

STATO GIURISDIZIONALE

Il diritto è prodotto solo o prevalentemente da giuristi (in primis i giudici).

È uno stato per molti superato, anche se c'è chi continua a sostenere che vi sia ancora, ma in qualsiasi caso i giudici lo producono nei limiti della legge, la quale è a sua volta prodotta nei limiti della costituzione.

Il problema della giustizia amministrata dai giudici è che quest'ultima può facilmente sfociare in arbitrio, di conseguenza si sono sviluppate delle garanzie a tutela:

- *Precedenti vincolanti* (nello stato giurisdizionale)
- *Leggi* (nello stato legislativo)
- *Costituzione* (nello stato costituzionale).

Aspetto importante: anche negli altri 2 tipi di stato è un momento cruciale del diritto l'applicazione giudiziale, perché possono mancare i legislatori ma non i giudici.

Una teoria del diritto incentrata sulla giurisdizione è quella **realista**.

Lo stato giurisdizionale, come gli altri 2, rappresenta una fase di una stessa evoluzione, in cui il diritto giudiziale incontra dei limiti, prima legislativi e poi costituzionali.

Vi sono 3 forme:

1) *IURISDICTIO* → **Funzione di dire il diritto al fine di risolvere una lite.**

Il giudice è il soggetto che dice il ius, che trova la soluzione.

Nasce nell'**antica Roma**, quando la iurisdictio passa dai sacerdoti ai giuristi laici che trovano lo ius e incaricano uno iudex privato di applicarlo.

In questo tipo di società antiche, nessuno pretende di creare il diritto come avviene oggi per opera di un legislatore ma esso viene "trovato", c'è già, sono consuetudini non scritte usate per risolvere le liti.

La stessa scena si replica successivamente in **Inghilterra**, al tempo dei re normanni, dal momento che anche il common law rappresenta l'insieme della giurisprudenza delle corti regie (case law).

Inizialmente però queste corti non applicavano né le leggi (statutes), né i precedenti (stare decisis), né la dottrina.

Nel **medioevo** quindi per Iurisdictio si intende l'amministrazione della giustizia normalmente attribuita al re ma che di fatto viene esercitata dai giudici regi, prima in concorrenza con altre giurisdizioni e poi in condizione di monopolio.

Al re erano affidate 2 funzioni:

-La **funzione politica (governo)**: passa progressivamente al parlamento che produce le leggi e le fa eseguire tramite un organo di governo di sua fiducia.

-La **funzione giuridica (iurisdictio)**: progressivamente esercitata dai giudici, i quali vengono considerati come legislatori delegati dal sovrano (dal momento che originariamente spettava a lui questa funzione).

Questa descrizione però non è corretta perché parlando dei giudici, non si può parlare di legislazione giudiziale, in quanto la legislazione è uno strumento di governo che ricade nel gubernaculum, piuttosto che nella iurisdictio.

Il giudice non legifera ma amministra la giustizia, contribuendo solo indirettamente a produrre il diritto.

La dottrina e la giurisprudenza, che producono diritto giurisprudenziale, in realtà non intendono produrlo ma insegnarlo e applicarlo.

Nel perseguire questi scopi però entrambe producono diritto, di cui sono la fonte principale nello stato giurisdizionale (ex: common law inglese).

2) *RECHTSSTAAT* → **Tradotto dal tedesco con "Stato di diritto", indica un ideale di stato, un regime in cui il monarca governava in virtù di un potere originario che gli spettava per tradizione (o diritto divino) ma il cui governo incontrava un limite esterno: il diritto.**

Neppure un monarca pressoché assoluto, non soggetto alla legge né alla costituzione, può violare il diritto.

I giudici appaiono come potere distinto rispetto a quello politico, di fronte al quale il gubernaculum si arresta. **Federico II** (sul quale verte l'aneddoto di Sans Souci) darà ai suoi sudditi uno dei primi codici pretendendo di esaurire al suo interno tutto il diritto ed è qui che inizia lo stato legislativo, nel quale ai codici si aggiunge la legislazione speciale (strumento di governo della società).

3) *RULE OF LAW* → **Si traduce in "governo del diritto" ed esso subordina gli atti dello stato al diritto sia legislativo sia giurisdizionale.**

Ormai anche nel **Regno Unito** non c'è questione che non sia regolata dalla legislazione (Statutory law), infatti in base al principio della sovranità del parlamento, la legge è onnipotente.

In tutto ciò esiste anche il diritto prodotto dai giudici: infatti il giudice, nel risolvere la lite che ha davanti, la soluzione che fornisce funge da precedente.

Diventando precedenti anche le interpretazioni delle leggi, è difficile che il common law venga soppiantato dalla legislazione.

Ecco spiegata la differenza con l'ideale continentale:

-**Stato di diritto**: subordina gli atti dello stato alle leggi.

-**Rule of law**: subordina gli atti dello stato al diritto legislativo e giurisprudenziale.

Nella forma della rule of law l'ideale della legalità pare ancor più esigente, in quanto c'è una doppia conformità delle decisioni giudiziali:

- **Alla legge**
- **Alla giurisprudenza**

STATO LEGISLATIVO

Diritto prodotto solo o prevalentemente dal legislatore (un tempo il monarca, oggi il parlamento).

Oggi mira a soddisfare l'ideale di stato di diritto legislativo, che è l'applicazione dell'ideale politico democratico, in cui il governo è del popolo, da parte del popolo e per il popolo.

Si parla anche di sovranità del popolo per esprimere questo concetto, in cui il supremo potere politico attribuito al monarca, passa al popolo.

Ciò che indica l'art. 1 della costituzione è che nessun altro soggetto può appropriarsi di questo potere, neppure la maggioranza parlamentare.

In realtà nello stato legislativo l'organo democraticamente eletto dal popolo fa suo l'esercizio della sovranità popolare, pretendendo non solo di rappresentarla ma anche di creare il diritto dal nulla, in nome e per conto del popolo.

Queste idee di rappresentanza sono anche quelle che, seppur nate per essere funzionali alla democrazia, sono quelle che hanno permesso l'instaurarsi di regimi autocratici come quello di **Adolf Hitler**.

Infatti monarca, parlamento e führer pretendono tutti di creare il diritto dal nulla. A far entrare nell'immaginario comune la mentalità secondo cui tale diritto debba essere esercitato dal legislatore politico è stata la dottrina di **Montesquieu** della "**Divisione dei poteri**", che consta di 3 dottrine.

1) *DOTTRINA: DISTINZIONE DEI POTERI*

Definizione delle principali funzioni esercitate da ogni stato.

Secondo questa dottrina ogni stato esercita 3 funzioni principali, distribuite in maniera differente in base alla forma di stato ed in base alla seconda o terza dottrina. L'esempio sottostante è basato sulla monarchia inglese.

1. Funzione di fare le leggi **POTERE LEGISLATIVO** → Attribuita al **parlamento**, anche se la sua funzione originaria era quella di approvare il bilancio.

2. Funzione di eseguire le leggi POTERE ESECUTIVO →Attribuito al **monarca e all'amministrazione statale**. Successivamente alla rivoluzione francese è passato progressivamente al **presidente del consiglio**, nominato dal monarca.

NB: non c'è separazione fra legislativo ed esecutivo, l'uno controlla l'altro: esecutivo sottende al voto di fiducia del parlamento e parlamento sottende alle proposte di legge avanzate dal governo.

3. Funzione di applicare le leggi POTERE GIUDIZIARIO →Affidato ai giudici.

Hanno il compito di applicare le leggi generali e astratte a fatti concreti per poter prendere dei provvedimenti particolari e concreti.

Montesquieu ha un duplice atteggiamento verso la magistratura:

○ Da un lato lo eleva ad **autentico potere dello stato, indipendente**.

○ Dall'altro lo subordina al legislativo, qualificandolo come **potere nullo nel dire che il giudice è mero applicatore della legge**.

Si tratta del sillogismo giudiziale, una mera deduzione.

Prima della codificazione, l'interpretazione giudiziale era fonte del diritto, anche se subordinata alla legge.

Anche dopo **Montesquieu** nessuno vieta di continuare a pensarlo, e pensare che le sentenze siano solo apparentemente dedotte dalle leggi ma che in realtà siano ricavate dall'interpretazione delle disposizioni legislative.

2) DOTTRINA: BILANCIA DEI POTERI

Distribuisce fra gli organi dello stato le funzioni distinte dalla prima.

Riguarda solo i 2 poteri politici: legislativo ed esecutivo (per il giudiziario vale la terza dottrina).

Il potere è l'unico limite al potere: i due poteri politici, bilanciandosi fra di loro si limitano a vicenda.

Questa è la dottrina dei pesi e contrappesi.

Si tratta degli effetti non intenzionali di atti intenzionali (come per la mano invisibile di **Adam Smith**).

Questi poteri però, se non si vuole che si distribuiscano in modo troppo diseguale, vanno regolati e l'unico potere in grado di farvi fronte è il giudiziario, che nella versione statunitense è stato da sempre elevato a vero e proprio contropotere.

Sta di fatto che né distinzione né bilancia dei poteri (anche nella versione americana) possono considerarsi sistemi di separazione dei poteri.

L'unica autentica separazione per **Montesquieu** è quella fra i 2 poteri politici e il giudiziario, in cui il giudice resta subordinato alla legge nonostante la sua indipendenza (caratteristica tipica dello stato legislativo).

3) DOTTRINA: SEPARAZIONE DEI POTERI

Formula una norma sulla distribuzione fra i differenti organi delle funzioni distinte dalla prima dottrina (come la seconda teoria). Non riguarda però i poteri politici ma solo il potere giudiziario.

La funzione di amministrare la giustizia deve essere attribuita ad un organo diverso da legislativo ed esecutivo, che sia un organo tecnico e non politico, privo anche della discrezionalità tipica dell'esecutivo.

Tale funzione è da attribuirsi quindi ai magistrati, terzi ed imparziali, indipendenti dagli altri due poteri. Il legislatore fa leggi generali e astratte e i giudici le applicano ai casi particolari e concreti.

Lo stato legislativo, che adotta il principio di legalità, fa sottendere i giudici solo alla legge, solo ad essa e a nessun altro potere.

Nonostante sia subordinato a questa, tramite l'interpretazione il giudice ha finito per diventare più potente di prima, espandendosi costantemente il suo potere.

Facendo il confronto con il common law si nota come, in quest'ultimo il giudice è soggetto non solo alla legge ma anche ai precedenti mentre nei sistemi di civil law come il nostro, è soggetto solo alla legge.

In realtà la spiegazione della continua espansione nei nostri sistemi si deve al fatto che il ruolo del giudice non riguarda più la sola interpretazione ma la vera e propria amministrazione della giustizia (c.d. giustizia equitativa, ritagliata sulle esigenze del caso concreto).

Quindi possiamo affermare come la produzione del diritto da parte dei giudici non si è attenuta con lo stato legislativo (e men che meno con quello costituzionale).

STATO COSTITUZIONALE

Situazione in cui il diritto continua ad essere prodotto dai giudici nei limiti della legge, come nello stato legislativo, ma la legge stessa rispetta i limiti di una costituzione rigida, garantita dal controllo costituzionale, irradiata dai principi costituzionali.

Dopo la 2 guerra mondiale e i problemi post-Auschwitz, l'obiettivo che gli stati si erano posti era quello di dare nuovi limiti al potere: i diritti umani diventano così dei limiti giuridici al potere, ossia tutelabili dai giudici.

Si inizia a parlare di "costituzionalismo" in risposta al totalitarismo: un primo ingresso lo fece nel common law in cui si era affermata la tradizione della rule of law, nella quale "constitutionalism" stava ad indicare l'ideale di governo delle leggi e non degli uomini (ideale giuridico).

È un termine in realtà ambiguo che può assumere più significati:

- Può indicare le stesse costituzioni, nate nel periodo post-bellico.
- Può indicare la dottrina giuridica del diritto costituzionale.
- Può indicare la teoria del diritto chiamata anche neo-costituzionalismo.

È la teoria del diritto propria dello stato costituzionale, nata dal nuovo costituzionalismo post-bellico, la quale si pone in contrapposizione con il giusnaturalismo (tipico dello stato giurisdizionale) e con il giuspositivismo (tipico dello stato legislativo).

Lo stato costituzionale è ad oggi la situazione dominante nei paesi dell'occidente, ad eccezione del Regno Unito ed alcuni paesi del Commonwealth.

Lo stato costituzionale è in realtà un processo evolutivo sviluppatosi fino ad ora in 3 fasi:

1 FASE: COSTITUZIONE RIGIDA

La costituzione è l'insieme di norme che conferiscono poteri politici (forma di governo) e che garantiscono i diritti fondamentali (dichiarazione dei diritti).

La costituzione inglese non è scritta: la forma di governo britannica è consuetudinaria, mentre la dichiarazione dei diritti consiste in atti parlamentari (ex: Bill of Rights), semplici leggi ordinarie e quindi modificabili dalla maggioranza.

Non a caso **Dicey** disse che i diritti costituzionali sono garantiti più dai giudici che dalle leggi britanniche.

A partire dalla costituzione statunitense, le costituzioni vennero scritte e già a cavallo fra 700 e 800 le costituzioni iniziavano a prevedere maggioranze rinforzate per la loro modifica (rigide).

Austin disse che quello che stava iniziando a chiamarsi diritto costituzionale in realtà era solo la morale positiva, inapplicabile dai giudici e soggetta al cambiamento dei rapporti di forza fra i poteri dello stato (ex: statuto albertino non ha impedito l'avvento del fascismo, avvenuto tramite libere elezioni).

Dopo la 2 guerra mondiale però cambiò il panorama e il neo-costituzionalismo post-bellico iniziò ad adottare molti tratti distintivi di quello statunitense:

- Federalismo
- Dichiarazione dei diritti
- Rigidità costituzionale
- Controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

2 FASE: CORTI COSTITUZIONALI

Si tratta della giurisdizione costituzionale, il Judicial review americano.

Il controllo diffuso di costituzionalità non era previsto nella costituzione americana ma venne introdotto a partire dal caso Marbury vs Madison, tramite la giustificazione che se la costituzione avesse dovuto ritenersi davvero diritto, avrebbe dovuto esserci un giudice che avesse rimediato alla sua violazione.

Il controllo accentrato invece fu ideato da **Kelsen** e sta ad indicare la facoltà dei giudici (non eletti dal popolo) di annullare delle leggi del parlamento (eletto dal popolo).

Anche per **Kelsen** però, il potere loro attribuito non è quello di fare le leggi, in quanto essi agiscono solo se attivati da altri e possono emanare sentenze, non leggi: essi possono legiferare solo in negativo, annullando leggi.

Il controllo di costituzionalità è percepito differentemente nei vari contesti:

-**Common law**: nel regno unito vige ancora lo stato legislativo mentre negli stati uniti lo stato costituzionale

-**Civil law**: paesi europei retti da regimi parlamentari è visto come un rimedio alla tirannia della maggioranza, in quelli latino-americani presidenziali come strumento di servizio di presidenti dispotici.

Secondo la visione di **Kelsen**, se una legge è in contrasto con la costituzione allora viene annullata ma il fatto che essa contrasti o meno, dipende dall'interpretazione di entrambe e questo apre le porte alla terza fase dello stato costituzionale.

3 FASE: IRRADIAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Si tratta della costituzionalizzazione del diritto. Le leggi che vengono prodotte spesso si aprono con l'enunciazione dei principi costituzionali a cui vogliono dare attuazione. I principi diventano così strumenti di interpretazione di tutto il diritto.

La giurisprudenza delle corti costituzionali infatti non si è limitata ad annullare le leggi costituzionali ma ha proceduto talvolta con l'interpretazione adeguatrice, mantenendo in vigore delle leggi a condizione che d'ora in avanti venissero interpretate alla luce dei principi costituzionali.

Quindi questo terzo punto è fondamentale, insieme ai 2 precedenti, per parlare di stato costituzionale.

Ci sono però 3 diverse letture:

-**Stato costituzionale come semplice prosecuzione di quello legislativo (giuspositivista)**: anche la costituzione è una legge anche se non ordinaria e quindi il giudice è doppiamente vincolato (direttamente alla legge, indirettamente alla costituzione).

-**Stato costituzionale come rovesciamento dello stato legislativo che reintroduce lo stato giurisdizionale (giusnaturalista)**: sorta di rivincita del diritto naturale, in quanto i giudici, vedendo la costituzione come una sorta di tavola dei valori, possono sempre sottrarsi al vincolo della legislazione, esercitando su di essa il controllo di giustizia.

-**Stato costituzionale con margini più ampi (giusrealista)**: viene ampliato il margine interpretativo del giudice, escludendo i significati incostituzionali e tutti gli argomenti dell'interpretazione costituzionale mirano in questa direzione (ex: interpretazione adeguatrice del principio di ragionevolezza).

CAPITOLO 2

Diritto giusto/ingiusto: si sono susseguite varie teorie per spiegare se un diritto ingiusto vada obbedito:

-GIUSNATURALISMO

-GIUSPOSITIVISMO

-GIUSREALISMO

-COSTITUZIONALISMO

-GIUSPOSITIVISMO INCLUSIVO, ESCLUSIVO, NORMATIVO

Dopo **Auschwitz** è rinato il **giusnaturalismo**, dopo che il giuspositivismo si era espresso dicendo che "la legge è legge e va comunque obbedita", anche se ingiusta.

Dopo questo cambio di rotta, anche alcuni giuspositivisti fecero un passo indietro:

Radbruch per esempio, disse che il diritto positivo ingiusto continuava ad essere diritto e dover essere obbedito ma non quando diventava intollerabilmente giusto (FORMULA DI RADBRUCH).

Per i giuspositivisti il fatto che una norma sia ingiusta o giusta, rappresenta solamente una sua qualità soggettiva e su di esse ci possono essere opinioni contrastanti, senza che qualcuno abbia ragione e altri torto.

In realtà la vaghezza della formula non ne permetteva l'applicazione, anche se essa influì sulla costituzione tedesca. Né Radbruch, né i giusnaturalisti successivi parlarono più di diritto naturale, bensì di giustizia o morale.

Hart, guardando a questa formula, disse che ciò che accomuna le scuole giusnaturaliste è la "Tesi della connessione necessaria" fra diritto e morale → (= diritto positivo moralmente ingiusto non può considerarsi diritto).

Il **giuspositivismo** invece è accomunato dalla "Teoria della separabilità" (= diritto e morale sono concetti distinti, non necessariamente connessi).

Il giusnaturalismo è interessato più a come il diritto deve essere, al contrario del giuspositivismo che guarda invece a cosa il diritto è.

Bobbio: difendibile solo il giuspositivismo metodologico (ammette la possibile ingiustizia del diritto perciò si limita a teorizzare il diritto per come è), il quale è così teorizzato perché segue il soggettivismo etico e il principio di avalutatività. Così facendo vengono respinte le critiche giusnaturaliste.

A questo prezzo, il positivismo, essendo una teoria solo metodologica, si impone di spiegare il diritto per come è, lasciando al neo-giusnaturalismo il tema della giustizia.

Così facendo però lascia aperte le porte a 2 tipi di attacco:

-Giusrealista: di una teoria ancor più avalutativa.

-Costituzionalista: filosofia prevalentemente normativa.

Dopo Auschwitz il giuspositivismo venne attaccato anche dal **giusrealismo**, forma di giuspositivismo metodologico radicale, che rimprovera a quest'ultimo l'ideologia dell'obbedienza al diritto.

Ross è il suo maggior esponente e critica Kelsen dicendo che la sua teoria della validità come obbligatorietà sia un invito occulto a obbedire alle leggi.

Il giusrealismo concepisce il diritto come un "fatto", l'insieme delle decisioni dei giudici.

Anche questa posizione venne però attaccata dal **costituzionalismo**, dal momento che, nell'epoca post-bellica, si facevano strada le dichiarazioni dei diritti e quindi valori morali che venivano eretti a parametri di validità del diritto stesso.

30 anni dopo Auschwitz iniziò a svilupparsi il **costituzionalismo**.

Si erige sul governo delle leggi e non dell'uomo. Vari filosofi, fra cui **Dworkin** iniziarono ad abbattere la tesi della separabilità fra diritto e morale, formulando come principi giuridici diritti che sino ad allora erano considerati meri valori morali e politici.

Ci sarà una re-introduzione del potere dei giudici, o meglio, si ritorna ad attribuirgli una importanza notevole, tramite l'istituzione di corti costituzionali, che hanno il potere di sindacare la legittimità delle leggi nei confronti dei principi costituzionali.

Quindi dopo Auschwitz, le teorie positivistiche e realistiche vennero attaccate in quanto non potevano più ignorarsi certi valori, tornando alla ribalta teorie come il giusnaturalismo e lo stesso costituzionalismo (che cerca una 3^a via fra giuspositivismo e giusnaturalismo).

NB → nel descrivere le 4 tradizioni filosofiche, si usano 3 tesi, rispettivamente per descrivere: rapporto tra diritto e morale, i giudizi di valore e l'interpretazione.

GIUSNATURALISMO

-TESI DELLA CONNESSIONE NECESSARIA

Rapporto tra diritto-morale.

Il diritto ingiusto non può dirsi diritto, mentre se fosse giusto, sarebbe diritto e sarebbe obbedito. Definisce il diritto in termini di giustizia.

Modo per definire altre 2 tesi:

1)Diritto deve essere giusto, perché la giustizia è il suo parametro di valutazione;

2) Al diritto ingiusto non si deve obbedire.

Le 2 tesi presentano 2 varianti:

Forte: qualsiasi diritto ingiusto non è diritto e non va obbedito (pochi sostenitori);

Debole: solo il diritto intollerabilmente ingiusto non è diritto e non va obbedito (Radbruch).

NB: i giusnaturalisti si occupano dell'obbedienza al diritto (che va obbedito per non incrinare l'abitudine all'obbedienza), i giuspositivisti no

-TESI DELL'OGGETTIVISMO ETICO

Giudizi di valore.

Ci sono dei parametri/valori, in base ai quali qualcuno ha oggettivamente ragione e altri oggettivamente torto.

È rifiutato dalla Grande Divisione e dalla Legge di Hume, ma rimane diffuso fra i filosofi della morale.

È in stretto collegamento con la "tesi della connessione necessaria", perché affinché possa dirsi che il diritto è giusto o ingiusto, bisogna avere dei parametri oggettivi di riferimento in termini di giustizia (se così non fosse, il giusnaturalismo produrrebbe conseguenze incertissime).

-FORMALISMO INTERPRETATIVO

Interpretazione

Nasce nello stato legislativo, prima i giusnaturalisti antichi non se ne erano mai occupati. In ogni giudizio c'è sempre una ed una sola soluzione vera o giusta, sia moralmente che giuridicamente.

SVILUPPI DEL GIUSNATURALISMO

-giusnaturalismo antico → **Aristotele**. Diritto naturale distinto da diritto positivo (≠ giuspositivisti: non esiste diritto naturale, è una contraddizione, esiste solo il positivo).

La ripetizione di certe condotte, meri fatti fisici, li trasforma in fatti giuridici (come avviene ora con le consuetudini).

Dal fatto nasce il diritto. In contrasto con la legge di Hume: divieto di dedurre norme da mere preposizioni.

-giusnaturalismo moderno → **Cicerone**. Diritto razionale condiviso da tutti gli uomini dotati di ragione.

Hobbes sostenitore maggiore.

Il diritto giusto non dipende dalla natura delle cose ("ripetizione") ma dalla ragione umana. È questa ad attribuire ai meri fatti fisici, qualità etiche come giustizia e obbligatorietà.

Riconoscendo la ragione umana, si riconosce l'esistenza di diritti umani uguali per tutti gli uomini in quanto tali.

Ragione, valori e diritti umani sono uguali per tutti, oggettivi.

Se però la ragione viene concepita come soggettiva e non come universale, anche i valori diventano soggettivi e questa visione crolla. Questo è ciò che avviene nel passaggio da giusnaturalismo moderno a giuspositivismo contemporaneo.

Da qui avviene una spaccatura:

-**Teorie razionalistiche:** Grozio. Il diritto naturale è razionalmente così evidente che è inutile formulare leggi e codici.

-**Teorie volontaristiche:** il diritto razionale per essere noto a tutti deve essere codificato tramite un atto di volontà del sovrano (qui il giusnaturalismo sfocia nel giuspositivismo).

-neo giusnaturalismo → **Kant**. Distinzione fra concetto di diritto e idea di giustizia.

Avviene un recupero delle idee del giusnaturalismo antico (dato che il giusnaturalismo moderno aveva fatto strada al giuspositivismo).

Radbruch. Non si esprimono più in termini di "natura delle cose", "ragione umana" o "diritto naturale", ma si apre la strada ai diritti costituzionali, umani, quali ideali interni al diritto e non più esterni: la legalità o certezza del diritto.

GIUSPOSITIVISMO

-TESI DELLA SEPARABILITÀ

Rapporto diritto-morale

Il diritto è definito astraendo dalla giustizia, cioè non è descritto in relazione con la giustizia.

La separabilità (e non separazione), ammette tutte le possibili connessioni contingenti, empiriche, fra diritto e morale ma ciò che questa tesi nega è che tale connessione sia necessaria e che il diritto ingiusto perda il suo carattere giuridico. Per il resto il diritto, almeno per **Hart**, può essere identificato contingentemente sulla base della morale.

NB: può, NON deve

-TESI DEL SOGGETTIVISMO ETICO

Giudizio di valore

Anche qui, negazione dell'oggettivismo etico: i giudizi di valore sono soggettivi, non oggettivi, dipendono dal soggetto. Il fatto che i giudizi siano differenti, non significa che uno sia giusto e l'altro sbagliato (≠ anche dalla visione utilitaristica, che è una filosofia morale oggettivista non meno di quella giusnaturalista).

-REALISMO INTERPRETATIVO

Interpretazione.

Come disse **Kelsen**, ogni disposizione fornisce solo una cornice di significati, entro cui l'interprete può scegliere.

Con **Hart** invece si iniziò a sostenere la teoria mista, intermedia fra formalismo e scetticismo, essendoci:

- Casi facili: le disposizioni hanno un solo significato (formalismo);
- Casi difficili: le disposizioni acquisiscono più significati (scetticismo).

SVILUPPO DEL GIUSPOSITIVISMO

-giuspositivismo dottrinale→ si chiama così perché è sostenuto dalla dottrina francese e tedesca.

Presenta 9 tesi le quali però saranno tutte accusate di formalismo perché il rispetto cieco per la legge occulterebbe la realtà della produzione giudiziale del diritto: non solo nel caso delle lacune ma anche dell'interpretazione, cioè la forma in cui la produzione giudiziale si manifesta nello stato legislativo.

-giuspositivismo ideologico→ il diritto è obbligatorio e deve essere obbedito in quanto diritto.

Per i giuspositivisti il diritto significa posto mentre per i giusnaturalisti diritto significa giusto. Ha assunto 3 forme:

- Legalismo etico: sovrano potere assoluto tramite contratto sociale, per uscire dallo stato di natura (**Hobbes**). Qui c'è una connessione necessaria tra diritto e morale al contrario: la morale si adegua al diritto.
- Legalismo puro: l'obbedienza al diritto deve soddisfare dei valori etici minimi (legalità).
- Giuspositivismo normativo: il diritto non dovrebbe essere identificato sulla base della morale ma solo sulla base delle leggi democraticamente approvate dal parlamento

-giuspositivismo metodologico→ il diritto, le norme e i valori devono essere studiati a valutativamente, come fatti. Questo principio è stato formulato da **Weber**.

La scienza, le teorie, devono astenersi dal valutare. Ci sono 2 forme del principio di a valutatività:

- Forte: giudizi di valore del tutto vietati allo scienziato del diritto (realismo giuridico).
- Debole: il teorico può valutare ma dicendolo, non occultando le sue valutazioni (**Bentham e Kelsen**).

GIUSREALISMO

-TESI DELLA SEPARAZIONE

Rapporto diritto-morale.

Non si limita a distinguere diritto e morale come la tesi della separabilità ma li separa nettamente, in quanto fenomeni dotati di forme di esistenza diverse.

Il diritto per questi è un insieme di norme abitanti nel mondo del dover essere (come per Kelsen). È un insieme di fatti psicologici appartenenti al mondo dell'essere.

Fra diritto e morale vi saranno solamente rapporti empirici, causali.

Per **Ross**, massimo esponente, la validità del diritto (che per Kelsen sarebbe l'obbligatorietà delle norme) sarebbe da studiare empiricamente, registrando le decisioni passate dei giudici per prevedere le decisioni future.

-TESI DELL'EMOTIVISMO ETICO

Giudizio di valore.

I giudizi di valore sono semplici reazioni emotive, ossia la valutazione di alcune condotte, norme o istituzioni come giuste/ingiuste, buone/cattive (si può notare come sia un estremismo del soggettivismo etico, **Hume**).

I giudizi di valore sono mere reazioni emotive, espressione di gusti o preferenze individuali. Rappresenta la forma più netta del giuspositivismo.

-SCETTICISMO E REALISMO INTERPRETATIVO

Interpretazione.

Tutti i casi giudiziari presentano più soluzioni, tutte le disposizioni ammettono più significati. Questa è sempre stata la sola teoria dell'interpretazione sostenuta dai giusrealisti (a differenza del giuspositivismo, che negli anni ha appoggiato tutte e 3 le teorie dell'interpretazione previste da Hart).

Per lo **scetticismo** (minoranza dei giusrealisti) le norme non esistono, i giudici fingono solo di seguirle, le disposizioni non hanno un significato loro proprio ma lo ricevono dall'interpretazione.

Il **realismo** (maggioranza dei giusrealisti) invece dice che le norme hanno già una cornice di significato, entro la quale l'interprete sceglie: interpretazione quindi non è creazione (come per gli scettici) ma partecipazione alla produzione del diritto.

SVILUPPI DEL GIUSREALISMO

Non si distingue dal giuspositivismo metodologico, eccetto che per l'adozione del principio di avalutatività in senso forte e dello scetticismo interpretativo.

-scandinavo→ la conoscenza verte direttamente sulla realtà, senza il filtro di idee o concetti. Si criticano i concetti giuridici tradizionali, in primis l'obbligatorietà.

Ross non si limita a criticare la teoria di Kelsen ma dice che sarebbero valide (o meglio, vigenti ed efficaci), le norme giuridiche la cui applicazione futura è prevedibile sulla base della loro applicazione passata.

-statunitense→critica delle apparenze o finzioni tradizionali, prima fra tutte quella che i giudici non producono diritto. Questa è una credenza poco plausibile nel caso di common law. I giudici infatti producono diritto anche quando interpretano le leggi: le leggi sarebbero fonti del diritto mentre il diritto vero e proprio sarebbe ciò che è prodotto dai giudici.

-scuola di Genova→ per **Tarello** ogni disposizione può esprimere diverse norme in quanto la disposizione in sé e per sé sarebbe priva di significato, il quale gli viene attribuito dagli interpreti (ampliamento dello scetticismo interpretativo).

Guastini dice che ogni disposizione può esprimere diverse norme ma la legge non è priva di significato prima dell'interpretazione. Si tratta della tesi tipica del realismo interpretativo, che dice che i giudici non creano diritto ma contribuiscono a produrlo insieme al legislatore.

COSTITUZIONALISMO

-TESI DELLA CONNESSIONE

Rapporto diritto-morale.

Ci sono alcuni autori che la leggono come una connessione necessaria (come nel giusnaturalismo) e altri come una connessione solo contingente (come i giuspositivisti inclusivisti). Questa connessione dovrebbe essere valutata a sé stante però per una ragione: perché è solo qui che le costituzioni vengono concepite come documenti giuridicamente vincolanti e come tavole dei valori morali e politici di una società, contemporaneamente.

Se fosse solo una teoria, il costituzionalismo dovrebbe ammettere che la connessione diritto-morale sia solo contingente e quindi valevole solo per lo stato costituzionale (e non per il legislativo e giurisdizionale) ma la maggior parte dei costituzionalisti invece afferma che questa connessione è valida sempre e comunque.

-COSTRUTTIVISMO ETICO

Giudizio di valore.

I giudizi di valore possono essere oggettivi nel senso di inter-soggettivi, cioè validi per più soggetti.

La loro oggettività quindi dipende da procedure di scelta ideali e non dalla natura delle cose o dalla ragione umana.

Habermas dice che se durante una discussione etica tutti i partecipanti fossero informati, sinceri e rispettassero le regole, le loro valutazioni sarebbero inter-soggettivamente valide.

-REALISMO E SCETTICISMO INTERPRETATIVO

Interpretazione.

Tutti riconoscono i disaccordi interpretativi: le disposizioni possono sempre esprimere più di una norma ed inoltre le interpretazioni non sono tutte uguali, ce n'è sempre una moralmente migliore che andrebbe scelta.

Dworkin, che ha teorizzato questo concetto, propone una lettura morale della costituzione: il diritto rinvierebbe ad una morale costituzionale intersoggettiva (la quale detterebbe le soluzioni all'interprete).

Quando parlano di morale i costituzionalisti pare si riferiscano ad una morale critica, ideale ed universale, comune a tutte le costituzioni, capace di rimediare alle incertezze dell'interpretazione giuridica.

SVILUPPI DEL COSTITUZIONALISMO

-Dworkin → precursore statunitense del costituzionalismo, elogia gli istituti tipici della rigidità della costituzione e il Judicial review.

Dworkin attacca la tesi della separabilità di Hart, perché per lui solo le ragioni giuridiche sono separabili dalla morale ma i principi sono connessi (anche se nei libri successivi abbandonerà questa distinzione).

Riformulerà l'esempio in termini di interpretazione: non avviene da parte dei giudici sono un'interpretazione in senso di attribuzione di significato ai testi ma anche un'interpretazione morale, ossia l'applicazione di principi morali.

-Alexy → elabora una teoria dell'argomentazione giuridica come caso speciale dell'argomentazione morale. I giuristi sarebbero quindi vincolati ai principi generali del discorso morale ed in più dovrebbero rispettare il diritto ("Tesi del caso speciale"). Inoltre il diritto avanzerebbe necessariamente una pretesa di correttezza o giustizia (tesi che riprende l'idea di Radbruch). Alexy nella teoria dei diritti fondamentali, riformula le definizioni di regole e principi, di cui questi ultimi sono obiettivi generici che i giudici costituzionali devono applicare e bilanciare alle regole (tribunali costituzionali).

-Nino → in una prima fase accetta la "Tesi della separabilità" e il giuspositivismo metodologico, opponendolo al giuspositivismo ideologico.

Nel "teorema fondamentale della filosofia del diritto" però propone una congiunzione fra la tesi della separabilità e la tesi sviluppata dopo Auschwitz che il diritto possa chiedere obbedienza solo se moralmente giusto.

Nel suo libro postumo abbandona la tesi della separabilità e formula 3 connessioni necessarie:

- 1) Connessione definitoria: possono darsi diverse definizioni di diritto. Lui ne adotta una giusnaturalista ma chiarisce che diritto e giustizia possono essere connesse in base ad una delle tante definizioni possibili.
- 2) Connessione giustificativa: il diritto positivo deve essere obbedito e applicato non in quanto tale ma solo in quanto moralmente giusto. Questa contrasta col fatto che a partire dallo stato legislativo i giudici sono soggetti solo alla legge, non anche alla giustizia.
- 3) Connessione interpretativa: ogni disposizione può esprimere norme differenti e fra queste il giudice dovrebbe scegliere la norma più giusta.

LE RISPOSTE GIUSPOSITIVISTE AL COSTITUZIONALISMO

Le risposte avanzate dal giuspositivismo, riguardano la re-interpretazione della tesi della separabilità, la quale è stata re-interpretata in termini di identificazione e non più di definizione.

Non ci si chiede più, nel dibattito odierno, se il diritto sia connesso alla morale ma se POSSA o DEBBA essere identificato sulla base della morale.

DEBBA -> giusnaturalisti, costituzionalisti

POSSA/NON POSSA/NON DEBBA -> 3 tipi di giuspositivismo.

- *Giuspositivismo inclusivo*: il diritto può non essere identificato con la morale (non necessariamente è identificato con quest'ultima).
- *Giuspositivismo esclusivo*: il diritto necessariamente non può essere identificato in base alla morale.
- *Giuspositivismo normativo*: il diritto non deve essere identificato in base.

REGOLE E PRINCIPI PER I COSTITUZIONALISTI:

DWORKIN, ALEXY E NINO

Il costituzionalismo avendo dovuto argomentare la connessione diritto-morale, deve dire che non ci sono solo le prescrizioni del diritto. Ci sono anche i principi (chiamati da Dworkin, Alexy e Nino).

Hart distingue tra norme primarie e secondarie e rispetto a lui la distinzione fra regole e principi la risposta è per lo più no.

La nostra **costituzione** è rigida e in una concezione costituzionalistica rappresentano il **fondamento di validità delle prescrizioni emanate dal legislatore**.

Quindi ci sono norme scritte in costituzione che rappresentano il fondamento di validità delle norme legislative. Sono quindi indipendenti e racchiudono valori morali la cui costituzione deve preservare e riprodurre nell'ordinamento giuridico.

La connessione tra diritto e morale tra le tesi del costituzionalismo si gioca su questo rapporto (norme regolative e principi).

I 3 autori hanno tutti in comune la concezione secondo cui un ordinamento giuridico moderno formato solo da prescrizioni non rappresenta la realtà: gli ordinamenti oggi presentano rapporti tra queste 2 e quindi tra diritto e morale.

Noi non faremo la distinzione di questi 3 autori ma analizzeremo i punti in comune:

Tutti ritengono che la tesi della separabilità vale solo per le norme del legislatore, mentre in costituzione vi sono principi di giustizia incarnati nei nostri ordinamenti (difficile pensarle come norme giuridiche in senso stretto, perché dà l'idea di un substrato morale del nostro ordinamento).

Questi 3 autori mettono capo ad una **connessione necessaria fra diritto e morale** e se dobbiamo distinguere fra regole e principi, dobbiamo identificare nelle prime la presenza di una **fattispecie** (ex: dalla norma "vietato fumare" c'è il divieto di fumare) mentre un **principio non ha una fattispecie**, definite infatti norme senza fattispecie oppure con fattispecie molto generica.

Sono definiti infatti anche "diritti fondamentali". Queste norme secondo i neo-costituzionalisti sono un compito, per il legislatore, che li deve concretizzare attraverso norme giuridiche che rispettino questi valori scritti in costituzione.

Regole e principi sono 2 tipi di norme che si differenziano per il possesso o meno della fattispecie ma anche perché si **comportano diversamente**:

una norma giuridica in senso stretto si applica ad un caso particolare in maniera deduttiva (o sussuntiva, sono sinonimi) mentre i principi, senza fattispecie, si applica indirettamente, attraverso le norme del legislatore che rispettano quel principio e che realizzano quel principio.

Il modo in cui si applica un principio è solo nel rapporto con la norma giuridica e tali sono passibili di **bilanciamento**: questo perché non si applica in maniera deduttiva un principio, ma tale principio viene bilanciato (la norma invece o si applica o non si applica ad un caso). *Cosa si bilancia?* Si bilanciano i principi fra di loro perché rispetto ad una determinata situazione, i principi che vengono in gioco possono essere molteplici (ex: no green pass; discriminazione vs salute).

È una ponderazione fra più pesi morali tutti quanti egualmente presenti nelle nostre costituzioni, da tenere presenti nelle interpretazioni dei giudici. E non si possono sacrificare questi valori, nessuno di questi: ecco perché c'è l'idea del bilanciamento.

Alexy: Le regole, che si applicano deduttivamente, sono indefettibili, mentre i principi in quanto bilanciabili, sono sempre defettibili (nonostante abbiamo detto fossero fondamentali ed assoluti: questo significa che possono sospendersi l'un l'altro per bilanciarsi a vicenda).

NB: bilanciati, mai sacrificati!

Spesso, in questa opera di bilanciamento attuata dalle corti costituzionali, vengono fuori dei **principi impliciti**: ad esempio la dignità, la laicità, della vita (per via interpretativa, saltano fuori dal lavoro di bilanciamento della corte).

Tramite il lavoro di questi autori quindi riusciamo a trarre le differenze tra le regole ed i principi:

Regole → Indefettibili

Principi → Defettibili

-> NB: ricorda solo giuspositivismo inclusivo (Hart) ed esclusivo (Raz).

CAPITOLO 3

REGOLE E PRINCIPI BARBERIS

Barberis adotta la distinzione fra regole e principi, non quella appena fatta ma una molto simile:

Le **regole** → sono le prescrizioni dirette del legislatore (norme che dentro l'ordinamento giuridico costituzionale, regolano direttamente la nostra condotta).

→ Prescrizioni dirette di condotta

→ Del legislatore

Ne vedremo di 3 tipi.

I **principi** → non regolano direttamente la condotta ma lo fanno attraverso le norme prodotte dal legislatore.

→ Prescrizioni non dirette di condotta

→ Attraverso norme del legislatore

Anche qui ce ne sono di 3 tipi.

La distinzione è quindi tecnica e pragmatica, non contenutistica.

Le regole normano la condotta in maniera diretta, i principi indirettamente, attraverso le regole.

I 3 tipi di regole e principi sono catalogati in ordine di cogenza (dal più cogente a quello meno).

3 TIPI DI REGOLE:

1) **Prescrizioni** → La prescrizione è "vietato fumare", la regola che impone obblighi di Hart, è la prescrizione in senso stretto. Si prescrivono comportamenti.

2) **Consuetudini** → Sono le norme non prodotte dal legislatore ma comunque presenti nel nostro ordinamento (comportamenti regolari ed uniformi, rivestiti della considerazione della loro cogenza, hanno quindi la dimensione della normatività).

3) **Regole tecniche** → La studiò Kant, quando disse che ci sono norme che prescrivono comportamenti non come fini ma come mezzi. Regola i mezzi per i fini (ex: testamento olografo, fatto dal testatore senza andare davanti al notaio, firmandolo e datandolo).

Quindi non c'è obbligo di fare testamento ma se vuoi farlo devi datarlo e firmarlo, prescrivendo il mezzo, non l'azione in quanto tale). Tutt'ora si continua a descriverle come le fondamentali dell'ordinamento giuridico.

3 TIPI DI PRINCIPI:

1) **Regolativi** → (ex: dignità umana è inviolabile) sono principi che stabiliscono dei diritti individuali e che a certe condizioni possono essere applicati direttamente dai giudici anche se in realtà regolano l'attività del legislatore (ecco perché regolativi). Tra questi ci sono anche i principi decisionali del common law (le ratio decidendi studiate attraverso Hart) che sono del tutto analoghi ai principi generali del civil law (ex: da tutte le disposizioni che garantiscono il contraente in buona fede i civilisti ricavano il principio generale della buona fede o l'affidamento nei rapporti contrattuali).

Questi principi generali non sono norme esplicite dell'ordinamento ma sono una sorta di prassi argomentative, quindi sono norme implicite, dal momento che non sono scritti sotto forma di norma.

Vengono estrapolati da norme positive per via interpretativa. I principi generali dell'ordinamento, nel civil law, sono IMPLICITI, derivati per via interpretativa (come le ratio decidendi del common law).

Se io traggo per interpretazione l'esistenza di una norma partendo dai contenuti di altre norme, sto lavorando in un ordinamento statico (non dinamico come per Kelsen)!!! La dicotomia tra ordinamento statico e dinamico si sta sfumando come è evidente da questo discorso.

2) Dirrettivi → I principi direttivi non stabiliscono diritti soggettivi/principi fondamentali come prima ma obiettivi collettivi dell'ordinamento, sempre recepiti come compito dal legislatore (ex: norme programmatiche del diritto costituzionale, direttive dell'UE). Assegnano l'obiettivo al legislatore, lasciando libero il mezzo per realizzarlo, il quale viene lasciato libero al legislatore

3) Costitutivi → I meno cogenti di tutti, sono le regole costitutive di Hart: costituiscono dei poteri, privati o pubblici. Definiscono le condizioni giuridiche per poter parlare di qualcosa (ex: di uno status). La norma che definisce la maggiore età è costitutiva, in sé e per sé non prescrive nulla ma definisce uno status. Succederà che in virtù di questo principio, derivano delle norme apposite all'interno dell'ordinamento (ex: alla maggiore età si vota, si prende la patente, ecc...).

Siccome tutti i teorici del diritto si sono fissati con le prescrizioni, tutte le teorie del diritto che hanno affrontato il tema delle caratteristiche distintive della norma giuridica rispetto alle altre norme.

Tra queste c'è: **Von Wright** (finlandese) distingue fra 7 componenti:

- **Carattere**: **la qualificazione deontica**. In base a questa si possono suddividere: **divieto, obbligo o permesso**.

Quindi bisogna individuare se questi sono divieti, obblighi o permessi tramite la qualificazione deontica.

- **Contenuto**: se il contenuto è **generale e astratto**, allora le prescrizioni sono astratte, se invece si riferiscono ad un soggetto specifico, il contenuto della norma è concreto.

- **Condizione di applicazione**: se c'è una condizione di applicazione allora le norme sono **ipotetiche**, se non c'è le norme sono **categoriche**.

- **Autore**: chi la fa la norma? La fa un'autorità esterna al destinatario delle norme o i destinatari stessi? Se è esterna le norme sono eteronome (questo è Kelsen, per lui son sempre eteronome), a differenza delle norme morali, che sono autonome ed ognuno le detta a se stesso.

- **Destinatario**: se sono rivolte ad una classe aperta di soggetti esse sono **generali**, al contrario, sono **particolari**.

- **Formulazione**: le prescrizioni possono essere solo **espresse o esplicite** per Von Wright, anche se ci possono essere anche quelle implicite o inesprese (principi impliciti di cui parlavamo prima).

- **Sanzione**: può essere **negativa**, cioè una pena per la violazione o **positiva**, come incentivo per l'ottemperanza.

La **coattività** è una delle caratteristiche distintive delle prescrizioni rispetto alle altre, che si sottopongono in maniera immediata alla coattività (non che le altre non lo siano, ma molto di meno).

Questa fissazione è quella del positivismo giuridico.

DEFETTIBILITA'

Criterio della defettibilità: è una cosa teorizzata da Hart, teorizzata per le norme di common law (il famoso "a meno che non").

Barberis dice che anche le norme giuridiche intese come prescrizioni possono essere defettibili ma in maniera diversa rispetto ai principi: le ratio decidendi non sono le norme come lo sono nel nostro ordinamento le norme del legislatore ma sono tratte per via interpretativa, quindi ponendosi in questo ordinamento di common law, ne deriva che la defettibilità è di tutte le norme, potendo concepire delle eccezioni per la loro applicazione.

Il civil law ha un rapporto con la defettibilità con le prescrizioni molto più difficile perché noi abbiamo un diritto prodotto dal legislatore, formulate in maniera canonica dal legislatore, quindi c'è un dettato legislativo passibile di

interpretazione che però vincola le attività interpretative: "se rubi verrai punito a meno che" esempio di Hart è diverso perché nei nostri ordinamenti la **defettibilità è residuale** rispetto alle altre caratteristiche delle norme.

Quindi nel common law è insito alla natura del diritto la defettibilità ma nel civil law è un'eccezione, ed essa è per lo più intesa come indefettibile.

Dobbiamo immaginare eccezioni implicite in cui l'interprete potrà dire che una norma può presentare un'eccezione ma il presupposto è l'invincibilità della indefettibilità (essa è invincibile quando il legislatore prevede esso stesso delle eccezioni all'applicazione della norma, "la norma si applica sempre eccetto casi A, B, C").

Può essere blindata anche con il divieto di analogia. Però tolti questi 2 modi, per lo più la norma è indefettibile (semplicemente non è la loro caratteristica principale).

ISTITUZIONALIZZAZIONE

Istituzionalizzazione: grazie alle norme secondarie di Hart (di competenza) i nostri ordinamenti si istituzionalizzano, con l'aggiunta della norma di riconoscimento, mutamento e giudizio. È Hart.

È come dire che esistono norme primarie e secondarie.

CAPITOLO 4

SISTEMI GIURIDICI

TEORIA E SISTEMI

Nessun insieme di norme, nessun ordinamento è in sé e per sé un sistema ma un insieme di norme e viene chiamato **sistema** quando intervengono al suo interno delle operazioni sistematiche, operate dai giuristi/interpreti/teorici che identificano il modo attraverso cui quell'insieme di norme è chiamato sistema: è Kelsen a dirci questo, quando introduce **sistema statico e dinamico**.

→ Trasformazione dell'ordinamento in un sistema.

Quindi, c'è la **sistematica** ma c'è anche la **teoria del diritto** che è in grado di dire se un insieme di norme è un sistema, grazie all'individuazione dei criteri di collegamento non contenutistici ma di delegazione del potere (rapporti di produzione fra norme). Questo è il principio dinamico dell'ordinamento.

La teoria del diritto oggi dentro lo stato costituzionale è un misto tra statica e dinamica, cioè Kelsen è servito per poter dire che la teoria del diritto costituzionale contemporanea, se è costituzionale ed ha stabilito rapporti di conformità fra norme e principi è anche statica.

Il modo attraverso cui Barberis ce lo vuole rappresentare è un modello di sistema giuridico di stampo costituzionale che non è modello in senso teorico ma è un rapporto tra statico e dinamico (che mai nessuno prima aveva fatto), fatto a cerchi concentrici.

La sfera della **normatività generale** (la morale, valori etici morali) è un grande cerchio che contiene quelle cose che ispirano un ordinamento giuridico di stampo costituzionale; ci sarà poi un altro cerchio più piccolo al suo interno che è quello dei **principi costituzionali** (valori fondamentali che finiscono dentro la costituzione).

Questo significa che ci sono dei valori selezionati dalla normatività generale che vengono inseriti in costituzione e recepiti dentro all'ordinamento in esame (e questi sono contenutistici, sostanziali).

L'ultimo cerchio, all'interno di tutto, è quello delle **regole**.

Il primo cerchio interno, quello delle regole, contiene le norme giuridiche emanate dal legislatore, traducibili in enunciati di tipo ipotetico, le norme.

Ci sono poi i **principi costituzionali** di cui abbiamo parlato con Dworkin, Alexy e Nino, mentre con Barberis ne abbiamo parlato in maniera diversa: **integrano la morale dentro l'ordinamento giuridico**, prendendolo dalla circonferenza più esterna dell'ordinamento, la sfera morale esterna, la morale di una società che condiziona fortemente l'ordinamento giuridico, nonostante ne sia esterna (ex: DDL ZAN, influenzato da suggestione che venivano da fuori dall'ordinamento).

Tutto ciò viene da un legislatore non neutro ma condizionato dalle esigenze della società: quindi i nostri ordinamenti sono lì pronti a farsi permeare da queste istanze che vengono da fuori.

Questo è il modo in cui ogni ordinamento gioca i suoi principi, e lo può fare sia in maniera **pluralistica** (tutti i valori costituzionali sono sullo stesso piano, è un ideale normativo, non empirico) che **monistica** (altro modo di intendere il rapporto tra diritto e morale: i valori scritti in costituzione sono fissati, organizzati a priori in maniera gerarchica dalla costituzione stessa).

Di solito i lavori della corte costituzionale italiana sono all'insegna del pluralismo mentre quella tedesca è monista (art. 1 dignità umana, gli altri sono specificazioni, gerarchicamente inferiori di questo diritto superiore).

VALIDITA'

Conformazione fra validità sostanziale e validità formale: possiamo avere norme che vengono rese valide dalla promulgazione del legislatore e sono quindi perlomeno vigenti (valide formalmente) se sono anche conformi a costituzione sono invece valide anche sostanzialmente (valide e vigenti).

Questa è la distinzione fra validità e vigenza. È necessaria se diciamo che ogni ordinamento presenta dentro di sé istanze di dinamicità e staticità.

Coerenza e completezza: sono le 2 caratteristiche dell'ordinamento che si dice **coerente** se al proprio interno non contempla conflitti tra norme, si dice **completo** se al suo interno esiste una norma per ogni tipo di fattispecie concreta che rappresenta un caso da risolvere dentro quell'ordinamento.

Un ordinamento privo di lacune si dice completo, si dice coerente quando esso non presenta conflitti normativi (tra norme).

Kelsen dice che l'ordinamento dinamico è completo perché è come se fosse avvolto dalla norma generale di chiusura, che è la norma generale **esclusiva**: tutto ciò che non è regolato da una norma di quell'ordinamento non è regolato e quindi è un comportamento libero (di fatto, non giuridicamente). Non ci sono lacune, l'ordinamento è completo.

Completezza: L'altra teoria che il manuale usa per parlare della completezza è la norma generale inclusiva: quando l'interprete non trova una norma per regolare un certo caso, non dice che quel fatto non è giuridicamente rilevante ma lo include dentro l'ordinamento auto integrandolo, ricorrendo all'**analogia legis e iuris**, che sono dispositivi di auto-integrazione dell'ordinamento.

Questo è quello prediletto ad oggi (preleggi). In realtà l'art. 14 delle preleggi vieta il ricorso all'analogia per le norme penali, significa che almeno per il settore penale vale il principio della norma esclusiva kelseniana.

Coerenza: che le norme entrino in conflitto fra di loro è molto facile. Sono stati elaborati dei criteri di risoluzione delle antinomie:

- **Criterio gerarchico**: prevale quella di grado superiore.
- **Di specialità**: prevale la norma con la fattispecie più speciale rispetto a quella più generica.
- **Cronologico**: prevale l'ultima norma emanata a livello temporale.

A volte però ci sono delle controversie anche fra i vari criteri e quindi l'interprete dovrà argomentare la sua scelta, al momento della decisione.

CAPITOLO 5

INTERPRETAZIONE E RAGIONAMENTO GIURIDICO

Se io mi limito a dire che una disposizione giuridica viene interpretata da un interprete, attribuendole un significato, io ho in senso stretto il significato di **interpretazione**, ossia attribuzione di significato ad una disposizione giuridica. Se io invece dico che questa attività prodotta dall'interprete è un'**attività intellettuale**, ho la rappresentazione di un processo mentale, di una serie di ragionamenti dell'interprete, compiuti per arrivare fino a lì. È come dire che interpretazione e **ragionamento giuridico** sono due facce d'una stessa medaglia. Tutto ciò per dire che un conto è l'interpretazione intesa come esito finale di un'attività interpretativa fatta da un giurista, e un

conto è l'attività di attribuzione di un significato, compiuta giustificando tale attribuzione dal giurista (e questo è sulla scorta del fatto che l'attività interpretativa sottende a dei ragionamenti).

Nelle teorie del diritto più aggiornate queste due vanno di pari passo effettivamente. Alla fine, stringi stringi, quello che impariamo da Barberis è che l'ambiguità della parola "interpretazione" è:

Interpretazione come **esito** finale → Interpretazione in senso stretto.

Interpretazione come **processo**, attività mentale → Interpretazione come ragionamento giuridico.

L'interprete infatti non fa quello che vuole ma interpreta dentro a certi confini, ed ecco perché ragione e produce una giustificazione della sua scelta (questo è esattamente il ragionamento giuridico).

L'art. 12 preleggi parla, al 1° comma di interpretazione in senso stretto, mentre nel 2° comma parla di attività interpretative come ragionamento integrativo del diritto, perché si fa riferimento all'analogia legis e iuris.

TEORIE DELL'INTERPRETAZIONE

Riprende tutte le teorie già studiate in merito all'interpretazione. Parla anche di una forma di scetticismo interpretativo, che è quella di Kelsen, ossia della cornice della norma all'interno della quale l'interprete può muoversi in maniera abbastanza libera: esso viene chiamato scetticismo moderato.

I modelli nominati sono:

- **Formalismo interpretativo**: un'unica interpretazione possibile per una norma giuridica (anche il costituzionalismo moderno, ex. Dworkin, è una forma di formalismo, perché è vero che le disposizioni giuridiche hanno più significati ma quando si arriva ad attribuirgli quella definitiva, c'è solo una interpretazione corretta che è quella conforme a costituzione).
- **Teoria mista**: quella di Hart.
- **Scetticismo interpretativo**: nessun diritto esiste prima dell'attività interpretativa dei tribunali.
- **Realismo giuridico interpretativo**: (chiamata così da Barberis) le attività interpretative si svolgono a partire da una cornice di significati all'interno della quale si sceglie e deve essere argomentata. Sostanzialmente è ciò che dice Kelsen.

RAGIONAMENTO GIURIDICO

Se l'interpretazione di una norma va sempre giustificata, la teoria dell'interpretazione sfocia sempre in una teoria del ragionamento.

Il modello sussuntivo - **ragionamento sillogistico**: rappresenta non tanto l'attività mentale del giudice che applica una norma ad un caso, quanto la sua ricostruzione ex post, cioè il suo ragionamento, argomentazione, di una decisione applicativa già presa.

Così ragionando, nel sillogismo si condensano i 2 momenti dell'interpretazione e argomentazione (ragionamento giuridico): l'interpretazione è implicita nelle 2 premesse mentre il ragionamento è rappresentato dalla struttura sillogistica.

Noi vedremo quindi le prime 2 premesse, le giustificazioni esterne:

- Giustificazione in fatto
- Giustificazione in diritto.

Mentre la conclusione del sillogismo è la giustificazione interna in diritto.

Perché le 2 premesse e la conclusione sono chiamate così?

Prendendo un **esempio classico di sillogismo**:

"Se fumi verrai punito"	1^ premessa	<u>giustificazione esterna in diritto</u> , la premessa maggiore del ragionamento.
Silvia ha fumato"	2^ premessa	<u>giustificazione esterna in fatto</u> , la premessa minore del ragionamento

"Silvia deve essere punita"	Conclusion e del ragionamento	<u>Giustificazione interna in diritto</u>
-----------------------------	--------------------------------------	---

Queste 2 premesse sono le premesse del ragionamento dell'interprete, che produrranno la conclusione del ragionamento.

Essa è chiamata giustificazione interna nel senso di interna allo schema argomentativo: si passa dentro ad un sillogismo, dalle premesse alla conclusione, in maniera necessaria.

Ma quando il giudice deve applicare una norma, comincia dalla qualificazione giuridica del caso o dalla ricostruzione empirica del caso?

Il giudice è tenuto a giustificare la sua decisione, nonostante si pretende nel sillogismo di dare una veste deduttiva al ragionamento del giudice, quando probabilmente non è deduttivo. Qualcuno preferisce infatti l'idea di "ermeneutica giuridica".

Le premesse si chiamano esterne perché il sillogismo non è il modo attraverso cui si è deciso di ricostruire un caso ma l'unica cosa che è interna al ragionamento è il passaggio dalle premesse alla conclusione. **Il sillogismo rappresenta molto bene la giustificazione ex post del ragionamento ma non rappresenta in nessun modo il contesto di scoperta di chi ha ragionato (di come è stato rinvenuto che le premesse di quel ragionamento fossero state quelle e non altre).**

ARGOMENTAZIONE DELL'INTERPRETAZIONE

Barberis parla di argomentazione dell'interpretazione. Dice che non tutte le interpretazioni possono essere giustificate in maniera logico-interpretativa come questa ma ci sono anche attività di attribuzione di significato alle norme regolate da canoni interpretativi che sono essi stessi una giustificazione di quella interpretazione.

E l'art. 12 preleggi lo dice: il **primo comma** parla di **interpretazione letterale e interpretazione teleologica** (intenzione del legislatore).

Il **secondo comma** parla invece di **analogia legis e iuris e principi generali dell'ordinamento** (hanno a che fare con l'integrazione dell'ordinamento attraverso la norma generale inclusiva).

I principi generali sono anche quelli estratti in via argomentativa dall'interprete, come per esempio il principio di buona fede (mai formulato canonicamente ma è una norma implicita dell'ordinamento).

Così facendo, l'ordinamento ha sempre una soluzione, anche quando in apparenza non vi è una norma che in maniera evidente risolve il caso.

È il famoso caso delle **norme implicite**, dentro l'ordinamento, quindi non sono canonicamente formulate ma devono essere "trovate" dall'interprete.

Questo avviene tramite RAGIONAMENTI (e non canoni interpretativi) che sono l'analogia legis e iuris.

-Analogia iuris: c'è una lacuna nell'ordinamento e l'interprete scopre che dentro l'ordinamento non c'è nessuna norma che, trattando un caso simile, possa soccorrere la sua attività interpretativa. Va quindi a vedere i **principi generali** dell'ordinamento per vedere che questi lo instradino.

Siccome l'ordinamento oltre alle norme, è composto da principi (a volte impliciti) è in questi che il giudice va a pescare quando in apparenza non esiste una norma che possa utilizzare per risolvere un caso. Auto-integra l'ordinamento, ricorrendo ai principi.

-Analogia legis: idea che se il caso sembra privo di una **norma** ma il giudice può trovare **un caso simile** (ex: furto - appropriazione indebita) e utilizzare la norma usata in quel caso simile per risolvere quello attuale.

In assenza di una norma specificamente applicabile ad un caso, l'interprete deve guardare a norme già presenti (canonicamente formulate dal legislatore) che risolvono in maniera simile casi simili.

Ogni attività auto-integrativa deve essere argomentata (anche la stessa interpretazione di una norma, pensiamo alle sentenze), e allora il **sillogismo** giuridico diventa il modo attraverso cui dentro l'ordinamento giuridico si rappresenta la motivazione di una sentenza, e la si fa chiarendo perché si è scelta una norma e non un'altra. Tra le 2 premesse del sillogismo tracciamo una linea: qui estraiamo la norma particolare e concreta che risolve il caso ed è il dispositivo della sentenza (è la conclusione del sillogismo). Il dispositivo della sentenza è la conclusione del sillogismo che io giustifico alla luce di premesse sia normative che fattuali.

Le 2 premesse sono "esterne" sia in fatto che in diritto, rispetto al ragionamento sillogistico perché la ragione per la quale quelle due premesse sono lì, stanno fuori dal ragionamento sussuntivo in senso stretto (e non finiscono dentro al ragionamento giuridico).

È esterna perché possono essere completamente differenti le premesse e non rappresentano il modo in cui il giudice ha espresso il suo giudizio. Solo la conclusione è interna ma il modo in cui le premesse sono state scelte possono variare da tribunale a tribunali, l'importante è che il tribunale le motivi.

Nel momento in cui il giudice sceglie la defettibilità è già stata risolta: il diritto ad un certo punto sceglie e quindi la defettibilità sta a monte, è intrinseca la ragionamento ma non al ragionamento concreto che ha già fatto fuori la defettibilità nel qualificare il caso in un modo o nell'altro.

INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

Si parla di **interpretazione costituzionale** perché nasce dall'esigenza di interpretare il testo costituzionale. Si tratta dell'irradiazione dei principi costituzionali dentro il nostro ordinamento. Ce ne sono di 3 tipi:

- **Interpretazione adeguatrice**: qualora viene sollevata una questione di costituzionalità nei confronti di una norma, la corte costituzionale decide che, anziché abrogare la norma, è il caso di affidarle un'interpretazione che sia conforme ai principi costituzionali.

C'è infatti una tendenza alla conservazione di tutto ciò che si immette negli ordinamenti, tanto più se viene da un ordinamento democratico.

L'intenzione è quella di salvare la norma e di mantenerla valida all'interno dell'ordinamento.

Le corti quindi sempre più spesso vi ricorrono.

- **Controllo di ragionevolezza**: secondo tipo di interpretazione costituzionale.

Possono essere fatti dei provvedimenti temporanei che discriminino alcune categorie alla luce del parametro di ragionevolezza (parametro art. 3 cost.), un esempio sono stati gli scatti di anzianità nel 2011 per alcune categorie (ex: magistrati, prof universitari, sanitari, ecc...).

Si tratta di interpretare una norma alla luce di un parametro di ragionevolezza che è identificato nell'art. 3 cost.

- **Bilanciamento**: ci sono delle norme che limitano alcuni diritti costituzionali.

Il punto fondamentale è che non tutti i provvedimenti che limitano i diritti sono irragionevoli o incostituzionali: potrebbero essere motivati.

Quindi c'è da chiedersi questo: in quale maniera è legittimo dentro un ordinamento, limitare alcuni diritti rispetto ad altri.

Il bilanciamento è l'ultimo step di una procedura che comprende più passaggi. La corte deve così affrontare:

- **Test di legittimità**: quasi sempre superato;

- **Test di adeguatezza o idoneità**: anch'esso quasi sempre superato;

- **Tesi di necessità**: la limitazione deve essere argomentata anche come necessaria, oltre che legittima ed adeguata;

- **Bilanciamento** (o ponderazione dei principi): step più duro.

Momento in cui il confronto fra 2 o più principi costituzionali ritenuti rilevanti per quella norma, diventano i parametri di costituzionalità della norma (ex: green pass, c'è il diritto alla salute, il principio di non discriminazione, il diritto al lavoro, ecc...).

