

## TEORIA SCIENTIFICA DEL DIRITTO

*che cos'è una scienza?*

È una **teoria descrittiva**, in cui regna il **principio di verifica** (descrivere oggettivamente), che serve a spiegare fenomeni, dare la ragione della loro esistenza.

Quindi la teoria del diritto mira a spiegare perché esiste il diritto e come funziona. Stabilire il rapporto tra *norme primarie* (regolative) e *secondarie* (costitutive) è fondamentale: quelle secondarie, che rappresentano l'autorità, costituiscono le autorità, in un ordinamento come il nostro, alle cui è lasciato un ampio spazio.

Sono costitutive, perché attribuendo poteri, competenze ed autorità, costituiscono gli organi/funzionari, nel momento in cui queste norme vengono formulate.

Ex: norma regolativa "vietato fumare", il fatto di fumare esiste indipendentemente dalle norme che le costituiscono.

Cosa che non accade con i poteri dello stato: questi non esisterebbero senza una norma che attribuisce loro tali competenze. Queste norme **FANNO le autorità**, costituendo le procedure.

Quindi, certe norme regolano comportamenti che già pattuiamo (questo perché c'è un comportamento che è indipendente dalla norma, come nel caso della sigaretta): Ex: fumare, è un atto che esiste ed io lo posso mettere in pratica in maniera del tutto indipendente da come viene regolato con la norma "vietato fumare".

Mentre, avere un legislatore, dei tribunali e dei funzionari pubblici nell'ordinamento, vuol dire avere norme che tali funzionari hanno creato: questi ultimi però non esisterebbero senza previa costituzione da parte delle norme secondarie.

Non esisterebbero legislatore, tribunali e funzionari senza norme che li abbiano costituiti (regolando anche i loro comportamenti).

Quindi...

Comportamento concreto, che io a prescindere posso porre in essere, non avrebbe rilevanza se non venisse regolato con

▼  
**Norme primarie** (comandi; ex: vietato fumare)

▼  
Queste norme primarie sono create da legislatore, tribunali, funzionari pubblici

▼  
Questi soggetti non potrebbero creare tali norme se essi non fossero prima costituiti, se non gli venisse attribuita l'autorità di farlo

▼  
Tale attribuzione di autorità avviene attraverso le **norme secondarie**.

Arriva Kelsen e decide di fare una teoria del diritto, negli anni 30, che segue (nel senso che arriva dopo) una teoria totalmente valutativa, che secondo lui non era corretta perché non deve dare una valutazione ma essere scientifica, che quindi può essere spiegata oggettivamente.

Ci sono quindi degli elementi scientifici appartenenti alla **teoria del diritto secondo Kelsen**:

A-valutativa

Oggettiva

Descrittiva

Universale

Nesso di imputazione: spiega le connessioni dei vari fenomeni che ineriscono al diritto (FENOMENI NON NATURALI).

La scienza del diritto quindi ha la stessa pretesa delle leggi scientifiche della fisica, per esempio.

Queste connessioni tra fenomeni non naturali, sono state definite da Kelsen non come causali, perché appunto a differenza per esempio della fisica, i fenomeni che studia inerenti al diritto, non sono naturali (ex: se io spiego perché una persona si comporta in un certo modo rispetto ad una certa situazione, stabilisco un nesso causale. Ad esempio, perché una persona non rispetta le norme.

In ogni caso si tratta di una spiegazione causale). Non siamo esseri autonomi ma causalmente determinati (per l'economia comportamentale: se induci le persone a fare qualcosa senza obbligarle, li spingi maggiormente a farlo spontaneamente. Nella visione degli economisti comportamentali).

Cioè che “avanza” dalle norme giuridiche primarie e secondarie, non sono giuridiche ma di stampo comportamentale (ex: Green pass. Discorso precedente, secondo gli economisti comportamentali, non aver fatto l'obbligo vaccinale porterebbe maggior persone a vaccinarsi spontaneamente), che nulla hanno a che fare con quelle norme emanate dal legislatore.

Le sanzioni quindi non sono giuridiche (ex: non puoi andare al ristorante se non hai il Green pass) ed è per questo che esistono i no vax: perché indirettamente stanno precludendo, come fosse un vincolo imposto da una norma giuridica, un qualcosa che in realtà, appunto, non lo è. [[[I bias comportamentali (difetti comportamentali) secondo alcuni, dovrebbero costituire i parametri per le norme: dovrebbero essere “sormontati” dalle norme, non modulate su di essi.]]]

**Oggetto** della teoria, per Kelsen, deve essere la **norma, indipendentemente dal suo contenuto** (ci dice cos'è, come funziona ma non entra nel merito, perché la valutazione può essere fatta in termini economici, politici e via dicendo). Per lui deve funzionare esattamente come una scienza naturale, quindi di tipo causale, tramite un nesso di causalità. Questo nesso di spiegazione analogo (ma non identico) a quello causale, si definisce, per Kelsen, un **nesso di imputazione**. Ed è qui che nasce la dottrina (cioè teoria scientifica) pura del diritto.

La legge naturale è l'analogo della spiegazione che Kelsen darà come spiegazione scientifica della validità del diritto (il diritto si spiega attraverso il diritto).

La **validità del diritto**, oggetto per eccellenza della teoria kelseniana, si spiega **solamente attraverso il diritto**: si chiama dottrina **pura** per questo.

La legge connette una causa al suo effetto: tra causa ed effetto c'è questo nesso (se è A, allora è B. Allora è il nesso).

Riprendendo l'esempio del “vietato fumare!”, formulato apparentemente come norma imperativa, come comando, in realtà non lo è: Non è detto che, necessariamente, se tu fumi vieni punito (se non ti beccano per esempio).

Il nome di tale nesso è **NESSO DI IMPUTAZIONE**.

Tutto il manuale di Kelsen si soffermerà tra lo schema della legge di natura (e del nesso di causalità) e lo schema della legge del diritto, della norma giuridica (nesso di imputazione): non si tratta di leggere la norma come “se fumi probabilmente verrai punito”, perché rimane quell' “allora” che è fondamentale (che spiega il nesso di imputazione), “se fumi allora verrai punito”: schema ipotetico condizionale (per Kelsen sono tutte in uno schema ipotetico e condizionale, eccetto l'atto coattivo (sentenza), emanato dal giudice, che diventa categorico, perché esegue quella precedente e basta, senza legittimare una successiva, come avviene invece con tutte le altre!).

→1° dualismo incontrato: **NESSO DI CAUSALITA' / NESSO DI IMPUTAZIONE**

### *NESSO DI IMPUTAZIONE*

SCIENZA DELLA NATURA: NESSO DI CASUALITA'

Il nesso di causalità, che collega i fenomeni-cause con i fenomeni-effetti, serve allo scienziato per costruire le sue teorie, avvalendosi di questo presupposto conoscitivo (il nesso causale).

Indica la necessità concettuale che lega fenomeni tra di loro e permette allo scienziato di costruire una scienza della natura (perché formata da elementi naturali).

## SCIENZA DEL DIRITTO: NESSO DI IMPUTAZIONE

Il presupposto conoscitivo cambia con Kelsen e si chiama “nesso di imputazione”.

Il primo tipo di connessione che Kelsen dovrà trovare è la connessione tra norme dentro l'ordinamento, tramite il quale si instaurerà l'idea del **diritto valido**: infatti, la ➤ teoria kelseniana è una teoria della validità.

Kelsen, per spiegare che cos'è la scienza del diritto, esamina una serie di dicotomie:

1) Natura e società: la natura è un ordinamento di fenomeni naturali, organizzabili in una conoscenza vera e propria grazie alla causalità ma la società, quella che lui dice essere retta dal diritto, che tipo di fenomeni presenta?

Presenta una dimensione normativa che non ha niente a che fare con la naturalità delle cose.

La società sarà un dominio di conoscenza, ed i comportamenti delle persone non vengono valutati empiricamente ma guardando al substrato normativo che sottostà a quel comportamento: questo porta ad avere un'immagine della società completamente differente e la scienza del diritto si occupa di questo.

Il presupposto conoscitivo dei filosofi antichi, non essendo scienziati moderni, era il **principio di retribuzione**.

Kelsen si avvale di questo nesso prima di quello di causalità, e secondo l'autore questo nesso è sempre servito agli antichi filosofi, per spiegare tutto (anche il sorgere del sole), che è ciò che esisteva prima della scienza in senso moderno.

Il principio di retribuzione valuta i fenomeni, ai quali corrispondono premi e castighi, è il modo attraverso cui il diritto antico è stato trattato dai giusnaturalisti (è come se noi sovrappolessimo sempre la realtà dei fatti ai valori).

Questo principio serve per SPIEGARE I FENOMENI, non casualmente ma in TERMINI MORALI (principio di retribuzione). Ecco che questo precede di gran lunga quello della causalità: di solito questo discorso si fa per spiegare la nascita della scienza moderna. Il senso della dicotomia tra scienza e natura (che vanno studiati in maniera differente) è una separazione di ambiti di conoscenze che segue secoli in cui non vi è stata questa divisione.

Kelsen ci dice poi che ogni conoscenza è necessariamente descrittiva, e quindi serve capire di che tipo di descrizione ci avvaliamo quando facciamo scienza del diritto: anche le stesse norme vanno descritte.

Il primo problema che si pone è proprio fra norma e descrizione di norme.

Norma →	obbliga/vieta comportamenti
Descrizione →	descrizione di un obbligo

La scienza del diritto a questo punto si proporrà come una scienza descrittiva della obbligatorietà del diritto.

Il nesso è quindi un nesso di necessità ed è oggettivo (che non dipende dalla soggettività di qualcuno, dello scienziato o di qualcun altro).

Quando si parla di norma (che è separata dai fatti) lo **scienziato del diritto** ha a disposizione quel nesso concettuale fondamentale, che si chiama **principio di retribuzione** e che Kelsen, nella sua teoria, chiamerà **nesso di imputazione** (l'idea dell'imputazione è racchiusa in ogni idea di tipo retributivo).

La necessità e l'obbligatorietà sono le due cose che servono per dicotomizzare obbligatorietà ed imputazione (2 categorie del pensiero).

- L'obbligatorietà è l'oggetto della scienza del diritto, che può essere spiegata solo in termini di nesso di imputazione, che è l'unico in grado di spiegare i comportamenti col diritto. Il nesso di obbligatorietà è soggettivo, a differenza del nesso causale.

- Quando ragiono in termini di necessità, emerge ciò che accade nella natura indipendentemente dalla volontà di qualcuno. Non riguarda la corrispondenza tra un comportamento e il diritto: la punizione di un atto non è una cosa necessaria (ex: punire l'omicidio), nel senso che non è necessario che a certi comportamenti seguano certe sanzioni

ma c'è solo l'obbligatorietà, perché qualcuno ha voluto che a quel comportamento seguisse una certa reazione (punizione).

La causalità è necessità (oggettivo),

L'imputazione è obbligatorietà (soggettivo)

I giusnaturalisti sovrappongono l'obbligatorietà del diritto alla necessità della morale (oggettivismo etico). Kelsen, giuspositivista, produrrà una descrizione dei **nessi di obbligatorietà** che sono descrittivamente concepibili dalla scienza del diritto ma completamente diversi da quelli causali, perché non sono necessari né oggettivi.

Ecco la descrizione della norma che Kelsen dà, tramite questo nesso di collegamento tra un antecedente ed un susseguente.

La sua scienza è una scienza della sanzione, nel senso che, avendo A e B, B è sempre la sanzione, mentre A è il comportamento che merita, implica, l'obbligatorietà della sanzione, sarà cioè l'illecito.

Il punto fondamentale è che dobbiamo **trasformare** la volontà soggettiva di qualcuno alla esistenza di una norma giuridica valida dentro l'ordinamento.

Per capire cos'è il diritto come norma giuridica valida, Kelsen dovrà aggiungere a questo presupposto (distinzione tra causalità e imputazione), il modo attraverso cui passare dalla volontà soggettiva che pone un nesso di imputazione, alla norma valida dentro l'ordinamento.

Quello che resta da capire è in che senso essa è una scienza della validità, in che senso è descrittiva e in che senso è pure oggettiva (tutto ciò senza avvalermi di presupposti extra-giuridici, altrimenti sarei un giusnaturalista).

La descrizione che Kelsen dà della norma (se è A allora obbligatoriamente è B), sarà rilevante anche per capire quali norme compongono l'ordinamento giuridico. Sta di fatto che la **norma sanzionatoria** per Kelsen è la norma giuridica per eccellenza.

Leggendo "Causalità e Imputazione", di Kelsen, si capisce come esso sia la distinzione del nesso soggettivo e oggettivo da un lato, e della necessità ed obbligatorietà dall'altro, dicendo anche che la necessità è una necessità mentre il nesso di obbligatorietà è un nesso di libertà.

Quest'ultima cosa è alla base della distinzione tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

Esempio: se dico che necessariamente l'omicidio va punito, lo dico perché l'essere obbligatorio è insito nell'oggetto che io ho tratto attraverso il diritto, trasformando l'obbligatorietà della sanzione dell'omicidio in una necessità morale.

Questo è il famoso oggettivismo (giusnaturalista).

Siamo tutti quanti portati a pensare che le norme debbano essere formulate così, e per Kelsen questo modo di pensare è una forma di necessità non di obbligatorietà, perché pensiamo che ci siano comportamenti che oggettivamente sono giusti o sbagliati e quindi qualunque legislatore umano non debba far altro che prendere questi comportamenti e trattarli in un certo modo (ex: assegnando una pena).

Questo è un modo di pensare da giusnaturalista.

Queste azioni vengono definite giuste o sbagliate sulla scorta della morale.

Kelsen dice che se distinguo tra **obbligatorietà** e necessità, è per stabilire una distinzione fondamentale tra necessità come determinismo e imputazione come libertà, cioè la **libertà del legislatore positivo** di stabilire **nessi tra comportamenti e pene** (quindi la pena non scatta perché necessariamente un comportamento è sbagliato ma perché il legislatore ha voluto che le cose stessero così → nesso soggettivo, non affidandosi a presupposti trascendenti, che sono quelli della morale).

Per Kelsen, indipendentemente dal fatto che le norme siano formulate in maniera categorica, imperativa (ex: vietato fumare!) la scienza del diritto le deve trasformare in enunciati descrittivi di tipo ipotetico e condizionale)

NB→La **norma giuridica** per Kelsen è sempre rappresentabile in un enunciato descrittivo che rappresenta un nesso ipotetico tra un comportamento e una reazione negativa dell'ordinamento (sanzione). È un enunciato ipotetico che contempla 3 elementi:

- Illecito (A)
- Sanzione (B)
- nesso di imputazione (che è un nesso di obbligatorietà, che è libero).

Questo significa che può essere irrogata una sanzione a qualcuno solo se lo ritengo responsabile, e lo ritengo responsabile se assumo di fatto che il comportamento che la persona tiene, è un comportamento libero.

Il collegamento tra un comportamento e una reazione del diritto è voluta liberamente da qualcuno (legislatore) e di conseguenza anche il comportamento sanzionabile deve essere tenuto liberamente, senza che esso sia determinato dalla necessità, altrimenti non potrebbe essere sanzionabile (ex: non è imputabile una persona non capace di intendere e di volere).

La necessità è sempre deterministica quindi non si trasforma mai in imputazione mentre l'imputazione è sempre un nesso di libertà, da leggere in 2 modi:

- non esistono illeciti naturali ma sono quelli decisi dal legislatore
- è imputabile solo il comportamento tenuto da una persona.

Kelsen: il nesso di causalità è sempre infinito, il nesso di imputazione è sempre finito e questo garantisce la libertà.

Ma che significa questo? Dentro al mondo della natura empirica, ci possono essere catene infinite di nessi causali mentre il nesso di imputazione è finito, perché presenta collegamento solo tra due anelli della catena, illecito e sanzione.

Se fosse collegato ad altri anelli, sarebbe deterministico, cioè necessario.

Il fatto che si chiuda in 2 anelli, prefigura sempre un nesso di libertà, sia quando decide cosa sanzionare, sia quando decide come mettere in atto un comportamento, non è necessitato/determinato da niente.

Kelsen non si avvarrà **mai** di presupposti **extra-giuridici** per spiegare la validità del diritto.

Come fa il legislatore a porre un nesso di imputazione in modo che la norma sia valida? Ecco a cosa risponderà tramite la dottrina pura del diritto. Altra cosa che farà, sarà la distinzione tra causalità e imputazione.

Per Kelsen è la distinzione tra scienza della natura e scienza del diritto e soprattutto tra il mondo dell'essere (natura) e quello del dover essere (obbligatorietà).

ESSERE	mondo dove avvengono le cose, vita reale (ex: rubo).
DOVER ESSERE	mondo del diritto, in cui si spiegano i significati de fatti posti in essere nel mondo dell'essere.

Ciò che abbiamo spiegato fino ad ora, il diritto, non è la natura, quindi è il dover essere. Il legislatore umano inoltre, quando produce comportamenti (ex: votare una legge), lo fa nel mondo dell'**essere** ma questi acquistano significato normativo (di norme giuridiche) nel mondo del **dover essere**.

Lo scienziato del diritto avrà quindi una duplice visione, spiegando questi 2 mondi senza influenze di elementi extra-giuridici.

2° dualismo incontrato: NATURA / SOCIETA'.

*TRASCENDENTE E TRASCENDENTALE; ESSERE E DOVER ESSERE*

La dottrina pura del diritto è una scienza del diritto e quindi dovrebbe assumerne le movenze, il carattere della spiegazione scientifica della validità del diritto ed il modo in cui Kelsen imposta il discorso, è per **contrapposizione**:

1-la prima, come abbiamo visto, è quella tra **natura e società**: tra dispositivo conoscitivo (causalità) e quello dell'imputazione, che sono 2 connessioni (connettono elementi della conoscenza).

Il dispositivo della causalità connette cause ed effetti (necessariamente una causa si collega ad un effetto).

Si parla di nesso necessario tra la causa e l'effetto e quindi il nesso è oggettivo.

L'imputazione invece connette un comportamento ed una reazione (il comportamento è sempre un illecito e la reazione è sempre una sanzione). Non si tratta di un nesso di necessità ma di volontà, una volontà che pone obbligatoriamente una reazione ad un comportamento e dipende dalla volontà soggettiva di chi la pone.

La **teoria del diritto** sarà quindi di tipo **positivistica** perché viene messo in campo la libera volontà di qualcuno.

Kelsen esordisce dicendo che si tratterà di **una scienza di proposizioni normative** (cioè relative all'oggetto), ecco perché serve un nesso di tipo grammaticale ("se A allora è B").

*Qual è il presupposto attraverso cui la teoria Kelseniana può esplicitarsi?*

La **norma**, nella sua struttura fondamentale, che è quella del **nesso imputazionale**.

La norma giuridica è sempre raffigurabile come un **enunciato ipotetico e condizionale**.

Dalla sanzione al comportamento: origine del ragionamento.

Non esistono illeciti in natura, la norma categorica per Kelsen non esiste (norme imperative, "vietato fumare!"), il positivismo giuridico **inverte l'ordine**, **poiché qualcuno ha posto una sanzione, allora quello è un comportamento illecito**.

Per il giusnaturalista il ragionamento è opposto e infatti ci sono delle norme categoriche, che per Kelsen sono collegate alla morale.

**NB**: cambia l'ordine!

-Se il **legislatore è positivo**, potrebbe collegare una sanzione a comportamenti che, di per sé, non sono illeciti (può alzarsi al mattino e decidere di porre una sanzione verso coloro che indossano qualcosa di giallo).

Il legislatore positivo qualifica dei comportamenti come leciti o illeciti, nel momento in cui pone/non pone una sanzione.

Il diritto positivo quindi parte da una sanzione per considerare un comportamento giuridicamente rilevante.

Ex: metto le mani dentro la borsa di un altro. È il fatto che c'è una norma che prevede una sanzione verso questo comportamento a renderlo illecito. Viene qualificato un comportamento attraverso una sanzione!

**-Il giusnaturalista** invece **parte dalla morale**: se un comportamento è sbagliato, allora lo punisco. Non c'è alcun collegamento fra la morale e il giuridico per i positivisti e per Kelsen, se vi sono, sono contingenti e storici.

**-Hart** dice: esistono dei limiti che ciascun legislatore umano non può superare e lo sono storicamente: sono una sorta di **limiti morali minimi** alla libera scelta del legislatore. Per lui l'ordinamento giuridico, e quindi la norma positiva, non può avere qualsiasi contenuto, perché esistono questi limiti.

**NB**: quindi si può essere positivi senza essere come Kelsen!

*TRASCENDENTE E TRASCENDENTALE:*

Ragionando così, ci sono 2 strade (dice Kelsen):

-Di fare della teoria del diritto una scienza trascendentale.

-Di fare della teoria del diritto una scienza trascendente.

Per Kelsen è favorevole quella **trascendentale**: la sua dottrina pura è trascendentale, non si avvale cioè di elementi di trascendenza.

Kelsen è un Kantiano, ed in particolare Kant è un teorico della conoscenza, l'epistemologia (conoscenza dotata di valore e verità) ed il modo attraverso cui egli esprime questa idea è la seguente: esistono degli schemi mentali, presenti nella nostra ragione, che sono trascendentali (ai quali viene attribuito il significato di presupposti razionali della conoscenza). Sono universali, nel senso che ogni essere umano li possiede e sono presupposti della conoscenza.

→ *Trascendentale*: presupposto conoscitivo, quindi se non uso questi schemi, non arrivo ad una conoscenza certa.

→ *Trascendente*: ci sono poi gli elementi trascendenti della conoscenza, che sono contenuti, non schemi!

Ad es. l'idea di dio, di mondo, di autocoscienza. Questi sono elementi trascendenti.

Se io faccio una scienza del diritto **trascendente** mi trasformo in un giusnaturalista perché mi avvalgo del concetto di **giustizia** che è un contenuto.

Quella **trascendentale** invece utilizza uno **schema di ragionamento** dello scienziato del diritto.

Lo stesso nesso di imputazione è trascendentale.

Prima c'era la retribuzione ed è a questo che si è ispirata per formulare il nesso imputazionale, come schemi conoscitivo.

E' solo ed esclusivamente un elemento razionale per organizzare la scienza del diritto, comportamento e sanzioni.

Gli illeciti possono essere definiti tali se esiste un nesso imputazionale che ricollega una sanzione ad un comportamento.

La dottrina pura del diritto non avrà riscontri così significativi nella teoria di Hart, che etichetterà la teoria di Kelsen come distorsiva. La nostra teoria del diritto è però kelseniana, e ciò lo si ravvede tantissimo nel diritto costituzionale.

### ESSERE E DOVER ESSERE

La norma giuridica non va intesa solo come schema qualificativo, attraverso il nesso imputazionale: per Kelsen (che è un normativista), il diritto è composto di **norme** le quali sono significati che hanno un supporto fattuale nel mondo dell'essere ma che in realtà assumono un rilievo normativo nel mondo del dover essere.

Il significato che le azioni empiriche producono (fatti reali, che hanno consistenza nel mondo dell'essere) stanno nel mondo del dover essere (che è esclusivamente l'ordinamento giuridico).

Queste sono le famose norme, ossia i significati delle disposizioni normative.

Kelsen definisce, in chiusura, la norma come significato, in termini di dover essere, di obbligatorietà, di un atto di volontà soggettivo, che è avvenuto nel mondo dell'essere.

L'essere è totalmente empirico, il dover essere di empirico non ha nulla, infatti qui può essere collocata la morale e il diritto.

Fermandoci al diritto: la volontà soggettiva che noi osserviamo quando accade qualcosa nella realtà empirica, hanno un significato che si studia attraverso la dottrina pura del diritto ed è rappresentabile come un significato normativo (che ha valore di norma).

Quindi bisogna capire, dice **Kelsen**, **come l'atto di volontà di qualcuno** non solo possa **diventare una norma valida** nel mondo del dover essere, ma anche **oggettivo** (a differenza del mondo dell'essere nel quale è soggettivo)!

→ = Senso oggettivo di un atto di volontà soggettivo.

*Com'è possibile che il legislatore umano possa produrre atti di volontà che abbiano il significato di norma valida?*

La risposta è: perché esiste una norma che lo autorizza a farlo (nell'esempio del legislatore, bisogna controllare che

nell'ordinamento ci sia una norma che gli permetta di emanare quell'atto di volontà che diventa oggettivo, quindi norma valida).

Però, così facendo, a primo acchito verrebbe da dire che partirà una sorta di regresso all'infinito, cercando ogni volta una norma che giustifica validamente quella in esame.

*Ma si può andare avanti all'infinito?* Ovviamente no e quindi una risposta sarà fornita dalla dottrina pura del diritto.

➤ 3° dualismo incontrato: **ESSERE/DOVER ESSERE**

➤ 4° dualismo incontrato: **TRASCENDENTE/ TRASCENDENTALE**

**NB:** questi non sono stati "abbattuti" ma al contrario inseriti da Kelsen

### REQUISITI DI VALIDITA' DEL DIRITTO

#### VISIONE KELSENIANA

Kelsen ha la caratteristica di enfatizzare un esercizio di anti-ideologia, perché tutta la sua analisi, argomentando e perseguendo la scienza del diritto, **estromette tutto ciò che non è scientificamente trattabile**.

Il senso critico non ha a che fare con la scienza, le considerazioni di giustizia e i collegamenti con la morale hanno a che fare col diritto ma non con la scienza del diritto.

Il problema della dottrina pura del diritto non è purificare il diritto: esso è infatti sporco per natura, a causa dei fini che la società persegue, economici, politici, ecc..., quindi lui dice che ogni tipo di approccio al diritto, è una scelta (può essere fatta un'analisi in termini morali, economici e via dicendo).

L'analisi, secondo l'autore, è **trascendentale**, dal momento che egli si chiede in quale misura questi valori sono presenti nell'ordinamento giuridico.

#### VISIONE GIUSNATURALISTA

Il giusnaturalista invece, va a vedere quali valori morali debbano esserci affinché l'ordinamento sia da considerarsi valido ed efficace. Una teoria del diritto, dal punto di vista morale trascendente, è quella che analizzerà la validità dell'ordinamento partendo da un fine trascendente al diritto.

Il diritto naturale trascende al diritto positivo, così che quest'ultimo può allinearsi (ai valori del diritto naturale che lo trascende).

I valori sono quegli stessi fini, scopi trascendenti, che il diritto deve perseguire.

Con questo si fa una **ideologia del diritto**, non una scienza, introducendo delle **valutazioni di tipo extra-giuridico**.

Kelsen che è un teorico kantiano, persegue il fatto che una vera conoscenza la si può fare non introducendo dentro la considerazione teorica dell'oggetto i valori che lo trascendono (extra-giuridici).

**Trascendente:** con questo approccio, mi metto nei panni di Dio (che è una somma di valori) e vedo quanti di questi valori sono rappresentati dentro l'ordinamento. In pratica valuto se il diritto è giusto o no.

**Trascendentale:** con questo approccio si riesce a leggere il diritto attraverso il modo che Kelsen chiama "approccio gnoseologico".

Ecco perché abbiamo l'immagine di una norma giuridica che Kelsen chiama "**schema qualificativo**": **è lo schema tipico di ogni norma di qualsiasi ordinamento giuridico**.

Ogni norma deve essere tradotta nello schema ipotetico deduttivo, secondo cui **se si dà un illecito, allora è obbligatoria la sanzione**.

**Esattamente come lo scienziato della natura usa lo schema trascendente della causalità.**

Questo significa che secondo lo scienziato della natura A è sempre la causa e B sempre l'effetto.

Lo schema trascendentale dell'imputazione per lo scienziato del diritto invece, c'è l'antecedente A e il susseguente B, collegate da un **nesso OBBLIGATORIO** che è l'imputazione.

Ecco perché questo schema qualifica, perché qualifica il contenuto di una norma ma identifica qualunque contenuto di qualunque norma.

La giustizia, che dipende dai valori, è un elemento extra-giuridico, a differenza di questo schema che invece consente la validità della norma, che è dato dal quel nesso di validità tra A e B.

La scienza del diritto non può prendere dalla causalità, dall'economia, ecc... deve essere trascendentale.

Quindi il **primo** requisito della validità del diritto è la sua **OBBLIGATORIETÀ**.

*Ma tutte le norme giuridiche sono obbligatorie nel senso che hanno natura coercitiva o esistono anche norme che attribuiscono capacità?*

Questo è in disaccordo col fatto che lo schema di cui abbiamo parlato, deve valere per tutte le norme.

Quando abbiamo parlato di scienza del diritto, abbiamo detto essere la teoria della validità del diritto. Kelsen come risposta, da l'obbligatorietà.

*Che differenza c'è tra l'obbligatorietà della norma giuridica e l'obbligatorietà delle altre norme?*

Lo si vede già nello **schema trascendentale kelseniano, che è condizionale: l'obbligo scatta al verificarsi di certe condizioni**.

Non a caso Kelsen riduce lo schema trascendentale della norma giuridica (cioè il nesso di imputazione) a nesso ipotetico.

Il famoso "vietato fumare", obbligo, lo è solo se siamo in aula, non se siamo in camera nostra.

La teoria del diritto si è scannata sulla natura ipotetica o condizionale delle norme giuridiche per distinguerle dalle norme morali, che sono categoriche e assolute.

Norme giuridiche	Ipotetiche e condizionali
Norme morali	Categoriche e assolute

**Le norme giuridiche invece sono sempre condizionali (le sanzioni scattano solo a determinate condizioni, tali condizioni sono gli illeciti).**

È la sanzione che qualifica l'omicidio come illecito (trascendentale). Il carattere condizionale è definito nell'illecito in quanto comportamento che il diritto ha qualificato, attraverso il collegamento con la sanzione. Il fatto che esista la sanzione, rende quel comportamento un illecito giuridico.

Questo è del tutto positivo, perché è un legislatore umano ad averlo deciso. Il primo problema è quindi il carattere condizionale della norma giuridica e dell'illecito, il diritto non punisce i Mentitori, ma punisce Certi Mentitori, certe menzogne, qualificate come frode, sulla base di una valutazione del legislatore (**atto di volontà di qualificare un comportamento come illecito, tramite una norma, alla quale ricollega una sanzione**).

Ma, si tratta di una volontà del tutto ipotetica e condizionale (perché è espressa da qualcuno, soggettivo) ma non è norma fino a che è soggettiva: è l'oggettività a renderla norma, l'obbligatorietà in senso oggettivo.

La peculiarità della teoria del diritto kelseniana fa venir fuori il motivo per il quale una norma può essere considerata norma giuridica: **ci deve essere un'ulteriore schema qualificativo che identifica quello specifico schema qualificativo (quindi la norma) come norma**.

La norma non è più l'espressione di un atto di volontà soggettivo ma diventa oggettivo, quindi norma giuridica, valida. L'idea che la norma giuridica sia uno schema di qualificazione si estende a tutta la considerazione delle norme giuridiche.

La causalità è un nesso oggettivo mentre l'imputazione è **soggettivo**, cioè per esistere ci deve essere **qualcuno che ha la volontà di collegare un illecito ad una sanzione**. Quindi il legislatore umano pone un nesso, in base alla sua volontà tra un certo illecito ed una certa sanzione.

L'essere una **norma giuridica valida**, cioè obbligatoria, dipende dal fatto che **quell'atto di volontà è considerato valido ed oggettivo** da un'altra norma, che autorizza la norma sanzionatoria.

NORMA ULTERIORE → autorizza → NORMA SANZIONATORIA

Questo meccanismo è anche quello tipico delle fonti del diritto.

Così facendo però, scopriremo che **ogni norma dipende da un'altra precedente norma obbligatoria e valida**. Così ragionando, però un conto è la sua obbligatorietà (primo senso di validità) ed un conto è dipendere da un'altra norma, e quindi il fatto di appartenere ad un ordinamento giuridico (secondo senso di validità).

Questo ordinamento deve essere però valido.

Collegamenti che ci sono **tra validità della norma giuridica e validità dell'ordinamento** è un altro punto studiato e affrontato dalla teoria kelseniana.

Anche qui la distinzione fra essere e dover essere ha un senso, perché il legislatore umano compie azioni nel mondo dell'essere, esprimendo una volontà, ed il significato di queste azioni fatte nel mondo dell'essere, è la norma.

La norma è il significato di quelle azioni e quindi Kelsen definisce la **NORMA "il senso di un atto di volontà soggettiva"** ed affinché esso **diventi oggettivo** servono dei requisiti:

**ESISTENZA SPECIFICA: APPARTENENZA AD UN ORDINAMENTO GIURIDICO VALIDO**

Autorizzazione di quell'atto da un'altra norma (questo lo trasforma in un senso oggettivo di un atto di volontà, che è la norma giuridica valida).

È valida in 2 sensi, perché è obbligatoria, perché è autorizzata da un'altra norma valida).

Quindi deve avere un'**esistenza specifica**, cioè l'esistenza nel mondo del dover essere giuridico, cioè l'ordinamento.

Ecco perché Kelsen ha bisogno dei presupposti trascendentali, perché il mondo del dover essere è il mondo delle norme, che sono significati, quindi il secondo significato del termine "validità" è l'**APPARTENENZA AD UN ORDINAMENTO GIURIDICO VALIDO**.

Passando di norma in norma, in un ordinamento giuridico, si arriva alla costituzione.

Ecco, allora com'è possibile che la costituzione sia valida, dal momento che non dipende da nessuna norma?

Qui si gioca la famosa "teoria dell'ordinamento kelseniana", tramite la quale Kelsen ci dirà che cosa sia l'ordinamento giuridico valido, che lui chiamerà sistema giuridico, nel senso di sistema di norme, se e solo se io trovo il modo di collegarle le une alle altre, ed il modo in cui **queste sono collegate dà vita a 2 tipi di ordinamento di norme:**

**-STATICO** → se io risalissi di norma in norma arrivando alla costituzione e dicessi che la costituzione è valida non perché dipende da un'altra norma, ma la sua validità dipende dal suo contenuto (perché ha certi principi, è fatta in un certo modo, ecc...).

La validità della costituzione non dipende da nient'altro se non dal suo contenuto. Facendo il processo a ritroso, partendo dalla costituzione, tutte le norme sotto devono essere considerate valide se esse sono validamente dedotte dalla costituzione.

La costituzione però può essere considerata valida sulla base del suo contenuto sulla base di un ragionamento trascendente, non tipico della teoria scientifica del diritto.

L'ordinamento statico di norme è quello che prevede che **i collegamenti fra norme siano solo all'insegna del contenuto**, dalla costituzione all'ultimo gradino e si chiama "statico" perché è come dire che da quell'ordinamento non ti può aspettare altro che la **specificazione dei contenuti della costituzione**: parti dalla costituzione e arrivi all'ultima norma, e dalla seconda all'ultima sono tutte, a cascata specificazioni della prima, nonché la costituzione.

Nient'altro che specificazioni di contenuti già dentro una norma, la carta costituzionale, incarnazione di una teoria del diritto trascendente. Ogni norma si convalida grazie al fatto di essere correttamente dedotta dalla costituzione, estrapolando da norme superiori, norme inferiori in virtù di una mera deduzione del contenuto. Questo è l'ordinamento morale, per alcuni perfetto, in quanto non si sbaglia da un gradino all'altro.

-*DINAMICO*→ l'ordinamento dinamico, che risponde ai requisiti trascendentali, risponde alla domanda sulla validità della costituzione, data la sua indipendenza dalle altre norme.

Si chiama anche dinamico-formale (l'altro statico-sostanziale).

L'ordinamento dinamico è l'unico che Kelsen definisce "giuridico".

Per lui, l'altro ordinamento non è classificabile come "giuridico". Il diritto, per Kelsen, è una mera tecnica sociale di uso della forza: la sanzione è la minaccia di un male.

La **norma sanzionatoria** è infatti l'unica in grado di rappresentare il senso giuridico di un atto di volontà del legislatore: minaccia un male rispetto alla messa in atto di un certo comportamento, tramite questa minaccia rende illecito quel dato comportamento.

Così facendo, stiamo identificando l'ordinamento giuridico come mera "tecnica", un mezzo con cui si regola l'uso della forza, attraverso le norme giuridiche.

Kelsen dice che i fini di ogni ordinamento giuridico sono essenzialmente contingenti e storici, scelti da coloro che producono la norma ma non sono oggetto di analisi razionale, perché per avere una scienza universale del diritto per lui servirà identificarlo come un "insieme di tecniche".

**NB:** i fini sono oggetto di un'analisi trascendente, quindi non oggetto della scienza del diritto, cosa che invece è la sua coattività, quindi l'essere IL MEZZO, il quale, quale tecnica, sarà la medesima per tutti gli ordinamenti.

L'illecito viene messo da Kelsen dentro la norma giuridica, quindi nel dover essere, non nell'essere!!!

Nonostante, tutta la teoria del diritto che lo ha preceduto, concepiva l'illecito come un qualcosa di extra-giuridico da vedere nel mondo dell'essere. Per lui invece, l'illecito è il perno dell'ordinamento giuridico, della norma in quanto tale e determina l'idea che il diritto è tecnica di uso della forza, cioè la sanzione.

Mette in moto il diritto quindi non è vero che sta fuori dall'ordinamento, è l'antecedente della norma.

**Obbligatorietà, coercitività, natura del diritto come mero mezzo** (non fine): questo è il senso più tecnico, più positivista del diritto che si possa immaginare.

#### ORDINAMENTO PRIVO DI LACUNE

Kelsen dice che **non esistono lacune** perché non è vero che solo specifici comportamenti possono essere sanzionati (non mettendo in campo i contenuti): il fatto che esiste una tecnica dell'uso della forza ci libera dall'inseguimento di un ordinamento perfetto privo di lacune.

Questo ordinamento privo di lacune può essere inteso in 2 modi:

▫ Come lo intendiamo noi: in base all'auto-integrazione dell'ordinamento giuridico (art. 12 preleggi comma 2, analogia legis, analogia iuris)

▫ Kelsenianamente: se nessuno ha regolato quel comportamento, non ha senso parlare di lacuna. Quel comportamento non è illecito, non rileva quindi ai sensi del diritto.

Kelsen è l'inventore del controllo di costituzionalità accentrato che valuta la conformità dell'operato del legislatore con la costituzione ed i suoi principi.

Per Kelsen l'ordinamento giuridico ha un'**esistenza formale**, perché sta nel mondo del dover essere, che è un qualcosa di spirituale, intellettuale, cioè non tangibile (è un mondo di significati, non empirico), quindi la categoria del dover essere è la categoria in cui collochiamo il diritto e tutte le sue norme ed è la categoria attraverso cui Kelsen studia il diritto.

Il Dover Essere è sia un mondo ontologicamente distinto da quello dell'essere (nel senso che sono 2 modalità di esistenza differenti), sia una distinzione tra ciò che noi possiamo conoscere nel mondo reale rispetto al diritto e ciò che noi possiamo conoscere del diritto come categoria del dover essere.

Se noi definiamo la teoria kelseniana ma come scienza della **validità del diritto positivo**, dovremo capire come diritto valido e diritto efficace si collocano nel pensiero formalistico kelseniano (è lui stesso a dire che il diritto ha carattere formale).

Norberto Bobbio avanza il paradigma dell'ordinamento premiale, cioè tanto liberale da abbandonare progressivamente l'azione sanzionatoria, nei confronti delle azioni premiali incentivanti dei comportamenti positivi, non coercitivi.

Si dice che le sanzioni negative tipiche del pensiero positivistico occidentale fino a Kelsen, avrebbero dovuto lasciare posto a questi "premi".

**Per Kelsen la sanzione è sempre negativa** in quanto minaccia di un male.

Ma quando il sociologo del diritto come Bobbio parla di sanzione positiva, tira in ballo gli incentivi: un esempio è l'incentivo per comprare le auto ecologiche. Più nobili sono gli incentivi che danno i "premi" come per es. i cavalieri del lavoro o ufficiali dello stato.

Abbiamo un teorico liberale che dice che il sistema giuridico dinamico formale, proprio per quello che è, è privo di lacune (esempio dell'emmental: non guardiamo i buchi ma il contorno).

Stessa cosa per l'ordinamento, le eventuali lacune devono essere colmate dal teorico del diritto, tramite i principi dell'ordinamento giuridico o i principi del diritto: analogia legis e analogia iuris.

Art. 12 preleggi: se l'analogia legis non basta, soccorre l'analogia iuris, i principi generali del diritto, facendo ricadere la ratio di questi principi, sul caso concreto).

Un ordinamento così concepito non ha lacune: il ricorso all'analogia iuris permette la cosiddetta auto-integrazione dell'ordinamento, il che significa che se anche di fatto vi sono delle lacune, ma giuridicamente no, perché esse, tramite questo meccanismo, sono sempre colmate.

Per Kelsen invece, se nessuna volontà giuridica ha posto una sanzione per un comportamento, tale comportamento è libero, irrilevante giuridicamente e quindi non esiste nessuna lacuna.

È il cosiddetto **PRINCIPIO DELLA NORMA GENERALE ESCLUSIVA** (il principio di autointegrazione risponde invece al principio generale della norma inclusiva). Non è perfetto moralmente ma è quello che il legislatore ha stabilito che sia.

## DIRITTO POSITIVO COME TECNICA SOCIALE DI USO DELLA FORZA

Il **diritto** è quindi una **tecnica sociale**, un mero mezzo, come dice Kelsen, non un fine, o meglio, se l'ordinamento racchiude dei fini, questi non entrano nell'analisi scientifica (pura) del diritto.

Pura perché **esclude** ogni elemento **extra-giuridico**.

Identifica la sua validità nella coattività, e quindi il suo essere giuridico come mera tecnica sociale dell'uso della forza.

Questo ha però delle ricadute sull'idea stessa di validità, perché nel momento in cui Kelsen definisce il diritto "tecnica sociale" dice che qui avanza il tema dell'**efficacia del diritto**.

Se è una tecnica dell'uso della forza, significa 2 cose:

- Non si occupa dei fini;
- Non esaurisce se stesso nei fini, i quali sono contingenti, cambiano da società a società.

Non potendo essere questo il senso del diritto, quest'ultimo è la sua sanzionabilità, coercitività.

A questo punto il mezzo, la tecnica dell'uso della forza, sarà finalizzata ad ottenere comportamenti conformi alle norme, che vuol dire, rappresentare l'idea dell'efficacia del diritto (o della sua **effettività**).

Quindi essere una tecnica dell'uso della forza ha 2 significati:

- il primo è che **estromette i fini dall'analisi della giuridicità e della validità** del diritto,
- la seconda è che l'ordinamento si deve proporre il tema fondamentale di **ottenere dei comportamenti sociali conformi alle norme giuridiche**.

Questo non è un fine morale ma è intrinseco alla tecnica, al mezzo del diritto. Ecco perché ragionando così, Kelsen è costretto a dire che la **norma giuridica è quella SANZIONATORIA**, perché è una tecnica dell'uso della forza ed è finalizzata all'efficacia dei comportamenti.

Quindi a cosa serve il diritto?

A ottenere comportamenti conformi alla norma sanzionatoria.

La **norma sanzionatoria** assume quindi la sua **primaria importanza** (è essa stessa chiamata norma primaria infatti).

Ricordando la distinzione tra norme primarie e secondarie:

- Primarie:** norme regolative dei comportamenti > Regola comportamenti
- Secondarie:** norme di competenza, relative alle primarie, costituiscono poteri e competenze in capo a chi deve utilizzare le norme primarie > Distribuisce competenze.

La norma sanzionatoria kelseniana (che dice "se A ruba allora deve essere punito") è primaria ma in realtà essa si rivolge ai funzionari/giudici, quindi in teoria sarebbe secondaria.

Quindi non è rivolta a noi ma a chi deve assolvere questo obbligo, anche se in apparenza la norma sanzionatoria sembra rivolgersi a noi.

La norma sanzionatoria racchiude in sé l'idea che l'ordinamento giuridico è una tecnica dell'uso della forza, che è in mano ai funzionari dell'ordinamento, che devono applicare questa sanzione.

**Solo in Kelsen** quindi la norma di competenza o secondaria, è PRIMARIA! (Come importanza).

L'altra, la norma che regola i comportamenti, è secondaria perché si evince dalla primaria, cioè è implicita nella primaria:

se esiste una norma che dice "Se fumi allora devi essere punito", deve esistere allora un'altra norma nell'ordinamento che io evinco logicamente da quella primaria sanzionatoria che dice "vietato fumare".

Questo vale SOLO ED ESCLUSIVAMENTE PER KELSEN.

L'ordinamento è quindi specificamente coercitivo e coattivo, assumendo la norma sanzionatoria il ruolo di norma primaria. Secondaria è ogni norma di condotta (o regolativa) che io posso estrapolare dalla norma sanzionatoria primaria.

Diventerà quindi una norma implicita dentro la primaria.

— Kelsen inverte la distinzione tra primaria e secondaria —

Chiede sempre: Kelsen inverte la distinzione fra norma primaria e secondaria rispetto alla teoria del diritto "ortodossa".

DALLE RELAZIONI DI VALIDITÀ DELLE NORME AI TIPI DI ORDINAMENTO

Kelsen allora, in base a tale relazioni di validità delle norme, le quali hanno dirette ripercussioni sulla validità dell'ordinamento, biforca il suo ragionamento: **ORDINAMENTO STATICO E DINAMICO** (la differenza si gioca sui rapporti tra norme all'interno dell'ordinamento).

**Ragionamento statico:** estraggo il contenuto da una norma generale e astratta ad una norma particolare e concreta.

Quindi le relazioni fra norme sono di tipo logico e contenutistico. Il sillogismo.

Questo per Kelsen non è un ordinamento giuridico.

**Ragionamento dinamico:** qui non si fanno deduzioni da norme generali a particolari. Se il legislatore mette tutto bene per iscritto nei codici, il giudice diventa mera bocca della legge (non deve dire null'altro).

Nella concezione realista i giudici invece producono norme giuridiche, questo non accade però dentro il nostro ordinamento, in cui lo applicano e basta.

Vengono stabilite relazioni di validità fra le norme ed una volta individuata la natura di queste relazioni, si individua anche la natura dell'ordinamento e le nature sono queste 2 (una per l'ordinamento statico e una dinamico).

Risalendo di norma in norma e arrivando alla norma dalla quale dipendono tutte le altre, si risale al concetto di **norma fondamentale: essa è il fondamento di validità di tutte le altre** (tutte dipendono da quella ma quella non dipende da nessuno).

#### ORDINAMENTO STATICO:

•Se risalgo ad una norma fondamentale che appartiene all'ordinamento in quanto tale, che non dipende da nessuna norma ulteriore ed essa appartiene all'ordinamento (che si trova all'apice della piramide), bisogna capire perché rende valida tutte le altre ed essa è valida in virtù del suo contenuto, che rende valido tutte le altre, saremo dentro un ordinamento statico.

Tutte le norme successive sono norme particolari che rappresentano specificazioni di quella norma fondamentale.

Tutti i comportamenti contemplati da questo ordinamento sono già scritti nella norma fondamentale (contenuto sostanziale già scritto).

- Norma fondamentale è **l'apice dell'ordinamento**
- **Norma fondamentale = 1<sup>a</sup> norma = costituzione**
- **Contenuto:** ordinamento statico

#### ORDINAMENTO DINAMICO:

Se invece la norma è valida per ragioni formali, si tratterà della norma fondamentale per l'ordinamento dinamico.

Non è quindi valida in virtù del contenuto, della giustizia e correttezza delle sue norme ma solo perché esiste una **volontà di porre delle sanzioni a dei comportamenti, rendendoli tali illeciti; e questa volontà è autorizzata da una norma** che autorizza a farlo ed ogni norma è autorizzata da una norma che la precede, **fino ad arrivare alla costituzione.**

Questa norma è una norma giuridica positiva, voluta dai padri costituenti (ecco perché positiva) e questa costituzione autorizza la produzione di norme legislative, che a loro volta lo fanno nei confronti degli atti esecutivi e così via.

Ma visto che per Kelsen o le norme sono valide in virtù del contenuto (statico) o di catene di validazione di tipo formale (dinamico), c'è da chiedersi se questa costituzione è la norma fondamentale dell'ordinamento dinamico così come lo è in quello statico (costituzione=norma fondamentale= prima norma dell'ordinamento).

La norma fondamentale dell'ordinamento dinamico non può essere la costituzione che è stata posta dalla volontà di qualcuno ed è quindi positiva (altrimenti regresso all'infinito per via della presenza di una norma precedente).

*Quindi qual è la norma fondamentale?*

Non c'è la risposta. Non c'è nessuna norma giuridica che possa rendere valida la costituzione.

Per Kelsen se si dice che sopra vi è un'altra norma che la autorizza, si arriverebbe al regresso all'infinito che è una delle fallacie del ragionamento.

*E quindi?*

Bisogna mettere in campo un'idea di norma fondamentale del sistema dinamico diversa perché risponde ad esigenze logiche diverse: la norma fondamentale di questo sistema è un **PRESUPPOSTO TRASCENDENTALE**, cioè le condizioni di possibilità della validità della costituzione (come posso pensare che la costituzione sia valida è la risposta al problema di come sono valide tutte le norme dell'ordinamento).

Questo ordinamento è strano perché la sua norma fondamentale **NON E' UNA NORMA GIURIDICA**,

e non appartiene all'ordinamento.

Il fatto di pensarla come valida non significa che essa lo sia.

Il paradosso del positivismo giuridico si inserisce nella costituzione: essa è creata da un potere costituente (pur sempre umano).

*L'idea kelseniana che è tutta una teoria trascendentale, alla fine risponderà alla validità dell'ordinamento giuridico positivo, dotato di costituzione, non con il tema dei diritti umani scritti in costituzione ma con un argomento trascendentale (cioè il diritto lo spieghi solo attraverso il diritto e non con la morale o altro).*

La norma fondamentale quindi non appartiene all'ordinamento altrimenti richiederebbe la validazione da parte di un'altra norma (l'ultima norma in alto dell'ordinamento giuridico è la costituzione).

**Quindi:** la costituzione, o meglio la sua validità, è spiegata tramite questa norma fondamentale presupposta (e non posta, altrimenti dovrebbe essere valida da un'altra) e quindi la costituzione VA PENSATA COME VALIDA.

Va pensata giuridicamente valida (presupposto trascendentale) che spiega il modo in cui l'effettività di un potere costituente produce una norma valida e qui ci dobbiamo fermare altrimenti vi sarebbe il regresso all'infinito. Ogni teorico del diritto quindi non si chiede se la costituzione è valida ma dà per presupposto che essa lo è.

- Norma fondamentale: fuori dall'ordinamento
- Norma fondamentale: presupposto trascendentale
- Forma: ordinamento dinamico

La norma fondamentale serve a spiegare la validità della Costituzione la quale, essendo stata posta da una volontà umana padri costituenti è una norma positiva che a rigor di logica avrebbe dovuto essere autorizzata da una norma precedente, ma per evitare questo regresso all'infinito che alsen spiega il fondamento della sua validità tramite l'idea di norma fondamentale.come presupposto trascendentale ossia il pensiero nei confronti della costituzione di pensarla come norma valida.

## ORDINAMENTO COSTRUITO A GRADI

Continuiamo il discorso della dicotomia sull'ordinamento statico e dinamico, rappresentata da Kelsen nella Dottrina Pura del Diritto.

Ci interessa sapere cosa vuol dire ordinamento statico e dinamico rispetto a vari aspetti:

Prima di tutto gli **ordinamenti statico e dinamico** sono per Kelsen, **2 differenti modi di concepire i presupposti di validità del diritto.**

L'ordinamento è rappresentato come sistema unitario, infatti si parla di ordinamento come sistema giuridico contenente norme, è un contenitore che organizza le norme, le une rispetto alle altre. Al suo interno è ravvisabile un criterio di unità, che, per Kelsen è il sistema di validazione delle norme dentro ognuno dei 2 tipi di ordinamento.

Tutte le norme hanno relazioni di validità con le altre, che sono uguali, tranne per la norma fondamentale, che innesca dentro ognuno degli ordinamenti il **meccanismo di validazione.**

Questo è il senso fondamentale della norma: la norma fondamentale è il fondamento di tutte le altre norme, ma la norma fondamentale non dipende da nessun'altra norma, altrimenti si scatenerrebbe un regresso all'infinito.

## ORDINAMENTO STATICO:

Per l'ordinamento statico, la norma fondamentale continente la materia normativa dell'ordinamento e tutte le norme che ne derivano, sono valide in virtù del **contenuto**, perché rappresentano una specificazione della norma fondamentale.

Pensiamo ad una scala, al cui gradino più elevato c'è la norma fondamentale (per Kelsen è lo Stufenbau, ordinamento a gradini). Proprio in virtù del contenuto rende valide le norme successive, partendo dalla **deduzione** o specificazione del contenuto della prima norma.

**RICORDA!** Nella distinzione kelseniana tra trascendente e trascendentale si gioca tutta la distinzione tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

La ragione per cui l'ordinamento statico non può essere specificamente giuridico è perché quello giuridico non è costituito solo di norme di comportamento ma anche di competenze, costituzione e altro (norme secondarie) che collaborano. L'ordinamento giuridico moderno deve sempre contemplare le norme secondarie per Kelsen.

#### NORME PRIMARIE E SECONDARIE

- Le **primarie** sono le norme di condotta (ex: vietato fumare nei luoghi pubblici), è anche chiamata **“regolativa”** perché regola un comportamento.
- La **secondaria** non è una norma di condotta, ha lo scopo invece di regolare i comportamenti in maniera indiretta, attraverso le primarie.

Rappresentano attribuzioni di poteri pubblici, attribuiscono autorità competenze, e procedure di comportamento delle istituzioni.

Sono **costitutive** perché attribuiscono poteri (di fare le leggi, applicarle, farle eseguire, ecc...)

Kelsen rappresenta l'ordinamento attraverso questa gerarchia, quella poi trasmessa al nostro diritto costituzionale.

**Kelsen capovolge questa distinzione** e dice che solo la **norma sanzionatoria è primaria** mentre le altre (regolative, regolano le condotte), sono implicite, quindi sono secondarie.

#### **SE ILLECITO → ALLORA OBBLIGATORIA SANZIONE**

[questa è per Kelsen la norma giuridica per eccellenza. La norma sanzionatoria]

*La norma sanzionatoria è primaria o secondaria?*

Di base sarebbe secondaria perché la sanzione è applicata dai funzionari, dai giudici, che prendono la norma generale e la applicano al caso particolare. La norma sanzionatoria, se contiene in sé tutte le altre, allora va chiamata primaria perché è la sostanza giuridica di comportamento (questo solo per Kelsen).

Così la norma regolativa, di comportamento (o primaria) diventa secondaria.

Kelsen inverte la norma primaria e secondaria.

#### ORDINAMENTO DINAMICO

Per lui il diritto è una tecnica sociale di uso della forza, o la sappiamo regolare bene o l'ordinamento giuridico diventa una schifezza.

L'ordinamento statico contiene esclusivamente norme di condotta, dal momento che facendo dipendere ogni norma da un comportamento, facendo derivare le norme successive come specificazione di queste, le norme andrebbero dedotte logicamente le une dalle altre senza l'aiuto di apparati, poteri ecc...

Invece noi abbiamo un **ordinamento dinamico formale**, ed è quello giuridico, per le seguenti ragioni:

**Formale** perché la norma giuridica è identificata non nel suo contenuto ma in virtù della sua forma (schema di prima, SE ILLECITO ALLORA OBBLIGATORIA SANZIONE, è valevole per tutte). -

**Dinamico** perché noi sappiamo che la definizione di Kelsen di norma giuridica è **“atto di volontà soggettivo”**, che si esprime attraverso la posizione di un nesso imputazionale tra un comportamento illecito ed una sanzione (tramite connessioni obbligatorie).

Non derivano contenuti, chiudendosi nella coerenza sostanziale dei contenuti giuridici ma si chiude attraverso il meccanismo di autorizzazione a porre una certa norma positiva come norma, a ritroso dal pavimento dell'ordinamento alla sua apice. All'apice bisogna chiedersi però se c'è una norma fondamentale come nell'ordinamento statico oppure no.

## TRASCENDENTE E TRASCENDETALE

TRASCENDENTE→in termini kelseniani, ogni considerazione di ordine trascendente è ciò che immette nella comprensione del diritto, cioè nella norma giuridica ed ordinamento giuridico, un **elemento extra-giuridico**

La validità dipende dal fatto che c'è quel contenuto, introducendo elementi trascendenti nella conoscenza del diritto che non solo sono extra-giuridici ma anche perché sono ideologici, nel senso che di fronte ad uno che difende il razzismo, ce n'è un altro che lo condanna, sulla base di ragioni valide.

Queste valutazioni sul contenuto non sono scienza bensì ideologia, quindi non possono appartenere ad un ordinamento giuridico ma ideologico (ordinamento statico).

È vero ciò che è giusto, ciò che è bene (quindi non può essere considerato diritto qualsiasi diritto, ex: nazismo no).

TRASCENDETALE→per Kelsen la posta in gioco è costruire una scienza, cioè una conoscenza vera. Si cerca quindi l'identificazione della norma giuridica e la sua validità, senza valutare ideologicamente i contenuti del diritto, ma esso viene valutato nella sua **validità**, cosa rende il diritto valido. Poiché il diritto non ha l'esistenza nel mondo dell'essere ma nel mondo del dover essere, ha una sua esistenza specifica non nel mondo reale ma spirituale del dover essere, dell'obbligatorietà.

Questo immette nella testa di Kelsen l'idea che se vogliamo conoscere il mondo reale dobbiamo avere dei presupposti conoscitivi, per conoscere il mondo non reale, ce ne servono degli altri.

Il senso di quella volontà legislativa (del legislatore che vota una legge), si esprime nel mondo del dover essere ed è il significato di quegli atti di volontà. Questi significati sono le norme e vanno a comporre il mondo del dover essere giuridico.

Gli oggetti della conoscenza della teoria del diritto qui sono **significati**, che hanno una loro esistenza specifica nel mondo del dover essere, non sono fatti.

Se io colloco il diritto in un dominio conoscitivo e di sostanza diverso ed eterogeneo da quello dell'essere, bisognerà dotarsi di schemi interpretativi adeguati all'oggetto di questo mondo, ed è la ragione per cui Kelsen ha identificato nell'imputazione questo presupposto.

Per la conoscenza degli oggetti naturali (essere) servirà un nesso causale mentre in un mondo non empirico come quello del dover essere, che non è un mondo causa-effetto ma è un mondo dell'obbligatorietà, bisognerà predisporre degli schemi conoscitivi specifici che valgono solo per questo oggetto.

Per prima cosa bisognerà vedere se esistono modi per organizzare gli oggetti di questo mondo (ex: norme) e ciò che potrebbe servire è il principio di retribuzione. Estraendo dal principio di retribuzione il concetto di causa-effetto, si è ispirato per estrapolare il nesso imputazionale, che funziona come il nesso causale, organizzando, lo scienziato del diritto, nella sua mente questi aspetti.

**Trascendentale** è quindi il presupposto conoscitivo, ciò che lo scienziato del diritto usa per conseguire una conoscenza adeguata all'oggetto.

Sono le condizioni di comprensione del diritto, di conoscibilità, schemi applicati a fenomeni giuridici per dire "questa è una norma, questo è un ordinamento, questa è la validità".

Per Kelsen, la validità prescinde dal contenuto (qui è evidente la differenza con l'ordinamento statico), dipenderebbe se la norma fosse morale, ma non se è giuridica.

Non è il contenuto a rendere la norma, giuridica, ma i suoi presupposti.

È l'esistenza di norme non di condotta a rendere l'ordinamento "giuridico", vivono di altro, la norma altro non è infatti, che un atto di volontà.

Kelsen dice che come ogni ordinamento di norme, bisogna trovare il principio unificatore affinché non sia un mucchio di norme ma un sistema: l'**ordinamento statico** ha la **NORMA FONDAMENTALE** (che sta dentro l'ordinamento ed è il primo gradino dal quale deduco le norme successive), mentre in quello **dinamico**, prendendo una norma qualsiasi, dobbiamo risalire per capire quale norma ha autorizzato quella norma qualsiasi (che rappresenterà lo schema di qualificazione).

Se quella norma esiste, quella norma qualsiasi sarà valida.

Tutto questo fino ad arrivare alla costituzione, che anch'essa è una norma giuridica positiva.

Se viene stabilita l'equazione **NORMA FONDAMENTALE = COSTITUZIONE**, avviene un'immissione di un elemento dell'ordinamento statico in quello dinamico.

La costituzione differisce dalle altre norme positive per il fatto che non discende da nessun'altra norma.

È una norma positiva, quindi valida, ma occupa una posizione importante perché non ha sopra di sé una norma che le dia validità.

Quindi è come se la teoria appena preparata da Kelsen, non valesse per la costituzione. Se così fosse però la teoria sarebbe un flop perché se è vero che essa è una scienza, deve valere per tutte e quindi serve una soluzione:

**NB:** la costituzione non è la norma fondamentale! (Non in senso kelseniano).

La costituzione è allo scalino più elevato negli ordinamenti dinamici ma non spiega la validità di tutto l'ordinamento perché la costituzione innesca la catena di validità dentro l'ordinamento ma è la **norma fondamentale** a spiegare la validità della costituzione e quindi dell'intero ordinamento.

**Kelsen:** la costituzione è solo ed esclusivamente la prima norma dell'ordinamento giuridico dinamico (altrimenti vi sarebbe regresso all'infinito) e non possiamo piazzarci degli argomenti trascendenti ed ideologici.

Ergo, c'è bisogno della norma fondamentale, che non sarà una norma dell'ordinamento giuridico, altrimenti produce regresso all'infinito ma sarà una norma estranea all'ordinamento.

Sarà una norma non posta ma **PRESUPPOSTA**, perché rende valida la norma costituzionale che è la prima norma dell'ordinamento giuridico.

Quindi utilizzare **la norma fondamentale come presupposto trascendentale**

**dell'ordinamento giuridico**, perché rende possibile al giurista di lavorare dentro l'ordinamento giuridico sul presupposto che esso sia in tutte le sue parti valido.

## ORDINAMENTO DINAMICO ED EFFICACIA

### ORDINAMENTO DINAMICO: QUADRO GENERALE

Se la risposta alla validità di una norma ci viene dalla sua esistenza specifica in un ordinamento, allora subito dopo dobbiamo chiederci di che tipo di ordinamento si sta parlando (statico o dinamico).

Infatti quando parliamo di una norma, lo facciamo o rispetto ad un contenuto (sostanziale) o rispetto al suo processo di produzione, il quale la rende specificamente valida (formale).

Però quando parliamo di Kelsen, dobbiamo ricordare che il contenuto di una norma non è un requisito di giuridicità e quindi per lui "non è giuridico".

Il punto della validità del diritto, nell'ordinamento dinamico, della giuridicità di una norma, consiste nei criteri di produzione del diritto:

**E' GIURIDICO CIO' CHE RISPONDE AD ALCUNI CRITERI DI PRODUZIONE:**

➤ Una norma è prodotta da un'altra norma;

➤ Procedure strutturano tutto il sistema;

➤ **Norma: atto di volontà umana soggettiva -> diventa oggettiva** se questo atto di volontà è prodotto dentro un ordinamento strutturato in un certo modo perché è lo stesso ordinamento che lo autorizza (la famosa norma precedente che lo autorizza);

➤ Fino ad arrivare alla norma che autorizza tutte le norme, che è invariabilmente la **costituzione**

(1^ norma dell'ordinamento giuridico dinamico-formale).

Fa scattare le catene di validità fra norme.

- La costituzione non è prodotta da nessun'altra norma (stranezza), a differenza di tutte le altre norme dell'ordinamento giuridico dinamico;
- L'ultima norma dell'ordinamento, verso il basso è invece l'atto amministrativo (in senso stretto) o giurisdizionale (dispositivi delle sentenze);
- La costituzione produce tutti i dispositivi di produzione delle norme successive ma non è prodotta da nessuna norma;
- Le ultime norme invece sono prodotte a partire da un'altra norma ma non producono nulla di ulteriore;

➤ Ogni norma è quindi l'esito di una procedura di produzione normativa, che ne innesca un'altra sul gradino inferiore, con le **2** evidenti **eccezioni** della 1^ norma (**costituzione**) e dell'ultima (**atto esecutivo della sentenza**);

➤ Quindi la NOMOSTATICA e la NOMODINAMICA, sono 2 modi per rispondere alla validità dell'ordinamento. L'ordinamento giuridico essendo una tecnica di uso della forza, questa deve essere orientata al di fuori dell'ordinamento, cioè nelle nostre vite;

➤ Quindi anche se è vero che l'ordinamento giuridico sta nel mondo del *sollen* (dover essere), c'è un momento in cui questo mondo e quello dell'essere, vengono a contatto.

Se così non fosse non avrebbe senso di esistere l'ordinamento giuridico, basterebbe quello morale, il quale però non ha la capacità di orientare i comportamenti delle persone con questa tecnica di uso della forza (attraverso la norma sanzionatoria).

➤ Non è da confondere diritto e forza: il diritto è uso regolato della forza, non forza in quanto tale.

Quindi l'ordinamento giuridico non coincide con i suoi aspetti effettivi, di effettività ma è un'esistenza specifica (quando chiarisce i rapporti tra la validità formale e la sua capacità di essere effettivo).

#### RAPPORTO TRA VALIDITÀ ED EFFICACIA DEL DIRITTO:

Sta nel rapporto tra costituzione e norma fondamentale.

Il **potere costituente**, che ha creato la costituzione, è ambiguo per la sua collocazione dubbia fra potere di diritto e potere di fatto (ecco perché si chiama costituente).

Dal momento che abbiamo una costituzione quel potere diviene costituito tramite la costituzione.

La costituzione crea infatti le procedure e contenuti che si riverbereranno in seguito, nei gradini successivi.

Le norme che creano competenze (come quella di creare la legge) non sono comportamenti o azioni che esistono indipendentemente dalle norme che le ha costituite (a differenza dei comportamenti che noi mettiamo in atto e che sono disciplinati dalle norme regolative.

Tali comportamenti esistono lo stesso, a prescindere dall'esistenza di queste norme).

Quindi la costituzione è strana perché crea procedure che autorizzano a creare norme su tutti i gradini successivi dell'ordinamento.

Il modo in cui posizioniamo le norme con le sue relazioni, cambia il tipo di ordinamento.

La **norma fondamentale** invece sta lì a garantire dal punto di vista razionale che la costituzione è una norma valida ma non la crea, la quale è increata rispetto alle altre norme: la costituzione è creata dal potere costituente (che è un atto di volontà).

La norma fondamentale prevede che sopra la costituzione non vi sia niente ed essa è extra-giuridica, **presupposto logico-trascendentale**.

*Presupposto logico-trascendentale, cosa significa?*

È una norma **presupposta** perché non è giuridica, **non appartiene all'ordinamento giuridico**, non sta sopra alla costituzione come gradino ma sta nella testa dello scienziato del diritto, nella testa di ogni giurista, nei presupposti di ogni tipo di azione che si fa in ogni ordinamento giuridico e sono i presupposti della validità della costituzione.

La norma presupposta dell'ordinamento dinamico non è altro che la presupposizione logica, teorica della validità della costituzione (lo scienziato del diritto pensa la costituzione come valida, cominciando da essa, ed ecco perché essa è valida, perché è pensata come valida).

La norma fondamentale è la PRESUPPOSIZIONE IPOTETICA, DEL TUTTO TEORICA DELLA VALIDITA' DELLA COSTITUZIONE: è come dire che è un'ipotesi logica (il pensarla come valida) che dice che la costituzione è valida. Ma non le attribuisce un contenuto.

È l'unica chance, essendo positivisti: tutte le altre concezioni se non integrerebbe degli elementi della teoria tipica giusnaturalista (diritto naturale).

Ogni norma fondamentale di ogni ordinamento si coordinerà con le altre, degli altri ordinamenti e quindi non servirà solo a dire che la costituzione è valida ma anche per dire che essa funziona, quindi per un ordinamento che è valido ed effettivo.

Come si strutturano questi ordinamenti dotati di costituzione?

a. A gradi: hanno una struttura gerarchica (idea di gerarchia delle fonti passata anche nella nostra teoria del diritto);

b. Costituzione: **contiene i processi di produzione delle norme**, che sono 2:

- Del legislatore.

- Della giurisdizione.

Forse conterrà anche dei contenuti costituzionali, in quanto nessuna costituzione è esente da un minimo di contenuti (che chiamiamo diritti fondamentali), i quali però **non** entrano nel ragionamento sulla sua **validità**, dice Kelsen.

Essi vanno considerati come **contenuti negativi**, cioè presupposti contenutistici di produzione delle norme dentro l'ordinamento che non dicono tanto al legislatore o ai funzionari di fare qualcosa ma gli impediscono di fare qualcosa: sono vincoli alle azioni di produzione delle norme successive, che si inseriscono nelle procedure e che non orientano però in senso positivo la produzione di norme.

➤ Quindi, i contenuti, esattamente come le procedure, sono contenuti negativi o vincoli all'azione produttiva di norme (cosa non si può fare).

Oltre questo limite negativo, ciò che si può fare è sostanzialmente illimitato: esiste unicamente il limite negativo. Infatti Kelsen dice che l'ordinamento giuridico può contenere qualsiasi contenuto.

➤ Il requisito di validità contenuto in costituzione è un contenuto procedurale ed è un vincolo negativo.

Quindi questa esistenza di un limite negativo va letto nel famoso SCHEMA INTERPRETATIVO: se ogni norma, rispetto alla successiva è semplicemente uno schema che la qualifica come tale nel gradino successivo, l'unico limite (negativo) confluisce nell'idea che ogni norma superiore è rispetto alla successiva, uno schema di azione.

A partire da lì, chi ha l'autorità di introdurre la norma nell'ordinamento, lo farà sulla base di quello schema lì, unico e basta, senza altri limiti.

*A questo punto, possono esistere norme incostituzionali nell'ordinamento, nei gradini successivi alla costituzione?*

La risposta è **SI**. Kelsen è stranissimo, ed è evidente.

Contingentemente e storicamente può accadere che qualcuno produca una norma, che è autorizzata e viola un vincolo negativo della costituzione, tale norma non perde la sua validità.

Questa norma può essere in contrasto con un contenuto costituzionale, rimanendo norma giuridica perché è stata autorizzata: la validità è la vigenza formale mentre la sua conformità a costituzione, è un qualcosa da stabilire attraverso la corte costituzionale che, quando agisce, la abroga (la dichiara non valida).

Ma fino a quel momento lì quella norma era valida e vigente in quell'ordinamento.

Quindi sarà valida ed efficace fino a che la corte costituzionale non si renderà conto di questo e la abrogherà (o meglio, ordinerà il legislatore a farlo).

Questa norma è però valida fino all'abrogazione, perché c'è l'autorizzazione a produrla dentro la costituzione. Ragioneremo diversamente se portassimo a far combaciare gli aspetti formali con quelli contenutistici. Il momento in cui la corte costituzionale se ne accorge di questo contrasto, questo rappresenta il presupposto per una sanzione, stavolta nei confronti del legislatore.

Quindi, la sentenza della corte costituzionale non è una norma di tipo legislativo ma la prefigurazione dell'illecito, cui si collega una sanzione, che è l'invito al legislatore di rifare quella norma.

È come dire che la norma incostituzionale non è invalida in senso stretto ma è quel famoso illecito che fa scattare il diritto (che per Kelsen non è un evento extra-giuridico perché è qualificato sempre da una norma giuridica, quindi totalmente interno).

A questa prefigurazione corrisponde quindi la sanzione della nullità o annullabilità della norma giuridica.

La famosa distinzione fra regole e principi tipica del costituzionalismo contemporaneo, Kelsen non la adotterebbe mai.

La teoria del diritto kelseniano prevede una certa **funzione della costituzione** ma questo **non** implica, rispetto alla purezza della scienza (carattere trascendentale) che Kelsen ci infili dei **contenuti** specifici.

Quello che gli interessa è mettere in chiaro che il diritto positivo nasce da un atto di volontà positivo, il quale può essere trasformato in norma oggettivamente valida: questo passaggio è garantito dalla costituzione. Il modo attraverso cui un atto di volontà diventa oggettivo è ciò a cui risponde la dottrina pura del diritto (tale trasformazione dipende appunto dalla costituzione).

Se invece noi intendessimo la costituzione come insieme di norme di carattere contenutistico, avremmo un ordinamento che si sviluppa dalla costituzione per deduzione del contenuto e il legislatore sarebbe inutile, il suo lavoro in parlamento potremmo by-passarlo.

Per Kelsen nessuna costituzione può sostituirsi ad un parlamento democratico.

Il neo costituzionalismo dice invece che o la costituzione è giusta oppure non è nemmeno valida: è una forma di giusnaturalismo aggiornata.

Kelsen quindi necessariamente individua 2 tipi di ordinamento: in base al contenuto (ha bisogno di logica deduttiva) ed in base all'esistenza formale (ha bisogno di procedure di produzione), di cui però solo il secondo può essere giuridico.

Lo statico regola solo la condotta (solo le norme primarie, che per Kelsen sono le secondarie) mentre quello dinamico è essenzialmente fatto di norme di competenza (per Kelsen le norme primarie).

Esempio: hanno tolto l'assegno di maternità alle donne che vanno in maternità senza vaccino. Se per noi questo è anticostituzionale, lo possiamo dire ma questo rimane un pensiero, una valutazione politica perché quella norma, che ci piaccia o no, è stata autorizzata e quindi è valida.

Non a caso, nella teoria costituzionalistica attuale, non quella di Kelsen (Barberis, manuale), statico e dinamico si sovrappongono, nel senso che nei nostri ordinamenti devono valere entrambi.

*BARBERIS COSTITUZIONALE ATTUALE DICE PERO'*

Quando si parla di validità formale (esistenza specifica) barberis ci dirà che quella è semplicemente la vigenza, mentre quando una norma vige nell'ordinamento ma è pure conforme a costituzione, questa norma è valida sia in senso statico che dinamico (valida e basta). Quindi distinguerà tra validità e vigenza, dirà che in un ordinamento come il nostro, in cui i vincoli costituzionali sono anche di contenuto non ci possiamo accontentare del principio dinamico ma anche verificare che la validità, cioè il posizionamento di una norma dell'ordinamento corrisponda a contenuti.

Tornando alla riflessione sull'ordinamento, abbiamo detto che la costituzione è la parte alta, ambiguamente collocata tra potere di fatto (perché è un potere di fatto che l'ha prodotta) e potere di diritto (in quanto è norma), per cui

abbiamo bisogno della norma fondamentale e qui si colloca una considerazione ovvia in merito all'EFFICACIA, con questo metodo ovviamente funziona.

Mentre la parte bassa, **gli atti giurisdizionali amministrativi, è il momento in cui finalmente si realizza l'ordinamento giuridico nel mondo dell'essere (sono la famosa FORZA ESERCITATA ATTRAVERSO IL DIRITTO).**

In questa apertura tra il dover essere e l'essere, **si misura una parte dell'effettività dell'ordinamento giuridico**, una delle più consistenti.

Il momento in cui si passa dalla norma legislativa generale ed astratta all'atto finale, è l'individualizzazione della norma e se questa è la mera giurisdizione (cioè dichiarazione di quello che è il diritto), si sta dimostrando attraverso l'attività dinamica dell'ordinamento che la mera giurisdizione non è mera giurisdizione ma **vera e propria attività di produzione di norme**.

Nel passaggio da norma generale e astratta a particolare e concreta, stiamo prendendo una norma e mettendola dentro l'ordinamento.

La sentenza infatti, è una fonte perché produce sotto di sé anche qualcos'altro: **l'atto esecutivo della sentenza**. Ecco perché il sillogismo non ha senso, perché non si tratta di mera deduzione per Kelsen, ma di vera e propria produzione del diritto, così spiegato. È qui che si chiude l'ordinamento.

**DOMANDA D'ESAME:** *Kelsen è d'accordo con l'idea che il tribunale compie una giurisdizione o invece produce norme?* Produce norme perché i giudici producono norme che posizionano dentro l'ordinamento e sotto quel livello c'è l'ultimo che è l'atto esecutivo della sentenza (la sentenza è una fonte normativa, che a sua volta produce l'atto esecutivo).

**DINAMICITA':** regolazione della produzione, il diritto si produce attraverso il diritto, non attraverso i contenuti.

**Ogni norma è prodotta attraverso una norma precedente.** Ogni norma è al tempo stesso **produzione di una norma sul gradino inferiore ed esecuzione della norma superiore**, tranne per 2 norme: costituzione (solo atto che richiede di essere eseguito ma non è prodotto) e atto esecutivo della sentenza (solo atto di esecuzione della norma precedente ma non produce alcunché sotto di sé).

Per questo non ha senso gerarchizzare le fonti, perché ogni ordinamento giuridico contempla al proprio interno dei gradini ed ogni norma è una fonte per un'altra norma, salvo queste ultime 2.

## DIRITTO E STATO - PERSONE E STATO

Kelsen perlopiù cerca di attaccare la teoria del diritto a lui contemporanea. Nel momento in cui cerca di ridurre la teoria del diritto a presupposti unitarie del pensiero e della conoscenza giuridica, fa operazioni strane, rompendo con la tradizione: attacchi al dualismo della teoria oppure all'introduzione di nuove forme di dualismo, in contrapposizione alla teoria.

**La prima affermazione dualistica che fa è la contrapposizione fra causalità e imputazione**, che è anche la contrapposizione fra diritto naturale e diritto positivo.

L'attacco che mette in atto nei confronti della teoria del diritto a lui contemporanea, è un **attacco ad una teoria "ideologica"**, cioè la dottrina pura del diritto è un contrasto netto a qualunque teoria del diritto a lui contemporanea che seppur presentata come "teoria", mantiene all'interno troppi aspetti ideologici.

Per Kelsen è scienza.

**Le norme giuridiche sono solo ipotetiche e condizionali**, cioè identificano dei comportamenti come illeciti se e solo se esiste qualcuno che gli attacca una sanzione (la volontà soggettiva), mentre le norme morali possono essere totalmente coincidenti ma solo per ragioni storiche con una norma giuridica, ma non è detto che lo sia per la stessa ragione per cui lo sono come norme giuridiche.

**I ragionamenti morali** infatti non sono ipotetici e condizionali, ma **categorici e assoluti** (ex: non fare agli altri quello che non vuoi che sia fatto a te).

Le norme morali poi non sono **frutto di deliberazione**, mentre la norma giuridica sì, perché è posta da una volontà umana (questa volontà umana non c'è nella norma morale. Non esiste un legislatore morale).

Per le norme morali si può dire che noi stessi siamo legislatori delle nostre norme morali, identificando per noi stessi delle norme universali, ma questo non è il legislatore nel senso generale di cui parlavamo prima per le norme giuridiche.

È quindi ideologico secondo Kelsen, tutte quelle teorizzazioni del diritto che non si accorgono che nel procrastinare alcuni tipi di ragionamento, portano con sé certi tipi di ideologie (ex: norma "vietato fumare").

Il fatto che certe norme morali e certe norme giuridiche coincidano, non significa che esse però non possano essere distinte.

L'assoluto morale non è concepito dal diritto, che prevede eccezioni anche a reati come l'omicidio (ex: obbligo di uccidere in guerra o la legittima difesa.

Come soggetti morali invece non si può uccidere e basta, non ci sono eccezioni).

<b>Norme morali</b>	Assolute	Non ci sono eccezioni
<b>Norme giuridiche</b>	Ipotetiche e condizionali	Prevede eccezioni
<b>Vietata uccidere</b>	Moralmente: sempre	Giuridicamente: sempre <u>eccetto</u> quando...

Le norme morali vogliono formare il soggetto morale, dandogli dei requisiti: un soggetto è buono e giusto quando è così (la soggettività morale).

La soggettività politica è invece formata dalle norme giuridiche, le quali però non coincidono attualmente con il soggetto morale (ex: mi vaccino come soggetto giuridico, come cittadina però sono cavoli miei se sono d'accordo con questo).

Ci sono poi modi di regolare la condotta che non sono né giuridici né morali, ma **disciplinari**: le carceri per esempio, sono forme di comunità dove il potere disciplinare è la vita di quelle persone.

Questo potere disciplinare può coincidere con il potere giuridico (o confluire in questo) ma non è detto nemmeno questo.

La norma disciplinare agisce sulla psiche, su come il soggetto agisce ogni volta che è posto di fronte ad una scelta. Dal momento che storicamente si individuano gli uomini dotati completamente di ragione, la norma giuridica rappresenta una guida all'azione, una ragione per l'azione per un individuo, per cui anche se la viola, ha adottato questa ragione al contrario. Questa è l'idea della razionalità classica.

Il motivo per il quale gli individui dovrebbero rispettare tale norma, può essere ad esempio, il voler evitare la sanzione.

E se l'ordinamento vuole ottenere un risultato, deve aggirare il ragionamento umano (ex: regolamento sulla donazione degli organi. Se tu vuoi donare, solo a questo titolo/modalità si può donare.

Non a caso solo il 13% di persone dona in Italia e questo perché si è aggirato il ragionamento delle persone, che, nonostante volevano donare, dovevano sottostare alla volontà del legislatore, alle modalità che egli voleva inserire, ossia dare il consenso.

Altri ordinamenti invece non hanno fatto questa regolazione, così coloro che non mettevano per iscritto l'esclusione della donazione, rimanevano "fregati" e gli venivano espantati).

Così, se la legge inverte il default, su base volontaria è solo il rifiuto mentre il default è che tali organi vengono espantati: si è aggirato così il ragionamento umano.

Un altro dualismo che ha ammesso è quello fra **ordinamento statico e dinamico**.

## STATO - ORDINAMENTO

Noi abbiamo qualificato lo stato come "sovrano" anche se esso stesso è assoggettato al diritto (si chiama stato di diritto perché il legislativo è superiore ad ogni altro potere, quindi lo stato incarna diversi poteri ed in quello legislativo confluiscono anche gli altri, che dipendono dalla legge).

Continuiamo a vivere in quella ideologia secondo cui il potere giuridico deve legittimarsi, perché il sovrano illuminato giustificava il suo potere senza che sopra di sé ci fosse alcunché, attraverso il governo dei sudditi.

Qui, nello stato di diritto, abbiamo invece uno stato che produce diritto e che il potere legislativo legittima lo stato. Continuando a parlare così non si è fatto nessun passo avanti rispetto al passato, l'idea del potere che deve legittimarsi.

Siccome non è più lo stato assoluto del passato, lo stato liberale di diritto si giustifica assoggettando il proprio potere alla sovranità del diritto: il sovrano (**stato**) **produce il diritto** e siccome deve legittimarsi attraverso il diritto, metaforicamente **si sottopone esso stesso al potere del diritto** e se ne fa completamente vincolare.

Duplicando gli enti (stato-ordinamento) non solo si è ancora ancorati alla vecchia ideologia della legittimazione dello stato, ma soprattutto devo dire che lo stato è una certa cosa: che lo stato è una **personalità giuridica**, cioè una metafora, una persona, come era il sovrano antico, la cui esistenza non è fisica ma giuridica, cioè insieme di istanze che sono quelle del diritto pubblico.

Quindi dice Kelsen, anziché ricorrere a questo dualismo, se lo stato è una personalità giuridica che si esprime attraverso i **poteri** che questo stato "attiva" metaforicamente parlando (ex: potere di fare norme, di giudicare nei tribunali, ecc...) questi non sono altro che norme giuridiche dell'ordinamento dinamico, che regolano il potere di fare leggi e applicarle, cioè di posizionare norme dentro l'ordinamento giuridico.

Quindi la personalità giuridica è un insieme di norme e basta.

Quindi non si può dire che uno stato ha un certo ordinamenti giuridico ma bisognerebbe dire che uno stato è l'ordinamento giuridico perché le norme attraverso cui i poteri statali agiscono, sono norme, il che vuol dire che non esiste uno stato indipendente dall'ordinamento: esistono solo le norme giuridiche.

Così il dualismo cade, lo stato è il diritto.

## PERSONE FISICHE E ORDINAMENTO

Le cose che invece fanno le persone dentro l'ordinamento, dipendono dal fatto che siamo personalità giuridiche.

Noi non interessiamo all'ordinamento come persone, ma come **condotte** (solo una parte di esse), cioè come un parte stessa dell'ordinamento.

Non siamo individui che appartengono né all'ordinamento, né allo stato: noi siamo **parti dell'ordinamento**, nella misura di quella parte di noi che finisce nelle norme giuridiche che appartengono a quell'ordinamento.

*Perché Kelsen abbatte questo dualismo fra stato e ordinamento?*

Perché l'ordinamento è lo stato. Per lui la distinzione era solo ideologia e lui come sappiamo, vuole abbattere qualsiasi elemento ideologico.

Nell'abbattere i dualismi e nel dire che tutto è diritto (MONISMO) sta identificando una sola forma di diritto, che è quella dell'ordinamento statale (tant'è che ridurrà ad uno anche i vari ordinamenti statali, che confluiranno nell'unitario ordinamento internazionale), troverà molte critiche da parte di altri autori contemporanei (come Santi Romano).

Per la critica, lui si scorda che la forma che descrive lui, è solo un ordinamento giuridico (PLURALISMO di Santi Romano = non esiste un solo tipo di ordinamento. Questa forma di pluralismo è l'istituzionalismo giuridico).

<b>Kelsen</b>	Normativista	Riduce tutto a norme che appartengono all'ordinamento (monismo)
<b>Santi Romano</b>	Istituzionalista	Forma di pluralismo, si riferisce alle istituzioni (non alle norme).

### ULTIMI DUALISMI ABBATTUTI DA KELSEN

Teoria Kelseniana:

- Teoria del **dover essere** e non dell'essere.
- Dicotomia tra **diritto soggettivo e diritto oggettivo abbattuta** da Kelsen.
- Distinzione tra **stato e ordinamento giuridico**: altra dicotomia **abbattuta** da Kelsen.
- Esiste solo l'ordinamento giuridico, formato da norme di diverso tipo, quindi non ha senso dire che c'è uno stato di diritto indipendente dall'ordinamento giuridico, sono la stessa cosa.
- Si può continuare a parlare di stato che produce un ordinamento giuridico ma altro non è che una coincidenza (tra i 2 "istituti").
- **Norma primaria sanzionatoria** centrale.
- Ultimo dualismo abbattuto: **indipendenza tra ordinamento dello stato singolo e ordinamento internazionale**.

La sua teoria del diritto è una teoria CONOSCITIVA, niente a che fare con la teoria della giustizia, o diritto/morale. È un modo per neutralizzare tutte le ideologie ancora presenti nel pensiero positivista e **abbattere tutti i dualismi** appena citati: così facendo si avrà la conoscenza pura della scienza del diritto.

Kelsen ha però anche bisogno di **introdurre dei dualismi**, il primo è quello tra causalità e imputazione (che è a monte di tutto), mettendo da parte tutte le considerazioni metafisiche del diritto, il secondo è quello tra ordinamento statico e dinamico, cioè a che titolo una norma è valida nell'ordinamento, guardando agli elementi della sua staticità o dinamicità (problema importantissimo).

La validità delle norme dentro un ordinamento guardando al loro contenuto, non è kelseniana.

Bisogna poi misurarsi con l'idea di validità ed efficacia dell'ordinamento, che sono 2 qualità che attribuiamo all'ordinamento o alla norma giuridica.

*Sono 2 qualità differenti che ci portano a chiederci in quale senso una norma/ordinamento è valido/a?*

Pur mantenendo questa distinzione concettuale, ad un certo punto Kelsen dovrà annullarla, perché la validità ad un certo punto si connoterà come effettività.

Teoria della conoscenza del diritto valido: la teoria pura del diritto è questo, perché dice che l'ordinamento è valido grazie ad una norma fondamentale che rende valido tutto l'ordinamento, e per fare questo ho bisogno solo di presupposti trascendentali (scientifici).

Quando però si va a vedere agli effetti, il giurista deve vedere i collegamenti e le relazioni tra validità ed efficacia, scoprendo che la norma fondamentale dell'ordinamento dinamico, che è presupposta (la norma fondamentale è un presupposto logico trascendentale), serve per valutare i rapporti che ci sono tra validità ed efficacia.

A questo punto...

Kelsen aveva definito il diritto come "tecnica", nel senso di **tecnica di uso della forza** (che sarebbe la sanzione): la forza si esprime nella sanzione, che è l'atto coattivo per eccellenza.

È il mezzo, non il fine, perché se fosse il fine, la teoria del diritto kelseniana sarebbe trascendente e identificherebbe nella validità del diritto, la forza.

Il diritto è invece un uso regolato della forza (quindi TECNICA SOCIALE).

Una tecnica è efficace nel momento in cui induce le persone a rispettare quelle norme.

Tra la validità formale e i comportamenti riferiti a quelle norme, esiste un rapporto di corrispondenza.

Un ordinamento giuridico valido, non seguito da nessuno è il livello 0, il livello 1, all'altro capo, c'è un ordinamento giuridico valido e rispettato da tutti.

Nel mezzo ci sono tante sfumature: un ordinamento giuridico perfetto non è quello della totale corrispondenza tra validità ed efficacia, perché così dovremmo immaginare una norma fondamentale che dice che tutto ciò che deve avvenire avviene.

In questo modo non avrebbe senso avere avuto degli ordinamenti giuridici come tutti quelli che si sono susseguiti nella storia.

Nemmeno quello del livello 0, perché se non seguito da nessuno, esso cessa di essere valido.

Dovrà quindi esserci una **DIPENDENZA DELLA VALIDITÀ ALL'EFFICACIA DEL DIRITTO**. (**NB**: validità della norma ha 2 significati: esistenza specifica e obbligatorietà).

La validità dell'ordinamento dipende dal suo essere statico o dinamico) Ad un certo punto, l'ordinamento può essere efficace se esiste una costituzione e l'esistenza dell'ultimo gradino dell'ordinamento, cioè atti amministrativi e atti coattivi (in cui effettivamente l'ordinamento riversa la sua forza all'esterno).

Solo l'ordinamento morale, che non ha confini spazio-temporali, potrebbe avere la piena coincidenza fra validità ed efficacia.

• **La teoria del diritto** non si interroga sui motivi, non si occupa di stabilire quali sono i fini di un **ordinamento**, si occupa solo di stabilire cosa sia un ordinamento valido ed uno efficace e la connessione ed il grado di validità che dipende da un ordinamento efficace.

Se l'ordinamento giuridico è una tecnica di regolazione della forza, quella tecnica deve essere effettiva: ecco perché non può esistere nemmeno un ordinamento non ascoltato da nessuno.

• La singola **norma giuridica**, allo stesso modo, è valida ed efficace, e tra i 2 c'è un rapporto meno stringente perché possono esserci norme valide ma non effettive all'interno dell'ordinamento, che però non inficiano sulla validità globale dell'ordinamento.

Solo dal punto di vista dell'ordinamento internazionale si potrà dire che esiste un ordinamento singolo: la norma fondamentale presupposta del singolo ordinamento, è una espressione del principio di effettività dell'ordinamento (che è un principio sovranazionale).

Ogni norma fondamentale dovrebbe contenere i presupposti di riconoscimento di ogni ordinamento e ciò sarebbe impensabile (posizioni dualiste, non comprese da Kelsen).

Quindi ogni ordinamento specifico sarebbe indipendente rispetto agli altri e all'ordinamento internazionale.

Kelsen dice che invece guardando dall'alto, ordinamento sovranazionale, vede tanti ordinamenti giuridici inclusi in un unico ordinamento giuridico valido, che è quello internazionale (tutti gli altri sono validi come sue porzioni).

**VISIONE MONISTICA** dell'ordinamento giuridico.

Tutti gli ordinamenti sono quindi il risultato del principio di effettività di cui dicevamo poco fa.

Validità ed efficacia nella teoria kelseniana sfociano quindi inevitabilmente nei rapporti tra diritto dello stato particolare e diritto internazionale. → altro dualismo abbattuto è quindi quello tra diritto internazionale e diritto dello stato particolare.

[quindi... la teoria del diritto kelseniana è anche la teoria del rapporto tra diritto internazionale e diritto dello stato particolare].

L'altro dualismo che Kelsen abbatte...

Tra diritto oggettivo e diritto soggettivo.

Kelsen dice che la teoria del diritto, è una teoria che sostiene che esistono negli ordinamenti giuridici moderni (positivi), 2 tipi di elementi:

- Diritto oggettivo: obbligo
- Diritti soggettivi

Sono 2 elementi indipendenti!

*Ma com'è possibile che esista questa idea, di cui anche loro stessi si avvalgono con la teoria del diritto?*

Secondo Kelsen questa ideologia non è altro che la **superiorità dei diritti soggettivi** (anche precedenti storicamente) **sugli obblighi**, intesi come diritto oggettivo (cioè le norme giuridiche che noi conosciamo).

L'ordinamento giuridico altro non deve fare che tutelare, tramite gli obblighi giuridici, questi valori e questa distinzione porta solo alla superiorità morale e storica dei diritti soggettivi sugli obblighi giuridici.

Per Kelsen l'errore che continuiamo a fare è pensare proprio così: che le norme giuridiche esistono se e solo se compiono questo sforzo di tutela dei valori.

Questa altro non è che la teoria del diritto dello stato capitalistico, che retribuisce ai soggetti un interesse fondamentale, quello alla proprietà.

Lo stato liberale ottocentesco che accompagna lo sviluppo capitalistico, concepisce l'ordinamento solo come tutela di questi diritti (di proprietà).

Kelsen fa anche riferimento alla teoria dell'appropriazione originaria: è la teoria secondo cui ci si appropria di qualcosa, senza frode e senza inganno, in quanto in natura c'è bene per tutti (se c'è frode o inganno non c'è titolo, e quindi si sta prendendo qualcosa che presumibilmente è o potrebbe essere di altri).

L'obbligo è al tempo stesso un'autorizzazione, nei confronti dei funzionari del diritto: la norma funge da obbligo verso i consociati di "rispettare" i diritti di proprietà altrui e autorizza i giudici ad applicare la fattispecie di appropriazione indebita nei confronti di chi non rispetta l'obbligo.

**La distinzione normativa fra i 2 non è altro che un residuo ideologico, per Kelsen assolutamente da abbandonare, non esistendo nessuna superiorità dei diritti soggettivi sugli obblighi, sono 2 facce della stessa medaglia.**

L'eccedenza dei diritti soggettivi sugli obblighi giuridici non è altro che l'ideologia dello **stato costituzionale**.

Per Kelsen non può esistere nessuna persona nell'ordinamento giuridico che si autoattribuisca dei diritti; in realtà non esistono nemmeno le persone per lui, ma questo è logico: esistendo solo un **ordinamento dinamico** nel suo pensiero, ciò che viene in rilievo sono solo i **comportamenti, non le persone** (mondo del dover essere che da rilievo alle norme e basta)!

La prof ha scritto:

Kelsen dice sostanzialmente che l'effettività di un singolo ordinamento dipende dal fatto che il diritto internazionale 'registra' l'esistenza (cioè validità) di un ordinamento, e che la registra perché questo funziona (tanto che esistono ordinamenti senza che esista uno stato corrispondente). se funziona è anche effettivo.

Poiché il diritto internazionale dei tempi di Kelsen non è quello dell'ONU, dice anche che probabilmente l'unico ordinamento della comunità internazionale per essere un ordinamento coattivo sviluppato come quello del singolo stato dovrà dotarsi di organi accentrati. ovviamente non è mai successo...

## L'INTERPRETAZIONE

L'ultimo argomento da affrontare di Kelsen è quello dell'interpretazione giuridica.

Essendo giusnaturalisti non ha molto senso parlare di interpretazione perché in teoria dovrebbe esserci corrispondenza fra diritto e giustizia.

Ma essendo giuspositivisti il problema bisogna porsi.

Tra i sostenitori dello **SCETTICISMO INTERPRETATIVO** c'è anche Kelsen, perché se l'ordinamento è dinamico, non si può pensare che dentro l'ordinamento, le attività interpretative siano di mera deduzione del contenuto. La deduzione implica che da una norma ad un'altra si possa passare in maniera totalmente univoca, non c'è molto da innovare.

L'ordinamento dinamico invece implica che solo l'ordinamento giuridico è soggetto ad interpretazione (per questo è chiamato "dinamico").

Dice che l'ordinamento dinamico, è dinamico perché l'innovazione è che **ogni norma è simultaneamente la produzione della norma del gradino successivo ed esecuzione della norma del gradino precedente (ordinamento dinamico in grado di innovarsi)**.

*Se ogni norma è uno schema di produzione della norma successiva, mero schema (che autorizza la produzione di una norma, autorizza un atto di volontà, di posizionare su un gradino dell'ordinamento una norma giuridica), che senso ha dire che l'interpretazione è un mero atto cognitivo?*

**È sempre un atto produttivo di norme.**

L'idea che la norma abbia un solo significato, è un'idea giusnaturalistica: questo è l'ordinamento statico, quindi, per Kelsen, da abbandonare.

Il modo in cui un interprete passa da un gradino all'altro, è il modo in cui un soggetto autorizzato dentro l'ordinamento, **produce** una norma, **NON il modo in cui le attribuisce un significato**.

*RICOSTRUZIONE DI TUTTO IL DISCORSO:*

La Costituzione vincola all'azione del legislatore in maniera solo negativa (se potesse produrre una norma solo deducendo dalla Costituzione sarebbe un ordinamento statico) **dopodiché, il legislatore dentro i vincoli della Costituzione, produce il diritto**.

Ragionando in base al principio della nomos dinamica, ho l'idea per cui il legislatore produce, con un atto di volontà, una norma da cui l'atto è delegato dalla Costituzione.

Ciò che abbiamo sono ordinamenti prodotti da essere umani, ordinamenti che si sviluppano dinamicamente.

Ogni ordinamento giuridico giustifica la sua esistenza e sviluppo in base all'idea che ogni norma è prodotta, a partire da un'altra norma (**concatenazione produttiva di norme**).

Ogni ordinamento dice Kelsen, pur essendo esistente nel dover essere riposa su condizioni fattuali grazie alla Costituzione che essa stessa è prodotta da persone di fatto.

L'ambivalenza del potere costituente e potere costitutivo c'è per forza a meno che non siamo giusnaturalisti e pensiamo che la Costituzione ci sia data da un potere sovrumano, superiore, il cui potere costituente prenderebbe e basta.

Le cose però non sono andate così, le costituzioni non sono quasi mai state scritte è una cosa recentissima perché non c'era bisogno, c'era il diritto naturale.

Quando iniziano a scriverle compare lo Stato di diritto il legislatore potrà così produrre norme entro i limiti spazio temporali dell'ordinamento sulla base dei poteri affidati dall'alto dalla Costituzione che la autorizza.

Se queste norme sono poi contrarie alla Costituzione quell'atto sarà l'illecito sanzionato dalla Costituzione, cioè la Corte costituzionale ordinerà al legislatore di abrogare quella legge e farne una nuova, pur non sapendo come la farà. Se l'ordinamento giuridico valido deve essere efficace, gli effetti di questa tecnica di regolazione della forza li vediamo negli ultimi gradini dell'ordinamento, sentenze e sanzioni amministrative.

Norma costituzione → legislatore che fa norma (schema) → dispositivo della sentenza → atto esecutivo di sentenza (norma prodotta da tribunale è l'applicazione di questo schema).

Questa forma di estrazione e l'esecuzione della norma generale, cioè la produzione di una norma inferiore a partire da quella generale, si chiama esecuzione della norma generale, è il modo attraverso cui le norme generali ed estratti si riempiono di contenuti verso il basso, norme sempre più concrete.

L'esecuzione della norma è il termine che il segnano per dire produzione di una norma a partire da un'altra norma. Se ci posizioniamo dentro l'ordinamento giuridico dinamico prendo una qualsiasi norma quella e simultaneamente un atto giuridico che è rispetto alla norma precedente una sua **esecuzione** e rispetto alla norma successiva, il **motore di produzione**.

Mettendogli al livello della norma legislativa a livello del legislatore penale, ad esempio, produce nell'ordinamento una norma che punisce il furto, il legislatore esegue parte della Costituzione penalistica, ma guardando verso il basso vedremo il momento in cui l'ordinamento posiziona da qualche parte una norma individualizzata del furto. (La norma generale è la fonte di produzione per la norma specifica perché quest'ultima è prodotta a partire dalla generale.)

L'atto esecutivo della sentenza e l'esecuzione del dispositivo della sentenza, ultimo gradino dell'ordinamento, ma poiché dentro l'ordinamento dinamico non esiste il sillogismo giudiziario, fa sì che noi identifichiamo correttamente l'attività di un tribunale non come giurisdizione, ma come esecuzione, cioè produzione di una norma e posizionamento delle norme dentro l'ordinamento..

**NB:** quindi le sentenze producono una norma addirittura più inferiore l'atto esecutivo.

### COMMON LAW:

I **precedenti giudiziari** non sono così diversi (ne parlerà Hart), in cui la fonte del diritto sono i precedenti. E non è molto diversa dall'idea di giurisdizione di Kelsen e lui stesso dice che parlare di giurisdizione è forviante perché l'attività dei tribunali è attività di **produzione** (attività di posizionamento di una norma a partire da un'altra norma).

Sarebbe diverso se pensassimo che la produzione del diritto sia solo ed esclusivamente un atto di attribuzione del significato (e ciò avviene quando si pensa che ci sia solo da fare un ragionamento sillogistico).

Questa è la **GIURISDIZIONE**: estrazione di una norma particolare da una generale per via deduttiva.

L'attività dei tribunali che descrive Kelsen è invece di **PRODUZIONE**, perché non si limita a dire ciò che la norma è, ma ne posiziona una all'interno dell'ordinamento a partire da un'altra norma.

Quindi Kelsen è allineato per questo, all'idea di common law, relativamente al discorso dei tribunali come organi di produzione.

Ragionando sulla **ratio decidendi** (motivo della decisione del giudice) scopriamo che è essa stessa ad essere vincolante per il "diritto per precedenti" del common law e non il precedente in quanto tale.

Importa il motivo per cui fa una certa cosa, è questa ad essere vincolante per i tribunali successivi.

La ratio decidendi è sempre espressa in termini astratti, il che la fa assomigliare alla norma generale ed astratta del civil law.

### IL PROBLEMA DEL SILLOGISMO

Kelsen è contrario al sillogismo: la coincidenza fortunata tra l'applicazione formalistica della norma, a quell'atto di volontà espresso dal tribunale sottoforma di dispositivo della sentenza.

Nei nostri ordinamenti ci sono però dei tribunali secondari autorizzato ad applicare la sanzione all'illecito del tribunale, cioè autorizzato a correggere la prima sentenza (del 1° tribunale).

Quindi mai pensare che lo stato di diritto sia solo quello in cui sia solo il legislatore che produce le norme. Sarebbe un atto di volontà cognitivo l'interpretazione, se l'ordinamento fosse statico.

Per Kelsen invece l'interpretazione è un atto di volontà produttiva!

Vedremo poi con il manuale di Barberis che i nostri ordinamenti presentano elementi di staticità e dinamicità (ci sono limiti dello schema previsto che ha autorizzato la norma ma come esso viene riempito è affare del potere delegato e nessuno lo può prevedere).

### **ANTINOMIE:**

Kelsen dice che se esistono delle norme difformi tra di loro (antinomie tra norme), si causano dentro l'ordinamento, quei difetti che introducono l'idea che queste antinomie siano delle contraddizioni logiche (di contenuto) ma parlarne in questo modo introduce l'idea che chi produce una norma e la mette dentro un ordinamento, ragioni logicamente. Vero, ma soprattutto esercita un potere.

Quindi per Kelsen è possibile vi siano antinomie ma **non** si devono chiamare "**contraddizioni logiche**" ed esse devono essere **risolte**.

Queste antinomie per Kelsen non sarebbero che effetti di una volontà autonoma autorizzata, esse sono norme valide, le quali vanno poi selezionate in base a quello che vuole l'ordinamento, tra le quali l'interprete dovrà scegliere.

*Esistono molti canoni interpretativi autorizzati dagli ordinamenti ma come farà l'interprete a scegliere fra questi?*  
Kelsen dice che non si sa, è autorizzato a farlo ma come lo farà produrrà un effetto oppure un altro ed esse non sono contraddizioni logiche ma possibilità date dall'ordinamento.

**INTERPRETAZIONE:** atto di volontà e quindi di produzione del diritto! Non solo il potere legislativo ma anche i tribunali producono norme (e ce lo dice l'organizzazione dinamica dell'ordinamento).

### **FORMA DI STATI E DI DIRITTO:**

Per Kelsen è la forma del diritto la forma dello stato: un ordinamento si sviluppa concependo ad esempio una monarchia, altri una repubblica, ma per parlare di diritto non bisogna guardare lo stato ma il diritto stesso.

Per Kelsen "Stato di diritto" è qualunque stato si doti di diritto, anche quello del III Reich (questo ha concepito il legislatore di un certo tipo, che è anche il potere esecutivo).

### **VAGHEZZA DI UN ATTO INTERPRETATIVO:**

È possibile che un atto interpretativo sia vago per scelta oppure non intenzionale, a causa di termini ambigui utilizzati nel formulare la norma.

E poiché esiste nell'ordinamento la disponibilità per l'interprete di pescare i canoni interpretativi predisposti e scegliere tra uno e l'altro, e non vi è la presenza di una norma che, in caso di dubbio, indichi quale canone usare, **l'indeterminatezza c'è e ci sarà**, non è un problema, dice Kelsen, è la natura del diritto dentro un ordinamento giuridico dinamico.

### **INTERPRETAZIONE COME ATTO DI CONOSCENZA O ATTO DI VOLONTÀ:**

O l'atto di interpretazione è cognitivo (di attribuzione del significato) oppure è un atto di produzione del diritto. Per Kelsen è la seconda, per le ragioni discusse prima.

**FOCUS:** Le antinomie per Kelsen non sono un difetto logico ma giuridico che viene risolto con un atto di volontà a favore dell'uno o dell'altra norma.

Un'altro difetto logico dell'ordinamento sarebbe la lacunosità, ossia la presenza di buchi dentro l'ordinamento per riempire i quali si ricorre o alla norma generale inclusiva o alla norma generale esclusiva.

**LACUNOSITA':** Le lacune sono l'apparente nel senso che si manifesta situazione in cui l'interprete non ha a disposizione la norma utile per risolvere il caso e vengono date 2 soluzioni:

**-NORMA GENERALE INCLUSIVA** → art.12 preleggi, analogia legis e iuris quindi la lacuna è apparente perché tutto può essere analogicamente incluso dentro l'ordinamento è chiamata anche norma di chiusura dell'ordinamento perché lo si chiude includendo tutti i possibili casi anche non previsti dal legislatore.

Questa è l'idea di **HART**.

**-NORMA GENERALE ESCLUSIVA** → Quella di **Kelsen**.

Lui dice che la norma di chiusura dell'ordinamento dinamico è questa perché dire che un ordinamento è lacunoso come quello dinamico è inferiore ad un ordinamento perfetto che è quello naturale, perfettamente giusto, buono e completo.

Quindi parlare di lacune è un termine da prendere con le pinze perché non esiste un ordinamento umano perfetto e le lacune sono vuoti giuridici apparenti (prenderli sul serio vorrebbe dire essere inclusivamente e vedere l'ordinamento perfetto solo quando include tutto).

L'ordinamento non è né perfetto né imperfetto, è dinamico e la sua norma di chiusura è questa esclusiva: tutto ciò che non è espressamente contemplato dal legislatore, dall'ordinamento regolato da questo è perciò stesso libero e permesso che è come dire che è completo e basta. non è quindi perfetto ma è questo qui chiamarla lacuna è fuorviante ed è come dire che il legislatore ha sbagliato, doveva metterci anche questa norma ma ha sbagliato e quindi facciamo in modo di infilargliela lo stesso, per Kelsen invece non è una lacuna, è l'ordinamento che è: dal momento che quel fatto non è regolato esso può essere posto in essere, non è giuridicamente rilevante.

Si tratta di leggere l'ordinamento è contemplato, bene, non è contemplato non è diritto si può fare e l'ordinamento così è completo (non perfetto ma completo, non contempla lacune).

1)NESSO DI CASUALITA' E IMPUTAZIONE PER KELSEN

2)DUALISMI CHE ABBATTE

3)IN CHE SENSO RIMANE IL DIRITTO SOGGETTIVO IN UN ORDINAMENTO COME IL NOSTRO (BERBERIS)

4)RAPPORTO TRA DIRITTO E MORALE PER HART A PARTIRE DALLA MORALE CONVENZIONALE PER POI PASSARE ALLA MORALE CRITICA.