



A.A. 2025/2026



DISPENSA

FILOSOFIA DEL DIRITTO

SCRITTA DA

DILETTA ANCONA



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 al fine del superamento dell'esame quanto il materiale consigliato dall'università.

Il contenuto potrebbe contenere errori e non è stato in alcun modo rivisto né approvato dai docenti. Si consiglia di utilizzarlo come supporto integrativo, da affiancare in ogni modo alle fonti e materiali ufficiali indicate nei programmi d'esame.





Prima parte di filosofia del diritto - professor Alberto Andronico

Hans Kelsen e i Lineamenti di dottrina pura del diritto, Carl Schmitt e Il Politico

Positivismo e giusnaturalismo

Il diritto è un fatto istituzionale, che implica alla base una credenza. Affinché questo esista, infatti, è necessario che ci sia qualcuno che ci creda. (Come disse il giurista Pietro Calamandrei nel discorso pronunciato nel 1955). Noi, dunque, facciamo in modo che il diritto esista, come noi per esempio diamo valore a un pezzo di carta: la nostra Costituzione.

Questa, dunque, vale come carta costituzionale fino a quando noi daremo valore.

Positivismo e giusnaturalismo sono famiglie del diritto, di cui esistono varie categorie e ramificazioni. Nell'ottica del positivismo giuridico un giurista per essere tale è necessario che si occupi SOLO della prima domanda. Studiare giurisprudenza, infatti, significa comprendere cosa sia il diritto nella sua fattispecie, non cosa dovrebbe essere.

Il positivismo giuridico è la teoria che nel campo della giurisprudenza si è affermata come vincente ed è ritagliata su un'assunzione. Dunque, poiché è stata una scelta prendere come punto di riferimento per studiare il diritto la prima domanda e non la seconda, nel nostro percorso di studi ci interrogheremo solo sulla prima, relegando la seconda a pochissime considerazioni quasi inesistenti.

Esempio: come è fatta la cattedra? La seconda domanda : come dovrebbe essere?

La differenza è che, mentre la prima domanda apre alla descrizione del diritto nella sua **oggettività**; la seconda, invece, chiama in causa **un'idea** di diritto, un modello di diritto, un valore. Se mi chiedo cosa dovrebbe essere e perché ho in testa un parametro, un modello, per esempio quello della giustizia.

Posso separare queste due domande? In modo da pensare alla prima senza occuparmi della seconda?

Il positivismo dice sì il giusnaturalismo afferma il contrario. *Nell'ottica positivista bisogna occuparsi del diritto senza preoccuparsi del rapporto con la giustizia*, bisogna occuparsi del diritto in sé. Il giusnaturalismo ritiene, al contrario, che bisogna rispondere a entrambe le domande. Nelle sue infinite ramificazione pensa che il riferimento alla giustizia sia la definizione della nozione di diritto.

Il campo disciplinare della filosofia del diritto è limitata al positivismo giuridico.

• positivismo giuridico:

Partendo da una citazione di John Austin da "delimitazione del campo della giurisprudenza":

- Delimitare significa determinare qualcosa. Delimitare il campo della giurisprudenza significa, dunque, scegliere l'oggetto del nostro studio. In quanto giuristi il nostro campo è definito in una determinata materia.

- Austin delimita i confini della scienza del diritto, delimita la materia dei cui tratteremo:

"L'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti e demeriti è un'altra. Se esso esiste o meno costituisce un certo tipo di indagine. Se esso si confermi o meno allo standard assunto, costituisce un altro tipo di indagine. Una legge che effettivamente esista, è tale anche quando



Filosofia del diritto

non ci piaccia o sia difforme al parametro sul quale regoliamo la nostra approvazione o disapprovazione.”

Una legge esiste anche quando non corrisponde al nostro parametro, alla nostra idea di diritto. Per esempio le leggi razziali del terzo Reich e nel regno fascista.

Esistevano come leggi oppure no? Il positivista sosteneva che erano leggi e che quindi esistevano, pur ammettendo il fatto che esse potessero non corrispondere al proprio parametro ideale ma che, in quanto esistenti, avessero prodotto degli effetti. Per dirlo in breve: quello é stato diritto che a noi piaccia o no. Il fatto che fossero ingiuste, poi, è un'altra questione. I giuristi hanno l'obbligo professionale di riconoscere che la legge sia tale anche quando è indubbiamente ingiusta. (In quanto giurista mi attengo alla legge, in quanto essere umani posso fare la rivoluzione). Il positivismo giuridico è una grande famiglia con tante ramificazioni diverse e ciò che le tiene unite è quello che spiega **Norberto Bobbio**: il positivismo giuridico è quella dottrina secondo cui non esiste altro diritto se non quello positivo. Solo quello positivo vale la pena studiare. Il diritto positivo è da comprendere nella sua etimologia *ius positum*”, posto, prodotto dal legislatore, dal sovrano.

- **diritto positivo inglese:**

Diritto posto dal sovrano che riceve abituale obbedienza.

(La nostra costituzione del 48 c'è perché c'è qualcuno che ha vinto la guerra altrimenti non ci sarebbe stata come la conosciamo oggi)

- **normativismo:**

Il diritto è un insieme di norme e non comandi poste non dal più forte ma da chi è autorizzato a produrre diritto da una norma. Al fondamento è presente una norma non la forza. *Il diritto si basa sul diritto*. (Hans Kelsen la pensava così).

Altra distinzione importante:

- **Validità** di una norma: la qualità di una norma per cui essa esista nella sfera del diritto. La sua esistenza come norma giuridica. La norma è valida se esiste come norma giuridica (di questo si occupa il positivismo)

- **Valore** di una norma: la qualità di tale norme per cui essa è conforme al diritto ideale. Essa corrisponde al diritto ideale. Riconosciamo un valore se corrisponde alla nostra idea di diritto (il positivismo non ammette il fatto che possa essere ideale. Di questo non si occupa il positivismo, è più legato al giusnaturalismo).

La storia del pensiero positivistico giuridico è recentissima, entra nella storia con la **codificazione napoleonica**. Da lì si è pensato che l'unico vero diritto sia quello positivista. La storia del pensiero giusnaturalista ha attraversato, invece, secoli, non venendo mai messo in discussione. Dopo Napoleone, poi, si prende in considerazione solo quello scritto nel codice civile e basta. Tutte le altre fonti invece come le *usanze* per esempio oggi non sono ammesse. All'epoca, invece, queste erano alla pari della legge (idea tipicamente napoleonica).



Filosofia del diritto

Il processo di Norimberga fu celebrato tra il novembre del 1945 e l'ottobre del 1946, in cui l'umanità ha portato alla sbarra i vertici del terzo Reich (24). ***È la prima volta nella storia che si termina una guerra con un processo***; questo in Italia non è successo (Churchill afferma che l'uccisione di Mussolini ha risparmiato agli italiani una seconda Norimberga). L'importanza del processo consiste anche nel fatto che vede il trionfo del mondo giuridico a termine di un evento così rilevante dal punto di vista globale. Tuttavia, questo tribunale secondo il diritto dell'epoca faceva acqua da tutte le parti. Infatti, in accordo al principio di terzietà del giudice, secondo cui il giudice deve essere estraneo agli interessi in gioco nella causa, il processo risulta essere ingiusto perché vede i vincitori (Unione Sovietica, USA, UK e Francia) giudicare i vinti.

I quattro principali capi d'accusa nel Processo di Norimberga sono: crimini contro la pace, guerra di aggressione, crimini di guerra e cospirazione. Dal punto di vista puramente giuridico il Processo di Norimberga è stato controverso ma ha segnato un punto di svolta nel diritto internazionale, introducendo la responsabilità penale individuale per crimini di guerra, contro l'umanità e contro la pace, che verrà poi messa per iscritto nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, entrata in vigore nel 1948.

L'avvocato nazista Otto Stahmer, difensore di Hermann Goring, invocò il principio di *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*, sostenendo che non esistevano leggi retroattive e che i vincitori non avevano il diritto di processare i vinti. Egli, infatti, in quanto giurista si era limitato ad applicare la normativa allora vigente, il diritto positivo. Dal punto di vista positivista è una posizione. Non erano tenuti e a rispettare i trattati perché non facevano parte dell'ordinamento del terzo Reich.

Il tribunale di Norimberga non poteva stare in piedi se non fondandosi su principi di diritto naturale, senza il diritto positivo alla condanna non si poteva arrivare.

L'ottica giusnaturalista vigente nel tribunale di Norimberga si basava sull'assunzione che il fatto che uccidere qualcuno fosse sbagliato fosse intrinseco nella morale di ciascuno e che quindi non necessitava di essere messo per iscritto. (Nel 1948, tuttavia, si avverte la necessità di scriverlo nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo). Ciò che è stato scritto nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo prima già esisteva nella ragione di ognuno, era parte costitutiva dell'essere umano, non serviva leggerlo da qualche parte, non bisognava consultare il diritto penale, perché era inciso nella legge morale di ognuno.

Ciò che tiene unite le varie declinazioni del giusnaturalismo si basa sul seguente assunto: ***lex iniusta non est lex*** (massima sostenuta da filosofi come Sant'Agostino e Tommaso d'Aquino, associata al pensiero di diritto naturale). Una norma ingiusta non è semplicemente una cattiva legge, in realtà, non è proprio una legge e questo va bene al di là di un semplice fatto legato alla Chiesa. Erano delle norme che si presentavano come norme ma non lo erano nella sostanza. Avevano la forma del diritto ma non il contenuto. Se non erano giuridiche non dovevano essere applicate. **Per il giusnaturalismo il valore della giustizia è la definizione di diritto, esiste una soglia dell'ingiustizia della norma che fa sì che quella norma non sia diritto.**



Filosofia del diritto

“La vera legge è la retta ragione, in accordo con la natura, diffusa fra tutti gli uomini, immutabile, eterna, quella che chiama al dovere con il suo comando, con il suo divieto distoglie dalla frode” Cicerone, De Republica

La ragione, ci spiega l'autore latino, è un dettato della natura, che guida la coscienza di ogni essere umano a un determinato valore di giustizia universale. È lo stesso ideale che ci consente di affermare oggi che molti del passato si sbagliavano (Aristotele per esempio che ammetteva la schiavitù e che lo faceva per una serie di ragioni storiche a noi oggi incomprensibili).

Secondo il giusnaturalismo, dunque, il fatto che non si possano sterminare le persone è risultato naturale della nostra ragione che non necessitava di essere scritto.

Il filosofo e giurista tedesco Gustav Radbruch affronta il conflitto tra due esigenze fondamentali del diritto:

- la **giustizia**, cioè il valore etico che dovrebbe guidare il diritto;
- La **certezza del diritto**, cioè la stabilità delle norme positive (le leggi scritte), che garantisce sicurezza giuridica e ordine sociale.

In accordo alle sue parole, deve prevalere la certezza del diritto: anche una legge ingiusta, seppur imperfetta, deve essere applicata, perché la società ha bisogno di ordine e prevedibilità. Tuttavia, esiste un limite estremo: quando una legge positiva è così profondamente ingiusta da diventare intollerabile (ha in mente le leggi razziali), allora non può essere considerata diritto. In questo caso la legge deve cedere il passo alla giustizia. Questo, ebbene, il cuore della formula di Radbruch: **“La legge estremamente ingiusta non è diritto”**

Radbruch aveva inizialmente posizioni vicine al positivismo giuridico (l'idea che il diritto sia solo quello posto dal legislatore, indipendentemente dal suo contenuto morale). Dopo l'esperienza del nazionalsocialismo in Germania, tuttavia, cambiò posizione. Si rese conto che il positivismo assoluto aveva permesso di applicare leggi gravemente ingiuste (come per esempio le razziali) solo perché formalmente erano “legge”. Dunque, dopo la II guerra mondiale afferma che *non basta che una norma sia legge positiva per essere diritto. Se viola la giustizia in modo intollerabile non merita obbedienza.*

- **Gli assunti principali del giusnaturalismo:** (secondo F. D'Agostino, Filosofia del diritto)
 - l'unico diritto non è quello positivo, prima si trova il diritto naturale che trova la sua radice non nella volontà ma nella ragione, nella natura (esistenza diretto **meta positivo**)
 - Il diritto meta positivo è valido intrinsecamente anche quando non è scritto
 - Questi modelli di diritto sono assiologicamente superiori a quello positivo - è il suo modello ideale
 - Esiste un diritto naturale meta positivo. In caso di contrasto tra diritto positivo e quello naturale, prevale quest'ultimo.

(Esempio: di fronte alla brutalità delle leggi razziali si poteva essere in disaccordo secondo i principi della propria ragione. Infatti, il fatto che le leggi razziali siano state disumane non comportava che fosse scritto da qualche parte per quanto fosse ovvio)

- **Hans Kelsen**

Hans Kelsen nasce a Praga nel 1881 e muore a Berkley nel 1973. È stato un teorico del diritto di origine praghese ebraica, poi naturalizzato austriaco, figura centrale del normativismo e padre della *dottrina pura del diritto*. Dopo aver insegnato in diverse università europee, fu costretto a emigrare a causa delle persecuzioni naziste, trasferendosi infine negli Stati Uniti dove proseguì la sua carriera accademica a Berkeley. A Vienna insegna diritto pubblico, è un giurista in tutto e per tutto. Ha partecipato in maniera significativa alla stesura della costituzione austriaca (ha inventato lui la corte costituzionale). Ad un certo punto insegna anche diritto internazionale e filosofia del diritto. Fa lo stesso mestiere del suo antagonista Karl Shmitth più o meno negli stessi posti e con le stesse materie.

- **Lineamenti di dottrina pura del diritto**

Il titolo italiano è “Lineamenti della dottrina pura del diritto”, sebbene il titolo originale sia *Reine Rechtslere* (dottrina pura del diritto), pubblicato nel 1934. Nel 1960 il giurista pubblica un altro libro dal titolo omonimo ma di stesura molto più ampia. Dunque, in Italia si è pensato di differenziare i due titoli per meglio riconoscere le due opere.

Nel 1932 insegna diritto pubblico a Colonia dove va a trovarlo un giovane studioso italiano, Renato Treves, padre fondatore della sociologia del diritto italiano. Entrambi ebrei che parlano del loro lavoro, confrontandosi. Difficile pensare che non parlino anche della situazione politica in quegli anni; da lì a poco, infatti Kelsen in quanto ebreo viene cacciato dalla Colonia e costretto a trasferirsi prima a Praga, poi in USA e infine a Berkley dove morirà. Treves torna in Italia e riceve da Kelsen un manoscritto con lo stesso titolo e con sottotitolo *Introduzione alla problematica della scienza giuridica* (che poi scompare nell'edizione italiana) e pubblicato in Italia nel 1933 nella rivista Archivio Giuridico. Succede la stessa cosa in Spagna, Praga e Svezia. Il contesto in cui Kelsen scrive questa prima edizione del 1934 era un contesto di bisogno in cui il giurista stava preparando la fuga. Dunque, è facile pensare che egli necessitasse di farsi conoscere anche al di là del piccolo posto accademico in cui stava, di tornare al di là della Germania un posto in cui far conoscere la sua idea di diritto. Lo scritto, quindi, concentra su di sé non solo tutta l'esperienza di uno dei più grandi giuristi degli ultimi secoli; ma anche e soprattutto la vita di un uomo che ha subito sulla sua stessa pelle l'ingiustizia del terzo Reich.

- **PURA:** perché è una dottrina particolare del diritto a differenza delle altre che stanno circolando. È purificata, depurata dalle accezioni riguardo la dottrina del diritto che circolavano al tempo. Infatti, quelle che circolavano in quel periodo è come se dovesse essere ripulito.

Hans Kelsen è un Kantiano, infatti partendo già dal titolo subito viene in mente il titolo di una delle opere più famose del filosofo: “la critica della ragion pura”. Nell'opera Kant si propone di rispondere alla domanda su cosa si può conoscere. Secondo Kant, infatti, la ragione pone a giudizio se stessa, liberandola da pensieri e ripulendola da tutto ciò che è estraneo da essa, arrivando così a conoscere come funziona l'intelletto attraverso le categorie. Kant ci invita a riflettere sul modo in cui incontriamo il mondo.



Filosofia del diritto

La Teoria Pura del Diritto di Kelsen rappresenta un esempio di *approccio razionalista* alla giurisprudenza, fondato su principi scientifici piuttosto che su fondamenti teologici o metafisici, un passaggio già avviato dal pensiero di Kant. Entrambi i filosofi difendono la **separazione** tra la scienza del diritto e la filosofia morale, un punto centrale del giuspositivismo kelseniano che mira a una scienza del diritto pura e libera da elementi morali. Il pensiero di Kant è rilevante per la discussione sulla fondazione del diritto, in quanto Kelsen si ricollega a quella sua proposta di taglio con la fondazione teologica, sostenendo che il diritto si fonda su norme positive create dall'uomo, non da un principio trascendente.

- ***Se la dottrina è sporca io non posso cogliere l'oggetto nella sua verità.*** Il problema di Kelsen è un problema epistemologico, che ha a che fare con i modi in cui si accede alla conoscenza, non ontologico, ossia che riguarda l'oggetto del diritto, ma il modo in cui lo conosciamo. *Kelsen questo lo spiega nel sottotitolo dell'originale: introduzione a un problema della scienza giuridica del diritto.*
- La giurisprudenza è una forma di scienza oppure no? La **scientificità del diritto è il problema di Kelsen.** A quali condizioni la teoria del diritto può assurgere al concetto di scienza? Interrogarmi sul problema della scienza del diritto è un ottimo modo per capire cosa studieremo e come lo studieremo, perché in definitiva l'oggetto dei nostri studi è la naturale conseguenza dei parametri delimitati da Kelsen.

- Indice:

- diritto e natura
 - diritto e morale
 - Il concetto di diritto e la dottrina della proposizione giuridica.
1. Nei primi due capitoli comincia a depurare la dottrina, a estromettere dal campo della dottrina del diritto gli elementi che sono estranei. Il primo elemento da estromettere è la NATURA, il campo dei fatti bruti, da cui il diritto deve esserlo separato, perché fatto di **norme, azioni.**
 2. Il secondo elemento che rende impossibile la sua scientificità è la MORALE, campo del valore. Qui introduce la sua idea di giustizia. Bisogna estromettere il valore della giustizia dalla scienza del diritto, poiché la morale non è un affare che riguarda la giustizia. *Separare il diritto dalla morale significa estromettere qualunque elemento legato all'idea di giustizia dal campo della scienza del diritto.*

- I capitolo

La purezza è la parola chiave. Parte con una definizione, una presa di posizione per spiegare che la dottrina che si ripromette di spiegare è qualcosa di ben definito: è una teoria del diritto positivo, che prende immediatamente le distanze dal diritto naturale. Ritaglia il campo di competenza, affinché sin dalle prime parole chiunque si appresti a leggere la sua dottrina capisca che è necessario dimenticarsi del giusnaturalismo. ***L'unico problema è il diritto positivo in quanto tale, ciò che rende il diritto diritto.***



Filosofia del diritto

La parola CONCETTO deriva dal latino *cum capere* (*capio*), che significa letteralmente comprendere, tenere insieme, ordinare, raccogliere in un'unità una molteplicità di cose. Nel concetto di uomo per esempio sono raccolte tutte le diverse e peculiari declinazioni dell'essere umano, che nella loro diversità possono comunque essere considerate parte di un unico concetto. Nel "cassetto" dell'essere umano sono racchiusi tutti coloro che nel corso del tempo si sono ritenuti affini a quel concetto. Questo, tuttavia, nel corso della storia è cambiato in base a credenze, usanze e limiti della natura umana che non consentivano di riconoscere l'uguaglianza per esempio in persone dal colore della pelle diversa o per qualche altra differenza di natura fisica e culturale che non consentiva di essere parte della categoria "uomo". Sino al secolo scorso la categoria dell'umano veniva delineata marcando le differenze piuttosto che sottolineandone l'uguaglianza. Esempio cardine di ciò è sicuramente la persecuzione razziale messa in atto da Hitler nel secolo scorso: attraverso il potente strumento della propaganda, di cui il Furher coglie l'importanza come mezzo di convincimento delle masse e che affida a Goebbels, si è cominciato a parlare degli ebrei come se fossero animali, togliendone l'umanità. Dovremo aspettare 2 anni dopo la fine della guerra, il 1948, per parlare finalmente di uguaglianza, quando viene pubblicata la **Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo**.

Ebbene, parlare del diritto come se fosse un cassetto significa concentrare al suo interno una pluralità di argomenti e ordinamenti giuridici, che, seppur diversi, godono della stessa rilevanza. Kelsen, seguendo il modello kantiano, si occupa di come è fatto questo cassetto. Come è fatto il concetto di diritto, occupandosi di una teoria del diritto in generale e non dell'esegesi dogmatica di una particolare norma. La dottrina vuole conoscere unicamente e esclusivamente come è fatto il diritto, che mi consente di tenere insieme ordinamenti giuridici diversi. Tutto Kelsen procede per dicotomie: si occupa solo di cos'è il diritto, non di come dovrebbe essere. **È scienza, non politica o morale.**

La politica del diritto entra in gioco quando iniziamo a pensare alla domanda come dovrebbe essere il diritto, come potremmo migliorarlo. La scienza, invece, è scienza se riesce a conoscere il suo oggetto, è conoscenza oggettiva e neutrale. L'obiettivo è determinare il concetto di diritto, eliminando tutto ciò che non appartiene al suo oggetto secondo un **principio metodologico**.

- **Il paragrafo: fatto naturale (atto) e significato**

Richiama immediatamente il titolo del primo capitolo: da un lato i fatti bruti e gli atti naturali che possiamo percepire sensibilmente, dall'altra parte ci sono i significati. La scienza del diritto non si occupa di fatti ma di **norme**. Una norma è uno strumento di cui ci serviamo per attribuire significato giuridico ai fatti. Le due direzioni che compromettono la purezza della dottrina del diritto sono natura e morale (**sincretismo metodologico**). Il diritto deve essere, allora, staccato il più possibile dalla natura. Infatti, originariamente, nell'ottica giusnaturalistica, diritto e natura coincidevano; ora, invece, è compito della nuova dottrina scindere i due concetti affinché si giunga a una sua purezza.

Nei primi due capitoli Kelsen purifica il campo della dottrina dalla natura e dalla morale.

- **Fatti e norme:** il diritto é composto non da fatti ma da norme. Quindi, il giurista nel suo percorso di studi tratterà di norme non di fatti. Infatti, egli per sottolineare questo concetto

Filosofia del diritto

adopera il verbo *staccare*, che ben rende l'idea di separare i fatti dalle norme, presupponendo che abbiano una connessione. Se si analizza un fatto considerato come diritto, per esempio una deliberazione parlamentare, si possono distinguere due elementi: l'uno è un fatto (che Kelsen denomina anche *atto*, che si può descrivere) sensibilmente percepibile che procede nello **spazio** e nel **tempo** (che il filosofo Kant aveva ritenuto forme a priori della conoscenza), un accadimento esteriore (che si può percepire), per lo più un comportamento umano; l'altro, invece, è un *significato*, specifico significato immanente o aderente a quest'atto o accadimento.

Per esempio in una sentenza emanata del giudice c'è qualcosa che possiamo percepire: il **fatto** e qualcosa no: il **significato**. Noi possiamo assistere all'uccisione di una persona (fatto), ma non a un omicidio perché non siamo in possesso del significato. Quando assistiamo all'esecuzione di una pena di morte, assistiamo al fatto che c'è l'uccisione di un umano da parte dell'umano, come apparentemente appare anche l'omicidio. La differenza, dunque, tra la pena di morte e un omicidio risiede nel significato che noi attribuiamo al fatto, compito che spetta a un perito e a un giudice. Quando viene uccisa una persona, si chiede al medico legale la ricostruzione del fatto, non il significato.

Questo, infatti, è compito proprio della giurisprudenza. La differenza nell'uccisione, dunque, risiede tutta nel significato che un giudice o un perito gli attribuisce.

- **La norma come schema qualificativo:** il primo significato da attribuire alla parola norma è *schema qualificativo*, schema di qualificazione, che qualifica appunto, **che da significato giuridico a fatti o atti**. Il passaggio dal fatto al significato avviene in determinate condizioni. I giuristi non si occupano dell'aspetto esteriore del fatto, ma di trasformare questo fatto percepibile sensibilmente in *atto giuridico*. Infatti, se volessimo fare un esempio, non c'è nulla di giuridicamente illecito nel fatto in sé di uccidere un altro uomo, (questo, tuttavia in un'ottica giusnaturalista costituisce un attacco frontale, in quanto secondo il diritto naturale è insito nella morale di ognuno il principio di non uccidere), nulla in natura ci vieta di uccidere un altro uomo, non è né lecito né illecito. Affinché sia giuridicamente illecito, giuridicamente rilevante, il fatto di uccidere un altro uomo per esempio, è necessario che acquisti significato per mezzo di una norma (schema qualificativo) che nel suo contenuto vi si riferisce e gli impartisce il suo significato giuridico.

“La qualificazione di un fatto come esecuzione di una sentenza capitale e non come omicidio non risulta affatto da una percezione sensibile, ma soltanto da un processo di pensiero: DAL RIFERIMENTO AL CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENALE.”

Infatti, recita così l'art 575 del codice penale: *Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*. Qualora non ci fosse stato questo articolo, il fatto di cagionare la morte di un uomo sarebbe stato giuridicamente irrilevante. (I tedeschi per esempio, attribuendo significato giuridico alla razza, hanno regolato che fosse giusto il fatto di perseguirli). Dal punto di vista giuridico un fatto assume significato quando interviene una norma ad attribuirle questa determinata condizione. In determinate condizioni come negli USA l'omicidio per mezzo di una norma che lo attesta può comportare la pena di morte. In un'ottica positivista il fatto che gli uomini sono tutti liberi e uguali ha valore solamente solo perché è scritto nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.



Filosofia del diritto

Per i giusnaturalisti, invece, valeva anche prima della messa per iscritto, poiché era insito nella morale comune.

Ci sono le norme che attribuiscono significato a un determinato fatto. Non ci sono schemi di qualificazione senza fatti da qualificare. Dunque, i due elementi, che tra loro sono attaccati, devono essere staccati per comprendere l'oggetto di studio del diritto, poiché le norme in sé NON sono fatti. **I fatti sono sensibilmente percepibili, le norme sono schemi di qualificazione.**

- II capitolo: diritto e morale

Kelsen, dopo aver estromesso dal concetto di diritto quello della natura, ritiene che sia necessario purificarlo anche dalla morale. Si occupa, dunque, di spiegare secondo lui quale sia il concetto di **giustizia**, che ritiene debba restare fuori da quello di diritto in quanto costituisce un **valore assoluto**. Il suo contenuto non può essere determinato dalla dottrina pura del diritto. Anzi, *esso non è in alcun modo determinabile dalla conoscenza razionale*, non c'è una risposta alla domanda "che cos'è il giusto". Kelsen afferma un significato di giustizia che sembra essere condivisa: la giustizia è un fatto **IRRAZIONALE** che non può assolutamente essere determinato dalla ragione. Infatti, a questa non si può affibbiare un'unica definizione, in quanto varia a seconda del contesto culturale e storico. La giustizia è un ideale irrazionale, per quanto possa essere indispensabile per la volontà e l'azione dell'uomo, essa però non è accessibile alla nostra conoscenza. All'uomo è dato soltanto il diritto positivo o, più esattamente, *come oggetto di ricerca*.

Sul piano dell'etica non si può intervenire con la ragione. La struttura dell'etica ha la stessa struttura di quella di gusto, si basa su percezioni personali che non possono essere generalizzate a verità scientifiche. Il bello, ad esempio, è riconosciuto da tutti come nella sindrome di Stendhal.

Nella sua universalità il bello non è facilmente razionalizzabile come l'etica in quanto non è insito in categorie specifiche: non c'è oggettività nel bello, perché questo è intuito. Come l'etica, infatti, si può quantificare, qualificare, poiché è universale. Non si può categorizzare, è astratta.

Ognuno di noi ha una sua idea di giustizia ma non è in alcun modo universalizzabile. Perché devo estromettere la giustizia dal campo del diritto? Perché è un'ideale irrazionale. La scienza non può essere costruita su un ideale irrazionale. La scientificità della giurisprudenza non comprende ideali irrazionali, e la morale renderebbe impossibile la sua scientificità. Si può rispondere alla domanda "cos'è il diritto", perché, a differenza della giustizia, il suo valore, il suo significato non è modificabile. Il diritto è altra cosa rispetto alla morale, cacciando fuori l'idea della giustizia, distinguendo le norme giuridiche da quelle morali. La norma giuridica non ha la forma dell'imperativo.

- "Non uccidere" è un **comandamento biblico** tratto dall'Esodo che esprime un *divieto morale assoluto*, che non prevede eccezioni e si applica universalmente a ogni forma di uccisione. È un imperativo etico, che non prevede pertanto sanzioni di tipo penale.

- “*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*” è l'**articolo 575** del codice penale. La norma è un enunciato prescrittivo che si articola nella formulazione di una *ipotesi di fatto*, al cui verificarsi la norma stessa ricollega una determinata conseguenza chiamata *effetto giuridico*. La norma, dunque, si articola come un periodo ipotetico: si compone cioè della previsione di un accadimento futuro ed eventuale e dell'indicazione della conseguenza giuridica che deriva dal suo concreto verificarsi. Nell'ottica di Kelsen il diritto non è un valore morale, né un fatto religioso, ma è inteso come una SANZIONE, una MINACCIA. Infatti, l'agire secondo giustizia nell'ottica del diritto positivo *rende liberi*, perché conferisce all'uomo la possibilità di scegliere su come agire.

Kant nella “critica della ragion pratica” distingue il concetto di diritto da quello della morale, pur essendo entrambi manifestazioni della ragione pratica. Il diritto è l'insieme delle condizioni esterne che rendono possibile la libertà di ciascuno compatibilmente con quella degli altri. **L'imperativo giuridico, invece, è IPOTETICO**: per stare nella società, bisogna rispettare certe regole, altrimenti si subisce una sanzione. Per Kelsen, invece, le norme giuridiche sono sempre di tipo ipotetico. Non esistono imperativi categorici nel diritto positivo.

Il campo della *scienza del diritto* si occupa di norme e non fatti. Per l'uomo il diritto costituisce uno dei tanti strumenti di cui si serve per dare spiegazione alla realtà circostante, per questo motivo viene definito da Kelsen *scienza dello spirito*. Questo viene adoperato, per dare una definizione moderna, per narrare come funziona il mondo.

Una volta constatata la distinzione tra natura e spirito, il filosofo si occupò di distinguere ulteriormente il diritto, in quanto scienza dello spirito, dalla morale. Tuttavia, ancor prima di affrontare le differenze tra norme giuridiche e leggi morali, delinea la sua idea di giustizia con una definizione che ancora oggi viene ritenuta un paradigma: *la giustizia è un ideale irrazionale*, non si può determinare razionalmente questo valore, né rispondere oggettivamente alla domanda circa il significato di giustizia; infatti, questa può essere declinata in numerosi modi diversi secondo percezioni personali e periodi storici, restando continuamente soggetta a modificazioni. La sua definizione, dunque, non può non essere contingente, non può essere limitata a un'unica spiegazione.

Da qui la necessità di Kelsen di distinguere il diritto dalla giustizia: **l'ideale irrazionale (giustizia) non può essere oggetto di conoscenza scientifica (quale è il diritto)**. Ebbene, affinché sia possibile costruire una scienza del diritto, è necessario estromettere dal campo del diritto il valore della giustizia.

- Dopo aver rimosso dal campo del diritto la giustizia, Kelsen passa alla ***differenza tra norme giuridiche e norme morali***, al fine di comprendere la struttura di una norma giuridica. La definizione del giurista, inoltre, risulta simile a quella del suo maestro, Immanuel Kant, che prima nella Critica della ragion pratica, e poi nella Metafisica dei Costumi, si occupa della medesima distinzione.

Soffermiamoci, quindi, su questo esempio:

- NON UCCIDERE (*Esodo*)

- Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno (*art. 575, codice penale*)

La prima differenza che salta immediatamente all'occhio è di tipo **grammaticale**: mentre la prima risulta corta; la seconda, invece, appare lunga. La prima, infatti, ha la forma dell'**imperativo categorico**, un valore morale assoluto: non si uccide perché non si uccide, la sua fondazione risiede in sé stessa (quello che in Kant nella *Critica della ragion pratica* corrispondeva alla massima del *dovere per il dovere*), non perché c'è una ripercussione penale (sempre nell'ottica kantiana, il ricercare una ripercussione penale viene vista come una **giurisdizione dell etica**). Le norme giuridiche, invece, hanno la forma dei **giudizi ipotetici**. Il verificarsi di una determinata azione corrisponde a una certa conseguenza (Kant: imperativi ipotetici). Il principale elemento costitutivo di una norma, quindi, risulta essere la SANZIONE, che nelle norme morali DEVE essere assente. È proprio l'effetto punitivo conseguente a una determinata azione a rendere la norma **giuridica**.

“ Il contratto e' l'accordo di due o piu' parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.”

L'art 1321 del codice civile definisce cos'è un contratto. In realtà, una norma come questa è un puro e semplice **frammento di norma**, che necessita di un intero sistema sulla nozione di contratto per essere definita tale. Infatti, quando in una norma giuridica non è evidente una sanzione, allora è solo una parte della norma.

Kelsen, allora, forza la nostra *doxa* e ci invita a pensare alla distinzione di norme giuridiche e morali, che risulta infine più semplice della distinzione tra norme giuridiche e leggi naturali.

- **Legge di natura**: se porto l'acqua a 100 gradi, bolle.

Nel caso di norme giuridiche e leggi naturali la differenza di forma è inesistente, perché *tanto le norme giuridiche quanto le leggi naturali si articolano nella forma di periodo ipotetico*. Svelare le leggi significa svelare delle connessioni, spiegare la natura e i comportamenti umani. Le leggi della natura svelano nessi, collegamenti: se l'acqua arriva a 100 gradi, l'acqua deve bollire.

Kelsen sfida l'idea tradizionale di norma giuridica: “la norma che determina la condotta che evita la coazione (non c'è una norma che dice direttamente che non bisogna uccidere, ma che spiega cosa succede se uccido) ha il significato di norma giuridica soltanto quando si presuppone che con essa si debba esprimere in forma abbreviata, per comodità di esposizione, ciò che solo la proposizione giuridica enuncia in modo corretto e completo: cioè che alla condizione della condotta contraria debba seguire un atto coattivo come conseguenza. questa è la norma giuridica nella sua forma primaria. La norma che ordina il comportamento che evita la sanzione può valere quindi soltanto come norma giuridica secondaria.”

La norma “*non devi uccidere*” può essere considerata giuridica solo se viene considerata come forma abbreviata di una norma più estesa. Egli smonta, dunque, un'idea tradizionale: ci dice che tradizionalmente la struttura della norma giuridica è composta da due parte:

- La **norma primaria** che individua il **precetto** (cosa devo o non devo fare)
- La **norma secondaria** che spiega **cosa succede se violo il precetto**.



Filosofia del diritto

L'art. 575 del codice penale precedentemente preso in esame, dunque, non contiene un precetto, ma solo una sanzione. Il precetto lo ricavo indirettamente, dalla presenza della sanzione. Il "Non uccidere" lo ricavo dal fatto che se uccido qualcuno, vengo messo in galera. Kelsen, pertanto, avverte il bisogno di capovolgere la dottrina tradizionale: la prima parte della norma è quella che spiega la sanzione, il precetto viene ricavato. **Dal punto di vista giuridico, quindi, cagionare la morte di un uomo diventa illecito solamente perché è presente la parte della sanzione.** La sanzione viene prima del precetto, è la parte primaria. Il diritto non dice non lo devi ma dice se lo fai, te ne vai in galera. Ti spinge a non uccidere attraverso l'individuazione di una sanzione. Quella che nella dottrina tradizionale era primaria, ora secondo la dottrina pura del diritto questa è secondaria e il *precetto è interpretato*, dedotto, non chiaramente espresso come nella legge morale. Le leggi naturali hanno esattamente come le norme giuridiche delle *proposizioni ipotetiche*. *Come la legge naturale connette un determinato fatto come causa (acqua raggiunge i cento gradi) a un altro come effetto (dunque bolle), così la legge giuridica connette la condizione con la conseguenza del diritto.*

La differenza allora risiede nella **natura del nesso**: entrambe istituiscono un collegamento, ma la loro natura è diversa. Nella legge di natura entra in gioco un nesso di *causa ed effetto*; la legge giuridica, invece, è *l'imputazione* in cui la dottrina pura del diritto ravvisa la speciale struttura del diritto.

- legge naturale: se c'è A deve necessariamente (*Müssen*) esserci B
- Legge giuridica : se c'è A deve (*Sollen*) esserci B, senza che, con ciò, essa dica nulla del valore, cioè del valore morale e politico, di questo rapporto.

Il *Müssen* è un dovere di *necessità*, di natura, è per forza così. Nel nesso di imputazione non entra in gioco la necessità, ma un dovere (*Sollen*) del *regno della possibilità*, quello che per Aristotele è il regno della *praxis*. Non c'è nulla di necessario nel nesso di imputazione, nulla di necessario nel fatto che a cagionare la morte di un uomo segua la reclusione non inferiore ad anni ventuno (in altri Stati non produce la stessa conseguenza, in alcuni Stati degli USA per esempio segue la pena di morte. L'acqua invece bolle sua in Italia che in America). Le norme giuridiche, invece, sono state stabilite da un legislatore, rendendolo quindi sempre soggette a modifiche. In natura, invece, nulla può vietare all'acqua di bollire una volta raggiunta la temperatura di 100°. ***Dietro ogni norma giuridica c'è la volontà di qualcuno che la pone.*** Il fatto di cagionare la morte di un uomo ha significato giuridico perché il nostro legislatore l'ha posto in relazione a una determinata conseguenza. Il diritto è posto, non secondo natura, ma secondo la volontà di qualcuno. Non può essere violato perché nel momento in cui uno cagiona la morte di qualcuno, non sta violando nulla, perché non dice "non devi cagionare la morte di qualcuno". Kelsen smonta la convinzione per cui l'illecito è una violazione del diritto; infatti, il cagionare la morte di qualcuno permette all'articolo di funzionare, non violandolo; pone un fatto che fa scattare un dovere. L'illecito non viola una norma, ma consente alla norma di funzionare.

Nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* il filosofo ebreo Hans Kelsen propone tesi paradossali (*paradoxa in greco*) per l'epoca, volte a sfidare l'opinione comune.

- la **norma giuridica** secondo la dottrina pura: schema di qualificazione, forma di cui ci serviamo per attribuire significati giuridici a fatti che altrimenti sarebbero insignificanti.

Le norme collegano al verificarsi di determinati fatti determinate conseguenze giuridiche. Questo tipo di collegamento prende il nome di nesso di imputazione, e si articola secondo la struttura del periodo ipotetico. Il nesso, dunque, non nasce come prodotto naturale, ma è *prodotto da un legislatore*, è fondato su una volontà. Per esempio, nel sistema giuridico italiano l'uccisione di un uomo è collegata alla galera perché così è stabilito del nostro ordinamento. Negli USA, invece, l'ordinamento prevede la pena di morte.

Da questa struttura Kelsen deriva una consapevolezza: per spiegare la dottrina pura del diritto c'è bisogno di **capovolgere** la dottrina tradizionale. Nell'articolo 575 del codice penale, costruito con periodo ipotetico, il precetto non è chiaramente visibile; ciò che è presente è la sanzione. Il precetto *non devi uccidere* si ricava indirettamente dalla presenza della sanzione, la prima parte della norma è quella che indica una sanzione e deriva indirettamente dalla seconda parte.

Da ciò deriva, quindi, che il diritto non può essere violato, non essendo espresso un precetto? Dal punto di vista giuridico l'uccisione di un uomo non costituisce una violazione dell'articolo 575, anzi, questo consente all'articolo 575 di funzionare. **L illecito consistente nel verificarsi del fatto da cui dipende una conseguenza giuridica: la sanzione.**

Il diritto positivo è posto secondo le regole del diritto positivo, in una struttura *circolare* secondo la quale il diritto è posto dal diritto stesso. Se il diritto non fosse costituito in maniera autoreferenziale, per comprenderlo ci sarebbe il bisogno di studiare tante altre cose. (Politica, morale, etc...)

- l'ordinamento giuridico e la sua costituzione a gradi: Il diritto è costruito, è posto, è **artefatto**. Non sta scritto, è un costrutto, fatto a gradi. Non tutte le norme che compongono l'ordinamento sono poste sullo stesso piano. Un po' come le fonti del diritto dell'attuale ordinamento, queste sono ordinate gerarchicamente.
- l'ordinamento come sistema di norme: come ordinamento il diritto è un sistema di norme giuridiche. Il sistema rinvia a $\sigma\nu\nu\iota\sigma\tau\eta\mu\iota$, che sta insieme, non raccolti a caso ma tra loro collegati in virtù di un criterio. Un sistema è, dunque, un **insieme ordinato di elementi**. Un ordine tra le norme che compongono il diritto.

Da qui la domanda: su cosa è fondata *l'unità di una pluralità* di norme giuridiche? Cosa fa sì che le tantissime norme costituiscano un unico ordinamento? Qual è il criterio di collegamento? Cosa le tiene unite affinché siano parte di un unico ordinamento? Perché una determinata norma giuridica appartiene a un determinato ordinamento?

- Nella grammatica Kelseniana il termine *validità* è un sinonimo di *esistenza*, esiste come norma giuridica. Una norma è valida quando appartiene a un determinato ordinamento giuridico. Sono tutte fondate direttamente o indirettamente su un'unica norma. Questa norma fondamentale (**grundnorm**), come base comune, fonte comune, questa norma fondamentale costituisce l'unità della pluralità di norme. Le varie norme che compongono un ordinamento sono tutte fondate direttamente o indirettamente su un'unica norma: la

norma fondamentale. **La norma giuridica esiste quando è parte di un determinato ordinamento e appartiene a un determinato ordinamento quando trova fondamento in un'unica norma.** Se noi pensassimo all'ordinamento giuridico italiano, penseremmo immediatamente che il fondamento sia la costituzione. (*NON È LA COSTITUZIONE*). La grundnorm di cui egli parla NON è la costituzione, ma sarà il fondamento di validità della nostra costituzione.

- Le norme che compongono un sistema morale sono collegate in maniera diversa da come sono collegate tra loro le norme giuridiche. Le **norme morali** sono valide in forza del loro **contenuto**. A pagina 95 Kelsen ripete la parola contenuto 5 volte: per entrare in uno dei due ordinamenti giuridici è necessaria la parola **contenuto**. (Kelsen di solito non scrive così). Quindi, in contraddizione, la parola per entrare nell'altro sistema normativo sarà la **forma**. A livello di associazione di idee, noi assoceremmo liberamente il contenuto alla morale. Quindi, **nell'ordinamento giuridico** vale la **forma**. Le norme morali esistono in forza del loro contenuto, in base a ciò che prescrive. E sono collegate tra loro in virtù del loro contenuto secondo un criterio di collegamento **materiale**. *Non devi mentire, non devi ingannare, devi mantenere le promesse.* Tutte queste norme derivano *logicamente* dalla norma per cui devi *dire la verità*, sono tutte contenute in questa norma. È un problema di connessione logica. Tutte queste verità sono collegate tra loro e dipendono tra loro. Le norme che formano questo micro sistema possono essere dedotte logicamente perché si fondano su un'unica norma. C'è un rapporto tra una norma particolare e quella universale, le prime sono contenute nelle seconde. *Le numerose norme che costituiscono una norma morale possono essere tratte da una norma morale universale attraverso un procedimento logico, una deduzione.* Il criterio di collegamento delle norme morali ha un carattere statico e materiale. **Materiale** è l'insistenza sul contenuto. È **statico** perché non cambia mai nel tempo e nello spazio. Dire che i sistemi morali sono statici è perché non variano nel tempo e nello spazio.
- Gli ordinamenti giuridici, invece, *cambiano continuamente* e la sua ragione si trova proprio nella definizione di diritto positivo, **incessantemente posto**, che ha continuamente bisogno di essere *modificato in base al tempo e allo spazio*.

L'esistenza di una norma giuridica non esiste in quanto tale in virtù del suo contenuto, ma sono **valide in virtù della loro forma**. "*Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto*". Sono schemi di cui noi umani ci serviamo per attribuire significato a qualsiasi contenuto. L'art 575 dà forma giuridica a uno specifico contenuto. Ma le norme giuridiche possono essere riempite di qualsiasi contenuto. Nel 1934 questa affermazione è molto forte per le leggi razziali, perché hanno attribuito significato giuridico all'appartenenza a una razza, determinata comunità. Ogni qualsiasi contenuto può essere norma. Il diritto può essere riempito di qualsiasi contenuto, ma *ciò che rende una norma giuridica tale è la sua forma*. Le leggi razziali erano norme giuridiche perché erano state POSTE dal legislatore del terzo Reich.

Il diritto è un sistema di norme giuridiche. Kelsen, per spiegare come è fatto il diritto, propone una distinzione tra questo e la morale.

- Caratteristiche primarie delle norme morali sono la **staticità** e la **materialità**, poiché queste restano immutate nel tempo, come se fossero verità eterne. Le norme morali formano un sistema perché sono collegate tra di loro in modo logico in base al loro contenuto.

- Gli ordinamenti giuridici, invece, si caratterizzano per la loro **dinamicità** e **formalità**, perché cambiano continuamente nel tempo e si distinguono dalla forma.

L'ordinamento giuridico come concatenazione produttiva: In quanto posto è continuamente prodotto. Le norme giuridiche non sono valide in forza del loro contenuto, perché ogni qualsiasi contenuto può essere diritto. Non è ciò che la norma prescrive ciò che rende tale la norma. Infatti, le leggi razziali, anche se aberranti, erano diritto perché avevano una certa forma, erano state prodotte in un certo modo. Noi possiamo attribuire significato giuridico a qualsiasi comportamento umano. Una norma vale come tale perché è vestita in una certa maniera. (In questo caso si potrebbe azzardare a dire che secondo il celebre detto *Labito fa il monaco*). Questa è stata prodotta secondo una regola del tutto determinata, una **norma superiore**. La sua validità e la sua esistenza come norma dipendono dal fatto che è stata prodotta secondo la forma di una norma superiore.

Il diritto, continua spasmodicamente Kelsen, non è altro che diritto positivo .

Per il giusnaturalismo il diritto è costruito alla pari delle norme morali, prodotte come emanazione di un'entità divina, soprannaturale o dalla pura ragione. Dal *Non uccidere*, precetto morale che racchiude in quell'imperativo l'essenza dell'azione conforme a giustizia, si può dedurre per il giusnaturalismo l'intero sistema di norme giuridiche.

La norma superiore fa sì che le varie norme siano ordinate. Se in quelle morali è statica e materiale, nel sistema giuridico la norma fondamentale, che tiene unite le norme dell'ordinamento, è una **norma di produzione**. Essa rappresenta il punto di partenza di un procedimento di produzione. Ha carattere dinamico perché è sempre in cambiamento e formale. Da qui non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico. Ogni norma giuridica, per essere prodotta, necessita di un atto di volontà. Ogni singola norma giuridica deve essere, quindi, posta. Tutte le norme hanno bisogno di essere poste, ogni singola norma ha dietro l'atto di volontà di qualcuno che le pone. (Norma fondamentale: **grundnorm**)

Per il momento assumiamo che sia la nostra Costituzione la norma superiore per il nostro ordinamento giuridico. Possiamo dire che tutte queste norme sono contenute nella costituzione del 48 e sono deducibili logicamente attraverso un puro procedimento di pensiero? Non si può assolutamente dire nell'ottica kelseniana che tutte le norme che studiamo sono in potenza contenute nella costituzione.

Se le singole norme di un sistema giuridico si riferiscono a un'unica norma fondamentale è perché **la produzione è avvenuta conformemente alla norma fondamentale**.

Se ci si chiede perché un determinato atto coattivo (qualcuno che esercita la propria forza su qualcun altro), ad esempio l'atto di mettere qualcuno in carcere, può essere considerato un atto giuridico che appartiene a un determinato ordinamento giuridico; la risposta è perché questo atto è *stato prescritto da una determinata norma individuale*, è un atto di una sentenza: il carabiniere esercita un atto coattivo a seguito di una sentenza che gli dà l'ordine. Quell'atto di forza si fonda su una norma, che è stata posta conformemente al codice penale. Su cosa si fonda la validità del codice penale? Si fonda su una norma fondamentale.



Filosofia del diritto

Se è vero che il diritto è fatto così perchè Kelsen dice che è un ordinamento che regola la sua propria produzione (il diritto è *autoreferenziale*, il diritto produce il diritto), la seconda conclusione è che **ogni grado interno del sistema è sia un grado di esecuzione che di produzione, perché, applicando una norma, si produce automaticamente una norma inferiore**. Per Kelsen i giudici producono il diritto e sentenze, che nella sua ottica vengono considerate ugualmente diritto. (Nel nostro ordinamento, invece, noi abbiamo un'idea diversa: i giudici si limitano ad applicare la legge conformemente alla divisione dei poteri del parlamento) .

Per Kelsen **il diritto è un sistema di norme ordinate gerarchicamente** (la cosiddetta *Stufenbau*, costruzione a gradini). Ogni norma **trae validità** da una norma superiore che ne stabilisce la procedura di creazione (es.: la Costituzione autorizza il Parlamento a fare leggi; le leggi autorizzano i giudici a pronunciare sentenze, ecc.). Quindi, **applicare una norma superiore significa anche “produrre” la norma inferiore**. Quando un giudice applica una norma generale (ad es. un articolo del codice), la sua **sentenza** diventa la “norma individuale” che disciplina quel caso concreto. Non è un atto puramente meccanico: il giudice concretizza e “produce” il diritto per quel caso specifico.

Nell'ordinamento italiano, invece, tradizionalmente si distingue tra:

- Parlamento, fonte legislativa
- giudici, fonte “subordinata”

Ma Kelsen sottolinea che anche i giudici, nel decidere, **non si limitano ad applicare** ma **creano diritto** (almeno a livello inferiore, cioè norme individuali o concrete).

Su cosa si fonda la validità della Costituzione? Lui intende risolvere questo quesito con la **norma fondamentale**: la norma che conferisce utilità alla Costituzione. Questo è il presupposto fondamentale per conoscere l'ordinamento giuridico fondato su questa costituzione.

Noi diamo per presupposta la validità della costituzione. Quando ci si appresta a studiare diritto costituzionale, infatti, non ci si pone neanche il problema che sia valido perché l'abbiamo già presupposto. Presupporre la validità della Costituzione, significa presupporre l'esistenza di una norma su cui si fonda la validità della costituzione, presupporre una norma superiore conformemente alla quale la costituzione è stata prodotta. Da qualche parte esiste una norma che ci dice che la costituzione ha una certa validità. **La norma fondamentale è una norma giuridica ma a differenza di tutte le altre non è posta ma è e deve essere presupposta**. Di fronte a questo assunto viene la domanda: chi l'ha autorizzato e secondo quale criterio? Quindi la norma fondamentale non può essere posta se no bisognerebbe chiedersi da chi e come. *Quindi deve essere necessariamente presupposta*.

- Costruzione a gradi dell'ordinamento

Il diritto regola la sua propria produzione, in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma giuridica viene prodotta.



Filosofia del diritto

Ci sono norme superiori e inferiori. La validità di una norma dipende dalla regola che regola la produzione del diritto. *Le norme tra loro sono concatenate in virtù di queste regole di produzione.* La produzione della sentenza è legata al codice, che è legato alla costituzione, ma vi è un regresso nella norma fondamentale.

La costruzione a gradi mostra che il contrasto fra produzione e creazione del diritto da una parte e applicazione o esecuzione del diritto dall'altra non ha affatto quel carattere assoluto che la dottrina tradizionale attribuisce a tale contrasto e per essa così importante. La maggior parte degli atti giuridici sono nello stesso tempo atti di produzione e esecuzione del diritto. Con ognuno di questi atti giuridici viene eseguita una norma di grado più elevato e prodotta una di grado più basso. L'atto coattivo ha naturalmente il carattere di pura esecuzione come il presupposto della norma fondamentale ha il carattere di pura produzione. La norma giuridica fondamentale (la *grundnorm*) non può essere posta ma deve essere presupposta.

La norma fondamentale teorizzata da Kelsen è un concetto abbastanza complesso da comprendere: a fondamento del sistema giuridico una norma che Kelsen chiama **GRUNDNORM**. Per esempio, nel caso del carabiniere, questo è autorizzato ad arrestare una persona che si è comportata in maniera illecita da una norma e una sentenza che lo qualificano a quel compito. Quell'atto compiuto da quel particolare signore costituisce è posto in essere in esecuzione di una sentenza, che ne costituisce la norma primaria. ***La sentenza nella grammatica di Kelsen è una norma giuridica primaria, individuale e concreta.*** La sentenza è scritta e dietro c'è la volontà di ogni giudice di porla. Su cosa si fonda la validità della sentenza? In questo esempio si fonda sulla validità del codice penale. La legge ordinaria è posta dalla volontà di un legislatore e vale come diritto perché c'è un'altra norma che ha qualificato quegli uomini a produrre diritto. Una norma è valida se è prodotta conformemente a una norma superiore da un organo competente e secondo procedure prescritte. Ogni norma trae la sua validità da una norma superiore. La validità della costituzione a sua volta è posta da qualcuno (pensiamo alla costituzione del 48 posta da determinate persone).

Su cosa si fonda la validità della costituzione? Da una norma fondamentale.

Su cosa si fonda la validità della costituzione del 48? Storicamente le plausibili risposte sono due:

1. la Costituzione è stata posta come norma giuridica perché ci sono persone che hanno vinto la guerra. Se la guerra l'avessero vinta altre persone, ci sarebbe stata ma con contenuti diversi. La prima tesi, dunque, è quella che il diritto si basa sul **potere**. Il testo della nostra Costituzione viene considerato un tesoro della nostra Repubblica, perché scritto da persone che uscivano vittoriose da una guerra, che credevano in determinati ideali: al fondamento c'è, dunque, il potere.
2. La seconda tesi da analizzare è che alla base della nostra costituzione ci siano valori quali la **bontà** e la **giustizia**. È una grande opera di mediazione politica scritte in una grammatica fantastica. Vale, quindi, come norma giuridica per il suo contenuto.

Kelsen, tuttavia, non può tollerare nella sua dottrina *pura* né l'idea che alla base ci sia il potere, né che si fondi sulla giustizia. La seconda, infatti, è una tesi prettamente giusnaturalista e ammetterla, significherebbe abolire quell'iniziale intento di liberare dal campo del diritto la morale e la natura. *Confondendo il diritto con la morale, si ha come conseguenza l'impossibilità della scienza del diritto.* Su un fondamento irrazionale, quale la giustizia,



Filosofia del diritto

secondo la accezione kantiana, non si può fondare il diritto. Riguardo alla prima risposta: il potere è un *fatto* e cadrebbe la separazione tra diritto e natura. A proposito di ciò, Kelsen dice che il diritto è un insieme ordinato di norme, contro Austin che è un insieme di comandi. Tuttavia, se riducessimo il diritto a un insieme di comandi e assumessimo che fosse fondato sul potere, diremmo che non ha nulla di diverso da un bandito perché impone dei comandi.

- Dunque, se non posso fondare il diritto sulla morale e sulla natura, su cosa lo fonda? Se noi dicessimo che il fondamento è la morale, per trovare la definizione prima dovremmo andare da un filosofo morale. Lo stesso che se si basa sul potere, dovremmo recarci in un'aula di scienze politiche.

Questo, un convinto studente di giurisprudenza non lo può e non lo deve assolutamente ammettere. Per sapere cos'è il diritto, dobbiamo rimanere in un'aula di giurisprudenza, perché **noi siamo i detentori** del diritto. *Dunque, l'unica teoria che salva il carattere scientifico del diritto è che il diritto si fonda sul diritto.* Kelsen parla di una *tautologia*: il diritto si fonda sul diritto. Dunque la costituzione fonda la sua validità su una norma, altrimenti non potremmo parlare di *autoreferenzialità del diritto*. Cercando di risalire da norma posta a norma posta, si retrocederebbe all'infinito.

- La norma fondamentale come presupposto

La norma fondamentale di un ordinamento giuridico non vale come norma giuridica positiva, poiché non è posta. La norma fondamentale di un ordinamento giuridico è **presupposta**, come condizione di ogni condizione del diritto. Significa che, se noi non presupponessimo questa norma, diremmo addio all'autonomia del diritto e manderemmo in frantumi l'intero castello della scienza del diritto.

Il nostro corso di laurea è bastato sullo studio di un oggetto che non ha nulla a che fare con la giustizia. Ma intendono questo come ordinamento giuridico valido. Stiamo studiando un sistema di norme valide, esistenti, che valgono in quanto norme e non comandi.

- Kelsen, essendo un prekantiano, fa la stessa cosa che Kant tenta di fare nella critica della ragion pura quando fonda la scienza della natura. Kelsen fonda la scienza del diritto, su **condizioni logico trascendentali**. Condizione di possibilità di un discorso: Kelsen sta spiegando qual è la condizione di possibilità della scienza del diritto; a quali condizione è possibile come scienza e non discorso irrazionale.
- La condizione è la **presupposizione**. Se io non presupponessi il fondamento del diritto, la scienza non esisterebbe. Lo spazio e il tempo sono condizioni di possibilità della conoscenza; delle lenti che si indossano per comprendere la realtà. Se il giurista vuole conoscere il diritto **deve indossare gli occhiali della norma fondamentale, perché è una possibilità**. La norma fondamentale non è trascendente al sistema, ma che appartiene al sistema. È trascendente perché costituisce la possibilità di esistenza di tutte le altre. Se noi non presupponessimo il fondamento del sistema giuridico, si fonderebbe su qualcosa che diritto non è. E la scienza del diritto diventerebbe una scienza della natura o della morale.



Filosofia del diritto

Il piano dell'essere è il piano dei **fatti**; il piano del dover essere, invece, quello delle **norme**. Già facendo questa distinzione dicotomica Kelsen viene tacciato di essere idealista e platonista, perché un po' come aveva fatto Platone, distinguendo il mondo della realtà da quello delle idee, separa il reale in due piani diversi. Dunque, per garantire l'autonomia della scienza del diritto, Kelsen ritiene condizione necessaria e sufficiente il fatto che il diritto sia posto secondo le regole del diritto, che ammettono necessariamente una norma fondamentale **PRESUPPOSTA**. Quindi, a quale condizione si può tenere in piedi questa differenza? Il **diritto è una norma non un comando**. Noi presupponiamo l'esistenza di una norma fondamentale che conferisce validità al diritto. Altrimenti il sistema non si chiude e collasserebbe.

Su cosa si fonda la validità di una Costituzione? È norma valida e giuridica. Cosa fa sì, allora, che la norma esista come norma giuridica?

Tutto il lavoro di Kelsen si fonda sui due piani dell'essere, i fatti, e il dover essere, le norme. Entrambi sono piani della realtà, che devono essere necessariamente due piani distinti.

Il **diritto** si colloca sul piano del **dover essere**; quello dell'**essere** sulla **natura** e i **fatti**. Tra questi due piani c'è una separazione. Al momento di confrontarsi con il problema dell'essere e il dover essere quando tratta del fondamento del diritto, giunge all'idea che il **diritto si fonda sul diritto**, altrimenti collasserebbe. Kelsen dice che le norme non sono comandi e il *diritto per continuare ad essere positivo, deve essere fondato da una norma posta da chi è autorizzato a fare una norma, il legislatore.*

- la Costituzione pure è stata posta, da una norma fondamentale, che è stata a sua volta presupposta. Se apparentemente questo può sembrare strano, in realtà è perfettamente normale: nessuno, infatti, metterebbe in discussione la validità della Costituzione, perché la si dà per scontato. A tal proposito, appare chiaro che il diritto non può fondarsi nè sul potere nè sulla giustizia. **L'assunto di base è che il diritto non si basa su nient'altro se non che su se stesso.** Dopo aver fondato la norma fondamentale, Kelsen dichiara che la sua presupposizione corrisponde a una condizione di possibilità della scienza del diritto, altrimenti sarebbe in balia delle altre scienze.

La condizione di possibilità della scienza del diritto è, quindi, che sia fondato su una norma fondamentale.

- **Il contenuto della norma fondamentale**

Dire che le norme sono schemi vuoti, riempiti di qualunque contenuto, non vuol dire che non possono averlo; anzi, affinché esistano, è necessario che abbiano un contenuto. Il contenuto della norma fondamentale è il **potere sovrano** sul piano della teoria politica. Il diritto positivo di Kelsen risolve il problema della sovranità con il contenuto della norma fondamentale.

Kelsen, quindi, si interroga: viene prima il potere o il diritto? A tal proposito, vi sono due massime latine che racchiudono questo dilemma, perché ammettono che i due riferimenti possano essere sia soggetto che complemento oggetto:

- *Rex facit legem*

- *Lex facit regem*

Kelsen dice che, se sul piano dei fatti il potere viene prima del diritto; sul piano delle norme sono le norme a venire prima dei fatti. Dissociando i piani scioglie, nell'esempio del sistema monarchico che fa a pag.99 questo “ *si presuppone allora*” e proprio perché non c'è forma senza contenuto, *è la norma fondamentale ad attribuire significato giuridico al sistema governativo*. Una volta che si instaura un regime repubblicano al posto di quello monarchico, si avverte la necessità di una nuova norma fondamentale. Un giurista comincia ad attribuire significato giuridico al potere che di fatto si è affermato; ***veste giuridicamente il nuovo potere sovrano***.

- A quali condizioni una norma esiste?

Una norma è ***efficace*** quando viene concretamente rispettata dai suoi destinatari. Se una norma viene o meno rispettata è un problema di norma.

- L'esistenza di una singola norma deriva o no dalla sua efficacia?

No, perché deriva soltanto *dal modo in cui viene prodotta*, non è in nessun modo una condizione di esistenza.

- **Vale anche per l'ordinamento giuridico nel suo contesto?**

Contrariamente a quello che accade alla singola norma, per l'ordinamento giuridico è necessario che ci sia un minimo di efficacia altrimenti non avrebbe senso. Infatti, l'ordinamento giuridico ha una sorta di dipendenza con il comportamento umano: se la norma non ha efficacia sul regolare il comportamento dell'uomo, non ha senso che questa esista.

Non avrebbe senso, tuttavia, neanche un ordinamento giuridico totalmente efficace, perché prescriverebbe la necessità. Non ha nessun senso prescrivere il necessario.

Presupposto della norma giuridica è la sua possibilità, il fatto che possa non coincidere molte volte con la volontà.

Nel caso dell'ordinamento, la tensione tra *dover essere* e *essere*, che non può superare e scendere sotto un determinato limite, ha bisogno di un minimo di efficacia ma non può essere totalmente efficace, altrimenti non avrebbe senso.

- **Rapporto tra validità ed efficacia per Kelsen**

Il diritto è un determinato ***ordinamento*** (o organizzazione) ***della forza***.

Una singola norma giuridica può esistere pur essendo totalmente inefficace. *Una norma singola, dunque, esiste in quanto è valida al di là della sua efficacia*. Tuttavia, non si può affermare lo stesso per quanto riguarda l'ordinamento giuridico. Infatti, l'esistenza di un ordinamento giuridico nel suo complesso non può fondarsi solo sulla validità, ma deve constare anche di un minimo di efficacia.

Quando si affronta il tema del rapporto tra *validità* ed *efficacia*, si discute del rapporto tra *diritto* e *forza*, perché nella trattazione dell'ordinamento giuridico è inevitabile che queste si tocchino.



- Per Kelsen il diritto è un determinato ordinamento della forza. Non bisogna, però, incorrere nell'errore di pensare che diritto e forza siano termini antitetici: il diritto si serve della forza per essere esercitato, perché il diritto altro non è che una **minaccia**. Tra diritto e forza non c'è una sintesi, il diritto è un prodotto della forza.

Una norma è valida quando appartiene ad un ordinamento giuridico, che sorge quando, presupposta una norma fondamentale, si afferma un potere e viene "cucito addosso" al potere costituito a sua volta da un insieme di regole dei giuristi. *È vero che il diritto è un prodotto del potere, ma l'unico potere è quello prodotto dal diritto*. Quando Kelsen dice che il diritto sia o no un prodotto della forza, comunque già dice che dove c'è diritto c'è una regola di esercizio del potere. *Mettere in forma un potere*, significa, dunque, limitarlo.

La filosofa Hannah Arendt nel suo celebre "*l'origine del totalitarismo*" definisce la cosiddetta categoria del **totalitarismo**, nella quale pone sullo stesso piano il nazismo e il sovietismo. (Per Hanna Arendt il fascismo è ancora uno stato autoritario e non totalitario). Nello scritto, inoltre, affronta la differenza tra paura e angoscia, dicendo che la paura è un'emozione che si prova nei confronti di un soggetto, definendo quindi quel qualcosa o quel qualcuno. Questa, d'altra parte, cede all'angoscia, al terrore (principio di funzionamento dei regimi totalitari), quando l'oggetto della nostra emozione non è definito, provando così paura per tutto. Durante il nazismo, infatti, ognuno di qualsiasi categoria non era in grado di valutare in modo certo le azioni degli altri, arrivando a mettere in discussione l'integrità di ognuno.

Dove c'è diritto, ci può essere paura ma non c'è sicuro terrore, perché al massimo si conoscono i soggetti in grado di fare del male.

In questo senso, quindi, si può definire che **il diritto è organizzazione della forza**.

- Diritto e Stato, capitolo VIII

Cos'è lo Stato? Dal punto di vista della scienza del diritto lo Stato altro non è che un ordinamento giuridico, perché è un insieme di norme giuridiche.

La trattazione che sviluppa Kelsen appare agli occhi di noi moderni lontana, presentandoci un mondo che effettivamente non esiste più. Il diritto che noi studiamo, quindi, è un diritto **inefficace**, perché costruito con categorie che non hanno più niente a che fare con il mondo di oggi. Sebbene viviamo nel bel mezzo di un mutamento epocale e di profonda crisi, l'essere umano si ostina a leggere la realtà attraverso le categorie che l'uomo ha sempre conosciuto. Esiste, tuttavia, un limite oltre il quale questa operazione non è più possibile, perché induce a dialogare adoperando un vocabolario passato e per questo non più adatto al nostro tempo. *Hobbes il concetto di Stato se l'è inventato, quello che ha sostituito l'impero. Questa grammatica ha vissuto nella forma dello Stato e del diritto. Schmitt ci era arrivato.*

La teoria di diritto pubblico che Kelsen presenta nel capitolo VIII suppone che lo Stato, come unità collettiva che si presenta come soggetto di volontà e azione, esista indipendentemente e persino già prima del diritto.

- Teoria del diritto pubblico tradizionale:



Filosofia del diritto

Lo Stato, una volta posto il diritto, si sottopone a questo. Questa legge prende il nome di teoria dell'auto limitazione dello stato. Lo Stato gode di un potere assoluto. Questa teoria, nonostante le obiezioni, viene tuttora applicata e sostenuta con resistenza dall'**art. 11, Costituzione** per cui *l'Italia ripudia la guerra*.

Ci si chiede quindi se il potere originario dello Stato, che si è autolimitato, può essere ritenuto ancora *potere sovrano*.

Hobbes, con la figura del *Leviatano*, afferma che l'elemento distintivo di un potere sovrano è la sua **assolutezza**, cioè il fatto di essere *sciolto da ogni legame*, non soggetto a nessun altro potere. La rivoluzione hobbesiana consiste quindi nella creazione di un nuovo potere, lo Stato, contraddistinto dagli stessi parametri che il Medioevo attribuiva alla figura di Dio. Per Kelsen, tuttavia, questa teoria non regge, perché lo stato di diritto diventa tale solo dopo che lo stato stesso ha posto il diritto. La *sotto posizione* dello Stato al diritto assume una funzione di legittimazione dello Stato, cioè un modo per offrire una giustificazione del potere.

L'esistenza di una singola norma giuridica non dipende in alcun modo dalla sua efficacia, ma solo dalla sua **validità**. Senza che ciò incida sull'esistenza dell'ordinamento. Quando parliamo dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, questo ha bisogno di un minimo di efficace per esistere. L'inefficacia di una singola norma non si ripercuote, però, sull'esistenza di un ordinamento.

Ciò che mette in discussione l'efficienza di un ordinamento è che non venga rispettato da nessuno, perché, *essendo il diritto qualcosa di fatto*, è necessario che si applichi a qualche fatto. Se cade l'efficacia dell'ordinamento, cade l'esistenza della norma fondamentale.

- Circa al minimo di efficacia Kelsen si lascia un margine di vaghezza. C'è un limite massimo e un limite minimo. L'ordinamento giuridico non ha senso quando tutte le norme sono rispettate da tutti, perché prescriverebbero la necessità (come il caso del piccolo principe e il re). È necessario uno scarto tra ciò che deve essere e ciò che non deve essere. È uno scarto di possibilità, non di efficacia, ossia una norma presupposta, su cui la costituzione si fonda e fin quando vale questa l'ordinamento giuridico funziona.
- Il terzo Reich è un ordinamento giuridico in rottura o continuità dal regime precedente? Dipende dalle prospettive, dal punto di vista formale, infatti, Hitler non usurpa il potere, ma viene nominato dal cancelliere. Non c'è una soluzione di continuità. La *grundnorm* resta la stessa. Se cambia la *grundnorm*, nel caso di una rivoluzione è perché è stata presupposta una nuova norma fondamentale.

Sul piano del *dover essere*, il diritto viene prima del potere. Dunque, l'affermazione il potere è nelle mani del popolo nell'ottica della scienza del diritto risulta vera, perché è stabilita da una norma, non ammettendo, quindi, altre motivazioni. Per quanto riguarda, invece, **un'ottica storica** ci sarebbe un'altra risposta.

- capitolo VIII: Diritto e stato



Filosofia del diritto

In questo capitolo Kelsen ancora una volta sfida la teoria tradizionale: lo Stato, infatti, per il filosofo altro non è che un ordinamento giuridico.

Con questa affermazione la dottrina pure del diritto intende ammettere un'assoluta identità tra diritto e stato e togliere definitivamente dal pensiero giuridico comune l'idea che sia lo stato a nascere prima. Per la scienza del diritto lo stato altro non è che un particolare ordinamento giuridico. Tuttavia, se è vero che ogni Stato è un ordinamento giuridico, non è vero che ogni ordinamento giuridico è uno stato.

Il diritto è un ordinamento **sociale** e **coattivo**: nel primo caso perché trova il suo elemento costitutivo nel fatto di essere un insieme di regole; nel secondo, perché il suo **elemento costitutivo è la forza**. Infatti, è proprio lo stato che ci porta ad *agire in un certo modo attraverso la minaccia della sanzione*.

Attenzione a non pensare che diritto e forza siano termini antitetici, il diritto, anzi, si serve della forza ed è proprio il fatto che si serva della forza dal differenziarlo da altri ordinamenti. Dove c'è diritto, dunque, c'è messa in forma della forza e condanna della violenza. La violenza è una forza priva di misura. L'attività della polizia per esempio diventa violenta quando eccede la misura della legge. Il diritto, dunque, regola chi legittimamente può utilizzare la forza e secondo quale modo.

- Cos'è lo stato e dove possiamo collocarlo?

La figura del Legislatore a cui spesso noi facciamo riferimento, altro non è che il legislatore, una persificazione di un soggetto fittizio, che non esiste; una ipostatizzazione, il conferire realtà a qualcosa che non c'è. Potremmo quasi dire che è il bisogno che ognuno di noi avverte per personificare un insieme di ruoli: votare le leggi, sedere in parlamento e lo svolgimento legittimo del proprio lavoro, perché autorizzato da una norma. **Lo stato, quindi, è un insieme di regole che autorizza determinate persone ad essere in un determinato luogo e svolgere un determinato compito**. Quando pensiamo allo stato come una persona, ci riferiamo a una persona giuridica. Una persona giuridica è il risultato di un ordinamento giuridico che qualifica questa come stato. È l'espressione di un'unità di un ordinamento giuridico.

Lo stato italiano è un prodotto del suo ordinamento giuridico; esattamente come il legislatore, che è una **finzione** che noi accettiamo per dare ragione giuridica allo stato.

Lo stato è l'espressione dell' 'un'unità di un ordinamento. È persona giuridica, che, per essere tale è fatta da una serie di norme.

- Tuttavia, se possiamo affermare con assoluta certezza che ad ogni stato corrisponde un determinato ordinamento giuridico, non si può dire lo stesso per il contrario: non è vero che a ogni ordinamento giuridico corrisponde uno stato. **L'ordinamento giuridico si chiama Stato quando ha raggiunto un certo grado di accentramento di alcuni poteri.**
- Il diritto internazionale per Kelsen è una forma di Stato perché non ha ancora raggiunto un sufficiente grado di accentramento, non c'è ancora un assetto di potere accentrato. C'è un assoluto **decentramento** delle funzioni e dei poteri.

In questa affermazione ricalca ciò che aveva detto Weber, padre della sociologia del Novecento, nel 1919: "lo Stato è quella comunità *inumana* che nell'ambito di un determinato territorio in certi confini - elemento questo del territorio che è tra le sue componenti

Filosofia del diritto

caratteristiche - pretende per sè (con successo) il monopolio dell'uso legittimo della forza fisica”.

Verrebbe allora naturale chiedersi: questo monopolio legittimo della forza da chi o da che cosa è autorizzato? Secondo Kelsen è l'esistenza di una norma che permette allo stato di usare la forza fisica. **La forza può essere accentrata** (tale quando ha il monopolio della *produzione di norme giuridiche, potere legislativo e l'esecuzione coattiva delle norme, potere esecutivo e giudiziario*) **da una singola forza giuridica.**

- **IX capitolo: stato e diritto internazionale**

In che rapporto stanno gli ordinamenti dei singoli Stati con gli ordinamenti internazionali? Prima di rispondere a questa domanda, è importante fare una distinzione:

- **MONISMO**: il diritto è uno (ciò che pensa Kelsen)
- **PLURALISMO**: il diritto si declina in modo diverso

Gli ordinamenti giuridici statali e quelli internazionali restano differenti e non ordinati gerarchicamente. (Già la parola internazionale, infatti, ci dà il senso di *orizzontalità*). Kelsen è esempio cardine del monismo.

Secondo il giurista, infatti, i vari ordinamenti giuridici dei vari stati altro non sono che parti del diritto internazionale. Nell'ottica monistica della dottrina pura del diritto, se incontriamo ordinamenti giuridici diversi e dobbiamo ricavare una gerarchia, diciamo che sul piano dei rapporti degli ordinamenti giuridici particolari con quello internazionale, quest'ultimo sta al di sopra.

- Già nel V capitolo si era detto che bisogna conquistare l'unità dell'oggetto del diritto avendo, una pluralità di ordinamenti. Bisogna ricondurli in un unico ordinamento capace di contenerli tutti: **l'ordinamento giuridico Internazionale**. Kelsen, oltre ai gradini interni che aveva posto degli ordinamenti interni allo stato, pone altri gradini. Quello internazionale, dunque, per Kelsen è una sorta di diritto sovranazionale. (Per il periodo storico in cui Hans Kelsen perviene a questa concezione, si può definire la sua opera **rivoluzionaria** e quasi **anacronistica**: alla pubblicazione de *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, infatti, la futura Europa fondava il nucleo originario della *società delle nazioni*, che, tuttavia, fallisce. Questo porterà come conseguenza la fondazione dell'ONU.)

Se gli ordinamenti dei singoli Stati si poggiano su degli ordinamenti internazionali, qual è la *grundnorm* del diritto internazionale? La norma fondamentale del diritto internazionale si può definire con l'espressione *Pacta sunt servanda*. La **condizione di possibilità** di un trattato internazionale è **la presupposizione che i patti devono essere accettati**. Se questo non viene presupposto, il diritto internazionale non ha senso di esistere. Invece, un trattato assume come presupposto il fatto che deve essere rispettato in quel modo.

Se si ammette che non vi sia un unico ordinamento giuridico statale, ma bensì una **pluralità** di questi e se si riconosce che c'è un coordinamento tra questi sistemi in virtù di un ordinamento giuridico superiore, l''internazionale', si può affermare che l'ordinamento giuridico internazionale è pensato da Kelsen come uno che **sovrasta** quello dei singoli Stati e li riunisce **in un'unità in una comunità giuridica universale**. Dunque, l'interrogativo della



Filosofia del diritto

scienza del diritto è su *Come è fatto il diritto nella sua UNITÀ*. La cosa sconvolgente è che Kelsen affermi che l'ordinamento giuridico internazionale sovrasta quelli statali nel 1934, quando l'Europa era dilaniata. Il diritto internazionale, quindi, aleggia agli occhi di un uomo provato dal disastro dei regimi totalitari e dalla divisione da questi portata come l'unica SPERANZA per giungere attraverso la *pluralità* ad un'*unità* di pace.

Anche il diritto internazionale è un diritto coattivo, un insieme di regole sull'uso della forza. Ma è anche un ordinamento giuridico *primitivo*. La forma compiuta di un ordinamento giuridico è lo stato, perché mette ordine con la forza coattiva un territorio. Questo è l'unico modo per mettere pace in un territorio internazionale (progetto per la pace perpetua di Kant).

- C'è un ordinamento giuridico internazionale ma non c'è ancora uno Stato mondiale, cosa che rende per Kelsen il diritto internazionale PRIMITIVO. Tuttavia, Kelsen, già commosso dal vedere il mondo riunito sotto un unico ordinamento giuridico, sprona la comunità umana a lavorare nel solco di questa direzione. Manca per esempio un organo per la produzione e l'esecuzione delle norme giuridiche il quale funzioni per mezzo del principio della divisione del lavoro.

Lo scopo ultimo della conoscenza del diritto vuole definire questo nella sua UNITÀ su un soggetto. **La sua è una teoria generale del diritto**. Vuole ricondurre a un'unità la pluralità di ordinamenti giuridici particolari.

- Diritto e guerra: Diritto e pace nelle relazioni internazionali - Hans Kelsen

L'opinione comune potrebbe pensare che l'esistenza della guerra ha come diretta e naturale conseguenza la mancanza del diritto. Nello scritto "*Diritto e pace nelle relazioni internazionali*", pubblicato nel 1940, il giurista definisce essenzialmente **il diritto come un ordinamento per la promozione della pace**.

• Da qui la domanda: il diritto internazionale è ordinamento per la promozione della pace? Sì, se stiamo parlando di diritto, altrimenti no. Compito essenziale del diritto è, dunque, quello di organizzare la pace regolando la forza.

• E ancora: possiamo quindi dire che il diritto internazionale è un ordinamento di questo tipo? E se non lo è qual è il modo per fare del diritto internazionale un ordinamento efficace per la promozione della pace? Mentre la risposta alla prima domanda risulta perfettamente in linea con i principi della dottrina pura del diritto (il diritto è posto dal diritto, parliamo, quindi, di una *scienza del diritto*); per dare una risposta alla seconda domanda, invece, si rischia di scivolare dalla scienza del diritto alla **politica del diritto**. Sin dall'inizio di questo scritto, quindi, incontriamo un Kelsen strano che smette di essere scienziato e indossa le vesti di *politico* del diritto, facendo luce su quelli che possono essere i passi per migliorare il diritto internazionale (risponde un po' alla domanda su come il diritto *deve* essere, che avevamo detto che non si doveva occupare la scienza del diritto) .

Intendere il diritto come uno strumento per la pace, significa ammettere una condizione in cui l'uso della forza è inesistente. Ammettere l'esistenza di uno, esclude automaticamente l'altro. Tuttavia, Kelsen afferma che il diritto stabilisce solo una **pace relativa**, in quanto priva gli individui del diritto di impiegare la forza ma riserva lo stesso alla comunità. La pace del diritto



Filosofia del diritto

non è uno stato di essenza assoluta della forza, anarchia, ma è piuttosto uno stato di monopolio della forza da parte della comunità. Come aveva detto Weber, **monopolio dell'uso legittimo della forza**. Possono usare la forza solamente coloro che sono legittimati ad usarla da una norma.

Dove c'è diritto l'uso della forza è generalmente proibito, ma è eccezionalmente permesso a determinati individui permessi da una norma a utilizzare la forza e in determinate circostanze.

Se è possibile descrivere il materiale che si presenta come diritto internazionale (lui insegnava) in modo tale per cui l'impiego della forza di uno Stato contro l'altro Stato possa essere interpretato esclusivamente o come illecito o come sanzione, allora il diritto internazionale è diritto nello stesso senso del diritto nazionale."

Quando parliamo di uso della forza sul piano dei rapporti tra Stati si intende la GUERRA. Il diritto internazionale ha la pretesa, dunque, *di regolare la guerra*, organizzare l'uso della forza nelle relazioni tra Stati: il diritto internazionale è davvero diritto se le sue norme mi mettono nella condizione di dire che ogni volta che uno Stato esercita la forza nei confronti di un altro, io posso sempre **qualificare l'uso della forza o come illecito o come sanzione**.

Il diritto internazionale ci mette nella condizione di fare questa distinzione?

- **Il significato della guerra sul piano del diritto internazionale:**

Ci sono norme che attribuiscono al fatto della guerra un significato giuridico? È possibile affermare che secondo il diritto internazionale la guerra sia prevista solo come sanzione da parte di determinati soggetti autorizzati? E che ogni guerra che non abbia il carattere di una sanzione sia proibita dal diritto internazionale, sia un illecito? Per rispondere a queste domande Kelsen farà ricorso proprio alla grammatica medievale sul concetto di *guerra giusta*. Il diritto internazionale sarà tale se ci metterà nella condizione di distinguere la guerra come crimine e le guerre giuste.

Ci sono due possibili interpretazioni della guerra:

- secondo il diritto internazionale **generale** vincola tutti gli Stati ed ha prevalentemente *natura consuetudinaria*. Questa è la tesi che appoggia anche Kelsen, la guerra è proibita in linea di principio ed è permessa solo come reazione nei confronti di un illecito (teoria del *Bellum iustum*).
- Poi c'è quello **particolare** che è di origine pattizia, accordo con trattati. In quest'ottica la guerra non è né un illecito né una sanzione. È un modo normale in cui gli Stati risolvono le controversie, è un fatto non qualificato giuridicamente.

Nel diritto internazionale risultano illecite le guerre di aggressione; invece, risultano sanzioni le guerre di difesa, in quanto il singolo stato invaso non ha nessuna polizia mondiale alla quale rivolgersi, è egli stesso ad infliggere la sanzione verso lo Stato aggressore con la forza di **legittima difesa**, guerra di difesa.

- L'opinione comune è incline a pensare che il diritto internazionale con tutte le sue mancanze è comunque un tentativo di organizzare la forza, nella speranza di aver riconosciuto l'inizio di uno sviluppo futuro, e con l'intenzione di rafforzare, per quanto possibile, tutti gli elementi

Filosofia del diritto

del diritto internazionale contemporaneo che conducono a giustificare questa interpretazione e a promuovere l'evoluzione che si desidera. Kelsen si fa, dunque, garante della speranza secondo la quale per risolvere realmente la guerra, è necessario continuare a procedere nella via del diritto internazionale.

Analogamente a Kant, maestro teorico del giurista del Novecento, Hans Kelsen, nelle sue tre *Critiche* si propone di rispondere a tre interrogativi:

- **Critica della ragion pura:** che cosa posso conoscere?
- **Critica della ragion pratica:** che cosa devo fare?
- **Critica del giudizio:** cosa mi è lecito sperare?

Tra le grandi domande che Immanuel Kant pone alla filosofia — Che cosa posso sapere? Che cosa devo fare? Che cosa mi è lecito sperare? — l'ultima rappresenta il punto culminante del suo pensiero: **essa racchiude il senso morale e religioso dell'esistenza umana.** Nella prospettiva kantiana, la speranza non è un sentimento vago o irrazionale, ma una dimensione che scaturisce dalla ragione pratica. L'uomo può "lecitamente sperare" in un fine ultimo — la felicità proporzionata al merito, la realizzazione del bene, la giustizia divina — perché la sua condotta morale lo rende degno di tale speranza.

La domanda "che cosa mi è lecito sperare?" (Was darf ich hoffen?) dunque, per Kant, esprime una fiducia razionale: la speranza è "lecita" quando si fonda sulla legge morale e sulla libertà dell'uomo. Essa non nasce dal sentimento o dal desiderio, ma da un'esigenza della ragione etica: se la ragione mi impone di agire moralmente, essa deve potermi consentire anche di sperare che l'agire morale non sia vano, ma abbia un significato ultimo nell'ordine del mondo.

- Argomenti a favore della teoria dello *Bellum iustum*

- trattato di Versailles: è stato messo nero su bianco il fatto che la guerra è un **crimine**, per la prima volta dalla Germania. L'imperatore Guglielmo è un criminale e per questo la Germania è sottoposta a durissime sanzioni. È per la prima volta che la guerra viene giuridificata.
- Patto della società delle nazioni e il patto dicono la stessa cosa del trattato di Versailles.

Nei suoi aspetti tecnici, il diritto internazionale generale è un diritto primitivo, come risulta, tra l'altro, dalla completa mancanza, al suo interno, di un organo particolare incaricato dell'applicazione delle norme giuridiche in casi concreti. Nel diritto primitivo, l'individuo, i cui interessi giuridicamente protetti sono stati violati, è egli stesso autorizzato dall'ordinamento giuridico a procedere contro il trasgressore, con tutte le misure coercitive previste dall'ordinamento medesimo. Ciò è denominato **autotutela**.

- **Carl Schmitt**

Carl Schmitt nacque il 11 luglio 1888 a Plettenberg, nella Renania occidentale, in Germania, in una famiglia cattolica di modeste condizioni. Dopo aver frequentato il ginnasio a Attendorn, studiò giurisprudenza nelle università di Berlino, Monaco, Strasburgo e Heidelberg, dove si laureò nel 1910 con una tesi sul concetto di colpa. Fin dai primi anni si



Filosofia del diritto

distinse per l'ampiezza dei suoi interessi teorici, che andavano dal diritto pubblico alla filosofia, dalla teologia alla sociologia.

Durante la Prima guerra mondiale, Schmitt prestò servizio come ufficiale e poi come funzionario presso il Ministero della Guerra tedesco, esperienza che rafforzò in lui la convinzione che il diritto e la politica non potessero essere compresi separatamente. Dopo il conflitto intraprese la carriera accademica, insegnando diritto pubblico e scienza politica in diverse università tedesche: Greifswald, Bonn, Berlino e infine Colonia.

Negli anni Venti, nel contesto della fragile Repubblica di Weimar, Schmitt divenne uno dei più importanti e discussi giuristi del suo tempo. Le sue opere di questo periodo — tra cui *La dittatura* (1921), *Teologia politica* (1922), *Il custode della costituzione* (1931) e *Il concetto del politico* (1932) — affrontano in modo radicale il problema del potere sovrano e dei fondamenti del diritto.

La sua celebre definizione, secondo cui “*sovrano è chi decide sullo stato di eccezione*”, riassume la sua convinzione che ogni ordine giuridico, in ultima istanza, dipenda da una decisione politica originaria e non da una norma astratta. Per Schmitt, infatti, il diritto nasce dall'atto sovrano che stabilisce le condizioni di validità dell'ordine, e in situazioni di crisi solo la decisione del sovrano può salvare lo Stato sospendendo la legge.

Parallelamente, Schmitt elaborò una concezione “conflittuale” della politica, fondata sulla distinzione essenziale tra *amico e nemico*: la politica, nella sua forma più pura, è il campo in cui si decide chi appartiene a una comunità e chi ne è escluso. Questa visione, fortemente realista e polemica, lo pose in contrasto con la tradizione liberale e parlamentare, che egli giudicava incapace di prendere decisioni reali e di garantire l'unità politica.

Nel 1933, dopo l'ascesa al potere di Adolf Hitler, Schmitt aderì al *nazionalsocialismo*, convinto, almeno inizialmente, che il nuovo regime potesse rappresentare un superamento della crisi dello Stato liberale. In questo periodo assunse incarichi ufficiali, tra cui quello di presidente dell'Associazione dei giuristi nazionalsocialisti, e difese alcune misure del regime, come la sospensione delle garanzie costituzionali. Tuttavia, già a partire dal 1936, Schmitt venne progressivamente emarginato dai circoli del partito, accusato di opportunismo e di simpatie cattoliche, e perse la sua influenza politica diretta.

Dopo la Seconda guerra mondiale, fu arrestato dalle forze alleate e internato per oltre un anno, ma non subì condanne penali. Pur non potendo più insegnare all'università, visse a lungo a Plettenberg, dedicandosi alla scrittura e ai contatti con studiosi e intellettuali europei e latinoamericani. Continuò a elaborare riflessioni di grande intensità teorica, come *Il nomos della terra* (1950), in cui analizzò l'ordine giuridico internazionale sorto con la modernità. Negli ultimi decenni della sua vita, Schmitt divenne una figura tanto influente quanto controversa. Da un lato, fu oggetto di forti critiche per la sua compromissione con il regime nazista; dall'altro, il suo pensiero esercitò, e continua a esercitare, un'influenza profonda sulla filosofia politica, sulla teoria del diritto e sulla geopolitica contemporanea. Autori come Leo Strauss e Hannah Arendt, pur con orientamenti diversi, hanno dialogato con le sue idee sulla sovranità, l'eccezione e il rapporto tra politica e diritto.

Carl Schmitt morì il 7 aprile 1985 nella sua città natale, Plettenberg, all'età di 96 anni.

La figura di Carl Schmitt rimane una delle più complesse e ambigue del pensiero del Novecento.

Giurista, filosofo e teologo politico, egli ha saputo cogliere come pochi altri il carattere

Filosofia del diritto

drammatico della modernità politica, in cui l'ordine giuridico è sempre minacciato dal conflitto e in cui la decisione sovrana emerge come atto fondativo e rivelatore. La sua riflessione, nata all'incrocio tra teologia, filosofia e diritto, continua ancora oggi a interrogare la teoria dello Stato, la natura della sovranità e il fragile equilibrio tra legge e potere, tra norma e eccezione, tra politica e giustizia.

Dopo la seconda guerra mondiale viene internato per quasi un anno in una prigione di Norimberga. Qui scrive "*Ex captivitate salus*", una formula paradossale e tipicamente schmittiana, che allude alla possibilità di ritrovare un senso e una verità proprio nel momento della cattività, cioè nella **prova estrema**.

Il testo di Carl Schmitt trattato in questo corso è la *Teologia politica*: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità, compresa in una raccolta Italiana di saggi curata da filosofi e teorici italiani, che prende il nome di ***Le categorie del politico - saggi di teoria politica***. Questo esiste solo in italiano perché è frutto di una raccolta di saggi da parte di alcuni curatori in italiano come Gianfranco Miglio, scienziato della politica in vista nel nostro Paese. Questo testo è straordinario. Carl Schmitt venne abolito dall'insegnamento perché è nazista, e forse si è ripreso a leggere solo negli anni 70.

Un titolo di questo genere che parla del diritto internazionale e, se indossiamo gli occhiali della teoria pura del diritto, questa dottrina **non è pura**. Nel 44 Schmitt mette giù questo saggio e in alcuni punti direttamente interviene contro Kelsen, lo cita, facendolo capire chiaramente, risultando un attacco molto più duro di quanto sostenga apertamente.

Già dal titolo del saggio, *Teologia politica*, si comprende la natura "*impura*" della sua tesi giuridica, a tal punto da essere nominato come scienziato della politica, che, come sostiene Kelsen, non ha nulla a che fare con il diritto. Tuttavia, risulta a seguito di questa consapevolezza interessante l'affermazione che arditamente ripeteva: "*Mi sento al 100 per cento giurista e nient'altro, e non voglio essere altro. Io sono giurista e rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta d'eccezione.*"

Così, parlando di *teologia politica*, smonta tutte le dicotomie e rimette dentro una serie di cose che Kelsen aveva messo fuori, primo fra tutti il rapporto tra ***diritto e politica*** e ***diritto e potere***. Scrive tutti i concetti pregnanti della moderna dottrina dello Stato che sono concetti *teologici secolarizzati*: concetti di cui continuiamo a parlare come se fossero **assoluti** (come se fosse Dio) e come se li applicassimo ai nostri tempi (*saeculum*).

Quando, per esempio, Hobbes costruisce la figura del potere sovrano e ci parla di questo come se fosse un Dio mortale e si continua ad usare la ***grammatica teologica***, sebbene cambi il soggetto di studio. Avviene una secolarizzazione, passaggio dall'ambito spirituale a quello terreno. Il significato di *eccezione* che ha per la giurisprudenza è analogo a quello di *miracolo* per la teologia. Questi sono concetti teologici secolarizzati: si parla di Dio ma al posto di avere un imperatore come suo rappresentante, abbiamo un legislatore. Infatti, il modo di interpretazione del testo giuridico, del codice civile, (***ermeneutica giuridica***) è molto simile al modo di interpretazione del Corano (***ermeneutica teologica***: senso letterale, senso allegorico, senso morale, senso analogico...)

A differenza di Hans Kelsen, che nel trattare la sua dottrina pura era stato *scientifico*, Schmitt comincia con una frase suggestiva: **sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione**. Sin da subito, infatti, si potrebbe dire che, definendo un soggetto non un concetto, seduce il lettore inducendolo a continuare la lettura. Dice chi è il sovrano, no che cos'è la sovranità. Sovrano è chi decide. Tuttavia, in quel *chi* racchiude tutta l'essenza della Sua dottrina, perché garantisce a *chiunque la possibilità* di essere sovrano (il *chi* che decide) e per questo appare un po' vuota. *Decide* è la parola fondamentale di questa frase: a fonda, entro del diritto c'è la *decisione sovrana*, presa da chi decide. Questo riferimento alla decisione è centrale in tutta la grammatica di Carl Schmitt. Per lui a fondamento del diritto non c'è una norma, cosa tipica del *formalismo borghese*, ma c'è una decisione, appunto la decisione sovrana. Dice che con l'assunto della norma presupposta *si sta nascondendo il vero cuore del diritto*, non lo sta rivelando: lo *Stato d'eccezione*. Questo è indefinibile, ma si può parlare in senso lato di uno Stato non normale, che pone un'eccezione alla regola, probabilmente si può intendere come uno stato di disordine, in cui è necessario riportare le cose all'*ordine*. Lui dice, invece, di avere il coraggio di guardare e vedere che c'è una decisione. L'oggetto della decisione sovrana è lo **stato di eccezione**, che non è uno stato normale.

In una situazione di disordine vuol dire che c'è qualcuno che mette ordine. Il sovrano è, quindi, quello che decide o meno sullo stato d'eccezione, presentandosi come colui che lo può risolvere. Anche la particella *sullo* diventa importante all'interno della definizione, perché è diverso da dire *nello stato d'eccezione*: il sovrano decide sull'esistenza o meno di uno Stato d'eccezione, non sullo Stato come fatto in sé già esistente; difatti se il sovrano si presenta come colui che decide, lo Stato d'eccezione esiste, contrariamente esso non esisterebbe. Sin da subito, dunque, notiamo la **concretezza** della sua persona, che preferisce concentrarsi sull'evidenza del soggetto, piuttosto che sull'astrattezza del concetto: si concentra sul sovrano, non sulla sovranità.

- non su cosa
- DECISIONE, non norma
- **SULLO**, non nello
- ECCEZIONE, non regola

Schmitt parla del sovrano, sulla concretezza della persona non sull'astrattezza di un oggetto, la sovranità. Non a caso egli è ritenuto uno dei primi **realisti del diritto**. Pone attenzione sul fondamento dell'ordinamento, dove si trova una decisione, non una norma. Prima di risolvere i problemi della società, infatti, c'è bisogno che ci sia qualcuno che sostenga che ci sia uno che stato, una condizione, che richiede degli interventi straordinari per essere risolti. Le norme, infatti, funzionano solo in condizioni di normalità. Le norme, dunque, non bastano, c'è bisogno di misure straordinarie. Prima che Hitler prendesse il potere, il suo unico obiettivo era difendere la Repubblica di Weimar, poiché pensava che il partito nazista come quello bolscevico dovesse essere messo fuori dalla repubblica, perché erano grandi partiti di massa da evitare.

- A tal proposito cita **Kierkegaard**: l'eccezione spiega tutto, non la regola. Se vuoi capire cos'è l'umano, devi pensare a qualcosa di eccezionale.

- **art 48** della Costituzione della Repubblica di Weimar afferma che: *Se un singolo stato federale non adempie agli obblighi imposti dall'Impero, il presidente può intervenire con la forza. Egli può prendere le misure che ritiene necessarie per ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica anche con la forza armata.*” Ciò significa che le situazioni di misura eccezionali possono essere riordinate dall'esercito e dalle forze armate. Per esempio tutte le misure straordinarie introdotte in aeroporto sui bagagli, sono state inserite a seguito dell'attentato alle Torri Gemelle del 2001. Si è stati disposti quindi a fare un passo indietro sui propri diritti fondamentali per tutelarsi. Ci sottomettiamo ad alcuni diritti fondamentali per tutelarci.
- Hobbes a tal proposito aveva già compreso che il vero fondamento del potere, che produce obbedienza, è la **paura**: significa dire, quindi, che *si è disposti a rispettare le leggi*, quando si ha paura dell'assenza di queste. Più si ha paura, più si è disposti a ritirarsi. In questo consiste, dunque, la teoria dello stato d'eccezione per cui il sovrano decide su come regolare le cose che incutono paura. Più c'è il rischio del disordine, più si è disposti a concedere qualsiasi diritto, affinché ci sia qualcuno che ci salvi.

Sono dinamiche **costitutive** del potere, che Schmitt diagnostica con una velocità assoluta, ripercuotendosi anche sul nostro presente.

Lo **stato d'eccezione** è il **miracolo della teologia politica**: non può essere previsto, avviene senza che ce lo si aspetti e nasce dalla decisione del sovrano di agire come se fosse tale.

Il sovrano per Schmitt è colui che decide sull'esistenza dello stato di eccezione. L'attenzione di Schmitt è riposta sullo stato d'eccezione, poiché in quello la popolazione è sottomessa dalla paura, essendo così disposta a cedere i suoi diritti fondamentali. Compito del sovrano, dunque, è far fronte a questo pericolo e in qualche modo *salvare* la popolazione da questi problemi. In questo stato d'eccezione, infatti, sono necessarie misure straordinarie da parte del sovrano. La teoria dello Stato d'eccezione basato sulla *paura* trova la sua fonte di ispirazione nel filosofo Thomas Hobbes, il quale sostiene che il potere non funziona quando si ha paura di chi detiene il potere, ma quando **c'è assenza di potere**. Quando afferma *homo homini lupus*, è una pura costruzione. Poiché si ha paura dell'assenza del potere e quindi si rispettano le leggi, altrimenti non si rispetterebbe. Più noi ci sentiamo in pericolo più siamo disposti ad arretrare sui nostri diritti fondamentali.

- Lo stato di homo homini lupus e la critica di Carl Schmitt

Quando Thomas Hobbes afferma *homo homini lupus*, egli non intende descrivere una realtà storica o antropologica, ma costruire un modello teorico che spieghi la necessità dello Stato. Nello stato di natura, secondo Hobbes, gli uomini sono in una condizione di insicurezza reciproca, in cui ognuno teme la violenza dell'altro. Tuttavia, questa condizione non è mai esistita realmente: è un'ipotesi razionale, un artificio concettuale che serve a mostrare come, **senza un potere comune, la vita sarebbe "solitaria, povera, brutta, bestiale e breve"**. Già in Hobbes, dunque, l'idea che "l'uomo è un lupo per l'uomo" è una costruzione intellettuale, non un dato empirico.

Carl Schmitt, nel suo saggio *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes* (1938), mette in luce proprio questo carattere artificiale dell'antropologia hobbesiana. Egli interpreta l'“*homo homini lupus*” come una finzione razionale, un **presupposto necessario** a fondare **l'autorità assoluta del sovrano**. Per Schmitt, Hobbes non vuole descrivere l'uomo così com'è, ma costruire un'immagine dell'uomo come essere egoista e pericoloso, al fine di giustificare la necessità di un potere che lo domini e garantisca l'ordine. La figura del Leviatano nasce dunque come risposta politica a un mito antropologico: l'uomo, in quanto minaccia per l'uomo, deve essere contenuto da un potere più forte di tutti.

Schmitt sottolinea anche che in questa costruzione Hobbes rivela un tratto tipicamente moderno: **l'ordine politico nasce non da un fondamento naturale o divino, ma da una decisione**. Lo Stato si fonda su un atto di volontà che mette fine alla guerra di tutti contro tutti, imponendo l'unità del potere sovrano. Tuttavia, secondo Schmitt, Hobbes indebolisce questa dimensione decisionista quando ammette la libertà di coscienza e il pluralismo delle opinioni: così, il Leviatano perde la sua forza simbolica e la sua autorità assoluta si dissolve. L'immagine dell'“*homo homini lupus*” resta allora una costruzione teorica, un mito politico che non riesce più a sostenere la compattezza dello Stato moderno.

Hobbes afferma e Schmitt lo sostiene che **il primo fine dello Stato è la garanzia della sicurezza personale e**, poiché questo avviene in situazioni di pericolo impossibili da prevedere, non può essere determinata in un modo specifico. Nell'art 48 della Repubblica di Weimar, infatti, non specifica quando ma specifica **chi=il sovrano**. La decisione anticipa la regola e l'eccezione risulta tale proprio quando manca questa, risultando quindi *imprevedibile*. La situazione di eccezione di cui parla lui è **assoluta**, che prevede la sospensione di determinate norme. In una situazione normale noi non vediamo il sovrano ma le norme (che sembra che si applichino da sole). In una situazione di eccezione, invece, si inizia a percepire che al di là del diritto c'è un potere sovrano che, nella sua assolutezza, si espande. D'altronde, questa possibilità di espansione viene conferita al sovrano dal popolo stesso, che sentendosi precipitato in una situazione di *caos*, si affida al sovrano affinché questo nei suoi poteri decisionali provveda all'ordine. È proprio, infatti, questo bisogno quasi naturale della popolazione che in un certo senso **legittima lo Stato d'eccezione del sovrano**.

- Una situazione analoga nel contesto storico contemporaneo all'autore è proprio quella della Repubblica di Weimar che cede all'ascesa della dittatura hitleriana. Infatti, in quell'anno di passaggio dal 1932 (repubblica) al 1933 (ascesa di Hitler) Schmitt avverte l'esigenza di frenare i due movimenti di massa che in quel periodo stavano ottenendo sempre più consenso: il bolscevismo e il nazismo. In quest'ottica l'appello all'articolo 48 risulta del tutto legittimo: è come se l'autore invocasse il *presidente della Repubblica di Weimar* affinché intervenisse per frenare questo pericolo.

Quando nella *premessa all'edizione italiana* si legge che il passaggio dalla Repubblica di Weimar all'Impero hitleriano risulta **del tutto legale** significa proprio ammettere la qualifica di sovrano a Hitler, che in un momento di forte caos, quale quello in cui riversava la Germania a seguito del *Trattato di Versailles*, ha saputo interpretare i bisogni della popolazione.

Filosofia del diritto

È lo Stato a decidere se esiste o no uno stato d'eccezione, ovvero uno stato che decide su cosa cosa si debba fare per superare lo Stato d'eccezione. Il sovrano, quindi, ancor prima di essere **Colui che pone il diritto, è colui che lo può sospendere:** sospendere la vigenza della costituzione previgente.

“Tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono qui necessariamente limitati. Egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene adesso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa”. (Pag 34)

Parallelamente, è esattamente ciò fa Hitler al momento dell'ascesa: sospende la Costituzione di Weimar, perché questa non è in grado di risolvere più i problemi della popolazione.

Ogni norma generale funziona in una situazione normale, di ordine. La situazione di eccezione, invece, necessita di *misure straordinarie*. Contro Kelsen sul paragrafo della norma fondamentale presupposta, dice che questa normalità di fatto, di ordine sociale, non può essere estromessa dalla teoria del diritto. **Per una situazione di disordine non esiste nessuna norma applicabile al caos.** Quindi, prima deve essere stabilito l'ordine e solo allora può essere stabilito il diritto.

Al contrario, la scientificità del diritto di Kelsen non ammette assolutamente che **l'ordine sociale** sia un argomento di sua competenza. Schmitt, invece, sostiene che l'ordine sociale sia eccome un problema del diritto, perché decidere sullo stato d'eccezione equivale a dire decidere lo stato di normalità. Dire che decido sullo stato d'eccezione significa dire o meno se siamo in una situazione di normalità. Se non ammettiamo che il diritto regola anche l'ordine sociale significa che non vogliamo smascherare il potere a livello della fondazione di diritto. Dunque, nell'ottica schmittiana studiare il diritto come un insieme di sole norme significa studiare una macchina che funziona solo a determinate situazioni.

Il sovrano è colui che crea e garantisce la situazione **come un tutto nella sua totalità**: egli ha il monopolio della decisione ultima. In questa definizione riecheggia Kelsen e riprende Hobbes. In situazioni di disordine viene fuori l'elemento della decisione. Il sovrano non è colui che è determinato da una norma (Kelsen), ma uno che decide (Schmitt).

Per la realtà della vita giuridica ciò che importa dunque è chi decide. La forma giuridica non ha la vuotezza aprioristica della forma trascendente, poiché essa nasce proprio dalla **concretezza giuridica**.

- Le categorie del politico

Schmitt nel corso della sua vita non smetterà mai di lavorare a questo scritto. Questo, infatti, costituisce l'opera principale del giurista: pubblica la prima edizione nel 1928, un'altra nel 1932 e poi una “nazificata” nel 1933. Nel 1963 lo ripubblica con una nuova introduzione.

- Pag 108: noi possiamo raggiungere la definizione di politico quando facciamo la **scoperta e la fissazione delle categorie specificatepamebte politiche**. In questo Schmitt compie

un gesto che un po' rimanda a quello di Kelsen, quando dice che per parlare di *politico*, bisogna parlare di categorie specifiche di un determinato discorso. Nei settori della vita concreta la **differenza** tra i vari discorsi e linguaggi risiede **nelle loro specifiche categorie**. Il politico consiste, quindi, in una **distinzione di fondo**. Nel caso della morale la dicotomia di fondo è *buono* e *cattivo*; nel caso dell'economia *utile* e *dannoso* oppure *redditizio* e *non redditizio*. C'è sul piano del politico una distinzione che funziona alla pari di quella morale o economica? E che sia indipendente da queste? Una distinzione che sia **tipica, autonoma, indipendente e valida di per sé**. Essere nel campo del *politico* significa inquadrare il mondo con questa distinzione. La specifica distinzione politica è quella di **amico e nemico**, che svolge sul piano del politico la stessa distinzione che svolge, per esempio, buono e nemico nella morale. Non c'è bisogno che il nemico sia moralmente cattivo ed esteticamente brutto, non deve neanche essere un concorrente economico, anzi è addirittura possibile concludere un affare con lui, affinché sia tale. Infatti, ciò che rende un nemico tale è il fatto di essere con lui in conflitto. **Il nemico è l'altro la cui esistenza semplice in quanto altro costituisce potenzialmente un pericolo per la mia esistenza**. Il nemico può essere per me concorrente o avversario in generale (pag.111); ciò non toglie che la sua presenza per me costituisce un **rischio**: è un insieme di uomini che *almeno virtualmente* combatte in base a una possibilità reale (è realmente possibile che combatta).

Attraverso l'individuazione di un nemico un gruppo si costituisce politicamente. Con questo in caso di conflitto estremo può scoppiare una guerra. Non c'è cemento migliore di un'amicizia con cui **condividiamo un nemico**, poiché con questa si costituisce in **un'identità politica**. Sebbene questa conclusione possa apparire terribile, la realtà sociale dell'essere umano opera proprio in questa direzione. Nel caso della nostra Costituzione, per esempio, può essere definita politica, perché la comunità italiana trova in questa il suo **fondamento**.

- Dunque, perché possiamo dire che la nostra costituzione è *politica* oltre che *giuridica*? Perché nella nostra Costituzione, come in qualsiasi altro sistema che si può definire *politico*, c'è l'individuazione specifica di un *nemico*, che nel nostro caso è il **fascismo**. Assunto principale della Costituzione italiana è, infatti, il divieto di ricostruire il partito fascista. La Costituzione italiana nasce come grande lavoro di **elaborazione** di persone formalmente diverse tra loro (anche con pareri politici discordanti), ma che hanno trovato **l'unità** nel nemico. Questo ha consentito la struttura di una Costituzione. Questa unità, che formalmente può essere anche fittizia, nei momenti di crisi si rinsalda e consolida l'amicizia nel gruppo che prima era compromessa.

La **guerra** non è scopo e meta o solo contenuto della politica, ma ne è il **presupposto** sempre presente come **possibilità reale**. Dire che è **presupposto** (possibilità reale e non logico trascendentale come Kelsen) **della politica** significa che senza la possibilità di guerra non c'è politica. Quando c'è sempre la possibilità di un conflitto estremo, allora si può parlare di politica. Il nemico è, quindi, colui che può combattere **almeno virtualmente**; che in caso di conflitto estremo può minacciare la mia esistenza. Senza la possibilità della guerra, quindi, non c'è discorso politico. Ci può essere quello morale o economico, ma non quello politico.

Dal carattere concettuale del politico consegue il **pluralismo degli Stati** (un attacco a Kelsen e lo Stato mondiale). Lo Stato è condizione politica nel caso in cui ci sia un altro Stato

Filosofia del diritto

interpretato come potenziale nemico. Sulla terra fin quando ci sarà uno Stato, ci sarà sempre un altro Stato a cui fare la guerra. È, quindi, *conditio sine qua non* di uno stato l'avere un potenziale nemico, altrimenti questo non potrebbe avere la qualità di *politico*. In questo caso Schmitt arriva addirittura a parlare di *pluriverso* e non universo. Infatti, lo stato mondiale non ha nemici. L'esistenza di uno Stato presuppone necessariamente l'esistenza di un altro Stato. Nell'assumere questo concetto Schmitt ha in testa il cosiddetto *ius publicum europeum*

- Noi continuiamo a studiare il diritto così come lo abbiamo ereditato da una tradizione (Hobbes, codice napoleonico, pandettistica tedesca etc...): è frutto di una norma ma se ci si guarda intorno si concepisce che la forma dello Stato non ha più aderenza con la realtà che lo circonda. Nella grande stagione dello *ius publicum europeum* la guerra è stata un **mezzo ordinario di risoluzione delle controversie tra Stati**, un modo che ci siamo inventati per limitare la guerra.
- Fino a quando esisteva un mondo a grandezza degli Stati avevamo delle ***distinzioni chiare ed univoche***: all'interno c'era lo Stato con la pace, all'esterno il mondo con la guerra. Questa chiara distinzione riscontrata fino ad epoche non troppo passate, è andata progressivamente perdendosi, a tal punto che oggi risulta a noi difficile stabilire il nostro *status politico*. Risulta, allora, facile chiedersi: *siamo in guerra o siamo in pace?* Comprendere lo stato di pericolo in passato era evidente: durante la guerra era facile comprendere chi fosse il nemico, perché circolava gente con le uniformi, dalla presenza degli eserciti sui limiti. La guerra, infatti, la fa *l'esercito*. Tutto ciò all'epoca appariva distinto e inconfondibile.
- Nel caso del terrorismo, muovere una guerra a questo significa farla a qualcuno che è vestito come te; che risiede anche a casa sua (attentato alle torri gemelle, unico caso in cui gli Stati Uniti sono stati attaccati dall'interno da aerei loro). In casi analoghi le categorie saltano.

Nella guerra tra Stati avviene un ***reciproco riconoscimento***: uno Stato riconosce l'altro alla pari della sua unità politica, che ha una forza. E solo gli Stati hanno il diritto di fare la guerra e quindi ***riconoscono*** l'altro come nemico legittimo. **Al momento in cui gli Stati si riconoscono come nemici legittimi, accade una limitazione della guerra perché il nemico non è riconosciuto come delinquente, non è criminalizzato.** Il reciproco riconoscimento tra Stati rende possibile anche un trattato di pace. In questa affermazione Schmitt intende criticare ciò che successe a Versailles: gli Stati vincitori *criminalizzano* il nemico.

Norimberga agli occhi di Schmitt era stata l'esempio più lampante di *criminalizzazione* del nemico: era inimmaginabile che La Germania, pur essendo stata sconfitta, venisse processata dai vincitori (con quale autorità?). Chi demolisce le distinzioni classiche e le limitazioni deve sapere incontro a cosa va, per questo quello di Norimberga appare ai suoi occhi uno ***Pseudo processo***.

Fare la guerra contro un criminale e non uno Stato, significa *privarlo di umanità*, perché si commettono azioni che diversamente non si commetterebbero. Legittimare uno Stato, dunque, significa ammettere un limite di rispetto oltre il quale, pur essendo nemico, non si va.



Filosofia del diritto

- pag 139: su questo pianeta l'umanità non ha nemici a meno che non pensiamo che il vero nemico sia l'umano stesso. Condurre una guerra che si ritiene *giusta* contro un nemico, significa privare questo di qualsiasi umanità e , quindi, non ammettere alcuna limitazione di comportamento.

Il concetto di umanità *esclude* quello di nemico, perché anche questo cessa di essere uomo. Sebbene il nemico per essere ritenuto tale necessiti della guerra, è necessario anche che, affinché questa abbia diritti, si riconosca il nemico come *legittimo*, così da poter ammettere un certo limite di comportamento e rispetto oltre il quale non ci si può spingere.

Seconda parte di filosofia del diritto - professor Canale

Diritto al plurale: teoria e critica del monismo giuridico

La prima parte del corso ha avuto come caratteristica peculiare quella istituzionale, in cui si sono affrontati i temi classici della filosofia del diritto dal punto di vista di Hans Kelsen e Carl Schmitt. Infatti, a seconda delle ideologie si è trattato in generale di cosa si occupa il diritto, di cos'è il diritto o di come dovrebbe essere. A tal proposito il più importante filosofo del diritto italiano a livello mondiale nel corso del Novecento, Norberto Bobbio, parlando di filosofia del diritto, sostiene che questa si propone di rispondere a tre quesiti in particolare:

- **che cos'è il diritto?** (L'oggetto del discorso)
- **Perché c'è il diritto?** Domanda che può essere interpretata in senso causale e, quindi, si chiede cosa crea il diritto; o nel senso del suo scopo, interrogandosi su quale sia la sua funzione, ossia su quale sia il fine del diritto.

- **Che rapporto c'è tra il diritto e la giustizia?** Affronta la contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo, il rapporto tra diritto e morale. Mentre il positivismo sostiene che non ci sia una diretta corrispondenza tra Diritto e morale; il giusnaturalismo, invece, ritiene che il diritto persegua un'idea di bene generale. Come scrive Kelsen al capitolo secondo dei *“Lineamenti di dottrina pura del diritto”*: *la tendenza verso la giustizia psicologicamente considerata è la tendenza eterna dell'uomo alla felicità che egli non può trovare come individuo e che, perciò, ricerca nella società*. Per esempio ci si potrebbe chiedere se le leggi dell'Apartheid, pur essendo chiaramente ingiuste, siano state diritto.

Questi sono i problemi ricorrenti della filosofia del diritto, a cui la stessa si propone di rispondere. I due studiosi del diritto, Kelsen e Schmitt, quindi, tentano di rispondere a queste domande in due ottiche diverse.

- **L'oggetto di studio della seconda parte del corso**

La seconda parte del corso di filosofia del diritto non si occupa di analizzare questi quesiti, ma si propone di concentrare l'attenzione su un argomento più circoscritto: la trasformazione che gli ordinamenti giuridici stanno subendo nel mondo contemporaneo. Infatti, è un'idea ricorrente dei giuristi che il nostro diritto sia un diritto di trasformazione, che sta cambiando radicalmente. Un modo per caratterizzare la trasformazione in atto consiste nel rappresentarlo come un passaggio in qualcos'altro, che può essere caratterizzato come passaggio da una concezione di diritto chiamata **monismo giuridico** (concezione del diritto che ha caratterizzato la storia europea per almeno tre secoli, per l'intera epoca moderna) a una diversa concezione definita **pluralismo giuridico**, concezione del diritto che dal punto di vista diacronico ha cominciato ad affermarsi a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, per affermarsi nell'epoca della globalizzazione giuridica sino ai nostri giorni. L'idea è che nell'epoca del monismo i giuristi per almeno tre secoli hanno dato una certa risposta ai tre quesiti di Bobbio, che oggi è cambiata, perché cambiata è la natura del diritto, che, in altri termini, ha *mutato il suo codice genetico*. È una trasformazione epocale, che coinvolge la natura del diritto e che genera una frattura tra ciò che c'era prima e ciò che c'è stato dopo.

Dunque, questo corso si propone di ricavare considerazioni in generale su questa trasformazione in atto, partendo da alcuni fenomeni, tra cui anche decisioni giurisprudenziali.

- **Cosa si intende per monismo giuridico**

Il monismo giuridico è una concezione del diritto che ci ha accompagnati per molto tempo e che ancora in qualche modo influenza il modo di pensare dei giuristi positivi. Questa prospettiva non è del tutto scomparsa dall'immaginario moderno, ma si ritiene in crisi, perché verrà completamente sostituita da un nuovo modo di pensare, sebbene tale trasformazione non si sia totalmente compiuta. Il nostro intento, quindi, è comprendere quali elementi entrano in gioco nell'una e nell'altra.

Per comprendere meglio cosa sia il monismo giuridico è la stessa parola *diritto*, che nella maggior parte delle lingue europee è adoperata con quel determinato significato solo al singolare. In caso contrario, infatti, cambia significato. Facciamo qualche esempio:

- **Violo il diritto:** significa violare una serie di norme giuridiche

- **Franco ha violato i diritti di Carlo:** vuol dire che ha violato una serie di prerogative di un soggetto, vantaggi. (Si comporta come gli uncountable names.) Come se quella parola facesse riferimento a una cosa e una soltanto
- **Il diritto italiano non ammette la pena di morte:** in questo senso si fa riferimento all'insieme delle norme giuridiche che appartengono al nostro ordinamento
- **La pena di morte è contraria ai diritti umani:** fa riferimento alla posizione giuridica soggettiva

Nella nostra lingua italiana, come in tedesco, in francese o in molte altre lingue europee, la parola diritto si usa solo al singolare, come se di diritto ce ne fosse uno e uno solo. Quando si parla di diritto, quindi, si fa riferimento a qualcosa di unitario, compiuto a se stesso, unico, che non ammette la molteplicità. Questa è l'ideale fondamentale che sta alla base del monismo giuridico: di diritto ce n'è uno solo, che disciplina in maniera unitaria le condotte dei cittadini.

Tutti i giorni usiamo la parola diritto per riferirci a qualcosa in particolare nella sua unità, come se ne esistesse solo uno. Tuttavia, nella filosofia del diritto il cosiddetto *monismo giuridico* consiste almeno in tre tesi diverse:

- **monismo metafisico:** fu Aristotele, filosofo dell'età greca classica, a fornirci il primo utilizzo della parola *metafisica*, quando nei suoi scritti esoterici colloca una serie di scritti dal contenuto ancora non definito, che proprio in forza della loro posizione all'interno dell'opera vengono definiti *τά μετά τά φυσικά*: **metafisica**. Un discorso, quindi, è metafisico quando trascende il mondo empirico, quando tratta qualcosa che va là di là dei nostri sensi. Nella filosofia contemporanea, tuttavia, assume un significato diverso: la metafisica è una branca della filosofia, che studia **il fondamento ultimo** della realtà. (Capita oggi che i metafisici studino a fianco ai fisici per distinguere ciò che c'è da ciò che non c'è). **Per monismo metafisico ci si riferisce, quindi, al fondamento relativo a una porzione specifica della realtà: il diritto**, che è un'entità esistente nel mondo dotata di un insieme unitario e invariabile di caratteristiche. È diritto se ha solo quelle caratteristiche indipendentemente dal tempo e dallo spazio, un'essenza che il diritto assume in modo comune nelle varie forme. In altri termini, è il dna del diritto, un elemento che accomuna tutte le manifestazioni del diritto. Compito della filosofia è scoprire quale sia questa essenza. In questo senso il diritto è uno per natura.
- **monismo epistemologico:** la parola greca da cui deriva, *ἐπιστήμη*, significa letteralmente *conoscenza*. L'oggetto di studio è, quindi, la conoscenza: a quali condizioni conosciamo qualcosa. Gli epistemologi si occupano per esempio del metodo scientifico, che è stato difeso e rappresentato ampiamente da Hans Kelsen. È un monismo che non riguarda l'essenza ultima del diritto ma che riguarda la conoscenza, le sue caratteristiche e i suoi metodi: nel senso della filosofia del diritto, questa branca concepisce la realtà come imperscrutabile e caotica. Per conoscere il diritto, quindi, c'è bisogno di un metodo unitario che mi conduca a conoscere la realtà giuridica in modo chiaro, "staccato" per citare Kelsen, da tutto ciò che non riguarda il diritto. Qui l'unità, per utilizzare un'analogia plastica, non è data da mattoni di base che la compongono, ma dal modo in cui questi vengono disposti.



Filosofia del diritto

Dunque, per monismo epistemologico si intende ciò che riunifica sotto un unico punto di vista il diritto, riconducendo unità ai fenomeni giuridici.

- **monismo pratico:** è quello che ci servirà di più, perché spiega in concreto il passaggio dal monismo al pluralismo. Riguarda ciò che dobbiamo fare, la dimensione pratica. Il diritto deve essere reso unitario, perché solo così può conseguire i suoi fini. Assumendo, quindi, che il fine del diritto sia l'ordine sociale, affinché possa adempiersi, occorre che lo stesso **sia uno solo**, perché altrimenti caratterizzerebbe il disordine. (Un progetto da realizzare)

Oggi in un contesto di pluralismo giuridico, più ordinamenti giuridici di tipo diverso concorrono a regolare i comportamenti dei cittadini e non hanno delle relazioni gerarchiche o predeterminate, ma sono in competizione tra di loro. Dovremmo quindi studiare perché si è passati da una concezione monistica, in cui esiste un solo ordinamento giuridico con una serie di norme, a una pluralità di ordinamenti giuridici tutti indistintamente validi.

- Il pluralismo giuridico : teoria e critica del monismo giuridico

Quello che osserviamo noi oggi è un diritto in trasformazione e compito della filosofia è capire il motivo di questo cambiamento in atto.

Per comprendere il problema filosofico del mondo moderno è utile studiare le posizioni di due filosofi del diritto contemporanei, che, per l'impatto che il loro pensiero ha avuto nella disciplina, hanno condizionato il dibattito filosofico giuridico in modo significativo. A partire degli anni 60 del secolo scorso il centro filosofico più importante è stata **l'Università di Oxford**, che ha visto concentrati tra i più importanti filosofi del diritto dell'età contemporanea, tra cui Herbert Hart, che ha studiato ***jurisprudence*** (filosofia del diritto). (La parola giurisprudenza in italiano significa o *scientia Iuris* o *decisione dei giudici*, nel linguaggio pratico dei giuristi. Jurisprudence assume un significato totalmente diverso, è la filosofia del diritto, una riflessione generale sul diritto). A Oxford nel 1961 Hart pubblica un libro "*The concept of law*", che riscontra un successo straordinario a tal punto da influenzare in maniera significativa il dibattito filosofico internazionale; il successo del maestro fa riscontrare una simile acclamazione anche tra i suoi allievi tra cui: Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin. Ciò che distinse in modo peculiare i suoi allievi fu la diversa, se non opposta, interpretazione che diedero del diritto: il primo, infatti, fu positivista; il secondo giusnaturalista e il terzo fornì una critica del primo e dei due suoi colleghi.

Dunque, questa la grandezza di Hart: 3 allievi diversi, che hanno tutti influenzato in maniera singolare il dibattito filosofico moderno. L'unico elemento che li accomuna è il loro atteggiamento monista.

• **Il monismo metafisico di Joseph Raz**

Per comprendere cos'è il monismo giuridico, conviene partire da Joseph Raz, analizzando due diverse citazioni:

- *La filosofia del diritto deve scoprire «le caratteristiche che tutti i sistemi giuridici necessariamente possiedono»:* il suo atteggiamento tipicamente monista metafisico



Filosofia del diritto

consiste nel trovare le caratteristiche che il diritto ha necessariamente e che lo rendono tale. Raz parte dell'essenza, del fondamento del diritto, dall'elemento integrante del diritto. (Da *Authority of law*)

- «È facile spiegare in che senso la filosofia del diritto è universale. Le sue tesi, se vere, si applicano universalmente, ovverosia a tutto il diritto e a tutti i sistemi giuridici: a quelli che esistono, che esisteranno, e perfino di quelli che potrebbero esistere ma non arriveranno mai a farlo»: i filosofi pretendono di formulare tesi universali, che si applicano a tutti i sistemi giuridici, non solo a quelli che esistono ma anche a quelli che potenzialmente potrebbero esistere. In questo consiste il monismo metafisico. Sono mattoni fondamentali e universali, che caratterizzano intrinsecamente il diritto. Raz scrive un sacco di libri per spiegare questi elementi universali. (Da *Between authority and interpretation*)

• Il ragionamento di Raz e gli elementi universali del suo monismo metafisico

Raz sostiene che in qualunque forma di diritto ci siano degli elementi universali e caratteristici:

- Il diritto è un insieme di norme: L'elemento interessante che accomuna il diritto oggi è che è un insieme di norme. Se prima nella storia veniva interpretato dalla prospettiva del sovrano, ora in funzione del destinatario, che fruisce del diritto per dirigere le sue condotte. Dal punto di vista del destinatario, infatti, la norma giuridica è vista come una **ragione per agire**. Esempio: sebbene il regolamento della strada mi dica di non passare con il rosso, ho una buona ragione per passare con il rosso, perché ho un familiare che sta male. Questa considerazione sostiene la scelta fatta, sebbene abbia anche una ragione per fermarmi: il regolamento della strada. La situazione del destinatario, quindi, è capire cosa deve fare.

Il diritto è un insieme di norme, cioè di ragioni per fare o non fare qualcosa nella prospettiva del destinatario.

- Tesi delle fonti sociali: la seconda idea di Raz è che la ragione per agire dipende da **fenomeni sociali**. Per sapere cosa dice il diritto, bisogna identificare i fatti rilevanti, non serve interrogare qualche entità divina. Da giuspositivista sostiene fermamente che per parlare di diritto, bisogna leggere la legge all'interno dell'ordinamento.
- Tesi della autorità legittima: Il diritto ha una terza caratteristica, il fatto che **esercita autorità**: fa fare cose che, se il diritto non ci fosse, non faremmo. Lui distingue due tipi di autorità:
 - **Autorità di fatto**: ha questa caratteristica essenziale, cioè fare cose che altrimenti non faremmo. È un'autorità di fatto che il diritto esercita, basandosi sulla forza, come se ci fosse una legge che noi percepiamo come *minaccia* (tipica delle dittature, *de facto*)
 - **Autorità legittima**: quella che contraddistingue il diritto, ciò che implicitamente pretende di esercitare. Esempio: nello scalare le montagne in un percorso particolarmente difficile ci affidiamo a delle guide alpine. Iniziamo il percorso e ad un certo punto siamo di fronte a un bivio. La guida dice di prendere il sentiero di sinistra, anche se non è la cosa migliore secondo noi (abbiamo ragioni di ritenere che l'altra via sia migliore. C'è un soggetto, la guida alpina,



Filosofia del diritto

che dice di andare a sinistra. Scegliere quella via significa affidarsi a un'autorità: la guida prende il nostro posto per decidere cosa fare perché siamo certi che ha più competenza di noi. Il diritto fornisce **direttive di condotta** che avanzano una pretesa: quella di **indicare meglio di quanto da solo sia in grado di fare, la cosa migliore per me in quel momento**. Perché il legislatore ha una visione di insieme migliore di quella che io potrei avere. Per Raz, dunque, questa è l'idea di autorità: *come affidarsi a qualcun altro*.

In tal senso il diritto è **un' istituzione che fornisce un servizio**. Ci dà indicazioni su cosa fare meglio di come da soli faremmo noi. La funzione che queste norme svolgono è quella di prendere il posto di qualsiasi altra ragione (la nostra) per fare altrimenti.

• John Finnis: il monismo metafisico

John Finnis a differenza del suo predecessore fu un filosofo del giusnaturalismo, sempre di tipo metafisico. Anche dal suo punto di vista il diritto ha un fondamento unitario e universale.

- *La filosofia del diritto cerca di scoprire «i principi del diritto naturale», i quali rappresentano «le forme basilari della fioritura umana in quanto beni che si devono proteggere e realizzare»*: la filosofia del diritto cerca di scoprire **i principi del diritto naturale**. (Nell'ottica positivista, invece, diritto è positum, posto da un'autorità. Secondo i positivisti esiste solo questo); per i giusnaturalisti c'è il diritto naturale. (diritto quindi può essere di due tipi positivo o naturale). Naturale significa che non dipende da noi, non è creato da noi, è indipendente dalla nostra volontà e sarebbe così anche se non ci fossimo, perché non è risultato della nostra volontà. La filosofia del diritto va alla ricerca di questi principi del diritto naturale, che **sono eterni e universali**, valgono per tutti gli uomini. Finnis sostiene che rappresentano **le forme basilari della fioritura umana** (Finnis è studioso di San Tommaso d'Aquino). Gli esseri umani hanno delle attitudini e delle capacità naturali, che non dipendono da noi. Sono delle potenzialità di ciascun individuo. Per *fioritura umana* (per Aristotele si potrebbe intendere un passaggio dalla potenza all'atto) si intende il passaggio quando si realizzano pienamente queste attitudini, che caratterizzano in modo peculiare l'essere umano e che gli consentono di vivere una vita buona. (Da *Natural law and natural Rights*)
- *“I principi del diritto naturale non hanno storia”* I principi del diritto sono immutabili, eterni, che non cambiano, perciò, **non hanno storia**. Individua una teoria di beni fondamentali per realizzare una vita buona, che forniscono di per sé ragioni per agire.

Questi sono i beni fondamentali:

- **La vita umana**: salute e integrità fisica
- **La conoscenza**: per svilupparci in quanto umani, verità e comprensione del mondo
- **Il gioco**: piacere nello svolgere attività (“for their own sake”)
- **Esperienza estetica**: apprezzamento del bello
- **Amicizia/socievolezza**: rapporti di cura reciproca
- **Ragionevolezza pratica**: abilità di modellare la propria vita in modo razionale



- **Religione:** sensibilità per le questioni ultime e propensione per il trascendente (quello stesso bisogno di trascendere il fenomeno empirico attraverso postulati di cui parla Kant nella *Critica della ragion pura*)

Da qui ci si potrebbe chiedere cosa succede quando il positivo entra in conflitto con il naturale. Secondo Finnis il diritto è **necessariamente orientato verso il bene comune, che è condizione sociale in cui ognuno può realizzarsi in quanto essere umano**. (In ciò consiste anche la critica di Kelsen quando afferma che la giustizia è un'ideale irrazionale, perché tenta di realizzare la felicità individuale in un sistema sociale perfetto).

Ciò, tuttavia, non esclude che il diritto non abbia autorità. A questo punto Quando Finnis richiama un'affermazione di San Tommaso d'Aquino, secondo cui *il diritto ingiusto non è diritto*.

• Il diritto ingiusto non è diritto e il caso dell'aborto

Nel dibattito filosofico sull'aborto, John Finnis offre una posizione chiaramente contraria all'interruzione volontaria della gravidanza, fondata su una teoria del diritto naturale e dei beni umani che ambisce a stabilire criteri razionali e morali per valutare le azioni. L'articolo centrale di riferimento è "*The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson*" (1973) pubblicato su *Philosophy & Public Affairs*. Per Finnis, poiché l'aborto non risponde a quale primo bene fondamentale che aveva posto, la vita, questo non è legge naturale. Infatti, poiché l'aborto pone fine alla vita umana, viola il diritto naturale. (In Italia la legge viene emanata del 1964).

- Ci si chiede, allora, se sia comunque diritto: Il giusnaturalismo radicale nega che quella dell'aborto sia diritto (come diceva San Tommaso, infatti, ciò che è ingiusto non è diritto). Il diritto all'aborto è un diritto proprio della donna ma ho bisogno di qualcun altro per esercitarlo. Se prendiamo il punto di vista del medico, destinatario anche lui della norma giuridica, l'aborto costituisce un dovere; se presupponiamo che questo medico appoggi ciò che ha detto Finnis, riconosciamo che c'è una legge naturale che vieta l'aborto.

Dunque, si può concludere sostenendo che il diritto ingiusto non fornisce ragioni per agire per i destinatari. Negando la sua obbligatorietà, quella ragione che il diritto ci fornisce, non viene percepita come giusta e, quindi, si decide di opporsi, di non agire in quel modo. In questo senso il *medico è obiettore di coscienza*.

Nel caso della donna, lei stessa decide di non praticarlo, di non usufruirlo, pur avendo le ragioni per farlo, perché lo ritiene ingiusto.

Finnis dice che la scelta tragica può avvenire solo se sono messi in pericolo entrambi gli esseri umani: la donna e il feto che lo è potenzialmente.

- Questa tesi che Finnis espone riscontro un enorme successo, perché ha indicato una via per una legge che per lui era ingiusta e che risultò esserlo per molti cittadini. Infatti, egli sostiene che se una norma è ingiusta moralmente, l'individuo è autorizzato a non applicarla. Al contempo la tesi ha portato a una grande questione: poiché numerosi sono i

Filosofia del diritto

medici obiettori di coscienza, *ci si chiede se il diritto all'aborto previsto sulla Carta sia effettivamente garantito nella vita reale.*

- **Il monismo epistemologico, o metodologico**

Per conoscere in maniera reale il diritto, occorre un metodo unitario di lavoro, un modo di ragionare unico del diritto. Di questo modo di procedere il massimo esponente è stato Hans Kelsen, che non si propose di rispondere alla domanda *cos'è il diritto*, ma si preoccupò di ideare un *metodo*, alle condizioni del quale noi conosciamo il diritto in quanto tale. Kantianamente si potrebbe dire che Kelsen a partire dai fenomeni occorre risalire alle condizioni che questi fenomeni devono avere per essere definiti come tali; nel concetto di norma giuridica per esempio devo usare un metodo per ragionare adeguato per definirla come concetto giuridico. Tale metodo ci spiega lungamente Kelsen consiste nella struttura della norma, composta nella forma di periodo ipotetico in cui a un determinato fatto segue una certa conseguenza. Nel definire il suo metodo Kelsen analizza anche l'ordinamento: un sistema a gradi che trova il suo fondamento nella norma fondamentale. Il metodo di lavoro, dunque, ci dà un'idea ben definita di come funziona il diritto (in questo consiste l'innovazione kelseniana). Il profilo interessante di un metodo di lavoro unitario si traduce nel profilo del suo oggetto parimenti unitario: ogni norma giuridica ha la struttura stabilita da Kelsen, altrimenti non potrebbe essere definita tale; a proposito di ciò è lo stesso Kelsen che spiega che, quando una norma non è completa nella sua struttura, prende il nome non già di norma, bensì di **frammento di norma**, proprio in funzione della sua incompletezza rispetto alla struttura da lui determinata. O ancora: per il giurista positivista il sistema internazionale era *primitivo*, perché mancava di qualcosa, ossia l'accentramento di potere, che era lo schema fondamentale affinché l'ordinamento giuridico potesse essere definito tale. Quelli che egli propone sono schemi di ragionamento *universale al di là del tempo e dello spazio*.

- **Kelsen e l'introduzione dei due concetti importanti di Stato e sovranità**

Kelsen ricorda come i giuristi del suo tempo di inizio Novecento descrivevano lo Stato come un'unità collettiva, come soggetto quasi preesistente al diritto e al pari di un'entità vivente. Dal punto di vista terminologico, infatti, veniva definito come *un'entità personificata*. La filosofia tedesca propone una definizione di Stato destinata a rimanere nel linguaggio tradizionale: lo Stato per essere tale doveva avere *territorio, popolazione e sovranità*; doveva essere uno spazio determinato da confini entro cui vive una popolazione governata da una sovranità. Dunque, la dottrina del diritto pubblico tedesco di inizio Novecento corrispondeva ancora a questo modo in cui era organizzata la vita, che secondo Hans Kelsen consisteva in una pessima rappresentazione dello Stato, che si basava su un'ideologia. Del significato di quest'ultima ci fornisce una definizione efficace il filosofo di fine ottocento Karl Marx, quando nelle *Ideologie tedesche* per spiegare cos'è un'ideologia si serve dell'immagine plastica macchina fotografica, in cui nella parte in cui è presente il nitrato di idrogeno, l'immagine, colpita dalla luce, si imprime sulla pellicola alla rovescia. Da questa analogia si comprende che l'immagine della realtà attraverso l'obiettivo della macchina fotografica appare *alla rovescia*, in modo tale, sostiene il filosofo, da **occultare la realtà**. Allo stesso modo lo Stato, che, essendo nato prima del diritto, crea questo e si sottomette allo stesso, per giustificare l'esercizio della forza dello Stato come creazione del diritto. Questa *ipostatizzazione*, come definisce energicamente Hans Kelsen, nasconde, tuttavia, la vera natura dello Stato, che si limita, arginando il potere dello stesso.



Filosofia del diritto

A questa definizione tradizionale si contrappone quella di Kelsen, che sostiene, invece, che lo Stato è **un tipo di ordinamento giuridico**. Da ciò deriva che **non** ci possono essere più ordinamenti giuridici che coesistono, perché, se Stato e diritto sono la stessa cosa, è impossibile ammettere l'esistenza di più ordinamenti. Ebbene, proprio in questa invenzione kelseniana consiste l'idea più potente di monismo: ***dato un territorio e una popolazione, c'è un unico ordinamento che regola la vita dei cittadini.***

• Il concetto di sovranità

Lo Stato è caratterizzato dalla *sovranità*. La sovranità è caratterizzata dalla *supremazia*. Nello ius publicum Europaeum non si riconosce nessuno superiore allo Stato; da qui la massima latina *superiorem non recognoscit*. Gli attributi caratterizzanti dello Stato e, dunque, dell'ordinamento giuridico sono:

- UNICO: non posso pensare allo Stato come multiplo, altrimenti non sarebbe sovrano.
- UNITARIO: c'è un organo a cui spetta in ultima istanza il potere di decisione (nel nostro stato moderno la Corte Costituzionale).
- SUPREMO: nello Stato c'è un solo ordinamento anche se può essere strutturato in modo diverso: federale, regionale, etc...
- ESCLUSIVO: se per esempio il cittadino di uno Stato va in un altro e commette un omicidio, sarà l'ordinamento di quello Stato a regolare la controversia, perché quell'ordinamento ha il monopolio su quello Stato.
- AUTONOMO: non dipende da altro. Esiste solo l'ordinamento giuridico in quanto tale.

• Il concetto di sovranità secondo Kelsen

Kelsen svela il meccanismo della sovranità dal punto di vista metodologico, sostenendo che consiste in un concetto metodologico, che applichiamo alla realtà per trasformarla, come *metodo di lavoro*. Così, infatti, scrive ne *Il problema della sovranità (1920)*: *La sovranità non va vista come una qualità reale nel mondo esterno dei fatti percepibili, una qualità che inerisce 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 giuridico solo in quanto io, l'osservatore, presuppongo questo ordinamento come supremo, autonomo: ma questo e non altro significa sovrano*".

Nel momento storico in cui è vissuto, Kelsen convive con il risultato di questa trasformazione in atto, una realtà storica che si è affermata perché è cambiata nel corso del tempo. *Stato e sovranità* sono, dunque, per utilizzare un'analogia efficace, **i mattoni di base del monismo pratico**, un modo di pensare il diritto inteso come qualcosa da realizzare. Questo, quindi, ci fa comprendere che i concetti di Stato e sovranità non sono sempre esistiti, ma sono concetti tipicamente moderni. Prima del '600, infatti, il concetto di Stato non esisteva. Nella concezione in cui li utilizza Kelsen sono concetti con un significato più ampio e pratico volto a un progetto da realizzare.

Filosofia del diritto

• Il monismo pratico

La nascita degli Stati moderni ha il punto di inizio convenzionale nel **1648** con la **pace di Westfalia**, e si estende fino più o meno alla seconda guerra mondiale. In questo arco si sviluppa quello che noi chiamiamo **Stato moderno**. Nel 1911 Kelsen scrive un libro, "*Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*" (in tedesco, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*), dove sostiene che i filosofi e i giuristi a lui contemporanei non stanno facendo diritto, bensì *ideologia*. Questo il motivo per cui fornisce un metodo (*monismo metodologico*) per depurare la dottrina di diritto pubblico, che era la realtà del suo tempo.

I concetti di Stato e sovranità, quando nascono nel 1648, vengono concepiti, quindi, come progetti da realizzare; risultando, quindi, inconcepibili per Kelsen quasi 2 secoli dopo.

- L'evoluzione dei concetti di Stato e sovranità

- 1600: il filosofo *Thomas Hobbes* parla per la prima volta di *Stato* e *sovranità* come *concetti da realizzare*. Nel suo *Leviatano*, l'opera più importante dell'autore, egli introduce la dottrina del **contratto sociale**, escogitata per proporre Stato e sovranità come obbiettivi da realizzare, come progetti per il futuro. La dottrina del contratto sociale ha una struttura interessante, perché consiste in un esperimento mentale: si immagina una situazione che non è reale, un mondo che non c'è, per trarre delle conclusioni necessarie per fare delle scelte nella vita reale.
 - **L'esperimento mentale del contratto sociale:** si immagina che tutti gli individui vivano in uno **stato di natura**, in cui non c'è diritto, non c'è chi governa, e in cui ogni individuo ha cura di sé stesso e persegue in maniera autonoma i propri interessi. Qui tutti sono *individui singoli*. In questa realtà si rafforza l'istinto a sopravvivere di ciascuno, che conduce a quella situazione definita in maniera paradigmatica dallo stesso Hobbes di ***Homo homini lupus***. La realtà dello stato di natura consiste, quindi, in una guerra di tutti contro tutti. Come gli atomi che in uno spazio limitato si scontrano gli uni contro gli altri, così lo stato di natura spinge gli uomini a scontrarsi gli uni contro gli altri. In questo si avverte l'esigenza della regola, che limita la natura di ciascuno. È a questo punto che Hobbes escogita il *contratto sociale*, per regolare le condotte degli uomini. (È importante, tuttavia, sottolineare ancora una volta che questa non è il corso naturale della storia umana, ma una costruzione mentale del filosofo di cui si serve per spiegare efficacemente la nascita dei concetti di Stato e sovranità).
 - **come funziona il contratto:** gli individui si accordano tra di loro per trasferire i loro diritti a un corpo comune, lo Stato, l'unione degli individui. (Hobbes lo chiama *Commonwealth*, ma è lo stesso che già le opere latine definivano *societas civilis*). Lo Stato, per agire per conto dei cittadini, ha bisogno di essere **rappresentato da un gruppo di soggetti** che esercita il potere dello Stato in nome degli individui e ciò che i rappresentanti esprimono è ciò che i cittadini credono. (Nel nostro Stato attuale il popolo, per esempio, ha la sovranità, che viene esercitata dal Parlamento, rappresentate del popolo). In questa concezione i cittadini vengono pensati per una delle prime volte nella storia dell'umanità come *individui*. L'unica autorità legittima è il sovrano, grazie al quale trova espressione la volontà di **ciascun individuo, che è libero, perché vi è identità tra la mia volontà e quella del sovrano**. Sono gli individui ad essere in errore quando non si vedono identificati nello Stato. Hobbes usa la metafora delle corsie.

- Il monismo pratico

Oggetto del nostro discorso è il **monismo pratico**, che consiste in un progetto per il futuro.

Elementi costitutivi essenziali sono, dunque, un **fine da realizzare** e dei **mezzi per ottenerlo**.

- Gli **obbiettivi** del monismo pratico sono :



Filosofia del diritto

- La pace e la sicurezza all'interno della società, dove vigono i principi di *libertà* e *uguaglianza*.
- Una società dove ciascuno individuo è libero di perseguire i propri interessi secondo un principio di uguaglianza.

• I mezzi del monismo pratico sono:

- Il diritto: mezzo di trasformazione sociale. Un diritto che deve essere *unico*, *unitario*, perché costituito da un solo insieme di norme, *coerente*, che non contenga contraddizioni, *completo* e *supremo*.

L'ideazione di questo progetto (*monismo pratico*) sotto il profilo filosofico è stata elaborata da **Thomas Hobbes**, che, come già analizzato, ha concepito per la prima volta il concetto di Stato, di rappresentanza politica etc... Mediante il ragionamento del contratto sociale si giustifica il fatto che per ottenere determinati obbiettivi ci debba essere un *potere supremo* che regoli la vita dei cittadini. Il filosofo nella sua trattazione filosofica fornisce gli elementi concettuali per sviluppare questo modello e realizzarlo nella pratica. La concretizzazione effettiva di questo, tuttavia, avvenne per gradi: se sotto il profilo concettuale è stato elaborato nel corso del 600, concretamente ha cominciato a stabilirsi solo nella seconda metà del 700, per poi raggiungere il suo apice nell'800 e entrare in crisi a metà 900 a seguito dei due conflitti mondiali. ***Osservare questo processo di trasformazione significa studiare come questo modello si tradusse in un sistema giuridico che organizza la vita degli individui***, significa prendere in esame la forma che assume nel corso del tempo.

• La forma che assume il monismo pratico:

Il monismo pratico, che parte dal modello ideologico del contratto sociale, si sviluppa nel tempo a seguito di trasformazioni da fine 700 fino a fine alla seconda guerra mondiale. Questo processo si può individuare attraverso tappe evolutive, che conducono a quel concetto sviluppato da Kelsen per cui Stato e ordinamento sono la stessa cosa. Il nostro sistema giuridico prevede, poi, che il potere è nelle mani del popolo, rappresentato dal Parlamento. Il funzionamento del nostro Stato è regolato così SOLO perché c'è una norma, l' *art. 72 della nostra Costituzione*, che stabilisce che ciò che viene deliberato dalle due camere è legge dello Stato.

• come il modello si sviluppa nel tempo

Il processo evolutivo dello Stato prevede 4 modelli che si sono succeduti nel corso del tempo a seguito di trasformazioni e che, poiché Stato e ordinamento giuridico sono la stessa cosa, corrispondono alle trasformazioni dell'ordinamento giuridico:

- **Stato legislativo**: è la prima forma embrionale di Stato, che vediamo realizzarsi nella storia più o meno dalla seconda metà del 700 fino ai primi anni dell'800. In tedesco corrisponde allo *Machstaat*, ed è importante ricordarlo perché la scienza del diritto pubblico nasce in **Germania**, in cui a ragionare su questi modelli sono stati i giuristi tedeschi. La lingua tedesca, infatti, fino alla prima guerra mondiale è stata la lingua dei giuristi. Dunque, lo *Stato legislativo* è la prima forma di concretizzazione del monismo pratico e la caratteristica fondamentale è che la **legge del sovrano è l'unica fonte del diritto nello Stato**. La legge è concepita come espressione diretta della sovranità in una forma assolutamente coerente con il modello di Hobbes.



Filosofia del diritto

In questa concezione il potere è concentrato nelle mani di un'unica autorità. L'unica fonte del diritto è quindi la pronuncia del legislatore, che esclude automaticamente tutte le altre. Per la prima volta nella storia esiste un ordinamento giuridico dotato di una sola fonte: **la legge dello Stato**, che è espressione diretta della volontà del popolo per esercitare il potere politico. Infatti, se fino a questo momento il potere del sovrano era riconosciuto come espressione della volontà di Dio, ora è di un soggetto individuale o collettivo. Qui il sovrano è chi esercita il potere pubblico. (Kelsen parla di una divisione del lavoro). Il giudice ha potere di decidere le controversie perché c'è una legge che lo autorizza.

Questo modello, tuttavia, presentava sin da subito un problema: solo il sovrano può decidere in modo arbitrario qual è il contenuto del diritto perché il sovrano ha un potere supremo, non riconoscendo sopra di sé alcun superiore, altrimenti non si potrebbe parlare di sovrano. Nello Stato può accadere che il giudice sia titolare di un potere delegato e che, quindi, sia espressione diretta della sovranità. Non c'è alcun strumento giuridico per impedire questo. Questo, dunque, il motore che spinge verso una prima trasformazione.

• Il sistema delle fonti del diritto nello stato legislativo

- **Ordinamento giuridico pre-statale:** *Consuetudini locali, Diritto statutario (città libere, corporazioni, università), Diritto romano, Diritto canonico, Diritto feudale, Diritto dottrinale (opinioni dei giuristi) Diritto regio, Diritto imperiale o papale, Diritto mercantile (lex mercatoria), Diritto marittimo.* Tante fonti del diritto non gerarchicamente ordinate tra loro.
- **L'ordinamento giuridico statale:** *la legge.* Per eliminare il problema delle fonti, ne individua un'unica. Le altre leggi sono tali solo se vengono recepite dal sovrano. Infatti, il sistema delle fonti, se deciso dal sovrano, può essere integrato. (Ai tempi di Kant l'ordinamento feudale era ancora vigente.).
- **Stato di diritto:** all'inizio del Novecento nasce lo stato di diritto, definito in tedesco **Rechtsstaat**. Nel dibattito contemporaneo è un'espressione molto ambigua che assume vari significati. Questo può essere inteso come un valore, una situazione concreta che riteniamo bisogni proteggere. È una situazione di fatto che vogliamo realizzare, per questo è definito *bene*. Lo stato di diritto viene usato come valore perché consiste nella lotta contro l'arbitrio dello Stato a danno dei cittadini. L'agire degli individui corrisponde a quello che il diritto stabilisce. I poteri dei giudici sono sotto la legge del diritto e solo al di sotto di quello. Realizzare uno stato di diritto equivale a cambiare la società. Se nello **stato legislativo** vale il principio secondo cui *Rex facit legem*; nello **Stato di diritto** vale il contrario *lex facit legem*.
- Da qui si afferma il **principio di legalità**, la vera architrave dello stato di diritto: la legge come atto regolativo supremo e irresistibile che disciplina non solo i comportamenti dei cittadini ma anche l'attività dei poteri pubblici. In tal senso ci si potrebbe chiedere se uno Stato totalitario può essere considerato stato di diritto. Apparentemente questi due profili sembrano incompatibili, antitetici. (La divisione del lavoro di cui parla Kelsen non c'è). La filosofa Hanne Arendt nella sua *"La banalità del male"* afferma attraverso le parole del generale Heichmann che le decisioni da lui assunte durante il mandato erano una mera applicazione di ordini, che svincolava qualsiasi intento personale. Quindi, il principio di legalità è compatibile con **l'attribuzione alla legge di qualsiasi contenuto**. Il legislatore non è vincolato perché è sovrano, solo i destinatari sono vincolati.
- **Il sistema delle fonti nello stato di diritto:** All'interno dello stato di diritto classico troviamo una nuova fonte del diritto oltre alla **legge**: i **provvedimenti amministrativi**, subordinati al

Filosofia del diritto

principio di legalità. Le decisioni dei giudici e le deliberazioni dei funzionari amministrativi sono subordinati alla legge. Nello stato di diritto interviene un conflitto tra due norme: il provvedimento amministrativo e una norma di rango legislativo. Il conflitto si risolve in base al **principio gerarchico** secondo cui la legge che è di grado superiore viene applicata e quella di grado inferiore è nulla. Il contenuto della legge resta nelle mani della sovranità.

Per ovviare a questo tipo di deriva, in Germania nella seconda metà dell'Ottocento è stato proposto un modello più sofisticato di Stato di diritto di cui il teorico più importante fu **Robert Von Mohl**:

- **Stato liberale del diritto**: Mohl afferma che “*compito dello Stato è lo sviluppo e la protezione di tutte le forze naturali della nazione*”, un concetto di sovranità più vicino alla nostra concezione. In questo modello di Stato la libertà dei cittadini assume un ruolo di primo piano: da una parte la legge stabilisce cosa l'amministrazione pubblica può fare per realizzare l'interesse collettivo (tutto ciò che non è permesso, è vietato); dall'altra stabilisce cosa i privati non possono fare (tutto ciò che non è vietato, è permesso) (Schmitt critica questo modello). Si potrebbe riassumere, quindi, che le libertà individuali sono la regola e l'autorità statale l'eccezione.
- **Il sistema delle fonti nello Stato liberale di diritto**: Molti Stati di diritto nella seconda parte dell'800 si sono serviti di una fonte nuova: la costituzione. Nella gerarchia delle fonti dello Stato di diritto legge e costituzione stanno sullo stesso livello. Dunque, immaginando che sia emanata inizialmente una costituzione che attribuisce la libertà di riunione ai cittadini e successivamente si emana una legge che vieta ai cittadini di riunirsi; sarà, allora, vietato per i cittadini di riunirsi, nonostante la costituzione dica diversamente secondo il criterio della “*lex posterior*”. La legge ha abrogato la costituzione.
- **Stato costituzionale**: Si tratta del nostro modello statale, un'invenzione relativamente recente, nato dopo la seconda guerra. Intervengono delle radicali novità a livello della struttura dell'ordinamento perché la Costituzione acquista caratteristiche nuove.
 - Se nell'Ottocento le costituzioni erano un particolare tipo di legge, che contenevano anche una carta dei diritti (i precetti hanno un valore puramente **programmatico**, che non pongono dei limiti all'esercizio della sovranità. Questo infatti lo si deduce dalla loro posizione nella gerarchia delle fonti.)
 - Il legislatore nello Stato liberale del diritto, poi, emana le leggi, ma, poiché la costituzione è un tipo di legge, questa può essere cambiata giornalmente con le **disposizioni ordinarie**. Questa naturalmente in un'organizzazione risulta pericoloso.
 - Dalla seconda metà del 900, allora, diventa una **legge sovraordinata** che non si può modificare. Così che lì dove c'è conflitto tra costituzione e legge, prevale la prima. Entra in gioco un'autorità nuova che prima non esisteva, la **corte costituzionale**, che ha un potere straordinario: il potere di dichiarare l' incostituzionalità della legge.
- **Le nuove caratteristiche della costituzione**:
 - **Rigidità**: complesso e aggravato processo di trasformazione delle sue norme, perché richiede una maggioranza qualificata e perché viene introdotto un nuovo organo di controllo di legittimità costituzionale, cioè la corte costituzionale.

- **Lunghezza:** si annette un catalogo di diritti fondamentali appellabili dal semplice individuo al legislatore di fronte ad un giudice.

Questo fatto, ovvio agli occhi di noi moderni, non lo è sotto il profilo storico, perché nasce solo nel secondo dopoguerra. Infatti, prima di tale termine i diritti costituzionali erano *mere disposizioni di legge* abrogabili dal legislatore. Ora, invece, acquistano ora un valore costituzionale: ossia l'individuazione di situazioni reali che l'ordinamento ha il dovere di proteggere e realizzare. I principi costituzionali non sono in quest'ottica solamente delle norme, ma dei veri e propri **valori ideali**: situazioni da realizzare. In questo senso si parla di *monismo pratico*, perché la costituzione unisce i cittadini in funzione di alcuni valori. Allo stesso tempo si parla di *conquista costituzionale*, il risultato di un processo evolutivo che pone le sue radici ben al di là del tempo.

Sotto il profilo della **gerarchia delle fonti** la costituzione prevale sulle altre fonti in caso di conflitto. Nel caso di antinomie in virtù del principio gerarchico (*lex superior*) prevale la norma di grado superiore e per mezzo della corte costituzionale dichiara l'altra legge nulla, invalida.

- **L'ordine giuridico internazionale:**

Chi esercita la sovranità ha la *supremazia all'interno* dello spazio dello Stato; la sovranità, tuttavia, ha anche un altro volto tale per cui può essere comparata a un *giano bifrontale*, per ciò che concerne lo **spazio esterno** allo Stato. Qui non si concepisce uno spazio non popolato e senza diritto: al di là dello Stato ci sono soltanto altri Stati (entità territoriali, popolate e sovrane), in quanto gli oceani non sono spazi abitabili o sui quali è possibile esercitare un controllo (Schmitt scrive...). Ci sono stati dappertutto, non c'è spazio che non sia sotto il controllo di uno Stato.

- **spazio interno:** caratterizzato dal principio di supremazia
- **spazio esterno:** gli Stati godono di indipendenza. Riguardo alle relazioni esterne vige il principio di indipendenza. Esempio pratico: immaginiamo che il presidente degli USA in quanto presidente di un altro Stato chieda al presidente del Venezuela di dimettersi e che siano indette nuove elezioni; se il secondo accettasse, lo Stato del Venezuela non potrebbe risultare indipendente. Là dove il presidente di uno Stato straniero determina le decisioni politiche di un altro Stato, quest'ultimo perderebbe la sua originaria sovranità. Perché lo Stato è tale se esercita un'autorità suprema indipendente dalle altre sovranità. (Lotta per la supremazia).

- **La pace di Westfalia (1648)**

L'idea che i rapporti tra gli Stati siano retti da un principio di *indipendenza* risale agli albori del concetto di Stato. Nel processo di affermazione del concetto di Stato svolge un ruolo peculiare la *pace di westfalia*, che sotto il profilo storiografico risulta essere quasi un mito. Risalente al 1648, costituisce un punto importante perché pose fine alle guerre di religione. Ai tempi era comune l'idea secondo cui la religione **all'interno di un territorio** è quella di **colui che esercita il potere supremo**: il principio di *cuius regio, eius religio*. Questo determina una certa indipendenza del sovrano, perché spetta a lui decidere la religione di quel territorio e, quindi, per estensione, quali sono le norme giuridiche di quel territorio. È il primo passo che attiva l'indipendenza degli Stati e che stabilisce il sovrano come unico soggetto capace di decidere. Non un Dio, non la Chiesa, non un'entità naturale, ma un individuo statale. È necessario, quindi, che i diversi territori che sono definiti Stati siano indipendenti perché siano sovrani, così che i rapporti tra gli Stati siano regolati su base volontaria. Nel modello-Westfalia non esiste un diritto internazionale che può essere fatto



Filosofia del diritto

valere contro uno Stato, se non è basato sulla sua volontà, perché i rapporti tra gli Stati sono basati sulla volontà.

- **Caratteristiche del modello-Westfalia:**

- Gli Stati non sono necessariamente indipendenti, altrimenti non godrebbe della *sovranità e supremazia* su quel territorio.
- La sovranità non può essere limitata: sebbene si dice che la sovranità è limitata, in realtà il concetto di sovranità implica **l'impossibilità di un limite**, perché altrimenti quel soggetto non sarebbe sovrano. Al massimo il sovrano può decidere di autolimitarsi, ponendo dei limiti all'esercizio della propria sovranità attraverso il *diritto internazionale*. Qualsiasi limitazione della sovranità è, dunque, possibile solo in quanto autolimitazione. Lì dove ponga dei limiti all'esercizio della mia sovranità, posso scegliere di farli ricadere. Il diritto Internazionale ha, quindi, necessariamente una natura *volontaria e consensuale*: **le sue fonti sono i trattati e la consuetudine.**
- Il diritto internazionale proprio perché si basa sulla autorità degli Stati e non pone alcuna autorità superiore che li limiti, fa valere il principio di **effettività**: il sovrano è colui che è titolare della sovranità anche nei confronti degli altri Stati, quando stipula trattati e consuetudini con gli altri Stati. Il diritto internazionale nella sua essenza riconosce come vincolante la situazione di fatto, in quanto basata sul controllo effettivo sul territorio e sulla sovranità in sé.
 - Vattel, uno dei fondatori del diritto internazionale, sostiene che le relazioni internazionali sono del tutto equivalenti allo stato di natura di Hobbes in cui gli individui tra loro indipendenti lottano per la supremazia.
- Il diritto Internazionale non può essere applicato agli individui dentro lo Stato, esso si applica esclusivamente **alle relazioni fuori dallo Stato**.

- **Il diritto internazionale è diritto?**

Il filosofo Hans Kelsen sostiene che esso può essere definito ancora come *diritto primitivo*, in quanto non esiste un istituto di esecuzione in caso di violazione del patto stipulato tra gli Stati, fonte primaria del diritto internazionale. (Schmitt pensa che sia la guerra, come Vattel nello stato di natura di Hobbes, secondo la definizione manzoniana *gli uni contro gli altri armati*). Kelsen pensa al diritto statale e quello internazionale come un unico diritto.

Hart nel suo grande libro *Il concetto del diritto* del 1960 sostiene che il diritto internazionale non è diritto, è sì un ordinamento primitivo ma non è destinato a svilupparsi in futuro; però sostiene la sua importanza, dice che sono regole sociali tra gli Stati che anche se non rinviano a un potere superiore, regolano la vita dei cittadini. Qualsiasi elemento giuridico è composto da norme primarie, di condotta; e norme secondarie che sono norme che attribuiscono potere (legislativo, giurisdizionale, esecutivo).

- **Il caso Medellín v. Texas (2008)**

Filosofia del diritto

Si propone un esempio nel quale concetti che abbiamo messo a punto nelle ultime due lezioni entrano in azione. Si tratta di un **caso giurisprudenziale** in cui problemi di diritto interno e internazionale entrano in gioco. Roscoe Pound è stato un grande studioso del diritto statunitense, il quale ha scritto cose molto importanti, in quanto esponente del **realismo giuridico americano**, importante perché propose a fine 800 la riforma radicale dell'insegnamento del diritto nelle università, in particolare ad Harvard. L'idea è questa che rivendica con toni polemicici: fino ad oggi, sostiene, il diritto è stato insegnato nei modi di "*law in the book*". Egli ripudia i manuali classici, come quello di diritto privato, sostenendo che tutto ciò che serve per la formazione del giurista è contenuto nel *law in the book*. Ritiene che si debba studiare il *law in action*, così come lo vedo in azione nella vita quotidiana e che compare nelle aule di tribunale, dove entra in azione, discusso, usato, per perseguire i reati e condannare. Nelle grandi school americane i manuali vengono aboliti e introdotti i *case books*, che contengono casi dei giudici e motivazioni. Si studia il diritto in maniera casistica per problemi e non per concetti, in relazione agli avvenimenti della realtà.

L'espressione riproduce il modo tipico di citare le decisioni di un giudice nel sistema di *common law*, citando le parti in giudizio: la causa adita al Texas da parte del signor Jose E. Medellín. Nei sistemi giuridici di tradizione di *civil law* le sentenze vengono citate indicando il soggetto giudicante (es. Corte costituzionale, 5 novembre 2025, 1022).

José E. Medellín è un cittadino messicano che vive a Houston, in Texas di diciotto anni noto perché è uno scapestrato. Stabilmente è entrato in una gang che ha già commesso piccoli reati; un giorno succede che questi ragazzi, circa una decina, avvicinano due ragazze una di sedici e l'altra diciotto anni e le portano in un parco vicino, dove vengono stuprate e violentate. Per paura che i ragazzi venissero riconosciuti dalle ragazze, questi decidono di ucciderle.

- Medellín nel 1997 fu condannato alla pena di morte in Texas per lo stupro e l'omicidio delle due adolescenti avvenuto nel 1933.
- C'è un elemento peculiare che conduce la sentenza alla corte suprema americana per capire se, dato che lui è nato in Messico, ma vive a Houston, la pena capitale è ammessa. Nel 1969 gli USA hanno firmato un trattato internazionale "convenzione di Vienna sulle relazioni consolari" (VCCR) (Vienna come luogo dove molti stipulano trattati internazionali nel corso della storia), a cui sono obbligati gli Stati firmatari e quelli che aderiscono nel loro interesse. (I Consolati sono istituzioni giuridiche di uno Stato presso un altro stato, a rappresentanza del primo per garantire determinati diritti al secondo).
- **L'art 36** della convenzione di Vienna sulle relazioni internazionali (1963) recita: Le autorità competenti dello Stato di residenza devono avvertire senza indugio il posto consolare dello Stato di invio allorché un cittadino di questo Stato venga arrestato, incarcerato o messo in stato di detenzione preventiva o d'ogni altra forma di detenzione. Ogni comunicazione indirizzata al posto consolare dalla persona arrestata deve parimente essere trasmessa senza indugio la tale autorità. Queste devono informare senza indugio l'interessato dei suoi diritti conformemente al presente capoverso. Dunque, Medellín aveva l'obbligo di essere informato del suo diritto alla notifica consolare, previsto a suddetto articolo. Egli, quindi, **non poté beneficiare dell'assistenza consolare** durante il processo.
- Medellín venne arrestato senza alcun supporto legale da parte delle autorità consolari. Ne consegue, quindi, che gli USA hanno violato l'art 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. Medellín chiede la riapertura del caso per la violazione, ma la corte d'appello del Texas rigetta questa istanza, perché il tribunale del Texas non può applicare il diritto internazionale, ma solo quello proprio dello Stato.

Filosofia del diritto

- Lo Stato del Messico, allora, adisce a una corte di giustizia internazionale (ICJ), non essendo la prima volta che questo accadeva. Spesso negli USA l'art 36 non veniva applicato per un totale di 51 casi. Gli Stati Uniti, infatti, il 24 ottobre 1945 firmano il trattato costitutivo delle Nazioni Unite. All'art 92 istituisce l'organo della corte di giustizia internazionale (ICJ), che decide delle controversie mediante il diritto internazionale. Prevede due modalità di intervento:
 - **protocollo generale:** al momento della stipulazione del trattato lo Stato può decidere che tutte le controversie internazionali che lo riguardano possono essere decise dalla corte di giustizia internazionale
 - **protocollo speciale:** una clausola in base alla quale le dispute sono affidate alla giurisdizione della ICJ solo per alcune materie specifiche.
- Nel 1985, gli USA **rinunciano** alla prima clausola, il protocollo generale, aderendo esclusivamente a quello speciale.
- La corte di giustizia internazionale condanna gli Stati Uniti per aver violato una norma del diritto internazionale, con richiesta di *revisione sostanziale del processo e riconsiderazione della condotta inflitta*.
- Il presidente degli USA George W. Bush emana un *memorandum*, con cui invitava i tribunali statali a conformarsi alla decisione della ICJ e di procedere alla revisione dei processi.
- La corte d'appello penale del Texas respinse la richiesta di revisione presentata da Medellín, sostenendo che la decisione della ICJ e il *memorandum* presidenziale non erano vincolanti in assenza di una legge emanata dal legislatore. (Dopo che gli USA sono stati condannati a partire dal 2005 non riconoscono più la carta di giustizia internazionale come vincolante.)

La domanda giuridica interessante da porsi è: possono i trattati internazionali e le decisioni dei tribunali internazionali vincolare direttamente gli Stati, i giudici e i cittadini statunitensi?

Per capire la soluzione della questione da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti occorre riprendere il modello-Westfalia: prendiamo, quindi, l'ordinamento del diritto internazionale, a cui appartengono i **trattati** e le **consuetudini**, fonti di diritto volontario, governato dal principio di *indipendenza* degli Stati.

- nel diritto interno dello Stato ci sono le norme del diritto interno (costituzione, legge, regolamenti...)
- In che relazione stanno tra di loro il diritto internazionale e quello interno agli Stati? Infatti, definito secondo l'accezione kelseniana che il diritto è uno solo, bisogna pensare al diritto internazionale in una posizione superiore rispetto ai diritti statali. La visione del diritto internazionale di Kelsen è infatti detta **monista**. Questa, tuttavia, non corrisponde al modello-Westfalia, arrivando ad essere definita un'utopia di Kelsen.
- Il modello-Westfalia è definito dagli studiosi, **dualista**: vi sono due differenti ordinamenti con differenti gerarchie e fonti. Tramite la **legge di conversione dei trattati**, fonte del diritto interno, i trattati di diritto internazionale entrano a far parte del diritto interno statale.

Questa, quindi, la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti: i trattati internazionali e le decisioni dei tribunali internazionali non sono automaticamente vincolanti per gli Stati e i giudici dell'Unione Europea, a meno che:

Filosofia del diritto

3. Un trattato sia ***self-executing***, ovverosia contenga una clausola che prevede la sua immediata efficacia entro l'ordinamento dello Stato. Nel nostro caso l'art 36 del trattato di Vienna **vincola** gli Stati, perché risponde al diritto internazionale. Tale che se un cittadino straniero è detenuto, allora, è fatto obbligo di avvertire il consolato.
4. ***legge di conversione***. Il parlamento emana una legge di conversione che rende valido e efficace il contenuto del trattato entro l'ordinamento dello Stato. Se un cittadino straniero è detenuto allora è fatto obbligo di avvertire il consolato.

Entrambe le norme hanno lo stesso contenuto, mentre la n2 è ***fonte del diritto interno dello Stato*** ed è stata emata dal Parlamento perché emanata del legislatore; la n1, invece, è ***fonte del diritto internazionale***, frutto di un trattato. Seppur il loro contenuto sia lo stesso, differiscono nel destinatario della norma. Mediante le ***leggi di conversione*** i due ordinamenti comunicano tra loro, secondo il modello Westfalia dualista, mantenendo i caratteri del singolo.

In questo modo nel 2009 gli USA ribadiscono il modello Westfalia per difendere il proprio principio di indipendenza.

- **le conseguenze del caso Medellín:**

La corte suprema ha dichiarato che:

- la convenzione non era ***self-executing*** e non aveva, perciò, potere di diritto, ossia non era immediatamente efficace entro lo Stato
- il memorandum presidenziale non aveva effetto legislativo e che gli Stati devono applicare i propri ordinamenti giuridici statali. Il presidente degli USA, infatti, non ha potere di rendere vincolanti le decisioni delle corti internazionali entro lo Stato.
- In assenza di una legge federale di conversione della Convenzione di Vienna, gli Stati sono tenuti a applicare le regole processuali interne.

Dunque, il 5 agosto 2008 “**vince**” il modello Westfalia: a Medellín Venne eseguita in Texas mediante iniezione letale la pena di morte, dopo che la corte suprema aveva rigettato l'istanza finale di clemenza avanzata dal condannato.

- **Mortensen v. Peters (1906) - leading case**

Un altro caso che osserva il medesimo tema da una prospettiva diversa. Se ieri la domanda era se le leggi di diritto internazionale si applicano ai singoli Stati, oggi la domanda è speculare: le norme di diritto interno si applicano a livello internazionale?

Emmanuel Mortensen, un cittadino danese, è capitano del peschereccio Niope, d'altura che pesca nel mare del nord. Il 30 novembre 1905 stava navigando nella baia di Moray Firth nella parte del nord della Scozia, che si estendeva per un braccio di mare molto ampio. Quella mattina il peschereccio viene avvicinato dalla guardia costiera scozzese, che sale sulla barca e lo dichiara in **contravvenzione per violazione delle norme interne**, che facevano divieto di effettuare pesca a strascico. In base al diritto scozzese la pesca era vietata nell'intera area dalla punta nord a quella sud con pena di sanzione pecuniaria fino a 100£, e, in caso di inadempimento, reclusione di un massimo di 15 giorni.

Ai tempi dei fatti con riguardo alle acque antistanti allo Stato, il diritto nelle acque internazionali prevedeva che il diritto interno fosse esteso *fino a 3 miglia dalle stesse acque*. Curioso notare come

Filosofia del diritto

la scelta di 3 miglia in particolare derivi da una decisione meramente pratica: per lo meno dalla metà del 600 fino alla metà dell'800, infatti, un tiro di cannone arrivava più o meno a 3 miglia di distanza. L'esigenza primaria, dunque, era **difendere le acque dello Stato**. Una delle fonti di diritto internazionale dell'età moderna sostiene che nasce dall'esigenza di difenderlo dalla *pirateria*. Entro i 3 miglia della costa, quindi, si applicava la giurisdizione dello Stato.

- In base al diritto internazionale, quindi, Niope non violava alcuna norma, perché navigava in acque internazionali dove la pesca era libera.
- Tuttavia, il capitano del Niope venne sanzionato dalle autorità scozzesi per violazione delle norme interne che regolavano la pesca nell'area.

• Dottrina della *intra fauces terrae*

La dottrina *intra fauces terrae*, letteralmente "entro le fauci della terra", con l'immagine dei promontori come mandibole che chiudono un'insenatura, nasce nella prassi marittima e nel diritto comune come criterio di delimitazione spaziale: le acque comprese all'interno della linea che congiunge i capi di baie, rade o porti sono qualificate come acque interne e, in quanto tali, sottoposte alla piena sovranità dello Stato costiero. *Intra fauces terrae* è, dunque, una tecnica di territorializzazione del mare prossimo, fondata su dati morfologici e resa operativa dal riconoscimento interstatale, che trasforma un tratto di mare in "spazio di Stato" per ragioni funzionali (sicurezza, ordine, fiscalità, polizia portuale).

- Secondo **Stair**, II, i, 5: *il vasto oceano appartiene agli uomini per quanto riguarda la navigazione e la pesca, che sono gli unici usi che se ne possono fare dal momento che non può essere delimitato. Spazio ma quando il mare racchiuso in baie, insenature, o comunque può essere delimitato o limitato come uno spazio interno dei punti sulla terraferma, o all'interno della vista di tali coste, allora può essere occupato, fatto salvo il diritto di passaggio per il commercio come va lì sulla terraferma.*
- Secondo **Bell**, altro autore di common law, al paragrafo 639: *il sovrano ha il dominio sui bracci di mare entro il raggio di un tiro di cannone dalla terraferma; egli ha inoltre il dominio degli abissi, dei golfi e delle baie che circondano il regno.*

Questa dottrina nasce quando era in corso la guerra tra la Francia e la Spagna, fino ai limiti della costa inglese. Giacomo I costituì questa idea secondo cui le **baie erano parti interne del territorio dello Stato**.

• I motivi del ricorso

È un caso di antinomia tra norme di diritto diverso: il diritto internazionale, infatti, ritiene non sia stata violata nessuna legge, mentre il diritto interno sì: gli viene commissionata una sanzione, ma Mortensen appella la sentenza alla corte di Edimburgo. Mortensen fa appello alla decisione del tribunale scozzese per due motivi di ricorso:

- il *Niobe* è un peschereccio a vapore che batteva bandiera norvegese e il cui comandante era di nazionalità danese; la nave non era dunque sottoposta alla giurisdizione della Scozia.
- Il *Niobe* navigava in acque internazionali, ove la pesca non era sottoposta a vincoli; la sanzione inflitta al capitano dalla nave era dunque illegittima.

- La decisione della corte:

La decisione è costituita da una *disposizione* della sentenza, in cui si dà la risposta al quesito posto dalle parti, e da una *motivazione* della sentenza, dove il giudice motiva la sua sentenza tramite il ragionamento.

- Il ragionamento della corte: Se l'appellante (Mr Mortensen) fosse stato un suddito britannico al comando di una nave britannica, e gli sarebbe di certo stato condannato.

È 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 delicti* (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 ricorso debba essere respinto.

- La corte applica il diritto interno tra le acque territoriali. Dal punto di vista giuridico si tratta di una *finzione giuridica*, in quanto quelle acque vengono concepite come parte del territorio dello Stato. È del tutto irrilevante che il capitano della nave sia danese o che la bandiera fosse norvegese; ciò che conta è che i fatti si siano svolti all'interno delle acque scozzesi.

È legittimo allora chiedersi: quel pezzo di mare si trova entro i confini territoriali o in quelli internazionali? Il ricorso viene rigettato perché:

- 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 e dunque incorporato nell'ordinamento statale.
- Poiché la consuetudine internazionale che fissava il limite delle acque territoriali a tre miglia dalla costa non era stata recepita dalla legge scozzese, essa non era diritto applicabile dalla corte.

- I due casi messi a confronto

Il problema di ieri verteva sulla questione secondo cui ci si chiedeva se il diritto internazionale si applica all'interno dello Stato, la cui risposta era negativa, a meno che non ci oggi stata una **norma ponte** secondo il modello-Westfalia (secondo il principio di supremazia dell'indipendenza degli Stati).

I due casi costituiscono due esempi cardine del monismo pratico, che si rifanno al **modello-Westfalia**: un unico diritto che fa riferimento al principio di supremazia (diritto interno) o al principio di indipendenza (diritto internazionale). Qui il diritto internazionale può essere concepito in due modi:

- **monismo**: un solo diritto che raccoglie tutti gli altri
- **Dualismo**: più diritti diversi con criteri di giurisdizione diversi, che comunicano tra loro tramite leggi.

- Il pluralismo giuridico



Filosofia del diritto

Il **monismo pratico** è un progetto di realizzazione di uno Stato caratterizzato dalla *sovranità*, che si articola in **diritto interno** con la **supremazia** e in **diritto esterno** con l'**indipendenza**. Questo modello, tuttavia, a partire dal 1800, entra in crisi, costituendo un processo di transizione da una società che concepisce uno specifico e *unico ordinamento* giuridico ad una società costituita da una *pluralità di ordinamenti giuridici*. Tale trasformazione si riverbera sino ai giorni nostri, non essendo, dunque, ancora completa.

• **Il monismo statale**

Il monismo statale, o *stativo* in quanto indissolubilmente legato al concetto di stato, fa capo al concetto di Stato, che, secondo il modello Kelseniano, è

- un tipo di **ordinamento giuridico** (inteso come insieme di norme) che ha caratteristiche particolari e con le sue **istituzioni statali** come la *pubblica amministrazione*. (L'azione dei poteri pubblici è legittima quando è legittimata da norme). L'esistenza stessa delle istituzioni è generata da norme (le norme costitutive che creano le istituzioni. Ai sensi dell'art 70 è prevista l'esistenza del Parlamento).
- Il diritto dello Stato esercita **l'autorità suprema** su uno specifico territorio: non c'è nessun'altra autorità ad essere superiore. Chi ha l'ultima parola a decidere diritti e doveri è lo Stato
- Lo Stato è un'istituzione di tipo monista perché è **centralizzato**. L'organizzazione dello Stato fa capo ad un centro, è ricondotto all'unità. L'organizzazione dello Stato è molto articolata ma è sempre possibile partendo dalla periferia arrivare al centro, perché è collegato dal concetto di delegazione del potere. Se un'organizzazione non corrisponde a questo meccanismo, non è stato.
- il diritto dello Stato è caratterizzato dal meccanismo di **divisione del lavoro**
- il diritto dello Stato favorisce la nascita di una **identità collettiva nazionale**. Nasce il concetto di Stato che si differenzia da quello giuridico di Stato. Il concetto di nazione è concetto sociologico che descrive una specifica condizione dei cittadini organizzati in società (lingua, religione, tradizione, contesto...). L'unità nazionale è comunione tendenziale della stessa lingua, stessa religione, stessa memoria e stesse tradizioni. Ciò che lo Stato tende a realizzare è una nazione, un'identità nazionale, perché si ritiene sia di supporto all'obbedienza alle norme dello stato.
- Il diritto dello Stato è **indipendente** dal diritto degli altri Stati.

• **Il declino dello Stato: tre tappe**

Il modello di Stato appena descritto oggi è in crisi. Non solo è in crisi, ma è una crisi che va avanti almeno da un secolo, perché è un processo che non ha portato a qualcosa altro, perché non c'è ancora un modello alternativo né il tentativo di costituirlo. L'idea di progetto da realizzare è un concetto nato con l'Illuminismo. (L'autore Reinhart Koselleck scrive a riguardo in "futuro Passato"). Negli anni 90 viene pubblicato un altro libro: la fine della storia).

Questa crisi ha una storia lunga, che può essere ripercorsa attraverso alcune tappe sino ai giorni nostri:

- **prima crisi del diritto statale:** (1920-1934) Schmitt a partire dagli anni 20 del novecento è uno dei primi teorici della crisi dello Stato, che critica la repubblica di Weimar, parlando

Filosofia del diritto

di crisi del liberalismo giuridico. Secondo *Cassese* la prima crisi interviene attorno agli anni 20 e corrisponde alla crisi dello Stato liberale di diritto. Nel capitolo 30 del *Leviatano* Hobbes usa la metafora delle siepi per spiegare che il compito dello Stato è **garantire la libertà dell'individuo**. Negli anni 20 del Novecento le divisioni all'interno dello Stato diventano tanto grandi da arrivare alla nascita di scioperi e sindacati. Questo clima favorisce la nascita di *regimi autoritari*. A seguito dei conflitti mondiali nasce, poi, lo *Stato costituzionale* e si forma un modello di *Stato definito sociale*, ossia che si preoccupa della società, che interviene nei processi economici, che fornisce servizi pubblici. Nell'ottica hobbesiana se lo stato di natura è una situazione di guerra di tutti contro tutti; allora il diritto è il **mezzo che garantisce pace, libertà, uguaglianza**. Il diritto è una forma di protezione dall'intralcio dagli altri. Lo Stato sociale è profondamente antihobbesiano.

- **Seconda crisi del diritto statale:** (1970-1989). Lo Stato non è più in grado di garantire i diritti sociali del singolo cittadino e la sua reazione è quella di trasferire le funzioni che aveva assunto statalmente, ai **soggetti economici privati**, in nome dello Stato. La reazione è dunque la **privatizzazione** dei servizi originariamente statali (scolastico, educativo, economico...). Nasce per far fronte alla crisi e i compiti inizialmente attribuiti allo Stato cominciano ad essere attribuiti ai privati, perdendo così la sua originaria importanza. Le sue funzioni vengono erose all'interno della società.
- **Terza crisi:** (2000-oggi) quando il peso dello Stato viene eroso non solo a riguardo dei servizi pubblici ma anche per quanto riguarda la supremazia come produzione di diritto e indipendenza come posizione nei rapporti con gli altri Stati. All'interno del nostro ordinamento il parlamento **non è più l'unico soggetto autorizzato a produrre norme**, perché ne entrano altri in concorrenza con le autorità statali. La terza crisi del diritto statale è dovuta prevalentemente alla **globalizzazione**, fenomeno che ha grandi implicazioni nel campo del diritto.

• La globalizzazione

La globalizzazione, scrive il sociologo Held in *Global Transformations*, il processo di *ampliamento, intensificazione e accelerazione dell'interconnessione tra tutti gli aspetti della vita sociale*. Questa forma di trasformazione può essere catturata mediante alcune coppie di concetti: (fare confronto con Zigmund Baumann e la dottrina della società liquida)

- **spazio/tempo:** con la globalizzazione cambia la percezione e l'esperienza di queste due categorie. (Per Kant erano figure a priori dell'intelletto, attraverso cui si percepiva il mondo).
- **Territorio/scala:** I modelli delle relazioni non sono più circoscritte in un determinato luogo, ma sono a portata globale; dunque, ciò che cambia è la scala di estensione, non ridotta a un comune, a una regione, a uno stato, ma che coinvolge soggetti che si trovano in altre giurisdizioni e in altre aree territoriali.
- **Sistema/struttura:** le relazioni sociali assumano un andamento orizzontale non organizzate in una struttura gerarchica. Le relazioni sociali si sviluppano in reti (network) caratterizzate da gerarchie mobili. In Kelsen avevamo incontrato la *stufenbau*, dove le norme intrattengono una organizzazione di tipo verticale, gerarchica; ora nello spazio globale la relazione tra le norme è di tipo **orizzontale**, ben resa dalla metafora della rete, composta da una serie di nodi che giacciono su uno stesso piano e sono connessi tra loro.



Filosofia del diritto

(Come i social network). Questo modello utilizzato per spiegare le relazioni sociali, varrà anche per il diritto.

- **Processo/azione:** la globalizzazione è un processo in continua evoluzione, in cui la società si inserisce.

- **Il dibattito sulla globalizzazione**

Tutte le scienze sociali studiano il fenomeno della globalizzazione. Tuttavia, ci sono degli approcci abbastanza ricorrenti sul versante giuridico che si contrappongono tra loro:

- **Iperglobalisti** come Hans Kelsen: (fautore della globalizzazione ante litteram): *one world system*.
- **Scettici:** la globalizzazione, ammesso che ci sia stata, sicuramente è finita
- **Teorici della trasformazione:** la globalizzazione è un fenomeno reale con un grande impatto sul diritto e sulla sua natura, ma convive con il passato, con il diritto dello Stato, del modello-Westfalia. Questo è l'atteggiamento nostro, nel tentativo di comprendere ciò che sta succedendo nella realtà attuale.

- **Quesiti ricorrenti:**

- la globalizzazione è finita?
- La globalizzazione è stata un fenomeno positivo o negativo?
- Gli Stati stanno per scomparire?
- Che trasformazione sta subendo il diritto nell'età della globalizzazione?

- **La globalizzazione del diritto**

La globalizzazione del diritto è un momento di trasformazione della natura del diritto, che comporta una sorta di cambio di paradigma, tale che dal mondo del monismo giuridico si passa a quello del **pluralismo giuridico**. Nel primo esiste un solo diritto, il diritto dello Stato; nel secondo nascono altri tipi di diritto non più connessi ai singoli Stati. A fronte di tale trasformazione in atto bisogna considerare alcuni aspetti:

- i fenomeni sociali regolati dal diritto acquistano una scala globale, che creano dei problemi al diritto dello Stato. Incide significativamente sul diritto, in quanto l'ambito di giurisdizione dello Stato è limitato ai confini dello stesso, quindi, i danni subiti da parte di soggetti fuori dallo Stato non sono risarcibili da questo (come la polizia statale)
- Tendentiale declino dello Stato in quanto autorità *indipendente* e *suprema*. Soggetti diversi dallo Stato acquistano nuovo potere, andando a diminuire quello nelle mani dello Stato, perché si sviluppano nuovi fenomeni, che necessitano nuove strutture regolamentatrici, nuovi tipi di ordinamento.
- *Denazionalizzazione* delle istituzioni statali
- Forme di regolazione *a più livelli*. Nuovi tipi di regolamenti che si distinguono tra loro per la scala di intervento. Se nel modello-Westfalia il diritto era uno, quello dello Stato;

l'ambito di applicazione era il territorio dello Stato e il suo compito regolare i rapporti con gli altri stati; dallo sviluppo di nuove esigenze sociali nascono nuovi modelli di diritto.

- **Le nuove forme di diritto**

- **diritto sovra-nazionale:** come il diritto dell'Unione Europea, ordinamento giuridico le cui caratteristiche non sono nè quelle dell'ordinamento giuridico statale nè quelle dell'ordinamento giuridico internazionale. Nasce per iniziativa degli Stati, che per regolare le relazioni che vanno oltre il loro territorio, scelgono di cedere una porzione della propria sovranità attraverso trattati a istituzioni giuridiche non statali. L'unione europea regola alcuni ambiti della vita sociale, di cui lo Stato non si occupa, ma che sono comunque vincolanti per gli Stati.
- **Diritto trans-nazionale:** nasce per iniziativa dei privati come le società multinazionali, organizzazioni non governative, associazioni professionali, enti tecnici dalla prassi imposta come norma per tutti per regolare le attività economiche e altri fenomeni sociali di portata globale, eccedenti il diritto sovra-nazionale. (*Lex mercatoria*, ISO standards, Amnesty International)
- **Nuovo diritto internazionale:** le norme che regolano i rapporti tra gli Stati dopo la seconda guerra mondiale. Norme che si impongono sugli stati al di là della loro volontà, nate dall'esigenza di tutelare i diritti inviolabili dell'uomo. È la tendenza del diritto internazionale a evolversi in un diritto globale. L'esempio tipico è l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU). Nell'era della globalizzazione cambia la struttura del diritto: non c'è una chiara gerarchia tra le nuove forme di diritto sviluppate. Molto spesso i nuovi ordinamenti giuridici sono in conflitto tra loro. Questa realtà è definita *pluralismo giuridico*.
 - *Fonti del diritto internazionale:* trattati, consuetudini, principi generali del diritto riconosciuti dagli Stati; fonti sussidiarie: decisioni giudiziali, opinioni di giuristi altamente qualificati.

- **La nascita di nuovi ordinamenti giuridici**

Nascono nuovi ordinamenti giuridici con caratteristiche nuove non riconducibili alle coordinate tradizionali. Il panorama giuridico di quest'epoca si può caratterizzare con il *passaggio dal monismo al pluralismo giuridico*.

- Secondo il sociologo portoghese Santos Sousa in *A New Common Sense* “*per pluralismo giuridico si intende l'idea che vi sia più di un sistema giuridico operante in una singola unità politica o in un medesimo spazio sociale*”. Ci sono più ordinamenti che allo stesso modo regolano i comportamenti dei cittadini secondo una **sovrapposizione**. L'esistenza di una pluralità di ordini giuridici implica, quindi, ***l'assenza di un'autorità ultima che determina il contenuto del diritto***. I sistemi nuovi regolano le medesime condotte secondo punti di vista diversi: come nel monismo giuridico c'è un' autorità ultima che decide sulle



Filosofia del diritto

condotte dei cittadini, così nel pluralismo giuridico NON c'è un'autorità singola, ma vi sono **più autorità** in concorrenza tra di loro in gerarchie ricostruite caso per caso.

- Secondo Cotterel in *Transnational Communities* “il dono che la globalizzazione ha portato 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 una gerarchia normativa alla Kelsen, né questo diritto si lascia catturare da alcun modello esplicativo unitario.” La globalizzazione, dunque, ha portato ad uno stato di caos e indeterminatezza, ad una pluralità di diritti impossibile da catturare in un modello unitario.

• Il pluralismo giuridico in azione: il diritto dell'Unione Europea

Il diritto sovranazionale è un diritto a metà tra l'internazionale e quello statale e può essere studiato guardando all'esempio del diritto dell'Unione Europea; N.Walker, uno degli studiosi più importanti nel campo, sostiene che *il diritto dell'Unione Europea costituisce un test 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 quella degli Stati. Il rapporto tra gli ordini giuridici è ora orizzontale anziché verticale, eterarchico anziché gerarchico.*

È, quindi, in competizione con il diritto degli Stati, pur non essendo diritto di uno Stato. È **un'entità ibrida**, che organizza gli ordini giuridici in un rapporto orizzontale anziché verticale, eterarchico anziché gerarchico.

- il diritto dell'UE si fonda su dei trattati internazionali ma è composto da norme che sono immediatamente vincolanti all'interno degli Stati membri.
- Questa ha inoltre istituito una Corte di Giustizia che assicura la sua omogenea applicazione all'interno degli Stati membri. Questo diritto si fonda su trattati internazionali:
- 1957 - **Trattato di Roma** che ha determinato la **Comunità Economica Europea** (CEE)
- 1992 - **Trattato di Maastricht** che ha determinato la **Comunità Europea** (CE)
- 2007 - **Trattato di Lisbona** che ha determinato la nascita dell' **Unione Europea** (UE)

• Prima fase del diritto europeo (dagli anni '60 agli anni '90)

È un tipico regime di *diritto internazionale pattizio*, secondo il modello-Westfalia. Non è un'entità nuova, ma avrebbe comunicato ad ogni Stato membro che gli Stati cedono una porzione della loro sovranità con riguardo ad alcune materie dell'Unione Europea. Questo è reso possibile *ex art. 11 della Costituzione* per cui *l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.*

Filosofia del diritto

L'Unione europea nasce, quindi, in virtù dell'**idea di pace tra le nazioni**. Secondo un'analogia efficace, l'art 11 è come un rubinetto che apre la comunicazione tra due ordinamenti distinti che, con riguardo a materie determinate, incorporano il diritto europeo nel diritto interno, restando comunque separato, alla pari di due liquidi aventi densità diverse. In questo senso il diritto europeo era considerato equivalente alle norme di rango legislativo, se viene incorporata attraverso una *legge di conversione*, si recepisce il trattato, il cui contenuto ha valore di legge e, quindi, è equivalente alle leggi dello Stato.

• Il caso Costa V. Enel (1964)

Siamo nella fase del boom economico e lo Stato italiano decide di prendere il controllo sulla produzione di energia elettrica per favorire i bisogni dei cittadini. L'energia elettrica viene, quindi, **nazionalizzata**.

Flaminio Costa, imprenditore azionista di *Edison energia*, quando lo Stato prende il controllo della produzione di energia, decide di intraprendere una battaglia contro di questo, a tal punto da non consentire ai dipendenti dell' ENEL di controllare il contatore domestico e di non pagare la prima bolletta, in quando riteneva che tale legge violasse la Costituzione all'art 11 e le norme del trattati CEE che tutelavano la libertà di concorrenza. C'è, quindi, un conflitto tra diritto interno e diritto europeo.

- Il giudice porta il caso alla Corte Costituzionale, a cui spetta la risoluzione del caso.
- La Corte Costituzionale italiana respinge l'istanza di Costa, cioè sostiene che la legge che ha nazionalizzato l'energia elettrica è costituzionale. Vero é, tuttavia, che sussiste di fatto un conflitto tra diritto interno e diritto europeo, ma per la Corte il diritto interno prevale su quello comunitario secondo il modello-Westfalia; infatti, il diritto europeo é sussunto nell'ordinamento italiano come un tipo di legge, motivo per il quale esso cade di fronte alla Costituzione
- si configura come un conflitto di leggi che stanno sullo stesso piano; dunque, poiché non si può applicare il principio della *lex superior* perché sono sullo stesso piano; si applica il principio della *lex posterior*, secondo cui è abrogata la legge emanata prima, prevalendo l'ultima emanata.
- Costa allora, alla seconda bolletta non pagata, si rivolge a un altro giudice che applica una norma di diritto europeo, detta **rinvio pregiudiziale**, che consente al giudice dello Stato di chiedere un parere alla Corte di Giustizia Europea.

• Ragionamento della Corte di Giustizia Europea

La Corte di Giustizia Europea dà torto alla Corte Costituzionale Italiana, sostenendo, secondo la celebre frase, che il diritto europeo è un nuovo tipo di ordinamento (né statale né internazionale). La Corte Costituzionale in questa prospettiva ha sbagliato, perché l'ha concepito come ordinamento statale.

- Il Trattato CEE, infatti, ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri



Filosofia del diritto

- c'è, quindi, una *compenetrazione* tra ordinamento statale e ordinamento europeo e, poiché integra più Stati e li collega, esso è ***diritto sovranazionale***.
- Poiché gli Stati hanno limitato la loro sovranità, aderendo alla comunità, non possono far prevalere un loro provvedimento su una norma comunitaria, che prevale persino nei conflitti sulla costituzione.
- Anche se è contrario all'ordinamento italiano bisogna, dunque, **applicare il diritto europeo**.

• I Principi affermati della Corte di giustizia Europea

- *Primazia del diritto europeo*: il diritto europeo prevale su quello statale in caso di conflitto secondo il principio di primazia, diverso da quello di supremazia secondo cui gli Stati *superiorum non recognoscunt*. Il giudice applica la norma di diritto europeo, ma il diritto interno non viene abrogato, bensì *disapplicato*. La specifica norma continua ad essere applicata in casi successivi, conservando la sua efficacia. Tra il diritto statale e quello europeo c'è un legame per cui gli Stati adottino misure tale da poter armonizzare i rapporti tra di loro e perseguire gli obiettivi comuni
- *Effetto diretto del diritto europeo*: ciascun cittadino europeo può invocare l'applicazione di una norma del diritto europeo di fronte a un giudice nazionale o a un giudice europeo (inconcepibile nel modello Westfalia).
- Il diritto europeo *genera obblighi* per gli Stati membri e per i loro cittadini indipendentemente da quanto previsto del diritto interno.

- Lo Stato costituzionale e la nascita delle Nazioni Unite

La nascita di nuovi tipi di ordinamento ha portato a nuovi quesiti legati al diritto internazionale, relativi a cosa succede alle relazioni dello Stato a seguito della crisi dello stesso, che ha generato la rottura del modello-Westfalia e il passaggio al pluralismo.

A tal proposito, infatti, si può parlare di una costituzionalizzazione del diritto internazionale: lo Stato ha ripercorso alcune tappe, che hanno portato al modello dello **Stato costituzionale**, caratterizzato dalla Costituzione come *fonte sovraordinata* rispetto alla legge all'interno dello Stato. La nascita delle Costituzioni è una reazione al fallimento dello Stato liberale di diritto durante la Seconda Guerra Mondiale, dilagato in un esercizio illimitato del potere dell'autorità, che aveva visto l'affermarsi dei vari totalitarismi. Dunque, al fine di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini, condusse all'esigenza di porre dei vincoli all'esercizio della sovranità.

Si immagini uno Stato dispotico, il cui despota firma un trattato internazionale con esponenti di altri Stati. Quel trattato ha forza giuridica: il fatto che entro il profilo dello Stato vengano limitati i diritti dello Stato secondo il modello-Westfalia risulta del tutto irrilevante sotto il profilo internazionale.

Il diritto internazionale, infatti, non riguarda gli individui, né riconosce le loro rivendicazioni come giuridicamente rilevanti, non essendo persone giuridiche. Quindi, non potendo la Corte



Filosofia del diritto

costituzionale intervenire direttamente per tutelare i diritti dei cittadini secondo questo modello, nasce l'esigenza di costituzionalizzare il diritto internazionale.

Ad oggi, tuttavia, non esiste un diritto internazionale con una Costituzione, che rifletta l'utopia *kelseniana* di uno *Stato mondiale*.

- La nascita delle Nazioni Unite ha previsto un Trattato Internazionale che tiene insieme quasi tutti gli stati presenti al mondo e che costituisce dei vincoli in capo agli Stati. La nascita di un regime di *diritto internazionale* (i trattati), posti a tutela dei diritti umani fondamentali (elemento di innovazione) e la nascita di un *diritto internazionale umanitario*, tuttavia, non sono la stessa cosa:
 - **Diritto internazionale**: serie di trattati posti a tutela di TUTTI gli esseri umani;
 - **Diritto internazionale umanitario**: ciò che nella tradizione del diritto internazionale era chiamato *ius in bello*, il diritto dei conflitti armati, che regola il comportamento delle parti nel conflitto armato e che nel Novecento dopo la seconda guerra mondiale assume connotazioni nuove.

L'idea di un Diritto Penale Internazionale é un'idea molto forte; infatti, nel modello-Westfalia gli Stati si accordano tra di loro attraverso le **rappresentanze diplomatiche** (organismi che esercitano il potere in nome degli Stati), auto vincolandosi. Nascono, quindi, delle Istituzioni a cui affidare dei compiti per il diritto degli Stati. Infatti, se il modello-Westfalia vedeva dappertutto Stati che stipulavano tra di loro trattati; dal 1945 ci sono le Istituzioni Internazionali che stipulano tra di loro accordi.

- **Sistema delle nazioni unite**

Alla fine della Seconda Guerra Mondiale per iniziativa degli Stati vincitori viene organizzata una conferenza internazionale con sede a New York, in cui viene firmata una carta Internazionale da quasi la totalità degli Stati del mondo, che poneva dei vincoli all'esercizio della sovranità degli Stati.

- **Divieto dell'uso della forza**: il vincolo più importante è posto **dall'art 2** al **paragrafo 4**, quando viene istituito il divieto dell'uso della forza: i conflitti armati sono giuridicamente giustificati solo in caso di autodifesa o previa autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. Con l'introduzione di questa carta muovere guerra per risolvere i conflitti internazionali é vietato, a meno che non sia giustificato a due condizioni: per autodifesa in caso di aggressione o previa autorizzazione del consiglio di sicurezza delle nazioni unite (5 Stati).
- **sistema di sicurezza collettiva**: viene istituito un consiglio di sicurezza collettiva, a cui è affidato il mantenimento della pace e la facoltà di autorizzare misure coercitive.
- **Corte di giustizia internazionale**: viene istituita una Corte che ha il compito di applicare il diritto internazionale per risolvere le controversie
- **Accanto al principio di sovranità subentra il principio di autodeterminazione dei popoli**: i popoli a livello internazionale hanno il diritto di autodeterminarsi, e laddove questa pretesa viene violata, può esserci l'intervento del diritto internazionale. Questo principio costituisce un momento storico importante, perché sancisce la fine della colonizzazione e dei suoi regimi: ciascun popolo è, quindi, libero di autodeterminarsi.

L'ONU nel suo complesso risulta essere lo specchio dei vincitori della guerra, a tal punto che il suo Diritto Internazionale viene visto come ***diritto dei vincitori***. Tuttavia, ancora oggi il consiglio di sicurezza dell'ONU sotto il profilo pratico viene visto come un sistema che non funziona, perché la pretesa di pace, che dice di perseguire, non porta di fatto alla risoluzione definitiva di tutti i conflitti.

- Diritto internazionale dei diritti umani

Prima del 1945 i diritti degli esseri umani erano una materia esclusiva del diritto statale.

Mediante alcuni accordi si espande la tutela dei diritti fondamentali di ciascuno. È un auto vincolo che gli Stati creano e che finisce con auto limitare la difesa di questi diritti.

- Dopo la *Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948* nascono numerosi trattati che tutelano i diritti, che, sovrapponendosi l'uno all'altro costituiscono una rete di tutela anche contro gli Stati stessi.
- Il **tentativo** consiste nel creare norme di diritto Internazionale la cui fonte è una fonte pattizia consuetudinaria nella convinzione di agire secondo diritto e di essere vincolanti *erga omnes*: se nel diritto Internazionale del modello-Westfalia è un diritto che nasce su base volontaria, in cui sono vincolati gli Stati che vogliono vincolarsi (in un trattato tra Stato a e Stato b il diritto vale tra di loro e non con gli altri Stati), adesso, invece, è un diritto che vale **nei confronti di tutti** gli Stati.

Nasce, così, il concetto di **crimine contro l'umanità**: il crimine è la violazione di una norma di diritto penale, ossia un diritto particolare, posto a tutela di beni giuridici fondamentali, a cui riconosciamo un'importanza fondamentale e senza i quali la società non potrebbe sopravvivere. Attraverso il diritto penale, infatti, si può addirittura privare la popolazione della vita (pena capitale), dei loro beni etc... Risulta un diritto più intrusivo, perché è posto a tutela del bene giuridico.

La tutela del diritto penale comporta l'uso della forza (strumento coercitivo), che è lo strumento di cui lo Stato si serve per tutelare i diritti fondamentali e che vale fino al confine dello Stato stesso.

- Nasce, quindi, l'idea di un ***diritto penale internazionale***: i crimini possono essere perseguiti oltre lo Stato, così che, se prima era stipulato un trattato tra a e b e non valeva in c, ora lo stesso trattato vale anche in c.

- Bosnia V. Serbia (1996-2007)

A seguito della caduta del muro di Berlino nel 1989 con conseguente fine della guerra fredda e caduta dell'URSS, si sviluppano *istanze indipendentiste* nell'ex Jugoslavia. In Bosnia, infatti, vengono indette delle elezioni, che sono vinte dal partito che rappresentava la maggioranza musulmana in Bosnia (da sempre, infatti, la Bosnia era uno stato multietnico pacifico: vi erano 3 etnie principali, presenti ancora oggi, musulmana, cristiano ortodossa, cattolica).

- Il partito che rappresenta l' etnia musulmana assume un ruolo di governo e la prima mossa che fa è indire un *referendum* per dichiarare l'indipendenza della Bosnia dall'ex Jugoslavia. Poiché viene vinto, il governo dichiara l'indipendenza della Bosnia.
- Tuttavia, il novello governo bosniaco viene *dichiarato illegittimo* dal governo centrale, conducendo a scontri armati a Sarajevo tra coloro che volevano restare e chi, invece, se ne vuole andare dalla Bosnia.
- Questa guerra in Bosnia si configura sin da subito in modo peculiare. Carl Schmitt per descriverla utilizzerebbe la denominazione *guerra civile*, una guerra che ha luogo nel medesimo Stato tra componenti diversi di una medesima popolazione, il peggior tipo di guerra perché si configura come una *guerra di annientamento*, il cui scopo non è occupare il territorio di uno stato nemico, ma **sterminare il nemico**, ucciderlo sino all'ultimo uomo. La manifestazione più emblematica del rapporto *amicus-hostis* si trova proprio nella guerra civile.
- La guerra in Bosnia tra componenti della società civile si configura, quindi, come una **guerra di annientamento**, richiamando sin da subito l'attenzione degli altri Stati dell'ex Jugoslavia, che, tuttavia, decidono non di intervenire direttamente, ma di sostenere determinati gruppi: la Serbia sostiene gli ortodossi, mandando le sue truppe; la Croazia, invece, che è uno stato a maggioranza cattolici, sostiene i musulmani contro gli ortodossi.
- Poiché tutte le parti hanno commesso dei crimini, il consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite istituisce il **Tribunale penale** dell'ex Jugoslavia per decidere su gravi crimini. Gli imputati saranno gli esponenti dell'esercito serbo tra cui il generale Radko Mladić. Il Tribunale giudica su fatti individuali, di cui il caso più emblematico è costituito dal **massacro di Serbenica del 1995**, in cui gli uomini musulmani della città sono stati sterminati dai cattolici.
- Se dapprima la Bosnia accusa la Serbia di genocidio di fronte al Tribunale; in seguito, nel 1996 viene fatta di fronte alla CIG l'accusa di aver violato il trattato sulla repressione del genocidio. In particolare, la Bosnia accusa lo Stato serbo di non aver evitato il sorgere di un genocidio, violando, così, la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (1948).

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

Tale Convenzione definisce il termine **genocidio** per la prima volta nei Trattati internazionali:

- 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; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro. (L'intenzione è eliminare tutti a qualunque costo.)
- 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

Filosofia del diritto

Convenzione, e in particolare a prevedere sanzioni penali efficaci per le persone colpevoli di genocidio. (...) (si sancisce l'impegno giuridico degli Stato riguardo questo trattato).

La questione viene portata all'attenzione della CGI, che risponde alle domande fondamentali del processo:

- l'accusa del *genocidio* rivolta alla Serbia era ammissibile in base alla Convenzione? (Questione dell'imputabilità)
- La Serbia era responsabile dei fatti ad essa imputati? (Questione di responsabilità)
- In caso di responsabilità quale sanzione doveva essere inflitta? (Questione di sanzione)

Si può dire che è come se in seno al processo si fossero confrontate due prospettive: quella del *modello-Westfalia* e quella del nuovo modello. Questa differenza può essere affrontata confrontando i vari argomenti. L'attore in giudizio sostiene una tesi: la Serbia ha violato l'art 5 del trattato. La Serbia, così, manda dei **rappresentanti** per auto difendersi con alcuni argomenti a sostegno che richiamano alcuni principi del modello-Westfalia:

1. la Serbia non ha firmato la Convenzione sul genocidio e quindi non può essere sottoposta ad esso.
 - Nel 1918 nasce il regno di Jugoslavia che continua ad esistere fino alla fine della seconda guerra mondiale.
 - Nel 1945 per effetto dei trattati nasce una nuova realtà costituzionale, chiamata Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia, che entra fin da subito all'interno del controllo del blocco sovietico.
 - Nel 1948 viene firmato il trattato sul genocidio, firmato da molti Stati tra cui la repubblica socialista federale di Jugoslavia.
 - Nel 1989 avviene il crollo del blocco sovietico.
 - Nel 1992 avviene la guerra in Bosnia e l'anno seguente nasce la repubblica federale di Jugoslavia composta da Serbia e Montenegro.
 - Nel 2006 il Montenegro dichiara la sua indipendenza e nasce la repubblica di Serbia.
 - Nel 2007 la CIG deve decidere il caso Bosnia V. Serbia, che la Serbia dice di non aver firmato, in quanto come realtà istituzionale di Repubblica era nato l'anno prima, sostenendo che non può essere ritenuta responsabile di eventuali violazioni a quel trattato.

Questo argomento trova fondamento nel **principio di volontarietà** del modello-Westfalia per cui un principio è vincolante solo se è stato firmato il trattato.

2. La Convenzione impegna gli Stati firmatari soltanto a emanare le leggi tese a prevenire e punire gli atti di genocidio sul proprio territorio. L'art 5, infatti, prevede che gli Stati si impegnano a prevenire la commissione di atti di genocidio e a sanzionarli, qualora essi si verificano, mediante Leggi dello Stato. Non si può, quindi, ritenere che lo Stato sia responsabile, ma che si debba comportare in modo da prevenire o reprimere atti di genocidio, e non commetterli.
3. I fatti contestati non sono avvenuti all'interno del territorio della Serbia. Questo punto corrisponde al *Principio di territorialità del diritto internazionale*: poiché la guerra è



Filosofia del diritto

avvenuta in Bosnia, non si poteva imputare la Serbia, che non risultava, quindi, responsabile.

Nell'ottica del modello Westfalia questi argomenti risultano molto validi perché vige sia il **principio di volontarietà** che quello di **territorialità**.

- La CIG, che è chiamata a decidere sul caso, sostiene che la Serbia non può essere condannata per genocidio con riguardo ai fatti accaduti in Bosnia. Non viene, dunque, sanzionata *con riguardo all'art 5 del trattato*.

- La decisione della Corte si basa su un precedente: viene ripreso un caso diverso che si ritiene abbia delle analogie con un principio generale e che funziona nei fatti come una norma giuridica generale e astratta. Il precedente è relativo a un caso di **diritto commerciale**: il *Barcellona Traction*, multinazionale con sede in Belgio che poi è fallita. Di questo caso interessa un passaggio su una decisione del 1970, nella quale la CIG fa delle affermazioni utili al caso di Bosnia V. Serbia. Al **punto 33** della sentenza la corte dice: Occorre tracciare una distinzione fondamentale tra gli obblighi degli Stati verso la comunità internazionale nel suo insieme, e gli obblighi di uno Stato nei confronti di un altro Stato nell'ambito della protezione diplomatica. Per loro stessa natura, i primi riguardano tutti gli Stati. In considerazione dell'importanza dei diritti in questione, tutti gli Stati possono essere considerati titolari di un interesse giuridico alla loro tutela; si tratta di obblighi *erga omnes*.

Afferma, quindi obblighi che uno Stato ha nei confronti di tutti, *erga omnes*.

- La CIG nel '70, poi, afferma che ci sono dei principi che al di là della volontarietà si applicano universalmente. L'aspetto interessante è fa degli esempi, come il **punto 34**: Tali obblighi derivano, ad esempio, nel diritto internazionale contemporaneo, dal divieto di atti di aggressione e di genocidio, così come dai principi e dalle norme relativi ai diritti fondamentali della persona umana, inclusa la protezione contro la schiavitù e la discriminazione razziale.
- Rispetto agli argomenti della difesa della Serbia la Corte decide così:
- il diritto di genocidio, poiché è riconosciuto come un **obbligo erga omnes**, può essere violato anche da Stati, non solo da individui.
 - Poiché i crimini commessi in Bosnia **integrano la fattispecie di genocidio**, ciò delegittima le prime due obiezioni della Serbia, in quanto non è necessaria la firma del trattato per essere imputabili di genocidio, essendo un'accusa imputabile non solo agli individui ma anche agli Stati; decade anche la terza argomentazione in quanto, trattandosi di obblighi universali e assoluti, valgono anche al di fuori del territorio di uno Stato.
 - Ciononostante, la CIG **assolve la Serbia** in quanto non sussistono prove sufficienti a dimostrare la sua colpevolezza rispetto a tali crimini, ma in generale si ammette che in Bosnia sono avvenuti atti che possono essere integrati con quelli di genocidio, senza alcuna sanzione, in quanto basta la semplice condanna.

- La fase di trasformazione

Il concetto di pluralismo giuridico riguarda una *fase di trasformazione*, in cui più ordinamenti pretendono di regolare le condotte dei cittadini. I concetti tradizionali, infatti, non sembrano funzionare più: la sovranità, concetto cardine del diritto pubblico per almeno 3 secoli, non è



Filosofia del diritto

ha più la rilevanza che aveva nei secoli precedenti. Tuttavia, i giuristi moderni non hanno ancora elaborato un nuovo paradigma che riesca ad adattarsi bene all'età contemporanea.

- Attraverso le parole di **Weiler**, studioso del diritto europeo per più di 20 anni rettore dell'istituto universitario europeo, si afferma: «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 da una certa prospettiva, un artefatto accademico che fissa i punti cardinali e le pietre di confine mediante i 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».

Ciò che una teoria del diritto oggi fa è illuminare una parte del fenomeno per agire alla luce delle conoscenze che si acquisiscono, risultando un **artefatto accademico**. La realtà è così complicata oggi che gli strumenti di cui ci serviamo "illuminano" un solo aspetto, non riuscendo a far chiarezza sui fenomeni in generale. Questo perché:

- la realtà è cambiata
- Non c'è un sovrano ben preciso in Europa
- Twining nel libro "*general Jurisprudence, understanding law from a global prospective*" afferma: «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». Secondo questa prospettiva, quindi, gli studiosi del diritto danno conto della sua natura avendo nella loro testa ancora il diritto dello Stato e un punto di vista occidentale.

Serve quindi una **nuova definizione** della parola **diritto**, che rifletta gli interessi e le circostanze di un mondo ben diverso da quello di anni fa. La teoria di Kelsen, infatti, che è alla base dei sistemi odierni di *civil law*, non è più in grado di spiegare come funzionano le cose. Non abbiamo, infatti, più strumenti solidi per rispondere alla domanda: che cos'è il diritto? O per dar conto alla natura del diritto, a tal punto che oggi la sua natura sembra **plurale**. Quest'ultimo, dunque, è il problema principale del pluralismo giuridico.

I teorici hanno tentato di costruire teorie del diritto contemporaneo, cercando di spiegare l'esistenza di più ordinamenti, di più sistemi, che non hanno una chiara relazione gerarchica tra di loro.

- Teorie del pluralismo globale

Ecco alcuni esempi:

- global constitutionalism: tra cui Walker, che sostiene che il pluralismo giuridico contemporaneo è orientato al **costituzionalismo mondiale**. Le relazioni tra gli Stati sono coordinate da relazioni costituzionali. Vengono creati principi simili all'idea di costituzione.

Filosofia del diritto

- Costituzione: insieme di norme che pone limite alla sovranità dello Stato. Questo modello a livello internazionale è in via di sviluppo.
- Societal constitutionalism: Teubner propone un'interessante strategia secondo cui ci sono nella società dei sotto sistemi al pari dell' economia, dell'educazione, etc..., ognuna con delle regole, sulle quali si basa la vita delle persone. Bisogna, quindi, iniziare a creare regole che invece si basino sui **comportamenti degli uomini**. Ci deve essere un cambiamento radicale di prospettiva, con la focalizzazione sulle relazioni sociali e non su codici.
- Parallel legal system
- Inter legality
- Legal policentricity
- Interpolity law
- Interstitial law
- **Considerazioni generali sulle teorie moderne di pluralismo globale**
- Tutte queste teorie sono accumulate dal fatto che i teorici ritengono che ci sia bisogno di un approccio interdisciplinare: una sorta di presa di congedo da Hans Kelsen (teoria di dottrina pura del diritto: il diritto studiato dal punto di vista del diritto, visto con categorie giuridiche), per un recupero di una **prospettiva interdisciplinare**, che recepisce informazioni da più campi (antropologia, sociologia etc...).
- Le teorie del pluralismo globale sono **molto complesse**, al punto da non rendere agevole la comprensione dei fenomeni di cui danno conto.
- Nessuna tra queste teorie si è ancora imposta come **paradigma di riferimento**.

- Un approccio alternativo

Si propongono due tesi:

- Il diritto è **plurale per natura**, ed è sempre stato così (pluralismo metafisico). Questa rappresentazione è un'ideologia, una rappresentazione sbagliata, che fa riferimento al contrario, al sottosopra. Il monismo giuridico non è mai stato un diritto dello Stato e solo dello Stato. Questa narrazione ha preso piede per un obiettivo sociale e politico per tentare di eliminare il pluralismo che di base esiste in natura. È, secondo Marx, solo un modo di contraffare la realtà.
- Il monismo statale è **un'ideologia** elaborata per nascondere e tentare di eliminare il pluralismo che caratterizza la realtà sociale e giuridica.

Vediamo cosa dicono vari autori:

- John 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

Filosofia del diritto

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.». Si conclude che le cose che impariamo del diritto dal punto di vista del monismo nascondono aspetti della realtà che, invece, sono importanti; pensando che il diritto sia un insieme di norme è un modo per occultare ciò che il diritto davvero è. Questa prospettiva orienta i nostri occhi su alcuni aspetti, sviando lo sguardo da ciò che conta davvero.

- la realtà è data innanzitutto da individui, che si raggruppano dando origine alla comunità. Non a caso Platone nel libro III della *Politica* fornisce come prima definizione di uomo *άνήρ πολιτικός*, affermando la tendenza naturale dell'essere umano a costituire gruppi con i suoi simili.

La tesi che discutiamo è:

- il diritto è per sua natura plurale
- Il monismo statale è una ideologia tesa a rimuovere o ad occultare il pluralismo che caratterizza la realtà giuridica.

Da ciò conseguono due indirizzi di ricerca:

- pluralismo dentro lo Stato: alcuni autori dicono che il diritto non è soltanto quello dello Stato. (von Gierke, Ehrlich, Santi Romano, Pound, Llewellyn). Il diritto nasce dentro la società, non è prodotto dalle norme). Von Gierke e Ehrlich, quest'ultimo in particolare, caratterizzati da tesi diametralmente opposte a quelle di Kelsen. Sono autori della **sociologia del diritto**.

- Il pluralismo dentro lo Stato

Il diritto non è soltanto diritto dello Stato. Ciò che chiamiamo diritto, infatti, eccede il diritto dello Stato. Si distinguono in questa direzione due proposte: l'una di Otto Von Gierke e l'altra di Eugen Ehrlich; entrambi tedeschi. Il diritto pubblico, infatti, nasce dalla *scienza giuridica tedesca*.

Nella seconda metà dell'Ottocento è uno dei primi che critica che l'unico diritto sia il diritto dello stato (critica al monismo) e la sua teoria più interessante muove i suoi passi nel suo libro *Naturrecht und Deutsches Recht (Diritto naturale e Diritto tedesco)*, quando assume la cattedra nella sua università in Germania, dove fa una prolusione, in cui esprime il contenuto fondamentale del suo pensiero in quell'ambito. Egli, per sostenere la tesi secondo cui il diritto non è solo quello dello Stato, parte da Hobbes e dalla dottrina del contratto sociale, dimostrando come il filosofo avesse torto. Il contratto sociale, infatti, per definizione è una teoria astratta, *esperimento della ragione*, un ragionamento contro fattuale, perché muove da un mondo che possiamo immaginare per trarre alcune conclusioni che si rifanno alla realtà contemporanea (inteso strettamente in senso marxiano, cioè come immagine rovesciata della

Filosofia del diritto

realtà). Gli individui vivono dapprima isolati, perseguendo i personali obbiettivi, ai quali segue, tramite la stipulazione del *patto sociale*, la nascita della c.d. *Societas civilis*. In base al contratto sociale, poi, si formano le società intermedie, forme di aggregazione sociale che si trovano a metà tra individui e o, ad esempio la famiglia, la *oικία* aristotelica (casa), le chiese. A capo dello Stato c'è un sovrano che attraverso le sue leggi crea le società civili sotto il profilo giuridico. Se il codice civile prescriverebbe una legge diversa circa il matrimonio, noi ci atterremmo a quella nuova prescritta dal sovrano.

- In base a una prospettiva hobbesiana qualsiasi relazione all'interno dello Stato è una realtà giuridica se è regolata da una norma giuridica. È il legislatore che sotto il profilo giuridico plasma la società attraverso le leggi. Il diritto, quindi, nasce con lo Stato per regolare la società, le condotte degli individui e per creare una serie di società minori (*societas civilis*) di cui ne soddisfa i bisogni. Gierke sostiene che questa sia un'ideologia che si è stata sviluppata, per il desiderio del sovrano di avere un controllo sulla società, pretendendo di plasmarla con un controllo totale, negandone la libertà. (Si consideri alla luce di ciò la tesi di Hobbes secondo cui il fine del contratto dello Stato consiste nella libertà. E ancora Rousseau nel *Contratto Sociale* inizia il suo libro con la frase "**gli uomini sono schiavi**").

L'idea di Gierke, dunque, è che la realtà funzioni in maniera diversa e che la teoria del contratto sociale, alla pari del velo di Maya di Schopenhauer, consiste in una patina che occulta la vera realtà dei fatti. Gierke in questo si fa sostenitore di una **teoria storicistica**, per cui l'individuo sia da studiare nel suo percorso nella storia; al contrario, invece, del procedimento hobbesiano per cui l'individuo è disancorato dalla realtà.

L'individuo, inteso come entità isolata, esiste perché fa parte di società intermedie, la cui struttura ne consente il funzionamento (ad esempio già alla nascita l'individuo è parte di una famiglia che ne garantisce il sostentamento). **L'essere partecipe di quel gruppo sociale**, dunque, ne determina la sua personalità. L'individuo come tale è quindi una pura astrazione. Questa appartenenza a un gruppo sociale in tedesco è definita *Genossenschaft*. La famiglia ha un suo tipo di regolamentazione che è autonoma rispetto a quella dello Stato e dal punto di vista genetico viene prima. Storicamente il coordinamento di questi gruppi ha reso necessario la nascita dello Stato, ma non ha nulla a che vedere con le società intermedie, che esistono indipendentemente. Lo Stato, quindi, istituisce nuove norme la cui funzione è quella di coordinare la realtà dei gruppi intermedi. L'**art. 29** per esempio della Costituzione disciplina la *famiglia*, la società naturale fondata sul matrimonio, vista da alcuni in un'ottica Girkiana per cui la famiglia è ciò che diviene nel suo sviluppo e compito dello Stato è proteggere il suo sviluppo. Di per sé la famiglia, come le altre società intermedie, ha un carattere giuridico che lo Stato si limita a riconoscere e tutelare. Lo Stato non è l'artefice delle relazioni dell'individuo, ma si limita a regolare le sue relazioni. Diversamente a quanto sosteneva Hobbes, quindi, non è lo Stato a creare la società.

Questa tesi è sviluppata da un altro autore tedesco noto per aver scritto il libro *Grundlegung der Soziologie des Recht* (*i fondamenti della sociologia del diritto*), Eugen Ehrlich. Egli fonda la sua dottrina della sociologia del diritto in critica a quella pura di Kelsen. Il **centro di gravità**

Filosofia del diritto

dello sviluppo del diritto per Ehrlich è la **società**: per capire cos'è il diritto, bisogna, infatti, osservare la società.

- La prima critica che muove a Kelsen è, quindi, di carattere metodologico: il diritto non si caratterizza per la sua forma, ma per i suoi **contenuti**. La tesi formalistica di Kelsen faceva leva sulla distinzione tra il mondo dell'essere governato dal principio di causalità (esempio: se portò l'acqua a 100 gradi questa bolle) e il dover essere. Per Kelsen il diritto apparteneva al mondo del dover essere, astratto dove possiamo pensare a delle forme, tra cui il *meccanismo di imputazione*. Questo per Ehrlich è qualcosa di **inventato**, perché ciò che conta sono i **fatti**, individuati mediante un metodo empirico; ciò che la scienza deve fare, quindi, è comprendere la realtà che è parte dei fenomeni empirici. Questo è il compito della **sociologia del diritto**. La distinzione tra *muss* e *Sollen* è per Ehrlich pura invenzione, con la quale i giuristi non devono fare i conti nello studio del diritto perché occorre guardare al mondo empirico con lo studio sul campo.

Studiando il diritto empiricamente si evince che, concependo il diritto come un sistema di norme che coincide con lo Stato, i giuristi sbagliano, perché in realtà il diritto trova origine nella **prassi sociale**, sulla base del principio evoluzionistico per cui si sviluppano regole all'interno dei gruppi, che selezionano i membri del gruppo, il che consegue a una **selezione dei rapporti sociali** nel corso del tempo, i cui passaggi storici conducono alle diverse società intemedieme, in cui esiste sia diritto di per sé, perché, affinché avvenga l'*Annerkennung*, il riconoscimento all'interno del gruppo, occorre rispettare delle regole per soddisfare determinate aspettative. Le aspettative incrociate degli individui costituiscono la base dei legami sociali.

- diritto vivente: diritto che nasce nella società (oggi fa riferimento alle decisioni giudiziali, che fa riferimento alla *law in action*).

Differenze tra Kelsen e Ehrlich:

- metodo di studio del diritto: imputazione vs causalità
- Natura del diritto: coercizione vs riconoscimento. Per Kelsen è una tecnica per regolare la realtà basata sulla coercizione, che prevede una sanzione (carattere eteronomo); per l'altro caratterizza una serie di relazioni sociali all'interno di un gruppo
- Rapporto tra diritto e stato: identità (c'è identità tra ordinamento e Stato) vs diritto precede lo Stato (il diritto c'è anche se lo Stato non c'è. Quest'ultimo è un momento di compimento del diritto, ma non necessario alla sussistenza)
- Concezione della scienza giuridica: teoria pura del diritto vs scienza sociale.

Differenza semantica tra:

- **Ordinamento giuridico**: insieme concreto di norme tipicamente dello Stato, spesso non coerente. Fa capo a delle autorità identificabili, come lo Stato.
- **Sistema giuridico**: le norme sono sistemate in maniera gerarchica. La sistematicità rileva l'organizzazione completa e aderente per i suoi destinatari.

- **Ordine giuridico:** termine più generico, che fa riferimento a qualsiasi tipo di insieme di direttive di condotte. In relazione alla filosofia di Ehrlich e Gierke si fa riferimento a un generico sistema giuridico, anche se si parla in generale di regole sociali. Per questo il diritto dello Stato si può definire come un ordine giuridico, che non elimina gli altri ordini della società, bensì li coordina. Se nella prospettiva monistica si parlava in relazione a una funzione di *sostituzione*, ora di funzione *coordinamento*.

- **Pluralismo giuridico in senso debole**

Il modello secondo cui l'ordine giuridico dello Stato non elimina gli altri ordini della società, ma li coordina è definito *pluralismo in senso debole*: tesi filosofico-giuridica in base alla quale dato un determinato gruppo sociale, vi è più di un ordine che regola la vita dei consociati.

- **Pluralismo giuridico in senso forte:**

Questa prospettiva radicalizza la tesi del pluralismo giuridico (contro lo Stato). Si afferma che il diritto è per sua natura plurale, poiché non vi sono elementi comuni tali per cui il può essere definito in modo specifico e determinato.

- Per Kelsen il diritto aveva una sua struttura, che lo caratterizzava, tale per cui anche nel futuro il diritto è destinato ad avere la medesima organizzazione.
- Il teorico del pluralismo giuridico in senso forte sostiene, invece, che il diritto assume *numerosse forme* in base al contesto. Il diritto può svolgere innumerevoli funzioni diverse, essendo deficiente di una funzione predeterminata che consente di determinarlo come tale. Esso non ha nemmeno elementi sostanziali comuni ad ogni tipo di diritto. Non c'è un comune sentire di principi e valori per cui le caratteristiche del diritto siano uguali ad ogni società, ma questi variano a seconda dei contesti sociali, che si differenziano per tradizioni, cultura, e valori. Non vi è, dunque, un carattere universale del diritto. A tal proposito, il filosofo Wittgenstein sostiene la tesi della *somiglia di famiglia*, introdotta nelle *Ricerche filosofiche*, per cui i concetti sono collegati da una rete di somiglianze sovrapposte e intersecati senza condividere elementi necessariamente condivisi.

- **Il pluralismo contro lo Stato: Brian Tamanaha**

Egli sostiene che il diritto non è di per sé qualcosa di determinato, ma si può definire tale ciò che noi riteniamo diritto all'interno delle nostre pratiche/comportamenti.

Tamanaha, dunque, attua una critica al monismo giuridico in maniera radicale, che tratta nel suo libro *General Jurisprudence*:

- La **pars destruens** si compone di tre teorie filosofiche:
 1. *mirror theory of law*: il diritto tradizionalmente è concepito come lo specchio dei diritti sociali in ogni determinata società, cambiando parallelamente alla sua evoluzione:
 - Il diritto riflette il clima intellettuale, economico, politico del suo tempo
 - Il diritto è inseparabile dagli interessi, dagli atteggiamenti e dagli obbiettivi della popolazione

- Il diritto riflette gli ideali e i valori che caratterizzano una certa cultura giuridica.

Esempi notevoli in alcune citazioni di filosofi:

- **Oliver Wendell Holmes Jr.**, giudice della Corte Suprema e figura chiave del realismo giuridico americano, elaborò un pensiero che mette in crisi l'idea di uno Stato portatore di un'unica verità giuridica. Per Holmes il diritto non è un sistema monolitico derivato dall'autorità statale, ma un *fenomeno pluralistico*, modellato da giudici, consuetudini sociali, interessi economici e conflitti tra gruppi. La sua celebre *bad man theory* mostra come la norma viva solo nelle interpretazioni concrete dei tribunali, non nella volontà astratta dello Stato. In questo modo Holmes ridimensiona l'idea dello Stato sovrano come fonte esclusiva dell'ordine giuridico e apre la strada a una visione del diritto come spazio dinamico di pluralità, dove coesistono forze sociali diverse che contribuiscono a definire cosa sia realmente "legge". In *The Occasional Speeches of Justice* afferma: "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** in *The Concept of Law*: "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"
 - **Vago** in *Law and Society*: Ogni ordinamento giuridico è in stretta relazione con le idee, le tendenze e gli scopi della società. Il diritto riflette il clima intellettuale, sociale, economico e politico del suo tempo."
 - **Friedman** in *Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law*: "I sistemi giuridici non galleggiano in un vuoto culturale, indifferente al luogo, al tempo e al contesto sociale: necessariamente essi riflettono ciò che sta accadendo nella società. A lungo andare, assumono la forma di queste società, come un guanto che si modella sulla forma della mano di una persona
 - **Tesi di Tamanaha**: la metafora dello specchio tratta di rappresentazioni ideologiche del diritto, perché altera la realtà. Infatti, osservando la storia, ci si accorge che il diritto spesso viene trapiantato da un posto ad un altro, dimostrando che non corrisponde alla nuova società in cui esso giunge; difatti, più ordinamenti (non nativi) si sono succeduti all'interno delle diverse società, venendo impiantati: il diritto, dunque, tenta di modellare e confermare gli assetti della società (*legal transplant*), non "li specchia", perché la società è composita e molti valori convivono. Non si può immaginare, quindi, un diritto in grado di rispecchiare una realtà già frammentata. Tale ideologia è volta ad una *legittimazione* del monismo giuridico.
2. *Teoria dell'ordine sociale*: tradizionalmente Tamanaha assume che *il diritto garantisca l'ordine stabilendo le regole che governano le relazioni sociali, facendole rispettare e risolvendo le controversie*. Il diritto positivo e la sua supremazia, dunque, sono essenziali 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.

- **Tesi di Tamanaha:** sostiene che quanto detto costituisce una *strategia per legittimare forme di subordinazione e di potere*. Esistono molte società primitive o sopravvissute per millenni in cui il diritto non è essenziale per la sopravvivenza della comunità sociale come per esempio *l'antropologia giuridica*.

3. *Mito del progresso:* “Il diritto positivo emerge dall'ordine consuetudinario che prevaleva nella società pre-politica 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 irriflessa 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.” E ancora: “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 questa evoluzione, 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.”

Questa evoluzione sposta il centro dell'attenzione del diritto dalla società e i suoi legami all'individuo, inteso come *titolare del diritto*, con una tendenza a delegittimare e degradare il diritto passato, definito consuetudinario e le forme di collettivizzazione sociale (società o società intermedie). Questa idea, tuttavia, grida vendetta secondo gli antropologi del diritto. Questo viene inteso come una *forma di progresso*.

- **Tesi di Tamanaha:** questa ideologia è una narrazione evolutiva che serve a legittimare il diritto sotto diversi punti di vista. Sia:

- una presunta continuità di costumi, tradizioni, relazioni sociali e diritto positivo
 - Identità tra il contenuto del diritto positivo e la volontà degli individui che vivono in società
 - Accettabilità dell'uso della forza da parte delle istituzioni giuridiche
 - Concezione individualistica della società e della politica.
- **Pars costruens:** il diritto è ciò che le persone considerano tale in un determinato contesto sociale. Cambia il diritto in società diverse in alcune vi sono somiglianze forti (c.d. Somiglianze di famiglia), in altre, invece, totalmente diverse. Il diritto **non** ha un'essenza, occorre accostarsi all'idea che esso cambi a seconda delle società. Da ciò deriva che il diritto è ciò che viene riconosciuto come tale, perché non gli si possono accostare delle caratteristiche intrinseche.

Quello di tamanaha è un approccio di:

- **deflazionismo:** tutto ciò che può essere detto in modo significativo nella natura del diritto è esaurito da un resoconto del ruolo dell'espressione diritto nei nostri discorsi e che, a



Filosofia del diritto

differenza di quando assumono le visioni tradizionali, questo ruolo non è nè metafisicamente sostanziale nè esplicativo della realtà.

- **Minimalismo e convenzionalismo:** le proprietà associate al termine diritto non hanno una natura sostanziale e non possono essere generalizzate.

- **Mabo V. Queensland**

Il caso si compone di due decisioni della High Court australiana riguardo a fatti legati a un **arcipelago nello stretto di Torres**, un braccio di mare enorme, tra l'Australia e la Nuova Guinea. In questo braccio di mare ci sono numerosi arcipelaghi, le isole Torres, tra cui le *isole Meriam*. Questo spiega perché le isole Meriam sono state considerate territori liberi per tanto tempo, cioè non appartenenti ad alcuno Stato.

- L'Australia e la Nuova Zelanda sono territori coloniali della Gran Bretagna dalla seconda metà del Settecento, quando entrarono a far parte del *Commonwealth*. Le isole Meriam, tuttavia, sono escluse dal dominio inglese.
- **1979:** lo Stato del Queensland emana una legge in virtù della quale le isole Meriam vengono annesse al territorio del Queensland mediante una legge dello Stato, con la conseguenza giuridica dell'annessione del territorio alla corona inglese. L'effetto giuridico di tale legge è la **presa di possesso** della corona inglese sulle isole. Questo si *giustifica* giuridicamente all'interno del popolo inglese, che, di conseguenza, reputa lecito l'atto compiuto al Queensland. Tra le norme del *common law* inglese, infatti, ve ne sono alcune che regolano **l'ampliamento del territorio di uno Stato**. A condizioni presenti nel commentario di Blackstone l'ampliamento del territorio era ammesso a tre condizioni:
- Per conquista: mediante l'uso della forza militare
- Per cessione: mediante un trattato che trasferisce il controllo di un territorio da uno Stato a un altro Stato.
- Per occupazione: quando il territorio è *desert and uninhabited* e può quindi essere identificato come *terra nullius*. Quando non c'è un'attività economica da parte degli esseri umani, terra abbandonata. John Locke scrive riguardo al concetto di proprietà, secondo cui originariamente la terra non era di nessuno, non era affidata nemmeno a un Dio, ma è di tutti. Un individuo può avanzare una priorità su questa **quando effettua un lavoro** sulla terra. Infatti, solo quando si lavora con *industria*, da cogliere nel suo significato etimologico di intraprendenza, sulla terra, allora quel pezzo si può definire di proprietà dell'individuo. (Proprietà: *ius utendi, fruendi, abutendi*)

In seguito però vi sarà un ampliamento della dottrina della *terra nullius*, basatasi ora su tre condizioni. Un territorio è considerato *desert and uninhabited*, se coloro che vi abitano:

- Sono privi di diritti di proprietà
- Non sono dotati di una autorità sovrana
- Sono dotati di una organizzazione sociale primitiva

Da qui ad oltre un secolo questa terra diventa terra australiana con il potere da parte della corona inglese. In particolare fino al 1982, quando alcuni rappresentanti della popolazione

Filosofia del diritto

Meriam, in particolare **Eddie Mabo**, sollevano un'istanza contro lo Stato di Queensland affermando che il territorio delle isole Murray non poteva essere occupato dallo stesso perché non ricorrevano i requisiti della *terra nullius*.

I nativi, quindi, devono dimostrare che la loro popolazione conosce il concetto di proprietà, di organizzazione sociale, non trattandosi, quindi, di una popolazione primitiva.

A questo conseguono due decisioni:

- Nel 1985 il parlamento del Queensland approva il *Queensland Coast Island Declaratory Act*. Questa legge prevedeva **l'estinzione di tutti i diritti e gli interessi** che il popolo Meriam avrebbe rivendicato sulla base del suo diritto tradizionale. Mabo, allora, impugna la legge sostenendo che sia illegittima, perché è una legge in conflitto con un impegno che l'Australia ha assunto a livello internazionale, in particolare l'art 5 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata dall'Australia nel 1975 (norma di diritto internazionale): Art. 5: "Gli Stati contraenti si impegnano a vietare e ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le forme ed a garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento, in particolare, dei seguenti diritti:(...) b.5) il diritto alla proprietà di qualsiasi individuo, sia in quanto singolo sia in società con altri." Mabo sosteneva che tale legge discriminava il popolo Meriam, avanzando la pretesa di **estinguere** qualsiasi diritto dei nativi sulla loro terra.

- La High Court australiana, da ragione a Mabo e dichiara la legge invalida e che secondo il principio della *lex superior* dovesse soccombere.
- Nel 1992 l'High Court australiana stabilì che il popolo Meriam aveva diritto al *possesso*, all'*uso*, all'*occupazione*, al *godimento* della maggior parte della terra delle isole Murray.
- La tesi sostenuta da Mabo è che questo tipo di uso della terra è una *forma di proprietà*: la popolazione Meriam conosce il diritto di proprietà ma è diverso da ciò che era concepito dagli altri Stati. Il termine proprietà, dunque, può essere definito in modi diversi: in particolare, se il diritto è ciò che viene riconosciuto come tale in un determinato organismo sociale, allora per le popolazioni la proprietà era relativa ai diversi usi possibili di un bene ed è affidata ad una famiglia, al cui apice si trova il *pater*, non ad un singolo individuo ed ha per contenuto il dovere del *pater familias* per mantenere il sostentamento della famiglia, al cui inadempimento consegue il trasferimento del bene a un'altra famiglia.)
- Sulla base di questi elementi, l'High Court 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 sul loro territorio se:

- La popolazione ha mantenuto un legame con la terra
- Questo titolo non è stato estinto da una legge o da un atto del governo

Pertanto, i diritti dei nativi potevano essere estinti mediante azioni governative e legislative e, con riguardo al periodo antecedente al 1975, l'High Court non riconobbe alcuna forma di indennizzo.

- Critica al pluralismo giuridico

Caso Mabò V. Queensland

La tesi secondo cui il diritto ha un *carattere plurale* è sostenuta dal caso Mabò V. Queensland, in cui più ordinamenti giuridici guidano le condotte dei soggetti del caso:

- diritto dei nativi (questo si sovrappone al secondo)
- diritto dello Stato del Queensland
- Ordinamento giuridico federale dell'Australia
- Diritto internazionale dei diritti umani (in particolare in questo caso abbiamo visto la *Convenzione internazionale sull'eliminazione delle discriminazioni razziali*)
- Diritto del Commonwealth (teoria della *terra nullius*): *common law*, diritto sovranazionale simile al diritto dell'Unione Europea (la corona funge da collante tra i vari Stati appartenenti al Commonwealth, che rende unico questo ordinamento)

Tutti e 5 contengono norme che entrano in gioco nella vicenda e che disciplinano la questione inerente alla terra sulle isole Murray. Più ordinamenti in competizione tra di loro, senza una chiara gerarchia, senza un soggetto che sembri avere l'ultima parola.

Le norme che alla fine sembrano determinare la risoluzione del caso sono frutto di un'interazione tra i vari ordinamenti. Ogni tipo di ordinamento, infatti, regola un interesse diverso all'interno del caso, che tende ad interagire con un altro tipico di un altro ordinamento.

- Tamanaha in *The Promise and Conundrum of Pluralist Jurisprudence* sostiene che: "Il pluralismo giuridico implica l'idea che in molti ambiti sociali il diritto si manifesti in modi diversi"
- Griffith sostiene in *What is Legal Pluralism?*: "Il pluralismo giuridico è un dato fatto. Il monismo giuridico, 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?

La teoria del pluralismo giuridico, soprattutto ultimamente, è fortemente criticato. In un'ottica di monismo giuridico nel caso Mabò V. Queensland le norme applicate sono vincolanti perché decise dall'High Court Australiana; infatti, in coerenza con quanto sostenuto da Kelsen, secondo cui una norma è valida in quanto posta da un'autorità, il diritto dei nativi è diritto statale deciso da un'autorità: l'High Court; ancora, il diritto internazionale dei diritti umani è visto come diritto statale nell'ottica del modello-Westfalia e il diritto del Commonwealth può essere ricondotto ad un diritto federale ma pur sempre monista perché si rifà all'autorità della Corona britannica.

Le critiche al pluralismo giuridico si compongono in una lista di "problemi":

Filosofia del diritto

1. **ambiguità concettuale:** il concetto di diritto diventa Intermediato e scompare il confine tra diritti e non diritto
2. **Sovra inclusività:** non avendo un preciso concetto di diritto, si rischia di considerare diritto qualcosa che non si è soliti considerare come tale (es. Mutilazione degli organi femminili)
3. **Problemi di coordinazione:** la coesistenza di ordini giuridici multipli crea conflitti per i quali il pluralismo giuridico non offre una soluzione.
4. **Astrattezza:** il pluralismo afferma che gli ordinamenti giuridici hanno rapporti orizzontali; ma alcuni ordini giuridici sono più forti tendono ad imporsi sugli altri (Il pluralismo è un'illusione!)
5. **Carenza di generalità:** il pluralismo giuridico è un fenomeno che riguarda l'esperienza coloniale occidentale; non è dunque presente in altre società ed esperienze storiche.
6. **Relativismo culturale e diseguaglianze:** il pluralismo giuridico può giustificare pratiche conformi al diritto tradizionale che configgono i diritti umani, o giustificare il trattamento diseguale degli individui.
7. **Complessità e inaccessibilità:** la gestione di ordini giuridici multipli è assai problematica, e diventa inoltre difficile per gli individui conoscere i loro diritti e doveri.
8. **Elogio della differenza:** questa teoria pone enfasi sulle differenze tra gli individui a scapito della ricerca di valori comuni funzionali alla coesione e alla cooperazione sociale.

- Una possibile soluzione:

- Shahar in *Rethinking of Rethinking of Legal Justice* sostiene che è una prospettiva di ricerca, un modo di conoscere il diritto, ma non deve costituire un paradigma di organizzazione reale. «Il pluralismo giuridico è descrittivo o normativo? È 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 una 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 ordinamenti 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



DILETTA ANCONA

diletta.ancona@studbocconi.it

@dilettaancona

+39 3270870070

PER INFO SULL'AREA DIDATTICA



NICOLA COMBINI

nicola.combini@studbocconi.it

@nicolacombini

+39 3661052675



MARTINA PARMEGIANI

martina.parmegiani@studbocconi.it

@martina_parmegiani05

+39 3445120057



MARK OLANO

mark.olano@studbocconi.it

@mark_olano_

+39 3713723943



TEACHING DIVISION



I NOSTRI PARTNERS



TEGAMINO'S

LA PIADINERIA

