi e criteri valoriali della società). Holmes: "Questa astrazione chiamata Diritto, in cui, come in uno specchio magico, vediamo riflessa non solo la nostra vita, ma la vita di tutti gli uomini che sono stati!". Hart: "Il diritto di ogni Stato moderno mostra, in mille punti, l'influenza sia della morale sociale accettata dalla popolazione sia quella delle idee morali più ampie. I modi in cui il diritto rispecchia la morale sono una miriade, e non sono stati ancora sufficientemente studiati". Per Tamanaha questa rappresentazione è ideologia, cioè rovesciamento della realtà, perché essendo considerato riflesso della società **consente di giustificare e legittimare qualsiasi contenuto del diritto**, mentre invece spesso il diritto in certi luoghi è frutto di imposizione coloniale, che non rispecchia di certo gli usi precedenti delle popolazioni colonizzate.

- **Teoria dell'Ordine Sociale**: si assume comunemente che "*il diritto garantisca l'ordine stabilendo le regole che governano le relazioni sociali, facendole rispettare e resolvendo le controversie*". Il diritto positivo è essenziale per la sopravvivenza della comunità sociale: nelle società complesse, l'ordine sociale e il benessere umano non sono possibili se non c'è un'organizzazione istituzionale che ha l'autorità esclusiva di emettere, applicare e far rispettare le norme giuridiche. Questa struttura è essenziale affinché la società funzioni, non potrebbe funzionare senza il diritto dell'ordinamento giuridico statale e le norme secondarie → per Tamanaha anche questa è un'ideologia, una strategia per **legittimare forme di**

subordinazione e di potere, così come il colonialismo si è posto come una forma di civilizzazione (erronea definizione del diritto in termini funzionali)

• **Mito del Progresso:** *"il diritto positivo emerge dall'ordine consuetudinario che prevaleva nella società prepolitica come un meccanismo distinto di applicazione istituzionalizzata delle norme. Questa traiettoria di sviluppo si caratterizza come un movimento che va da una società caratterizzata dalla ripetizione inflessa e dall'adesione alla tradizione, a un ordine basato sulla volontà, sulle leggi e su un sistema sociale forgiato intenzionalmente, a nostra immagine e somiglianza, per raggiungere i nostri fini. Gli aspetti sociali di questa evoluzione comportano uno spostamento fondamentale dell'orientamento dalla comunità all'individuo. All'inizio di questa evoluzione, le persone sono innanzitutto e sempre parte della comunità di relazioni in cui sono nate, con uno status e un'identità legati a quella posizione. Al termine di queste evoluzioni le persone sono innanzitutto individui che creano il loro status e la loro identità attraverso la loro attività. La società passa così dal consistere in collezioni di persone determinate da gerarchie e legami fissi all'interno delle comunità, a un insieme di individui liberi e uguali che si autodeterminano e si relazionano con gli altri in modi selezionati".* Questo racconto evolutivo serve a **legittimare il diritto** sotto diversi punti di vista, quale la continuità tra costumi, tradizioni, relazioni sociali e diritto positivo, l'identità tra il contenuto del diritto positivo e la volontà degli individui che vivono in società, l'accettabilità dell'uso della forza da parte delle istituzioni giuridiche, la concezione individualistica della società e della politica — > per Tamanaha anche questa è **ideologia**, immagine sfalsata e rovesciata della realtà perché in molte situazioni non c'è continuità tra costumi e relazioni e diritto, **il diritto può generare discontinuità, non necessariamente c'è identità tra il diritto e la volontà degli individui (es. Regimi dispotici)**, **l'uso della forza non è sempre giustificato ma spesso è dubbio.**

Pars Costruens:

• **Concezione Minimalista:** il diritto non è riducibile a un insieme di caratteristiche comuni a qualsivoglia realtà o esperienza giuridica, ma *il diritto è qualsiasi cosa le persone identificano e trattano come diritto nelle loro pratiche sociali* —> questa concezione di diritto apre il campo alla possibilità di considerare il diritto in molti modi diversi perché è diritto ciò che consideriamo diritto in un certo contesto sociale e ciò non ci dice niente di come il diritto sia considerato in altri contesti = relativismo (se si adotta questa prospettiva si può escludere a priori che anche la mafia sia un'organizzazione giuridica: ci sono persone che aderiscono a questo gruppo criminale e ne seguono le regole come se fosse la cosa giusta da fare, non la convinzione di fare cose criminali).

- **Deflazionismo:** l'idea principale di un approccio deflazionistico è che tutto ciò che può essere detto in modo significativo sulla natura del diritto è esaurito da un resoconto del ruolo dell'espressione "diritto" nei nostri discorsi e che, a differenza di quanto assumono le visioni tradizionali, questo ruolo non è né metafisicamente sostanziale né esplicativo della realtà: la definizione del diritto proposta da Tamanaha non individua cioè le caratteristiche che un fenomeno deve necessariamente avere per essere chiamato 'diritto', né fornisce una spiegazione del perché un certo fenomeno, o una certa pratica sociale, venga considerata 'giuridica' da parte di chi la pratica
- **Convenzionalismo:** le proprietà associate al termine "diritto" non hanno una natura sostanziale e non possono essere generalizzate; il termine "diritto" può essere applicato a fenomeni diversi spesso privi di caratteristiche comuni, dunque è necessario rendersi conto che il termine "diritto" viene usato per esprimere concetti diversi non riducibili l'uno all'altro = vero modo di pensare il diritto al plurale, non come

coesistenza in un unico tempo e luogo di molteplici manifestazioni di un medesimo fenomeno.

CASO MABO vs QUEENSLAND (1992)

Le **isole Murray** si trovano nello stretto di Torres, tra l'Australia e la Nuova Guinea. I nativi che hanno abitato queste isole per generazioni prima del primo contatto con gli europei sono conosciuti come popolo Meriam. Fino al 1879 queste isole non facevano parte di nessuno Stato; nell'agosto del 1879, le **Isole Murray furono incorporate nello Stato del Queensland** con un atto di annessione approvato dal Parlamento federale australiano e dalla Corona britannica (la **colonizzazione** è un processo regolato dal diritto, in particolare dal *Common Law* inglese). In forza di quale diritto il Queensland rivendica il possesso delle isole?

Blackstone - Commentaries: fonte di cognizione, spiegava a quali condizioni un territorio potesse essere acquisito: un territorio può essere acquisto per conquista (atto militare regolato dal diritto), per cessione (stipula di un trattato che trasferisce il governo di un territorio da uno Stato ad un altro) o per occupazione (territorio non appartiene a nessuno) → Fondamento giuridico dell'occupazione: secondo il *Common Law* inglese, un **territorio è acquisito per occupazione quando l'insediamento avviene su una *terra nullius* = terra abbandonata e disabitata** (Cook). In base alla versione ampliata di questa dottrina, una terra è «abbandonata — **non viene sfruttata economicamente** — e disabitata — **nessuno ritiene che sia cosa sua**, nessuno la rivendica», dunque un territorio, **anche se abitato da popolazioni native** (considerate inferiori nell'organizzazione sociale), poteva essere considerato abbandonato e disabitato, se:

- 1) gli abitanti sono privi di diritto**, compreso il diritto di proprietà: specificazione del fatto che la terra è disabitata, non c'è nessuno che la rivendica in quanto nessuno rivendica un diritto, in particolare il concetto di proprietà (è una forma di godimento assoluta del bene e rimuove gli altri da qualsiasi pretesa di godimento su quel bene, comporta un'esclusione di altri soggetti dal bene), nessuno vi risiede stabilmente considerandola sua a tutti gli effetti
- 2) sono privi di un sovrano**: non è presente colui che parla a nome di tutti ed esercita la sovranità
- 3) hanno una organizzazione sociale primitiva**: specificazione del fatto che la terra è abbandonata, nessuno la coltiva dunque nessuno la sfrutta economicamente (Locke e Smith: è il lavoro sulla terra a generare un qualsiasi titolo giuridico di disposizione o godimento su di essa, il lavoro dell'uomo si trasmette alla terra)

Nel 1992 Mabo intraprende un'azione legale, la quale innesca un meccanismo che porta a dire che l'occupazione delle isole Murray da parte del Queensland all'epoca era illegittima: alcuni membri del Popolo Meriam da lui rappresentati intentarono un'azione legale contro lo Stato del Queensland e il Commonwealth australiano presso l'Alta Corte di Sydney, rivendicando i loro diritti sulle Isole Murray. I ricorrenti revocarono in dubbio i due presupposti della sovranità della Corona sui loro territori:

- 1) i nativi non avevano alcuna forma di diritto e di organizzazione sociale** prima dell'arrivo dei colonizzatori britannici
 - 2) mediante l'annessione, la Corona aveva acquisito piena proprietà** delle isole Murray e tutti gli eventuali diritti preesistenti erano estinti
- Mabo sostiene che era presente una **situazione pluralista**, dice che **esisteva già una forma di diritto non ufficiale ma tradizionale**, che però è stata negata e rimossa dallo Stato

Nel 1985, il parlamento del Queensland, per arginare gli effetti a catena che avrebbe potuto avere la rivendicazione del popolo Meriam, approvò il **Queensland Coast Islands Declaratory Act**, legge prevedeva l'estinzione con effetto retroattivo di tutti i diritti e gli interessi che il popolo Meriam avrebbe potuto rivendicare sulla base del suo diritto tradizionale

MABO vs QUEENSLAND 1: Mabo impugna l'atto parlamentare davanti all'Alta Corte australiana che dichiara invalido e illegittimo il Queensland Coast Islands Declaratory Act, in quanto incompatibile con l'**art. 5 della Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale** firmata dall'Australia nel 1969 (e convertita in legge tramite il *Racial Discrimination Act* nel 1975): **diritti fondamentali dell'Australia sono gerarchicamente superiori rispetto alla pretesa particolare del Queensland** e quella legge discriminava il popolo Meriam avanzando la pretesa di estinguere qualsiasi diritto dei nativi sulla loro terra.

Il popolo Meriam aveva un concetto o modo di intendere la proprietà diverso da quello del Common Law (diritto *erga omnes* di godimento e disposizione di un bene): il territorio dell'isola apparteneva a un titolare, membro di sesso maschile più anziano all'interno di un gruppo sociale, responsabile rispetto a quell'appezzamento di terreno → secondo il diritto Meriam avere la proprietà comporta avere dei doveri e responsabilità nei confronti dei membri del gruppo, cioè si deve fare in modo che quell'appezzamento di terreno venga usato così da garantire il sostentamento della propria famiglia, altrimenti veniva assegnato a qualcun'altro: in questa prospettiva la proprietà non ha un senso escludente ma un senso di uso.

MABO vs QUEENSLAND 2: l'Alta Corte riconosce l'esistenza di un diritto tradizionale e respinge l'idea che le isole fossero *terra nullius*. Nel 1992, l'Alta Corte australiana stabilì al cospetto del mondo intero che il popolo Meriam avesse diritto al possesso, all'uso, all'occupazione e al godimento della terra (maggior parte) delle Isole Murray.

Le prove presentate da Mabo evidenziarono che il popolo Meriam era dotato di diritto, conosceva il concetto di «proprietà», sebbene attribuisse a questo concetto un significato peculiare, ed era dotato di organizzazione sociale. Sulla base di questi elementi, l'Alta Corte australiana respinse la tesi secondo cui l'Australia e le isole Murray erano *terra nullius* al momento dell'insediamento europeo.

Il *Common Law* australiano riconosce ai nativi il **diritto di proprietà sui i loro territori d'origine** se:

- chi rivendicava il diritto effettivamente apparteneva a una comunità nativa aborigena delle isole
- chi rivendicava il diritto aveva mantenuto un legame con la terra nel corso del tempo
- il titolo di proprietà non era stato estinto da una legge o da un atto del governo non in conflitto con fonti sovraordinate

Pertanto, i diritti dei nativi potevano essere estinti mediante azioni governative o legislative e, con riguardo al periodo antecedente al 1975, l'Alta Corte non riconobbe alcuna forma di indennizzo, in quanto i nativi avevano perso qualsiasi diritto di sovranità sui loro territori per effetto dell'occupazione, seppur illegittima, della Corona

Caso importante che ha aperto una serie di rivendicazioni da parte dei nativi dei Paesi ex-coloniali: un giudice di ultima istanza aveva riconosciuto il diritto tradizionale dei nativi come titolo di rivendicazione → **rilevanza di un diritto plurale dentro lo Stato**, un diritto non ufficiale ma **tradizionale**: **l'Alta Corte, affermando che il concetto di proprietà non è univoco e unitario e per estensione non è lo nemmeno il concetto di diritto, ha dunque ammesso che il diritto è plurale.**

Pluralismo con vari ordinamenti che pretendono di disciplinare questo caso:

1. Diritto tradizionale rivendicato da Mabo

2. Queensland
3. Australia
4. Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (trattato che vincola solo gli Stati firmatari)
5. Commonwealth (legame sopravvissuto tra il Regno Unito e le vecchie colonie)

Queensland aveva occupato quel territorio sulla base della definizione di *terra nullius* del Common Law inglese; dunque, il Queensland è legittimato dall'ordinamento inglese. I nativi per rivendicare il loro diritto si rivolgono all'Alta Corte australiana sovraordinata rispetto al singolo Stato federato → l'*High Court* dichiara nullo il provvedimento del Queensland sulla base della Convenzione del diritto internazionale, che l'Australia ha firmato, perciò viene riconosciuto il diritto tradizionale.

Non c'è gerarchia tra gli ordinamenti, stanno tutti sullo stesso piano con **relazioni orizzontali**; si creano lo stesso delle gerarchie, che sono **gerarchie mobili**, vista la **natura negoziale** dello stabilire da parte dei giudici quale sia l'ordinamento che disciplina il singolo caso (cooperazione e dialogo tra le Corti): rispetto a un caso particolare va costruita comunque una gerarchia, che tuttavia non è fissa e non regola tutti gli altri casi, per i quali la gerarchia si modifica di volta in volta. Relativamente ai singoli casi, le Corti ricostruiscono le relazioni gerarchiche tra gli ordinamenti giuridici, coordinandoli tra loro per individuare la norma che disciplina il singolo caso (≠ ordinamento monista utopico di Kelsen).

Tamanaha: «*Il pluralismo giuridico implica l'idea che in molti ambiti sociali il diritto si manifesti in più modi diversi*». Il diritto stesso è intrinsecamente plurale, non riconducibile a un insieme di caratteristiche universali → rigetto dell'essenzialismo nello studio della natura del diritto
Griffiths - What is legal pluralism? «*Il pluralismo giuridico è un dato di fatto. Il monismo giuridico è un mito, un ideale, una pretesa, un'illusione. Una concezione descrittiva del pluralismo giuridico ha dunque innanzitutto un compito distruttivo: rompere la morsa costituita dall'idea che esista un ordinamento giuridico unico, unificato, esclusivo, gerarchicamente ordinato, che dipende dal potere dello Stato, e dall'illusione che la realtà giuridica sia fatta così come questa concezione pretende che sia*»

Queste tesi sono condivisibili? Il pluralismo stesso costituisce a sua volta una semplice ideologia priva di qualsiasi rilevanza filosofica? Esistono numerose critiche anche verso il pluralismo:

- **Ambiguità Concettuale:** questa posizione teorica rende indeterminato il concetto di diritto, scompare il confine tra diritto e non-diritto (morale, religione, costume). Vedi Tamanaha - «*Il diritto è qualsiasi cosa le persone identificano e trattano come diritto nelle loro pratiche sociali*». In Arabia Saudita il diritto è quello islamico, tuttavia la Francia dichiara che la religione non può in nessun modo prescrivere comportamenti obbligatori → non c'è un concetto di diritto universale (caratteristiche che il diritto ha ovunque e comunque) ma il concetto di diritto è sempre relativo a un determinato contesto: si corre il rischio di arrivare a una sovrainclusività e di veder venire meno l'importante capacità di poter prevedere del diritto
- **Sovrainclusività:** tutto può essere considerato diritto, anche ciò che non siamo soliti trattare come tale → un pluralista può ritenere diritto una pratica assurda che tutti gli altri non ritengono diritto

- **Conflittualità e Problemi di coordinazione:** la coesistenza di ordini e ordinamenti giuridici multipli crea conflitti, per i quali il pluralismo giuridico non offre una soluzione → critici del pluralismo dicono che l'UE sia un ordinamento giuridico che non funziona perché genera conflitto (es. Costa vs ENEL): la soluzione dei conflitti è data agli attori cioè le Corti Costituzionali degli Stati europei, quindi non è sempre facile arrivare a una pacificazione = fragilità dell'Unione Europea nella quale non si sa mai chi abbia l'ultima parola
- **Astrattezza:** il pluralismo afferma che gli ordinamenti giuridici hanno rapporti apparentemente orizzontali, ma in realtà alcuni ordini sono più forti di altri (il pluralismo è un'illusione, un'ideologia) → gli Stati sono per definizione più forti perché hanno gli strumenti per far valere il proprio diritto (rafforzamento del diritto dello Stato contro altre forme di regolamentazione giuridica), dunque anche il pluralismo è ideologico perché nasconde rapporti di forza sottostanti alle dinamiche apparentemente a-gerarchiche e orizzontalmente paritarie
- **Carenza di generalità:** il pluralismo giuridico viene presentato come un fenomeno di portata globale che coinvolge tutte i Paesi e popolazioni del mondo, ma sostenere ciò è una forzatura in quanto è un fenomeno che riguarda principalmente l'esperienza coloniale occidentale, risulta non presente in altre società ed esperienze storiche, o è da riversarsi a specifici contesti regionali → il pluralismo giuridico è ben visibile quando si presentano fenomeni che hanno a che fare con rivendicazioni coloniali locali ma questo ad esempio in Italia non è visibile, oppure la Comunità Europea è un fenomeno di diritto sovranazionale strettamente riferito all'Europa, locale e che potrebbe scomparire, ha carattere non generale ma regionale
- **Essenzialismo occulto:** affermare che il diritto è necessariamente plurale è una tesi metafisica non meno di quella difesa dal monismo → i sostenitori del pluralismo dicono che il diritto sia sempre plurale per sua natura = tesi metafisica: Tamanaha dice che la sua non è una tesi sulla natura, ma dice che il pluralismo è ciò che vediamo intorno a noi, non sappiamo se sarà essenzialmente così anche in futuro
- **Relativismo culturale e Violazione dei diritti umani:** il pluralismo giuridico, valorizzando le differenze, può giustificare pratiche conformi al diritto tradizionale che tuttavia confliggono coi diritti umani, o giustificare il trattamento diseguale degli individui → in relazione a pratiche assurde, un pluralista potrebbe dire che queste siano norme di un diritto tradizionale di un sottogruppo sociale, valorizzandole nonostante siano contrarie ai diritti umani: il pluralismo sembra giustificare pratiche assurde ritenendole giuridiche e legittime perché conformi a un diritto tradizionale (che non è quello dello Stato), anche se negano i diritti universali dell'uomo
- **Complessità e Inaccessibilità:** difficile gestione di ordini giuridici multipli e difficile per gli individui conoscere i loro diritti e doveri; c'è un elevato grado di incertezza che pregiudica la libertà degli individui, per i quali è problematico individuare con chiarezza i loro diritti e doveri
- **Elogio della differenza:** questa teoria pone enfasi sulle differenze tra gli individui a scapito della ricerca di valori comuni funzionali alla coesione tra essi; il diritto dovrebbe rendere possibile lo stare insieme e generare l'uguaglianza tra gli individui ma questo risulta difficile col pluralismo, che sottolinea la differenza tra etnie, contesti e ordinamenti, differenza che a sua volta genera facilmente conflitto
- **Riduzionismo:** l'intero spettro delle regole sociali viene considerato diritto, rendendo indistinte le forme di interazione tra gli individui

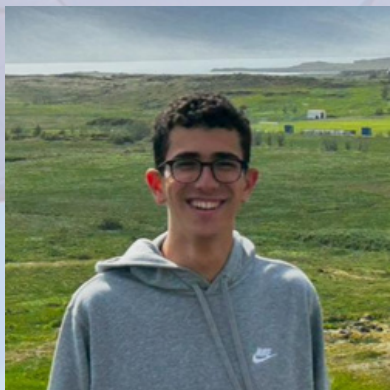
- **Erosione dell'autorità e Attacco alla democrazia:** il pluralismo delegittima l'esercizio dell'autorità centralizzata dello Stato e il principio democratico → il pluralismo dice che ci sono diritti di gruppi interni alla società e allo Stato che meritano di essere tutelati, protetti e fatti valere anche contro il diritto dello Stato: il concetto di democrazia è il governo della volontà di tutti, ma il pluralismo contesta l'idea che ci sia un'entità unica che corrisponda al "tutti" es. la Corte Costituzionale può essere pensata come antidemocratica in quanto può respingere norme comunitarie provenienti dall'UE, alla quale il "tutti" d'Italia ha aderito democraticamente; tuttavia è un giudice imparziale che protegge le regole del gioco democratico, la democrazia è resa possibile dalla Corte Costituzionale che ne fa da garante

Il pluralismo giuridico può essere inteso come una tesi:

- **descrittiva o esplicativa:** *il diritto è plurale, descrive la realtà e può essere valutata in base alla verità alla luce delle prove empiriche di cui disponiamo, al contenuto informativo della descrizione*
- **prescrittiva o normativa:** *il diritto deve essere plurale, dice come il diritto deve essere fatto sulla base di criteri e valori culturali, politici, si propone di orientare i comportamenti degli individui e soprattutto dei legislatori e dei giudici; dunque, le tesi del pluralismo vengono valutate in base alla loro bontà e giustizia (es. critica ai problemi di coordinazione, critica al relativismo culturale e disuguaglianze)*
- **concettuale:** *è possibile che, è necessario che, indagine attorno al ruolo che il concetto di diritto svolge nel pensiero: concetti di ambito filosofico sono caratteristiche che catturano la realtà che ci sta intorno e tramite i quali si possono formulare nuove ipotesi e nuovi modelli esplicativi della realtà; una tesi concettuale si presta dunque ad essere valutata sulla base della sua correttezza in relazione alla forza dei suoi argomenti e delle ragioni che giustificano (es. critica dell'ambiguità concettuale, obiezione di tipo filosofico alla teoria del pluralismo)*

Shahar e Yefet - Rethinking the rethinking of legal pluralism: *"Il pluralismo giuridico è descrittivo o normativo? E una teoria? Un paradigma? Un movimento? Un'ideologia? Se il pluralismo giuridico è una teoria, dovremmo aspettarci che ci fornisca proposizioni, ipotesi e spiegazioni concrete e verificabili del fenomeno sociale studiato. Se si tratta di un'ideologia o di un movimento, dovremmo aspettarci che i suoi sostenitori dichiarino apertamente quali sono i loro scopi. **Il pluralismo giuridico è una prospettiva di ricerca.** Come tale, il suo scopo è in primo luogo quello di attirare la nostra attenzione sulla possibilità che all'interno di uno stesso ordine, spazio sociale o luogo geografico, possano coesistere più ordini giuridici e, in secondo luogo fornire agli studiosi di diritto una serie di indicazioni di base su come affrontare lo studio di questa realtà"*

PER DUBBI O SUGGERIMENTI SULLA DISPENSA



NICOLÒ SIMONAZZI

nicolò.simonazzi@studbocconi.it

@nicolosimonazzi

+39 3917925789



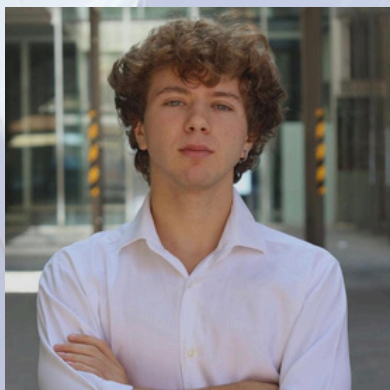
GIUSEPPE LIARDO

giuseppe.liardo@studbocconi.it

@giuseppeliardo_

+39 3427450039

PER INFO SULL'AREA DIDATTICA



MARCO FORMISANO

marco.formisano@studbocconi.it

@marco_formisano__

+39 3313433934



ELENA CACIOLI

elena.cacioli@studbocconi.it

@elenacacioli_

+39 3928931605



TEACHING DIVISION



NOSTRI PARTNERS

700+
CLUB



ETHAN
SUSTAINABILITY

DELIVERY VALLEY

NO GENDER KITCHEN

LA PIADINERIA

