



Dispensa di Teorie del diritto. Idee e contesti. (Bix)

Filosofia Del Diritto

Università degli Studi di Napoli Federico II

48 pag.

Dispensa del libro

Teoria del diritto. Idee e contesti. (Bix)

**Dei capitoli III, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII,
XXI**

Di L. Di Meglio e G. Di Meglio

Eventuali errori d'ortografia sono dovuti alla modalità "Dettatura".

Studenti, buona fortuna!

PARTE B

Capitolo terzo

Hart e il positivismo giuridico

Una panoramica sul positivismo giuridico

Il positivismo giuridico ritiene che una teoria del diritto che sia descrittiva o quantomeno moralmente neutrale sia del tutto possibile e desiderabile.

(Bentham, Austin, Hobbes, Hume)

Nella letteratura contemporanea sono presenti due distinte linee di pensiero interne alla tradizione positivista: una riconducibile all'opera di Hart e l'altra all'opera di Kelsen.

Il tentativo di fondare lo studio del diritto su una base scientifica oggettiva e pura ha spinto molti dei primi giuspositivisti verso un approccio alle azioni e ai concetti giuridici strettamente empirico, concetti intesi come funzione dei fatti passati, presenti e futuri. Tale ricerca nella teoria del diritto di un fondamento puramente fattuale può essere letta come un'applicazione della più ampia ricerca di un approccio scientifico alle scienze sociali, che a sua volta dovrebbe derivare da quello utilizzato nelle scienze dure, ossia costituito da teorie che si basano unicamente su osservazioni oggettive di eventi che possono essere facilmente riprodotti e che sono confermati al loro volta da altre teorie.

Una sintesi della posizione hartiana

Hart risponde alla teoria del comando che aveva ridotto il diritto ad una serie di comandi posti dal sovrano. A ciò egli risponde dicendo che il diritto non consiste in un mero assoggettamento alla sovranità, ma contribuisce a costituire la sovranità. Inoltre molti aspetti importanti dei sistemi giuridici vanno perduti quando si guarda il diritto solo nei termini di un comando accompagnato da una minaccia. In sintesi, nell'idea di Hart, il problema di altri approcci empirici, consisteva nell'incapacità di estinguere il nudo potere dalle istituzioni e dalle regole accettate dalla comunità, ossia nell'incapacità di differenziare i comandi di un terrorista dalle norme di un sistema giuridico. Un sistema giuridico è qualcosa di diverso, rispetto alle regole imposte ad una

comunità soggiogata da un gruppo di banditi. Hart ha colto il cuore di questo argomento nella sua nota distinzione tra sentirsi obbligato ed avere un obbligo: ci sentiamo obbligati ad agire nel modo ordinato dal bandito perché temiamo le conseguenze che deriverebbero dal nostro rifiuto. Ma se rimuoviamo l'elemento del timore, non troviamo più ragioni per agire nel modo richiesto. Il fatto di avere un obbligo basato su un qualche valido sistema normativo costituisce una questione psicologicamente più complessa: si agisce in un certo modo perché si è convinti che si debba farlo e non, o non soltanto, per la paura di agire in modo differente. Egli ha infatti dato la molteplicità delle norme, contro l'idea che invece aveva ridotto tutte le norme giuridiche e le loro differenti manifestazioni ad un tipo soltanto (Austin riconduceva tutte le norme giuridiche ai comandi). Molteplicità di norme: norme primarie= norme che impongono doveri e quelle che conferiscono poteri; le norme che vanno applicate direttamente cittadini, quelle che disciplinano la produzione di altre norme. Norme secondarie= le norme di mutamento che svolgono la funzione di incaricare determinati soggetti di produrre nuove norme primarie; le norme di giudizio che legittimano gli individui a risolvere da autorità la questione se una norma primaria sia stata violata; le norme di riconoscimento.

La norma di riconoscimento

Essa rappresenta o simboleggia la caratteristica fondamentale del positivismo giuridico: ossia il fatto che esistono dei criteri convenzionali ossia accettati dai funzionari, finalizzate a determinare quali norme fanno parte del sistema giuridico. E ciò a sua volta conduce alla separazione tra l'identificazione del diritto e la sua valutazione morale, non che alla separazione tra le affermazioni che hanno ad oggetto ciò che il diritto è e quelle relative a ciò che il diritto dovrebbe essere.

L'aspetto interno delle norme

L'idea è quella per cui non si può comprendere un sistema sociale se prima non si sia compreso come esso sia stato creato e come venga percepito dai soggetti che vi partecipano. L'approccio ermeneutico si pone in tensione con quello di coloro che pretendono che la teoria sociale sia, quanto più è possibile, scientifica. Ebbene Hart riteneva che al di là dei vantaggi che un approccio scientifico poteva offrire al diritto, esso non appariva adatto a farci comprendere in modo completo il diritto. Il diritto è

un'istituzione sociale costruita per conseguire determinati obiettivi umani e per governare le azioni dei cittadini. Per comprendere i comportamenti normativi finalizzati ad un obiettivo si rende necessario dunque abbandonare la prospettiva dell'osservatore, nel tentativo di cogliere il punto di osservazione dei partecipanti al sistema, ossia delle persone che seguono le norme e che hanno percezione della loro osservanza. L'attacco di un approccio puramente scientifico è rinvenibile nella distinzione tra comportamenti abituali e comportamenti governati da norme. Quando si agisce inosservanza di una norma, piuttosto che in virtù di un'abitudine, la norma intesa come giustificazione dell'azione, nonché come fondamento per qualunque critica dei comportamenti difformi rispetto a quanto prescritto. Di converso, tendiamo a non disporre di alcuna giustificazione per le nostre abitudini. Rispetto ad altre teorie: Hart aspirava ad una teoria del diritto che fosse priva di valutazioni e compromessi morali (a differenza di Finnis) E che consistesse in una descrizione della pratica anziché nella partecipazione alla stessa (a differenza di Dworkin). In sintesi la teoria hartiana tenta di assumere la prospettiva del partecipante, tra le varie prospettive proprie del partecipante scegli quella che non prevede valutazioni morali e al contempo mantiene una distanza sufficiente da tale prospettiva, tali da consentire una critica morale dell'intero sistema. Da ciò il pericolo che la posizione di Hart down lato scivoli verso la teoria austriaca Dell'osservatore esterno, e dall'altro si avvicini a quelle di Finnis e di Dworkin (posizione mediana). In termini differenti, si potrebbe dire che il problema è questo: come poter prendere sul serio una teoria che per un verso accetta la prospettiva del partecipante ad una pratica e per l'altro pretende che tale partecipante mantenga un distacco tale da consentirgli di criticare la pratica stessa. Joseph Raz giustifica la posizione mediana di Hart Facendo quest'esempio: i giuristi nel descrivere il diritto e nelle mette le proposizioni giuridiche possono adottare un linguaggio normativo, ma senza provare l'autorità morale del diritto. Un problema simile per il giuspositivismo riguarda poi la questione se sia di fatto possibile una teoria del diritto puramente descrittiva o se descrittiva è un termine troppo forte che sia quantomeno moralmente neutrale. Se da un lato il positivismo giuridico ha sempre insistito sul fatto che il suo compito fosse quello di scrivere il diritto per come esso è e non per come esso dovrebbe essere, dall'altro i positivisti contemporanei sostengono che la costruzione di una teoria implica inevitabilmente elementi di valutazione di selezione con la conseguenza per cui la teoria non può essere puramente descrittiva.

Ciononostante i positivisti sostengono che le forme di valutazione di selezione coinvolte consistono in giudizio di rilevanza e non in valutazioni morali.

La struttura aperta

Esistono molte differenti modi in cui il diritto può mostrarsi incapaci di regolare situazioni che possono presentarsi. Ad esempio quando il legislatore non considera tutte le possibili situazioni e non offrirà risposte a tutte le possibili applicazioni della norma o quando il linguaggio io no norma risulterà impreciso. Da ciò Hart ha desunto che i giudici debbano inevitabilmente usare la loro discrezionalità per creare il nuovo diritto nei casi in cui le norme giuridiche presentino una struttura aperta. Aggiungendo inoltre che una limitata legislazione giudiziale sia una cosa positiva, conferendo all'applicazione delle norme la flessibilità di cui essa necessita. Hart con questa sua teoria risponde ai realisti giuridici americani, che credevano che le norme da sole non sempre determinavano la soluzione di casi giuridici, dicendo che ciò è a volte è vero ma che capita soltanto in unrelativamente ristretto numero di casi. E risponde anche ai giusnaturalisti, che credevano che la creazione del diritto da parte dei giudici dimostra la connessione concettuale tra diritto e morale, dicendo che tale modo di vedere la questione, più che chiarire la nostra comprensione del diritto, tende a confonderla (l'occasionale creazione del diritto da parte dei giudici può basarsi in parte su criteri morali, ma da ciò non segue che il miglior modo per analizzare tali criteri sia quello di credere che si siano immanenti alle norme giuridiche. In più, gran parte della legislazione giudiziale si basa sulla promozione degli obiettivi del legislatore: obiettivi che possono ben essere moralmente neutrale, come anche ingiusti o virtuosi).

Il contenuto minimo di diritto naturale

Esso va inteso come uno ulteriore spiegazione in questa direzione, mostrando come il diritto e la morale spesso siano sovrapposti, ma senza che ciò comporti una connessione necessaria tra i due. Nello specifico l'argomento del contenuto minimo del diritto naturale poggia sull'idea per cui esistono determinati fatti contingenti proprio dell'attuale condizione umana: ossia che siamo tutti mortali vulnerabili, che le risorse sono limitate e che tutti noi dipendiamo in qualche misura dagli altri. ciò detto, posti tali fatti, è verosimile che da essi discendono determinate conseguenze. Tra queste, Nell'idea di Hart, c'è quella per cui qualunque sistema giuridico morale che non ha

proprio il minimo di protezione dagli omicidi, le aggressioni ai furti, quanto meno per una minoranza della popolazione, non possa sopravvivere a lungo.

Positivismismo giuridico inclusivo vs positivismismo giuridico esclusivo

Il positivismismo giuridico esclusivo interpreta o elabora la convenzione per cui non esiste una connessione necessaria e concettuale tra diritto e morale nel senso che i criteri morali non sono né delle condizioni sufficienti, né delle condizioni necessarie per lo status giuridico di una norma. Il positivismismo giuridico inclusivo interpreta la separazione tra diritto e morale in modo differente, ritenendo che, se è vero che le norme giuridiche non hanno un contenuto morale necessario, è anche vero però che un particolare sistema giuridico, in base ad una norma convenzionale, può considerare determinati criteri morali come condizioni sufficienti o necessaria di validità. Aggiunge però che l'utilizzo di tali criteri morali sia contingente perché è relativo a scelte e azioni di singoli funzionari e non quindi espressione della natura del diritto. Il più importante argomenti a favore del positivismismo giuridico esclusivo è stato offerto da Joseph Raz. Egli sosteneva che nel caso delle norme giuridiche (il cui obiettivo è quello di condurre a decisioni dotate di autorità su questioni nelle quali cittadini senza di esse sarebbero influenzati da ragioni morali) dobbiamo essere in grado di determinare il loro contenuto senza dover ricorrere ad ulteriori valutazioni morali.

Altri approcci

Neil McCormick ha sviluppato una teoria istituzionalista del diritto, in cui si sottolinea la base socio-fattuale. Tom Campbell, con la teoria del positivismismo etico ha sostenuto che una tesi sulla separazione forte dovrebbe essere adottata non in quanto analisi filosofica della natura del diritto, ma piuttosto come una prescrizione relativa come giudici e più in generale i governi dovrebbero operare. Roger Shiner ha sostenuto che il positivismismo giuridico, nel momento in cui assume un atteggiamento più sofisticato e tenta di reagire alle critiche, si spinge inevitabilmente verso posizioni vicine al giusnaturalismo. Schauer propone una versione alternativa di positivismismo giuridico, empirica e non ermeneutica, ritenendo che, con riferimento alla proposta hartiana, la sua alternativa appare sostenibile quanto quella, ma che a differenza di quella hartiana scongiura il pericolo di un avvicinamento alla posizione giusnaturalista. Il suo argomento principale stabilisce che sia possibile costruire una versione del punto di

vista interno in cui tanto le azioni dei cittadini conformi al diritto, quanto l'applicazione del diritto da parte di funzionari, vengono spiegate in modo adeguato in termini prudenziali. La funzione di questa riformulazione del punto di vista interno sta nel fatto che l'aspetto della normatività viene rimosso, perché proprio questo aspetto del positivismo giuridico sofisticato che lo spinge verso posizioni giusnaturaliste. Scott Shapiro propone una teoria in base alla quale un sistema giuridico in generale e le singole norme in particolare, andrebbero viste come dei programmi. Tale teoria si propone di dimostrare che il diritto, sebbene sia fondato su fatti, sia fonte di ragioni per l'azione.

Capitolo quinto

La teoria del diritto naturale e John Finnis

Giusnaturalismo tradizionale

Quest'ultimo si incentra su argomenti a favore dell'esistenza di un diritto superiore, che chiariscono il suo contenuto e analizzando quanto deriva dall'esistenza di un diritto così concepito. Cicerone diceva che la vera legge è senza dubbio la retta ragione in accordo con la natura. I temi dunque più importanti del giusnaturalismo sono: Il diritto naturale inteso come qualcosa di immutabile nel tempo e nello spazio. la capacità di ciascuno di accedere ai principi del diritto superiore mediante l'uso della ragione; il fatto che solo leggi giuste meritano di chiamarsi diritto e che già nella definizione del termine diritto è insita l'idea il principio di scegliere cosa sia giusto è vero. Il più influenti esponenti della teoria classica del diritto naturale è stato certamente Tommaso d' Aqu no. Tommaso ha identificato quattro differenti tipi di legge: la legge eterna, la legge naturale, la legge divina e la legge umana (positiva). Nell'idea di Tommaso, la legge positiva deriva dalla legge naturale. Tale derivazione riveste aspetti differenti. Talvolta la legge naturale detta ciò che il diritto positivo potrebbe essere (deduzione logica) , in altri casi la legge naturale lascia spazio alle scelte umane (determinazione). Secondo Tommaso, le leggi positive giuste hanno la forza di obbligare in coscienza. La legge giusta quando è conforme ai dettami del diritto naturale, sia quando sia diretta al bene comune, sia emessa dal legislatore senza che questi abbia oltrepassato i limiti della propria potestà legislativa e quando imponga obblighi che gravano equamente suoi cittadini. Il mancato rispetto di uno di questi tre criteri sosteneva Tommaso, rende la legge ingiusta. Ma che

obbligo al cittadino di fronte a una legge ingiusta? Ecco un esempio per risolvere la situazione: "questa legge ingiusta, non è una legge nel suo significato più pieno, perciò cittadini possono in buona coscienza dire come si sa non fosse mai stata emanata e cioè sentirsi liberi di non obbedire ma se la legge parte di un sistema giuridico a grandi linee è giusto e la sua pubblica disobbedienza può minare il sistema, in questo caso esisterebbe una ragione morale per una seppur minima accondiscendenza al diritto ingiusto. C'è un accenno a questa posizione nella teoria di Tommaso d'aquino, quando sostiene che un cittadino non sia obbligato ad obbedire ad una legge che impone un ingiusto o nere ai propri cittadini, se tale legge può essere disobbedito senza scandalo o danno maggiore, posizione che stata articolata in modo più approfondito da John Finnis

I teorici del medioevo e del Rinascimento

Francisco Suarez È considerato l'altro grande pensatore della scolastica assieme a Tommaso d'aquino. La teoria sul diritto naturale di Suarez tuttavia si discosta da quella di Tommaso quantomeno per due importanti ragioni. Nell'analisi del diritto naturale e gli enfatizza l'elemento della volontà, mentre Tommaso aveva enfatizzato quello della ragione; e con riferimento al diritto naturale, l'idea di Suárez di natura è quella secondo cui la conoscenza del bene deriva dalla conoscenza della natura umana, contrariamente a Tommaso che invece aveva difeso la posizione opposta. Le opere di Suárez hanno sensibilmente influenzato Grozio. Quest'ultimo non condivideva l'idea di Suárez della centralità dell'elemento della volontà. Grozio ha creduto nell'esistenza di norme basate sulla ragione che limitano ciò che i governi possono legittimamente fare ed indicano agli Stati il modo in cui agire gli uni verso gli altri. E proprio in quanto basato sulla ragione, ciò costituisce un diritto naturale, che esisterebbe vincolerebbe anche se Dio non esistesse. Il punto è che Cicerone, Tommaso da qui no, Suárez non erano interessati a fornire un'analisi socio scientifica del diritto, come invece si potrebbe dire di moderni difensori del positivismo giuridico e di suoi critici. La loro attenzione era puntata su ciò che in buona coscienza il legislatore, i cittadini ai governi dovessero fare o non fare.

John Finnis

La sua opera rappresenta l'esplicazione delle idee di Tommaso. Secondo Finnis gli interrogativi principali sono quelli etici. La sua risposta a queste domande fondamentali implica l'idea secondo cui vi sono alcuni beni intrinseche, distinti, ma del medesimo

valore, che lui definisce “forme fondamentali di bene”. In legge naturale e diritti naturali, egli procede ad un’elencazione di tali beni: la vita e la salute, la conoscenza, il gioco, l’esperienza estetica, la socialità e l’amicizia, la ragione pratica e la religione. Questi beni fondamentali sono proposizioni auto evidenti ovvero non possono essere dedotti da altre proposizioni fondamentali. Dal momento che ci sono vari beni fondamentali, che non sono gerarchizzabili, né preferibili agli altri, devono esistere dei principi che guidano la scelta, nell’ipotesi in cui le opzioni disponibili promuovano beni diversi. La morale offre una base per rigettare alcune tra le scelte disponibili. Per Finnis, il passaggio dei beni fondamentali alle scelte morali richiede dei principi intermedi, che egli definisce requisiti fondamentali della ragione pratica. Tra questi il più importante consiste nella prescrizione in base alla quale nessuno può mai agire direttamente contro un bene fondamentale. Altri principi intermedi prevedono che ciascuno dovrebbe costruire un progetto di vita razionale, che non dovrebbero esistere preferenze arbitrarie tra le persone tra i diritti fondamentali e che si dovrebbe promuovere il bene comune della società. Il diritto entra in gioco come un modo per rendere effettivi alcuni beni che non potrebbero essere effettivi senza il suo supporto, e quindi come un modo per facilitare il conseguimento di altri beni. Per cui i suggerimenti di Finnis sul diritto e sulla teoria del diritto deriva non certo senso dalla sua fondamentale preoccupazione per l’etica. Per quanto riguarda gli interrogativi sull’obbligo di obbedire al diritto, egli appare vicino a Tommaso: ciascuno ha l’obbligo di obbedire alle leggi giuste; le leggi ingiuste non sono diritto nel senso più pieno del termine sia l’obbligo di conformarsi alle loro prescrizioni solo nella misura in cui ciò sia necessario difendere in altro modo le istituzioni giuste.

Giusnaturalismo vs Giuspositivismo

Come evidente il punto di partenza di Finnis appare estremamente lontano rispetto a quello dei positivisti, ciononostante sorprendente scoprire alcune similitudini tra le loro teorie. Come Hart, Finnis enfatizza il bisogno di usare un punto di vista interno nell’analisi dei sistemi giuridici e come Joseph Raz, ritiene che la nostra comprensione dei sistemi giuridici dovrebbe incentrarsi sul fatto che il diritto condiziona le nostre ragioni per l’azione. Però a differenza di Hart, Finnis sostiene che non si dovrebbe adottare la prospettiva di coloro che semplicemente accettano il diritto come valido ma bisognerebbe assumere la prospettiva di coloro che accettano il diritto come vincolante

perché si ritengono che le norme giuridiche valide creino obblighi morali. Nel contesto in cui Finnis costruisce la propria teoria giusnaturalista si possono individuare due differenze tra la teoria del diritto naturale ed il giuspositivismo. La prima, quella per cui il naturalismo asserisce che è una teoria del diritto neutrale dal punto di vista morale non sia possibile, e neanche importante. La seconda è quella per cui la teoria naturalista si concentra sul come, sul se e sul quando il diritto positivo ti aggiunga al nostro set di obblighi morali.

Altre tendenze

Deryck Beyleveld e Roger Brownsword offrono una teoria naturalista basata sul fatto che alcuni principi morali sono presupposti della ragione pratica. Lloyd Weinreb ha costruito una teoria del diritto naturale connessa la visione greca antica, secondo cui vi è un ordine normativo naturale, nel quale le norme morali e giuridiche giocano un ruolo fondamentale nelle questioni relative al Libero arbitrio e alla responsabilità. E Michael Moore Ha formulato una teoria naturalista basata sul realismo metafisico della morale e del significato.

Capitolo sesto

Comprendere Lon L. Fuller

Un differente tipo di giusnaturalismo

È il primo gruppo di naturalisti è formato da Cicerone, Tommaso d' Aquino, Francisco Suarez e John Finnis. Il secondo gruppo comprende invece autori più recenti. Il loro approccio è focalizzato essenzialmente su un'adeguata comprensione del diritto inteso come istituzione o pratica sociale. Discussione tra Hart e Fuller. Hart Pose le basi per una riformulazione del positivismo giuridico. Parte di tale riformulazione è consistito nel rimarcare la distinzione tra positivismo giuridico e naturalismo, distinzione che trova il suo punto centrale nella separazione concettuale tra diritto e morale. Dal canto suo, Fuller argomento contro una rigida separazione tra diritto e morale, ma la posizione che ha sostenuto, rubricata come teoria del diritto naturale, è in verità alquanto differente rispetto alle altre teorie naturaliste.

L'approccio di Fuller

Egli rigetta l'idea del diritto come proiezione unilaterale di autorità. Egli crede che tale approccio non tenga conto della necessità della cooperazione e dei reciproci obblighi tra i funzionari e cittadini, essenziale affinché un sistema giuridico funzioni. Inoltre egli critica i positivisti poiché crede che qualsiasi teoria che non prende in considerazione la forma ideale del diritto, sulla base di una separazione tra descrizione e valutazione, risulta essere fuori strada. Egli definisce il diritto come l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo di norme. E il diritto dunque è un particolare modo di guidare e di coordinare il comportamento umano. All'analisi positivista basata sull'idea di potere, di ordine e di obbedienza, egli contrappone il concetto di moralità interna del diritto. Come teorici del naturalismo tradizionale, egli elabora l'idea di una soglia che deve essere raggiunta affinché è un qualcosa possa essere adeguatamente definito come diritto. Ma a differenza dei naturalisti tradizionali, il testo adottato da quest'ultimo riguarda la funzione, la forma, la procedura e non il contenuto morale. Più nello specifico, la moralità interna del diritto consiste in una serie di canone, che nell'idea di Fuller un sistema di regole dovrebbe necessariamente soddisfare se vuole essere considerato come un sistema giuridico. Gli otto requisiti sono i seguenti: le norme devono essere generali; devono essere promulgate pubblicamente; la produzione l'applicazione di norme retroattive deve essere ridotta al minimo; le norme devono essere comprensibili; non devono essere contraddittorie. Hair, non devono richiedere condotte che vanno al di là delle capacità dei soggetti a cui sono indirizzate; devono restare quanto più possibile costanti nel tempo; devono sussistere congruenza tra la loro enunciazione e la loro applicazione. I due gruppi naturalisti dunque hanno delle differenze: è lo stesso Fuller a definire la propria teoria come procedurale, e perciò distinta dal diritto naturale sostanziale. Osservare le regole stabilite è una buona cosa, e non implica la necessità di forzare altro modo la situazione caratterizzandola come una questione morale giustizia. Nonostante ciò le critiche dicono che se l'osservanza dei principi di legalità costituisce essa stessa un bene morale può essere indicativa del fatto che è un governo tende ad azioni moralmente giuste ed impedisca azioni dei praticabili, nel ritenere che l'osservanza di quei principi garantisca la giustizia sostanziale del sistema e forse una pretesa troppo ambiziosa. Inoltre coloro i quali approcciano il diritto naturale attraverso il dibattito tra Hart e Fuller tendono ad enfatizzare in modo eccessivo la questione delle condizioni in base alle quali una norma un sistema di guida sociale merito di nuovo le Tichetti di diritto e di giuridico, perdendo

di vista i reali argomenti morali, sociologici e concettuali.

Le concezioni contemporanee

Andrei Marmor, dopo un dettagliato esame dei vari aspetti del ruolo della legge conclude affermando che molte virtù del ruolo della legge sebbene essenzialmente procedurale, costituiscono anche delle virtù politiche morali, e che il diritto sia essenzialmente giusto nel semplice senso che abbiamo buone ragioni per avere il diritto e per essere da esso governati.

Fuller e il Legal Process

Egli influenza enormemente questa scuola poiché egli enfatizza una morale interna al diritto proprio come questa scuola sostiene che il diritto sia in grado di offrire un set di conoscenze in relazione ai metodi con cui vengono prese le decisioni, anche quando il diritto sostanziale può non offrire determinati soluzioni alle dispute sociali. Tutto ciò ovviamente va contro il realismo giuridico americano.

Capitolo settimo

L'approccio interpretativo di Ronald Dworkin

I primi scritti

Dworkin, contro il positivismo giuridico, ha sostenuto che, oltre alle norme, i sistemi giuridici contengono anche i principi. I principi giuridici sono delle proposizioni morali espresse o implicite negli atti ufficiali. Mentre le regole vengono applicate secondo lo schema del tutto o niente, i principi possono essere applicati al caso senza essere dispositivi. I principi hanno un peso in favore di un determinato risultato. Ma possono esistere principi che supportano risultati tra loro incompatibili sulla medesima questione giuridica. Dunque il diritto contiene sia regole che principi. Per decidere invece la soluzione ad un determinato caso, il suo approccio si basa sul fatto che i giudici debbano prendere in considerazione varie teorie in merito a ciò che il diritto richiede in quel particolare caso, rigettando quelle che non si adeguano in modo appropriato alle pregresse azioni ufficiali. E tra le teorie che si adeguano in modo appropriato, i giudici devono scegliere quella che meglio combina l'adeguatezza e il valore morale, esprimendo il diritto nella sua luce migliore. Dunque in tutte le questioni

giuridiche esiste una risposta corretta.

L'interpretazione costruttiva

Secondo Dworkin, tanto il diritto (inteso come pratica) quanto la teoria del diritto, devono essere intesi come processi di un'interpretazione costruttiva. I dati che devono essere interpretati costruttivamente sono costituiti dalle pregresse decisioni ufficiali, tanto quelli dei giudici che hanno deciso un caso e hanno prodotto le relative ragioni, quanto quelli del legislatore che ha approvato le leggi. Al fine di rendere il diritto una determinata area del diritto, al meglio delle sue possibilità, i criteri che egli ha presi in considerazione sono quelli dell'adeguatezza e del valore morale. Per alcune questioni giuridiche, la risposta può apparire semplice, perché solo una teoria si adegua in modo appropriato. Ma laddove il diritto sia instabile ed incoerente, o la questione giuridica sia nuova, certamente esisteranno teorie alternative che appaiono tutte al loro modo adeguate. Tra queste però qualcuna realizzerà meglio il criterio dell'adeguatezza, un'altra quello del valore morale. Nel comparare tali teorie alternative, il peso dell'adeguatezza o del valore morale costituirà a sua volta una questione interpretativa, e varierà da un'area all'altra del diritto. Inoltre egli ha anche parlato del concetto di integrità: ossia della convenzione per cui giudici dovrebbero decidere i casi in modo tale da produrre un diritto più coerente, preferendo l'interpretazione che rappresentano il diritto come se fosse il prodotto di un'unica visione morale. Detto altrimenti l'integrità non sarebbe altro che il risultato di un corretto bilanciamento tra adeguatezza e valore morale. Inoltre in base alla concezione convenzionale si ritiene che pubblici funzionari aggiungano direttamente contenuti al sistema giuridico per cui quando ad esempio il legislatore metti una legge, il contenuto di quella legge diviene parte del sistema giuridico. Per Dworkin e Greenberg invece la legislazione non aggiunge direttamente i nuovi contenuti al sistema giuridico, il suo effetto è più che altro indiretto: essa crea dati *printer presa tv*, la legge vera e propria verrà alla luce solo in una fase più avanzata, in quanto prodotto dell'interpretazione. L'approccio interpretativo ha il pregio di riuscire a rendere conto del modo in cui il diritto viene regolarmente modificato e rappresentato in modo differente. Tale punto di forza però può anche tradursi in un punto di debolezza: ossia il fatto di enfatizzare troppo la possibilità di revisione e troppo poco la possibilità di stabilità; ed anche di celebrare la figura del singolo giudice in grado di modificare intere aree del diritto, trascurando l'importante ruolo svolto dal consenso e

dal sapere come collettivo. A partire da tale argomento è stata elaborata una critica secondo cui l'approccio di Dworkin in realtà sia solo una teoria del diritto fatto per i giudici, piuttosto che quella comprensiva teoria del diritto che afferma di essere.

La risposta corretta

Ossia l'idea per cui tutte le decisioni giuridiche abbiano un'unica risposta corretta. Ciononostante tre temi sembrano regolare le molte formulazioni della tesi della risposta corretta. Il primo è quello per cui tale pretesa riflette la nostra pratica: anche nei casi difficili giudice gli avvocati che discutono, argomentano decidono i casi agiscono come si e parlano come se ci fossero delle risposte corrette da trovare. Questo riferimento alla pratica stimola risposte per cui la retorica giudiziale della risposta corretta sarebbe solo una questione di apparenza o di convenienza, in quanto i giudici nei momenti più intimi sposano precisamente l'idea opposta. Un secondo tema è quello per cui l'esistenza delle risposte corrette nelle questioni giuridiche dipende dal semplice fatto che i giudici sono tenuti a raggiungere una soluzione del caso loro proposto e che alcune soluzioni sono migliori di altre. Laddove altri teorici, come Joseph Raz, ad esempio tentano di distinguere le decisioni giudiziali a seconda che si basino su Standard giuridici o extra giuridici, e a seconda che si applichino decisioni precedenti o che creino decisioni nuove, Dworkin crede che tali discussioni manchino il bersaglio. A suo avviso ogni standard che un giudice è tenuto ad utilizzare è uno standard giuridico. Gli argomenti che si indicano quali aspetti delle decisioni giudiziali siano basate su fattori giuridici e quali su fattori extra giuridici e a suo avviso di scarso interesse. Un terzo tema ricorrente è quello per cui il modo migliore e forse anche l'unico per provare l'esistenza di un'unica risposta corretta in tutti i casi giuridici consiste nel prendere in considerazione i singoli casi difficili e costruire un argomento per cui in particolare il risultato sia l'unico risultato corretto, oppure al contrario argomentare che con riferimento a quel caso i risultati si equivalgono. A parere di Dworkin è difficile che la certezza del diritto venga dimostrata o rifiutare attraverso un argomento universale.

Dworkin vs Hart

Essi avevano differenti idee su quali fossero le questioni di interesse più urgenti della teoria del diritto. Se c'è un vero conflitto tra Hart e Dworkin si ha laddove quest'ultimo afferma o implica che non ci sia spazio per una sostanziale, dettagliata interessante

teoria descrittiva o concettuale del diritto. Questo attrito si nota nell'insistenza di Hart Sulla necessità di una teoria concettuale descrittiva del diritto, nel dissenso per qualunque tentativo di ridurre il positivismo giuridico ad una giustificazione dell'attuale o futura coercizione, ed anche nella tesi per cui se pure il significato delle proposizioni giuridiche e la maggior parte sia interpretativo valutativo, ciò non comporta che anche le teorie descrittive o concettuali debbano necessariamente essere anche se interpretative valutative.

Le questioni demistificate

A volte i critici sostengono che i termini usati dei pratici e dei teorici del diritto non siano altro che etichette prive di contenuto, che servono soltanto a confondere le idee. Se guardiamo alla pratica reale, a rigor di logica, troveremo soltanto un tentativo di razionalizzare particolari risultati. Il realismo giuridico americano quindi intende demistificare il diritto. Per Dworkin però ciò che conta è se la teoria sia corretta o se essa sia quantomeno migliore delle teorie alternative. Le spiegazioni storiche, psicologiche e sociologiche sono elementi marginali nel momento in cui si valuta la correttezza delle teorie. Ciò nonostante il fatto di demistificare le spiegazioni può non essere del tutto irrilevante, soprattutto nel momento in cui si è a ragione sospettosi riguardo ad una teoria che si adatti agli interessi o pregiudizi personali del teorico che la propone relativi alla propria visione del mondo. Ma i sospetti non sono prove, e per quanto un'indagine sui meriti di una teoria possa essere condotta in modo neutrale gli argomenti demistificatori funzionano solo al fine di giustificare il fatto di iniziare un dibattito su una certa teoria, l'eventuale dibattito sui suoi meriti avrà altri fondamenti.

PARTE C

Capitolo ottavo

La giustizia

La giustizia correttiva comporta una correzione nei rapporti tra due parti qualora una abbia tratto profitto dall'altra o le abbia arrecato un danno. La giustizia distributiva implica la distribuzione appropriata di beni all'interno di un gruppo. In questo capitolo ci concentreremo sulla giustizia distributiva.

John Raws e La teoria del contratto sociale

Per Rawls la giustizia consiste di regole strutturali della società in cui persone che possiedono diversi valori e scopi nella vita riescono a coesistere a cooperare e a competere. Le regole sono necessarie per tutte le persone che cooperavano al fine di creare beni sociali e individuali all'interno della società. Rawls si rifà agli autori del contrattualismo come Hobbes e Locke. A differenza di questi ultimi però i moderni teorici del contratto sociale come Rawls Hanno sostituito all'immagine sugli accordi che persone in carne ed ossa avrebbero veramente convenuto e su come tali accordi potrebbero vincolare altre persone con una discussione su ciò che persone ragionevoli concorderebbero se gli fosse data la possibilità di stipulare un accordo. Dunque il suo punto di partenza e degli altri teorici del contratto sociale è che sia inutile elaborare argomenti a partire dalle credenze morali fondative come quelle religiose O dogmi politici perché molte persone non lo accetterebbero come punti di partenza. Se non si possono derivare i principi del governo da assiomi fondativi su cui tutti sono d'accordo forse possibile però raggiungere un accordo attraverso una discussione libera e aperta: sei principi di governo venissero così ottenuti non vi sarebbe più motivo per non accettarli. Il problema consiste a questo punto nel fatto che non sempre una libera discussione conduce a un accordo e ciò in quanto alle nostre diverse posizioni nella vita creano differenti interessi personali e inclinazioni. Nonostante ciò il consenso è essenziale, perché i Dissenzienti in una valutazione a maggioranza avrebbero un solido motivo per obiettare che gli vengono imposti principi senza il loro consenso. L'interesse personale spesso condiziona il pensiero delle persone facendogli preferirei principi che li rendono più ricchi e contrastare i principi che sebbene siano giusti comportano una diminuzione del loro benessere. In ragione di ciò, Rawls Immagina una discussione tra persone collocate nella medesima situazione, consistente nel fatto di ignorare la propria posizione in società. Tale esperimento mentale, tale contrattazione ipotetica, sarebbe in grado nella sua idea di rendere legittimi determinati principi di giustizia ed è per questo che egli definisce la sua teoria nei termini di una giustizia come equità, ossia giustizia come risultato di un accordo tra persone sottoposte ad eque condizioni.

I due principi di Rawls

I principi di giustizia su cui contraenti converrebbero sono i seguenti: primo principio: ogni persona ha un eguale diritto al più ampio sistema totale di eguali libertà fondamentali compatibili con un simile sistema Per tutti. Secondo principio: le

ineguaglianze sociali ed economiche devono essere per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati collegate a cariche e posizioni aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità. Il primo principio sembra chiaro invece il secondo è giusto fare una riflessione. L'unica ragione perché qualcuno possa accettare qualcosa di diverso dall'eguale distribuzione che le diseguaglianze ammesse risultino per ciascuna persona un vantaggio maggiore rispetto al sistema di eguale distribuzione. Questo potrebbe accadere perché le diseguaglianze producono incentivi competitivi chiama entrano la produttività, che a sua volta aumenterebbe la ricchezza individuale e sociale. Ed allora perché non permettere che il sistema del libero mercato funzioni come vuole? Perché afferma Rawls anche mettendo da parte le questioni della classe sociale che si auto conserva, la libertà naturale permette che la distribuzione della ricchezza e del reddito sia determinata dalla distribuzione naturale di abilità e talenti. In tre limiti concessi dagli assetti di fondo, le quote distributive sono decise dall'esito della lotteria naturale e questo risultato è arbitrario da un punto di vista morale.

I successivi cambiamenti di prospettiva di Rawls

L'opera successiva di Rawls contiene invece assunzioni certamente meno ambiziose: il concetto di giustizia viene adesso presentato come l'insieme delle istituzioni e delle pratiche che permettono alle persone di coesistere di prosperare, nonostante loro differenti modi di concepire la vita buona. Le assunzioni della teoria devono essere interpretate come idee politiche non metafisiche.

Robert Nozick e il liberalismo

In risposta alla teoria di giustizia di Rawls segue una teoria di giustizia libertaria di Robert Nozick. In risposta a Rawls la prima questione posta da Nozick è la seguente: perché parliamo di una giusta distribuzione? Il primo aveva scritto: supponiamo come primo passo che la struttura di base della società distribuisca determinati beni primari cioè cose che si presume ogni individuo razionale desideri. Il secondo osserva che la maggior parte dei beni che possediamo o vogliamo possedere non vengono distribuiti, vengono divisi tra le persone in un dato momento dal governo o dalla struttura fondamentale della società o da qualche altro potere centralizzato. Quel che ciascuna persona riceve, lo riceve da altri che glielo danno in cambio di qualcosa, oppure in dono. Il problema per il governo non è la distribuzione, bensì la redistribuzione.

L'approccio alternativo di Nozick consiste nel sostituire la giusta redistribuzione con la giustizia nei possessi. Secondo il suo pensiero ci sono due modi in cui poter legittimamente possedere un bene: uno) che si sia acquistato in conformità ai principi della legittima acquisizione; due) che si sia ottenuto in accordo con il principio del legittimo trasferimento da un soggetto che aveva sua volta titolo a possedere la cosa. Dalla sua analisi segue che la società, il governo non hanno il diritto di redistribuire i beni per qualche beneficio generale, perché così facendo violerebbero il legittimo diritto delle persone e sulle cose che gli appartengono. La società ha comunque il diritto di redistribuire i beni per correggere una qualche ingiustizia nei possessi.

Michael Sandel, il comunitarismo e il repubblicanesimo civile

Una critica differente rivolta alla teoria di Rawls e quella elaborata da Michael Sandel i cui argomenti vengono ricondotti alla teoria politica e morale del comunitarismo. Alcuni comunitaristi hanno sostenuto che la visione liberale della giustizia sia valida solo nella misura in cui accetta l'idea di persona in questa bolla: individui isolati che non hanno relazioni reciproche e che cooperano soltanto al fine di raggiungere obiettivi di breve o lungo termine. I comunitaristi invece contestano proprio quest'idea. I liberali e i libertari basano le proprie teorie della giustizia su un'analisi che tratta le persone fondamentalmente alla stregua di atomi: da questo punto di vista, l'individuo essenzialmente volontà metafisica, e capacità di scelta di una certa forma del bene. Per Sandel Però ciò non rispecchia la vita reale, a nessun livello. Veniamo al mondo come membri di una famiglia, di una comunità, di un gruppo etnico e religioso, e ciò costituisce una parte essenziale della nostra identità, in tutte le fasi della nostra vita. Egli dunque suggerisce che la giustizia e l'Etica debbano concentrarsi sulle nostre relazioni o perlomeno tenerlo in considerazione: le nostre responsabilità come membri delle comunità alle quali apparteniamo. I comunitaristi quindi criticano la tesi fondamentale dell'individualismo liberale e tendono ad enfatizzare l'importanza della comunità, nonché l'appartenenza ad essa. L'argomento è che l'appartenenza ad una comunità politica è un bene che il liberalismo trascura, ignora, il cui significato non può essere colto in modo corretto. Nel considerare i principi e le regole giuridiche l'attenzione dovrebbe essere rivolta alla comunità e la società: al fine di comprendere come l'adozione di un principio di una regola, piuttosto che un'altra, possa aiutare o ledere la società, e non soltanto commessa possa incidere sull'autonomia di singoli

individui. Anche per un altro studioso come Michael Walzer le questioni di giustizia e le relative risposte sono e devono essere discusse nel contesto di comunità particolari e di altrettanto particolari tradizioni. Da questo punto di vista il comunitarismo costituisce un approccio simile alla teoria politica nota come repubblicanesimo civico. Questa è l'idea per cui la virtù civica, la partecipazione alla vita politica pubblica, sia un valore importante che dovrebbe essere enfatizzato. Secondo questo approccio, uno dei compiti del governo è quello di rendere i cittadini virtuosi ed incoraggiare la partecipazione al bene pubblico. Il repubblicanesimo civico contiene una solida teoria del bene pubblico e dei nostri doveri come cittadini funzionari pubblici al servizio di quel bene, concepito in modo diametralmente opposto rispetto alla teoria della scelta pubblica (CAP. 18).

Le critiche femministe

Sudan Miller Okin e Ruth Anna Putnam hanno sostenuto che le opere sulla giustizia scritte dagli uomini tendono a focalizzarsi unicamente sulla giustizia nella vita politica nella distribuzione dei beni, senza porre la necessaria enfasi sulle implicazioni di come il luogo di lavoro è strutturato per la vita familiare, o la vita familiare per il luogo di lavoro. Si sostiene inoltre che la maggior parte delle teorie della giustizia tendono ad assumere una concezione tradizionale della famiglia, con la sua divisione di genere del lavoro, divisione che queste teorie ritengono giusta, ma che le femministe contestano. Non è ingiusto che le donne lavorino a casa piuttosto che cercare un lavoro retribuito, ingiusto che le norme giuridiche e sociali stabiliscano con le donne possono o debbano lavorare soltanto a casa. Martha Fineman ha sostenuto che l'individualismo liberale ha costruito intorno alla presunzione dell'autosufficienza, mentre la realtà è che tutti noi dipendiamo da elementi come l'età, malattie, disabilità.

Capitolo nono

La pena

Le teorie sulla funzione della Pena possono essere generalmente distinte in approcci che intendono la pena come qualcosa che possiede un valore in sé ed approcci che invece vedono nella pena un mezzo per la realizzazione di altri fini.

Un punto di partenza

Ci si chiede: a) se la pena sia qualcosa di moralmente giustificato e B) se debba essere gestita in monopolizzata dallo Stato. Ci sono invece assunzioni in contestate: uno) le persone devono essere punite per un fatto che hanno realmente commesso e due) lo Stato deve giustificare la criminalizzazione dei fatti.

Retribuzione

Coloro i quali vedono la pena come qualcosa che possiede un valore in sé, parlano di giustizia nel punire i trasgressori, e di bisogno di retribuzione per l'azione illecita.

(Occhio per occhio, dente per dente). Idee ormai percepite come barbare.

Differentemente la nozione generale di retribuzione secondo cui la severità della pena dovrebbe riflettere la severità del male che si è commesso continuano ad avere molti sostenitori. Kant sostiene che qualunque approccio alla Pena che si colloca al di fuori della retribuzione, rappresenta un allontanamento dal più stretti requisiti di giustizia. Quella di Kant è una forma particolarmente rigida di retributivismo, ve ne sono anche di più moderate. Ad esempio si potrebbe sostenere che il fatto di ritenere qualcuno colpevole sia necessario ai fini della pena, si potrebbe sostenere che il fatto di ritenere qualcuno colpevole costituisca una condizione sia necessaria che sufficiente ai fini della pena, ma che possono esistere degli argomenti di controbilanciamento che giustificano il fatto di non punire la persona che merita una punizione, oppure di non punirla per come essa in verità meriterebbe. I teorici della retribuzione spesso parlano di proporzionalità, per cui i crimini più importanti dovrebbero ricevere le pene più severe. Il primo problema consiste nel determinare se la retribuzione attenga solamente alla comparazione delle pene, o se esista un qualche livello assoluto di pena che costringa ad una qualche pena peculiare.

Rendere migliore la società: consequenzialismo e utilitarismo

Il consequenzialismo consiste nel credere che le opzioni di scelta possono essere valutate in base alle loro conseguenze. La giustificazione più diffusa per una concezione della pena che guarda al futuro e alle conseguenze è proprio la deterrenza. La deterrenza può essere distinta in deterrenza individuale o speciale (la persona punita non violerà nuovamente la legge) e deterrenza generale (La pena applicata ad alcuni dissuaderà gli altri dal violare la legge). (Platone sosteneva ciò).

Altri autori prestano invece maggiore attenzione al concetto di riabilitazione: per cui

obiettivo principale ed esclusivo della pena, nonché la sua primaria esclusiva giustificazione, dovrebbe consistere nel far sì che un criminale diventi un membro responsabile della società, qualunque sia il mezzo, per esempio la reclusione o qualche misura ad essa alternativa. Anche questo approccio è di tipo consequenzialista.

Altre funzioni

Una è la funzione espressiva della pena: per cui la pena costituirebbe il modo per esprimere la repulsione che la società prova nei riguardi di alcuni tipi di azione. Altri sostengono la funzione rieducativa della pena. Una delle funzioni che a volte si attribuiscono alla pena detentiva attiene alla sua capacità inibitoria: La detenzione rimuove dalle strade un criminale, proteggendo così la comunità da un pericolo, seppur temporaneamente. Infine altri autori hanno sostenuto che il fatto di umiliare il trasgressore sia stato e dovrebbe essere tanto un tipo di pena quanto una sua funzione.

Capitolo decimo

I diritti e il discorso sui diritti

I diritti possono essere raggruppati in almeno due tipologie: diritti e diritti morali, a seconda che la pretesa in questione derivi da fonti autoritarie di un particolare sistema giuridico oppure da una particolare teoria morale. A partire da ciò possiamo dire che dall'affermazione "Y è capace di avere diritti" non si può desumere che "Y abbia un qualche diritto, allo stesso modo non si può desumere che qualunque diritto Y abbia, esso prevalga su interessi giuridici contrastanti presi in considerazione". Dworkin scrive che I diritti (in particolar modo i diritti morali dal far valere nei confronti dello Stato) all'interno delle questioni politiche dovrebbero sempre prevalere rispetto a contrario considerazione del benessere generale. In base a tale argomento, la rivendicazione di tali diritti può essere superata o ignorata solo nel momento in cui tali pretese vengano messi a confronto con diritti equivalenti e contrapposti o quando sia necessario fronteggiare un più importante ed urgente interesse per il bene comune. Da questo discorso deduciamo che il concetto di diritto soggettivo è molto difficile da analizzare

L'analisi di Hohfeld

Wesley Hohfeld ha sostenuto che l'uso della parola "diritto soggettivo" nel discorso giuridico è stato spesso impreciso, ricoprendo quattro diversi tipi di concetti giuridici:

uno) diritti, strettamente intesi come pretese correlative a corrispondenti doveri di altre persone; due) libertà, da intendersi quantomeno nel senso che il titolare del diritto non ha il dovere giuridico di astenersi da una determinata azione; Tre) poteri, ossia la capacità di modificare le relazioni giuridiche; Quattro) immunità, le quali sono correlate alle corrispondenti capacità di qualcun altro. Hohfeld propone dunque due gruppi di connessione: uno) diritto, dovere= libertà, non diritto; due) potere, soggezione= immunità, mancanza di potere. In secondo luogo egli ha sostenuto che tutti gli enunciati relativi al diritto possono essere ridotti ad una proposizione a tre variabili: A vanta un diritto nei confronti di B per X. Per cui se colui che chiede il lavoro non intende specificare nei confronti di chi sta ammazzando il proprio diritto, allora nasce il sospetto che la sua rivendicazione sia di natura retorica: stando così le cose affermare abbiamo diritto al lavoro, diventa niente di più che un altro modo di affermare “vogliamo urgentemente un lavoro”, oppure “sarebbe ottimo se qualcuno si offrisse un lavoro”.

La teoria della volontà e la teoria dell'interesse a confronto

Nella tradizione analitica, esistono due categorie principali di teorie concettuali sulla natura dei diritti. La prima è conosciuta come teoria dell'interesse o del beneficiario ed è associata a Jeremy Bentham e a Neil MacCormick. Questa concezione equipara il fatto di vantare un diritto con quello di essere presunto beneficiario del dovere di qualcun altro. Joseph Raz ha offerto una formulazione in qualche modo più generale di questa tesi secondo cui il fatto che una parte abbia un diritto equivale ad un aspetto del benessere costituisce una ragione sufficiente per considerare un'altra persona sottoposta ad un dovere. Il secondo approccio è quella della teoria della volontà o della scelta associata principalmente ad Hart. Egli ha concepito il concetto di diritto soggettivo con una libertà bilaterale protetta, ed ha equiparato il fatto di possedere un diritto con quello per cui ad una delle parti sia stato concesso da parte del diritto il controllo esclusivo, più o meno esteso, sul dovere di un'altra persona, cosicché nel raggio d'azione coperto da quel dovere, il titolare il diritto come un piccolo sovrano. Questa teoria però non sembra rappresentare una teoria generale dei diritti in quanto esclude i diritti inalienabili, i diritti dei minori, i diritti degli incapaci. Per altri critici invece questo scontro nasce fra idee confliggenti in tema di ordine sociale, come Nigel Simmonds. Egli ha sostenuto che le teorie della volontà si fondano sull'idea per cui principi di giustizia le regole sociali possono essere ricavate dalla ragione e per cui tutti

cittadini possiedono pari diritti. Il diritto pubblico è dunque un piccolo regno della scelta collettiva. Le teorie dell'interesse invece negano l'idea per cui sia possibile riconciliare tutti gli interessi e renderli mutualmente coerenti: è compito della legislazione positiva imporre una ricomposizione ragionevole.

Capitolo undicesimo

Volontà e ragione

La volontà rappresenta le risposte che sono il prodotto di una scelta di una decisione presa da individui. La ragione rappresenta le risposte che sono invece il prodotto di un'analisi: risposte che si danno perché sono corrette e non in quanto offerti da qualcuno che ha il potere di prendere una certa decisione. Le teorie del diritto solitamente tendono a prediligere soltanto uno dei due aspetti.

Il positivismo giuridico e la teoria del diritto naturale

Le teorie positiviste del diritto si trovano più a loro agio con gli aspetti del diritto che riguardano la volontà. D'altronde la locuzione "diritto positivo" costituisce essa stessa un riferimento all'istituzione, alla positivizzazione attraverso la legislazione di standard giuridici, in contrapposizione alla scoperta per mezzo del ragionamento, dei principi giuridici naturali e divini. Il naturalismo, al contrario, trova una migliore giustificazione ed una più facile applicazione in quelli che sono gli aspetti razionali del diritto. Il giusnaturalismo però si è sempre chiesto se il diritto naturale fosse un prodotto della volontà o della ragione di Dio. Infatti ci si è chiesti se gli atti e le promulgazione dei funzionari devono essere obbediti perché rappresentano la volontà del sovrano oppure perché sono conformi ai diritti naturali dei singoli poteri naturali del governo. I teorici moderni del diritto naturale (Fuller e Dworkin) Hanno sostenuto che il diritto non sia solo piacimento e cioè da funzionari hanno comandato, positivizzato e promulgato, e che per di terminare cose il diritto esiga, è richiesta anche l'applicazione del ragionamento morale.

Il contratto sociale e l'analisi economica

Altre analisi interessante sulla dicotomia volontà, ragione, è stata data da Rawls il quale ha sostenuto che i principi di giustizia sono quei principi che verrebbero accettate da persona ipotetica che ignorano le proprie forze, le proprie debolezze le proprie

condizioni all'interno della società. È importante evidenziare che gli ha costruito un'analisi che nasce dalla ragione, ma che prende le sembianze di un'analisi che nasce dalla volontà. Non sono persone reali a scegliere, bensì una strana variante di un essere umano all'interno di un esperimento teorico. In ogni caso i motivi per rispettare le soluzioni che derivano dalla scelta, sono piuttosto differenti dei motivi per rispettare le soluzioni fornite dalla ragione. Dunque c'è una grande differenza tra il fatto che le persone ragionevoli accetterebbero qualcosa e il fatto che persone in carne ed ossa lo abbiano accettato. Il primo è un argomento di ragione, il secondo è un argomento di volontà: ciascuno di essi reca in sé una forza morale una legittimazione di tipo diverso. Un modo simile di smascherare gli argomenti relativi alla ragione, come se fossero argomenti relativi alla volontà, non si può ritrovare all'interno del movimento dell'analisi economica del diritto. Richard Posner ha cercato di reperire una giustificazione morale il proprio approccio economico al diritto (massimizzazione del benessere). A tal fine ha sostenuto che scegliere istituzioni, criteri e procedure più efficienti (o che massimizzano la ricchezza in un modo migliore) rispetto a quelli meno efficienti, sia coerente con le idee tradizionali di autonomia e di consenso. Se non è disponibile alcun meccanismo per ottenere un consenso espresso, da ciò non segue il fatto di dover abbandonare il principio del consenso, quanto piuttosto quello di ritenersi soddisfatti del consenso implicito (anche se ipotetico), quando disponibile. Ma anche quest'ultima frase può smascherare un concetto inizialmente basato sulla volontà (consenso), ma che poi accettando il consenso implicito, si baserà sulla ragione.

Capitolo dodicesimo

Autorità, intenzione ed errore

Nel caso inglese Davis vs Johnson, la questione principale riguardava la corretta interpretazione di una legge che proteggeva le donne in caso di violenza domestica. C'era però anche una questione secondaria che riguardava la questione se la corte d'appello inglese avesse l'autorità per discostarsi dalle sue precedenti decisioni. Sir George Baker suggerì di aggiungere un nuovo caso alla limitata lista di Circostanze eccezionali nelle quali alla corte d'appello fosse consentito di contraddire le decisioni precedentemente presi: quello in cui c'è un conflitto tra la previsione legislativa è una decisione che abbia completamente frainteso il suo significato e disatteso i suoi obiettivi. In appello la camera dei Lord difese l'interpretazione della legge fatta la corte

d'appello, ma respinse il tentativo della corte espandere la propria autorità in ambito interpretativo. Ai fini dei nostri propositi tuttavia il commento più interessante di Lord vari perito in una discussione secondaria rispetto al dibattito principale, in cui Lord Diplock sostenne una lettura della legge contraria quella di quattro suoi colleghi: "ciò non può riguardare il giudizio in corso, nelle future applicazioni dell'atto; perché il suo significato è quello che la maggioranza di questa camera dichiara che sia. I commenti di Baker e Diplock rappresentano due posizioni contrarie sulla natura del diritto. La prima posizione Promuove la fedeltà alle fonti autoritative del diritto, trattando le decisioni dei giudici come tentativi di interpretare quelle fonti, tentativi che possono anche non andare a buon fine. La seconda posizione evidenzia come le decisioni dei giudici sono spesso esse stesse delle fonti di diritto e che di fatto, ma anche in teoria, possono annullare gli atti e le scelte degli altri funzionari. Autori come Gray e Holmes hanno sempre sostenuto che il vero diritto provenisse dagli organi giudiziari; questo approccio però, realista e cinico, non potrà mai bastare poiché i giudici agiscono con l'intenzione di decidere in modo conforme al diritto, il che significa che decidono i casi sulla base della loro idea di ciò che il diritto richiede, nonostante personalmente deciderebbero in modo differente. Hart cerca di trovare una soluzione tra tutte queste idee contrastanti. E lo fa riferendosi al gioco immaginario chiamato "la discrezionalità dell'arbitro", nel quale non esiste altra regola di punteggio se non quella che l'arbitro nella sua discrezionalità a scelto di applicare. Quindi come è corretto ed errato affermare che il punteggio è sempre quello che viene stabilito dall'arbitro così è corretto ed errato affermare che è diritto e ciò che funzionari dicono esso sia poiché questi sono sempre tenuti a decidere in conformità a determinate regole. È corretto nel senso che la decisione è definitiva, è errato nel senso che non guarda al fatto che molti funzionari tentano di applicare le regole e sono soggetti alle stesse. Inoltre vi è sempre una forte tensione tra autorità e correttezza. Se per un verso e del tutto sensato ritenere che alcuni giudici sono in errore per il modo in cui interpretano o applicano determinati standard giuridici, e anche vero che se questo errore viene ripetuto assiduamente da una consistente parte della gerarchia giurisdizionale, allora esso diviene diritto positivo di quel sistema giuridico.

Capitolo tredicesimo

Il ragionamento del Common Law ed il precedente

Il ragionamento del Common Law implica uno sviluppo progressivo del diritto, realizzato dai giudici, attraverso decisioni dei casi particolari, ed in cui ciascuna decisione deve essere palesemente coerente con le decisioni precedenti presi da un giudice di grado più elevato o pari ordinato. Il quarto. Menzionato relativo ragionamento del Common Law, ossia lo sforzo finalizzato a dimostrare che le decisioni sono coerenti con quelle precedentemente prese, costituisce l'idea del precedente, ossia di attenersi ad aderire ai casi che sono stati già decisi. L'elemento centrale dell'idea di precedente deriva da una fondamentale della giustizia, per la quale i casi simili dovrebbero essere sempre trattati in modo simile. L'idea di conformità al precedente, il fatto cioè di decidere un caso nello stesso modo in cui si è deciso nei casi precedenti, ci conduce ad uno dei paradossi del ragionamento del Common Law e cioè che il precedente è di importanza cruciale solo nel momento in cui il caso precedente sia stato deciso in modo errato. Se assumiamo una differente prospettiva, non quella di chi prende una particolare decisione per arrivare ad uno specifico esito, ma piuttosto quella di qualcuno che provi a stabilire un processo istituzionale al fine di incrementare la possibilità che vengono prese decisioni corrette, il precedente sia dell'era importante anche quando la decisione precedente sia corretta, poiché in quest'ottica, il precedente vincolerà coloro quali prenderanno le decisioni in futuro che, essendo fallibili, potrebbero essere inclini a prendere decisioni non corrette. Inoltre il Common Law incarna la convinzione che vi sia un valore nello sviluppo delle regole e dei principi che spesso lentamente, evolvono attraverso la considerazione di fatto e di situazioni altamente dettagliate. Dunque i casi sono soggetti ad una ricaratterizzazione. Il commento scettico che solitamente si fa e che l'abilità di ricaratterizzare un caso è illimitata e che pertanto il giudice potrebbe dare l'impressione di adeguarsi a tutti i casi precedenti senza che realtà le proprie decisioni siano state in alcun modo da essi vincolati. Nonostante ciò però mi sono alcuni limiti seppur minimi relativi ai modi di ricaratterizzare un caso precedente come ad esempio il linguaggio. In generale però una ricaratterizzazione di casi precedenti totalmente inaspettata è davvero molto rara poiché in generale il ragionamento del precedente creerà un livello più elevato di generalità, una statuizione più stabile dei principi.

Capitolo quattordicesimo

Interpretazione del diritto e intenzione del legislatore

Le considerazioni sull'interpretazione giuridica ruotano intorno alla relazione che intercorre tra i giudici il potere legislativo e tra il governo e cittadini.

L'intenzione del legislatore

Come hanno sottolineato molti autori, quando si discute dell'intenzione del legislatore vi sono molti sottigliezze, complicazioni paradossi. Alcuni di questi problemi derivano dal fatto che il termine intenzione, quando riferito ad una maggioranza che approva una norma, non può avere il medesimo significato, nel riferirsi alle stesse cose di quando viene invece riferito ad una semplice conversazione tra gli individui. La legislazione inoltre può comprendere i diversi tipi di intenzioni: per esempio si possono avere intenzioni relative al significato di un testo, intenzioni che riguardano il modo in cui il testo dovrebbe essere interpretato e intenzioni relative a come esso dovrebbe essere applicato.

Il significato letterale

Lord Rein ha suggerito: noi cerchiamo il significato delle parole usate dal parlamento. Non cerchiamo ciò che il parlamento ha inteso dire, ma il vero significato di ciò che ha detto. Sir Rupert Cross ha ribattuto in questi termini: questa non è una delle più utili puntualizzazioni di Lord Reid, perché se il vero significato di ciò che qualcuno dice non consiste in ciò che intendeva dire, allora è difficile capire in cosa esso consista. Nel caso Davis vs Johnson, Lord Justice Cumming-Bruce difese con forza, all'interno della corte d'appello, l'approccio tradizionale dell'interpretazione della legge affermando: il significato di una legge coincide con il significato delle parole delle frasi scelte dagli estensori parlamentari, e non con quello che singoli membri delle due camere del parlamento gli attribuiscono. Egli intendeva distinguere tra ciò che i singoli membri del legislativo pensavano riguardo ad un testo e ciò che il testo effettivamente significava, ma ai significati reali non sono auto evidenti. Se si vuole essere scettici rispetto a tali questioni, la scelta, nella pratica, è tra ciò che legislatori pensano che il testo voglia significare E ciò che i giudici pensano esso voglia significare. Egli dunque volevo arrivare a dire che è una legge deve essere interpretata in modo conforme al significato letterale o convenzionale del suo testo; quando vi è un conflitto, il significato convenzionale del testo dovrebbe avere precedenza rispetto a qualunque altro significato idiosincratico Che il legislatore abbia voluto imprimere al testo. Nelle corti americane invece Antonin

Scalia promuoveva un'interpretazione letterale dei testi. Egli diceva: È semplicemente incompatibile con il governo democratico, o addirittura con qualunque governo giusto, che il significato della legge venga determinato dall'intenzione del legislatore, piuttosto che da ciò che il legislatore ha provato. È il diritto a governare e non l'intenzione del legislatore. Barbara Baum Levenbook Ha recentemente offerto un tipo di approccio con cui si tenta di utilizzare elementi di entrambi i punti di vista, sostenendo che le leggi dovrebbero essere interpretate in accordo con le applicazioni che sono socialmente rilevanti al momento dell'emanazione. Questo tipo di approccio evita di concentrarsi eccessivamente su ciò che vi era nelle menti dei legislatori e consente di far emergere quei risultati che sono in qualche modo vicini a ciò che il legislatore intendevano realmente.

Capitolo quindicesimo

L'applicazione della morale attraverso il diritto

Quando ci si riferisce all'applicazione della morale attraverso il diritto, si individua in genere un certo sottogruppo di principi morali, sebbene non vi sia consenso sul punto in cui collocare la linea di confine che distingue i principi morali che andrebbero applicate oppure no.

Linee di separazione

La linea di separazione più spesso menzionata nei dibattiti relativi a quali principi morali debbano meno essere applicati dal diritto è quella proposta da John Stuart Mill: il solo fine per cui il potere può a buon diritto essere esercitato su ogni membro di una comunità civile contro la sua volontà è quello di impedire un danno agli altri. Gli argomenti a supporto di tale affermazione sono in parte basati su considerazioni riferite al governo (cosa è opportuno che esso faccia e cosa invece non lo è) e in parte basati su considerazioni relative agli individui all'interno della società (riguardanti la posizione centrale che la libertà e l'autonomia assumono nelle nostre vite, nonché la probabilità che se si tollerassi un'ampia gamma di valori e stili di vita, la società sarebbe più avanzata). Per quanto riguarda quest'ultimo punto egli propendeva per il confronto etico, per l'idea secondo cui è possibile che si realizzi il progresso morale se le opinioni morali e politiche ed il modo in cui ciascuno dovrebbe vivere sono soggetti ad un confronto aperto, sia nel senso letterale del termine, sia nel senso che i modi di vivere

basati su questi diversi valori vengono tollerati e rimangono in tal modo permeabili al dibattito pubblico.

Gli argomenti

Le riflessioni relative all'applicazione della morale attraverso il diritto spesso si concentrano su questioni che riguardano la sessualità, quali l'omosessualità, la pornografia, la maternità surrogata, il sadomasochismo, mettendo in luce il considerevole interesse e l'attenzione che problematiche di questo genere certamente suscitano. Come si evince dagli esempi appena fatti, c'è un ampio margine di discussione, anche laddove si accetta la linea di demarcazione proposta da Mill che fa perno sull'idea di danno ad altri. Ma cos'è davvero identificabile come danno ad altri? Hart ad esempio benché sostenesse una posizione vicina a quella di Mill, consentiva l'idea di una legislazione che tutelasse la pubblica decenza. Mentre comune ritagliare delle eccezioni alla politica di non intervento proposta da Mill in tema di pubblica decenza, di ordine pubblico o di altre forme di offesa gravissima. Nel distinguere tra tipi di offesa che possiamo, dovremmo proibire e quelli il cui divieto interferirebbe eccessivamente con la libertà individuale e sull'autonomia, in genere si richiedono standard morale in base al quale poter differenziare le condotte offensive che possono dovrebbero essere proibite e quelle che invece non potrebbero doverlo essere. Tuttavia tracciare una distinzione di questo tipo sembra contrario allo spirito della teoria di Mill.

Hart vs Devlin

Devlin distingue la morale critica dalla morale convenzionale. Un'affermazione morale dal punto di vista critico rappresenta un tentativo di affermare ciò che è moralmente vero, mentre un'affermazione morale di carattere convenzionale è solo il tentativo di cogliere ciò che la maggior parte della gente ritiene essere moralmente vero. La maggior parte dei suoi scritti induce a ritenere che il diritto avrebbe dovuto applicare la morale convenzionale. L'argomento sembra essere il seguente: la società è tenuta insieme da una morale condivisa; le azioni che minano la morale condivisa minano la società; ecco perché la società appare essere giustificata nel proteggere se stessa ricorrendo al diritto per applicare la propria morale convenzionale. Come ha sottolineato Hart, il problema di questa prospettiva sta nel fatto che le opinioni sulle

questioni di carattere morale cambiano. In un determinato momento, in una comunità potrebbe esistere accordo su alcune questioni morali, e disaccordo su altre. E con il trascorrere del tempo, una questione su cui c'era d'accordo potrebbe divenire oggetto di conflitto. A proposito dell'omosessualità capiamo quanto Devlin sovrapponesse la Morale critica e convenzionale infatti egli sosteneva che molti di coloro i quali sostenessero gli atti sessuali non debbano essere criminalizzati non si ritenessero indulgenti rispetto all'immoralità dell'omosessualità, semplicemente non credevano che essa fosse in assoluto immorale. In generale però possiamo dire che Devlin sosteneva che una società è tenuta insieme dalla sua moralità e, a partire da ciò, concludeva che la società ha l'interesse a prevenire qualunque cosa possa minare la morale condivisa, perché ciò minerebbe anche la società. Più precisamente è la società che modella la morale quando la società cambia, la morale convenzionale cambia con essa.

Un nuovo inizio

Devlin dunque non sostiene al meglio le idee di Mill. Argomenti più pregnanti sono stati presentati nell'ambito di una posizione che qualcuno ha definito perfezionismo, che implica l'idea che il governo ha un interesse legittimo alla promozione di alcuni significati della buona vita. Rispondendo a Mill, James Fitzjames Stephen si è espresso in favore di una legislazione il cui fine fosse quello di stabilire, mantenere attribuire il potere a ciò che legislatore considera un buon sistema, un buon principio morale. Per poi giungere alla conclusione per cui l'intento di promuovere la virtù e di prevenire il vizio deve essere riconosciuto tanto qualcosa di buono, quanto come qualcosa di sufficientemente intelligibile per gli scopi legislativi. Contro l'argomento secondo cui non fosse opportuno per il governo giungere a conclusioni definitive in merito a ciò che ha valore morale o meno, egli scriveva: come può lo Stato o il potere pubblico essere in grado di risolvere una qualunque questione, se non è neanche in grado di stabilire che un vizio grave è un male? Una cosa è tollerare il vizio fino a quando esso sia inoffensivo, tutt'altra è attribuire il diritto non solo di esistere, ma addirittura di imporsi al mondo come un esperimento di vita buono come un altro e meritevole di ricevere la stessa protezione dal diritto. Una simile difesa perfezionista dell'applicazione la morale attraverso il diritto è stata recentemente è sostenuta da Robert George. L'idea di George è quella per cui nessun principio di giustizia o di moralità politica viene violato da una legislazione che protegge la moralità pubblica, anche se la tolleranza verso un

illecito morale potrebbe in talune circostanze, essere giustificato per ragioni prudenziali. Alcuni teorici comunitaristi hanno spiegato una maggiore partecipazione della comunità nella costruzione e nel mantenimento di un ordine morale, in cui la coercizione giuridica sia una piccola, ma integrale parte del processo. Si può essere perfezionista e allo stesso tempo sostenere una posizione simile a quella di Mill. Raz ha proposto un insieme di testi basati su quattro principi: uno) le vite degli individui hanno successo e sono appaganti nella misura in cui sono spese; due) per la maggior parte delle persone oggi, l'autonomia rappresenta l'importante componente per vivere una buona vita; tre) pluralismo morale: esiste una varietà di beni morali e di modi di vivere una buona vita dal punto di vista morale, però tali beni e stili di vita sono, dal punto di vista teorico e pratico, incompatibili; quattro) i governi hanno il dovere di promuovere il benessere degli individui, il che comporta assicurare che siano disponibili opzioni allettanti e che siano eliminate quelle prive di significato e di valore. La sua conclusione è che il governo composto importante nell'audio abrazione delle opzioni disponibili per i propri cittadini; tuttavia l'autonomia la libertà, che ha un valore differente ma correlato, si coniugano Per limitare drasticamente le circostanze in cui il paternalismo coercitivo morale possa trovare giustificazione. Si può anche proporre un altro tipo di argomento circa l'incompatibilità tra diritti ed obiettivi morali, in base al quale, per la natura delle cose, nessuno può essere costretto ad agire moralmente attraverso la minaccia di una sanzione giuridica. Dworkin fa osservazioni in parte diversa: anche se la minaccia della sanzione costringesse qualcuno ad abbandonare uno stile di vita immorale e questa persona rilassi anche da provare e ad apprezzare il cambiamento, la vita di questa persona potrebbe non essere ancora migliore poiché, per assicurare questo cambiamento, questa persona ha sminuito la sua abilità di considerare i meriti critici del cambiamento in maniera riflessiva.

Capitolo sedicesimo

L'obbligo di obbedienza al diritto

Mentre prima abbiamo analizzato quale posto occupi la morale dal punto di vista del diritto, ora analizzeremo quale posto occupa il diritto dal punto di vista della morale. Sono stati offerti diversi tipi di argomenti per provare a giustificare la conclusione per cui esiste un obbligo morale di obbedire al diritto: argomenti basati sul consenso, sulla gratitudine, sulla reciprocità e sulle conseguenze.

Obbligo e consenso

Uno dei classici argomenti relativi all'obbligo di obbedire al diritto si basa sul consenso. Tale argomento sostiene che attraverso alcune azioni e omissioni abbiamo implicitamente acconsentito ad obbedire ad una società di diritto. Si fa riferimento ad azioni quali quella di votare, di accettare i sussidi statali, o semplicemente di non lasciare il paese. La prima critica a tale argomento si fonda solitamente sul fatto che improprio intendere tali azioni come azioni capaci di esprimere un consenso allo Stato, sia perché cittadini non li percepiscono in questi termini, sia perché essi spesso non dispongono di ragionevoli alternative. I due passaggi sono: uno) una determinata azione esprime il consenso ad obbedire alle leggi di una società; due) chiunque vi acconsente, e moralmente obbligato ad obbedire al diritto. Ma il secondo passaggio non deriva necessariamente dal primo. La ragione per cui la seconda conclusione può non derivare dalla prima è che, dal punto di vista morale, le azioni che esprimono consenso possono avere una forza limitata. In questo specifico contesto si sostiene che il presunto atto di consenso (votare o non partire) non sia sufficiente a giustificare la creazione di un esteso l'obbligo di obbedire a qualunque atto il governo e metta partire da quel momento. In termini morali possiamo concludere che riporre tante aspettative in una singola promessa appare esagerato, specialmente nel caso in cui la promessa in questione riguardi un'azione che altri obiettivi e significati. Dovrebbe Indi a questo punto apparire chiaro che, con riferimento alla questione dell'obbligo morale di obbedire al diritto, riferimento al consenso può offrire tutt'al più una risposta parziale. A ciò si potrebbe ribattere il consenso non crea un obbligo morale di obbedienza rispetto a qualunque sistema giuridico, di certo non lo crea rispetto a un regime palesemente ingiusto, ma che è in grado di creare un obbligo morale di obbedienza laddove il regime in questione sia generalmente giusto.

Altri approcci

Il secondo approccio per fondare un generale obbligo morale di obbedire al diritto è poi quello consequenzialista: Esiste un obbligo generale di obbedire al diritto al fine di evitare le conseguenze negative in cui la società incorrerebbe se gli individui non avessero tale obbligo. Honorè da avvio alla sua riflessione sull'obbligo di obbedire al diritto contestando coloro i quali, non solo affermano che non esiste un simile obbligo, ma anche che ciò non dovrebbe per nulla impensierirci. Egli sostiene che i problemi

morali più complessi, così come problemi giuridici più complessi, sono così intimamente controversi che la loro risoluzione probabilmente dipende da dove si colloca l'onere della prova. In relazione all'obbligo di obbedire al diritto, se il presupposto iniziale quello per cui il diritto dovrebbe essere obbedito, allora nella maggior parte di casi, anche il giudizio morale Alla fine sarà in favore dell'obbedienza. Se tuttavia, seguendo quei teorici che dichiarano che non mi sia un obbligo, il presupposto iniziale si fonda sul fatto che il diritto non abbia bisogno di essere ubbidito, allora, egli sostiene, la gente tenderà più spesso di migliorare il diritto, determinando un'attitudine alla disobbedienza, nonché la rottura dell'ordine e della cooperazione indispensabile al funzionamento della società. Un terzo argomento offerto è quello del beneficio della gratitudine: coloro i quali hanno ricevuto benefici sostanziali da parte dello Stato agirebbero immoralmente se non Replicassero assecondando un modesto obbligo che il governo chiede loro in cambio: l'obbedienza al diritto. Il quarto tipo di argomento fonda l'obbligo sull'inequivocabile asserzione di un dovere di supportare di promuovere le istituzioni giuste. In un certo senso questo semplicemente l'eco moderno della tradizionale posizione naturalista. Quinto approccio, l'argomento dell'equità e della reciprocità dell'obbligo di obbedire al diritto, differisce in maniera fondamentale dagli altri approcci considerati. E sono ansia occupa tanto di un dovere nei confronti dello Stato o di un obbligo astrattamente di avuto, quanto soprattutto nel dovere di ciascuno nei confronti degli altri concittadini. La nostra comunità di diritto dunque potrebbe essere vista come un grande progetto collettivo, all'interno del quale ciascuno di noi accetta di limitare la propria libertà, nella consapevolezza gli altri limiteranno allo stesso modo la loro. In questo senso chiunque disobbediscano la legge, sarebbe ingiustamente approfittando dei sacrifici altrui non starebbe mantenendo la promessa implicita di corrispondere quei sacrifici (Hart).

L'argomento contro un generale obbligo morale all'obbedienza

Studiosi recenti non sostengono che non dobbiamo obbedire al diritto, oppure che non esista mai alcuna ragione morale per fare ciò che il diritto si impone di fare, bensì soltanto che le ragioni morali devono andare oltre la semplice affermazione "perché lo chiede il diritto". Per Joseph Raz abbiamo una ragione morale per agire come stabilito dal diritto, se quando riteniamo che sia più probabile fare la migliore scelta dal punto di vista morale seguendo il diritto, piuttosto che esprimendo, noi stessi, un giudizio sulla

situazione. Certamente la situazione più comune in cui si ha un obbligo morale di agire come richiesto dal diritto e quella in cui l'azione sia la cosa moralmente giusta da fare, qualunque cosa il diritto possa dire. Gli scettici rispondono gli argomenti offerti a supporto dell'obbligo dell'obbedienza, affermando che simili argomenti siano insufficienti a fondare un obbligo, o quantomeno insufficiente a fondare un obbligo generale. Se ignorando la luce rossa del semaforo alle tre del mattino, non si causano incidenti non si dà il cattivo esempio, è difficile ritenere che l'azione leda un'istituzione giusta un'impresa collettiva. Non è affatto chiaro, qualunque sia il consenso che abbiamo prestato, o qualunque sia il dovere di correttezza gratitudine che possiamo prestare, perché esso dovrebbe estendersi a tutte le leggi del governo, per quanto di stazza importanza esse siano, o per quanto in offensiva sia la disobbedienza. In più, mentre potremmo avere un obbligo morale ad obbedire ad una norma giuridica che ordina il comportamento dei cittadini per il godimento di un importante bene collettivo, potremmo non avere invece un obbligo morale di obbedire qualora sia evidente che la regola abbia completamente fallito nel cambiare o nel coordinare il comportamento della collettività.

Connessioni

Sebbene l'obbligo di obbedire al diritto venga spesso trattato come un argomento a sé stante, sotto vari aspetti su appare in adatto a ricevere un simile trattamento. A partire da qualunque considerazioni su interrogativi sollevati dalla questione, è chiaro che le risposte di cui comunque si interroghi sull'esistenza di un obbligo di obbedienza al diritto dipenderanno dalle sue conclusioni riguardo ad una serie di domande fondamentali di filosofia morale (a cui i naturalisti risponderanno a differenza dei positivisti).

PARTE D

Capitolo diciassettesimo

Il realismo giuridico americano

Realismo giuridico“ è l'etichetta che è stata adottata per indicare la teoria elaborata da un gruppo di teorici americani nei primi decenni del XX secolo, in cui si muovono critiche all'idee relative al ragionamento giuridico dominante in quel tempo. Holmes,

precursore realista, scriveva: la vita del diritto non è logica, è frutto di esperienza. Roscoe Pound, Altro precursore, nei suoi primi lavori a proposito l'idea di una giurisprudenza sociologica, in cui si assume una concezione strumentale del diritto, altro tema ricorrente dei realisti. Ed inoltre ha sottolineato la distinzione anch'essa presente nei lavori dei realisti più recenti, tra "legge nei libri" e "legge nelle azioni". Lo scenario è il seguente: Primo, l'attenzione principale del realismo attiene alla decisione giudiziale, nell'idea che una sua adeguata comprensione dimostra come essa sia basata sui fatti. È, che le decisioni dei giudici spesso si fondano sui propri pregiudizi personali e politici e sono basate su intuizioni. E, e che le politiche pubbliche e le scienze sociali dovrebbero giocare un ruolo più determinante. Secondo, al cuore di quest'idea si trova una critica ragionamento giuridico in generale: dietro l'apparenza di un ragionamento scientifico e deduttivo le enormi concetti all'interno e ragionamento giuridico del tempo, risultavano in gran parte indeterminati e quasi mai neutrali come si pretendeva. Che fossero. È stata tale indeterminatezza di concetti e del ragionamento giuridico che ha portato al bisogno di spiegare le decisioni giudiziali in termini differenti e alla possibilità di favorire una differente attenzione a ragionamento di giudici avvocati: le scienze sociali e le politiche pubbliche.

L'obiettivo critico: il formalismo

L'analisi giuridica dominante al tempo dei realisti è stata definita criticamente e come formalismo in quanto gli argomenti venivano presentati come se le conclusioni derivassero semplicemente da ineludibili premesse. Per cui, una volta individuata l'etichetta per un certo tipo di oggetto o di azione, la conclusione giuridica seguiva da essa del tutto agevolmente. Quest'idea per cui molte delle decisioni giudiziali potrebbero dovrebbero essere dedotti da concetti generali o da regole generali, senza riguardo alcuno alle reali condizioni o conseguenze, etichettata dai critici come "giurisprudenza meccanica". Per Langdell, I principi e le dottrine della scienza del diritto potevano essere scoperti all'interno dei casi, così come i biologi copiano i principi delle proprie scienze all'interno dei laboratori. Secondo quest'ultimo, la scienza evoca l'idea di ordine, di sistema, di semplicità, di tassonomia e di fonti originali. La scienza del diritto implica la ricerca di un sistema generale, di principi logicamente coerenti, costruiti a partire da uno studio di casi particolari. Una volta che tali principi sono stati Trovati sarà compito degli studiosi attraverso un metodo analiticamente rigoroso,

recepire i principi subordinati da esso implicati. Quando tali principi subordinati sono stati statuito in forma proposizione male e si sono chiarite le loro relazioni reciproche, nel loro insieme essi costituiranno un sistema di regole ben orientato, che offrirà la migliore discrezione possibile della branca del diritto considerata, ossia la migliore risposta la domanda in cui ci si chiede cosa di diritto sia in quell'ambito.

Il realismo e l'analisi giuridica

L'attacco al ragionamento giuridico formalista può essere diviso in due gruppi di critiche differenti: uno) gli argomenti contro l'idea per cui concetti e principi del Common Law siano neutrali ed obiettivi; due) e quelli contro l'idea per cui i concetti giuridici generali o le norme giuridiche generali possano determinare le risoluzioni nei casi particolari. In relazione al primo punto, idealisti hanno sostenuto che le premesse utilizzati da giuristi sono opinabili e le etichette e le categorie nascondono pregiudizi morali e politici che dovrebbero essere discussi apertamente. Ciò viene meglio espresso dall'opinione di William Andrews, Importante realista, che durante un processo (un impiegato delle ferrovie, A causa della sua negligenza, aveva permesso che ho un passeggero portasse con sé e dell'esplosivo, causando così lesioni ad altre persone. Mentre gli altri giudici sostenevano che l'impiegato avesse responsabilità solo nei confronti dell'autore dell'esplosione...) sosteneva: "ciò che dobbiamo intendere con la parola nesso è che, per ragioni di convenienza, di ordine pubblico, di un roso senso di giustizia, il diritto arbitrariamente si rifiuta di indagare su tutta una serie di eventi che si collocano al di là di un certo punto. Ciò non è logico. È semplicemente una pratica politica". Per quanto riguarda la seconda critica, Holmes scriveva che le proposizioni generali non risolvono i casi concreti. Alcuni realisti giuridici più recenti, come Jerome Frank, hanno assunto una posizione più radicale: le proposizioni giuridiche e di concetti, da soli, non ci consentono di pervenire ad una decisione ed illudiamo noi stessi gli altri se crediamo questi iniziano capaci. Alla fine, la conclusione riguardante, di esempio, la questione se "nesso di casualità" esista o meno, si baserà, dunque, su previste non espresse che riguardano l'ordine pubblico. Le idee realiste relative a ragionamento giuridico hanno avuto implicazioni anche per la formazione dei giuristi. Nella misura in cui sia possibile parlare di una concezione realista della formazione giuridica, e sta consisterebbe fondamentalmente nel richiamare le implicazioni di altre concezioni realisti: ossia che i concetti giuridici dovrebbero essere insegnate in modo tale da demistificarli; E che si

dovrebbe mostrare come i problemi giuridici penso rimangano in determinati quando analizzati attraverso le norme giuridiche soltanto, essendo adeguate necessari per la soluzione anche argomenti di natura politica.

Il realismo e i giudici

Ai tempi della critica realista, l'attività decisionale dei giudici veniva spesso descritta come un'attività quasi meccaniche sillogistica che, partendo da premesse fondamentali, giungeva conclusioni non contestabile. Sono esistiti quantomeno 2 filoni nella discussione realista sull'attività gestionali dei giudici: quello per cui le decisioni dipendono solo in minima parte dalle norme giuridiche, dei concetti dei precedenti; e quello per cui i giudici, nel prendere le proprie decisioni sono altamente influenzati dai fatti e dal modo in cui gli stessi vengono presentati. È un autore si è spinto ancora oltre, presentando la tesi per cui i giudici nel decidere i casi reagiscono anzitutto gli stimoli derivanti dei fatti del caso, come la tesi chiave del realismo giuridico americano. Nei suoi primi lavori, il realista Karl Llewellyn argomentato in favore della distinzione tra "paper rules" e "real rules" egli inoltre ha sostenuto che vi fosse Grande affinità tra le norme giuridiche le norme sociali accettati da colori quali sono soggetti al diritto, specialmente nel diritto commerciale. È importante evidenziare che la pretesa per cui principi generali di fatto non determinano i risultati di casi particolari e quella per cui essi non possano farlo sono abbastanza distinte. La prima costituisce un'affermazione sulla causalità nel mondo: il perché i giudici decidono i casi in un certo modo. La seconda pretesa è invece un'affermazione sulla possibilità logica, sulla natura del linguaggio o sulla natura delle norme: il punto è che non si può far derivare in maniera deduttiva il risultato di alcuni, di molti, se non di tutti, i casi giuridici la principi generali. Ai molti critici (che credevano che il punto debole del realismo giuridico fosse la convinzione che le competenze scientifiche sociali fossero di per sé sufficienti a condurre a risultati giusti, ignorando che c'è sempre bisogno di una struttura morale politica all'interno della quale presentare il lavoro empirico), I realisti rispondevano che grazie alla scienza sociale si comprendesse il modo in cui la gente effettivamente si comporta ed il modo in cui le norme riflettono o influenzano tale comportamento (sostenitore di ciò fu Louis Brandeis).

Una panoramica ed un postscript

Molti autori hanno frainteso l'affermazione dei giuristi quando dicono che dovremmo guardare al diritto dalla prospettiva della predizione di ciò che i giudici faranno, concependola come una questione di natura concettuale. In realtà i realisti volevano che le persone, all'interno della professione giuridica, passassero più tempo a riflettere su come il diritto appare sulla terra, ossia come appare ai cittadini, per i quali il diritto è esclusivamente una predizione di ciò che i giudici faranno nei loro casi. Il realismo però, in generale, ha suscitato molteplici reazioni: alcuni autori tornarono al diritto naturale, altri accettarono alcune delle critiche realiste, pur continuando ad affermare i valori centrali del ruolo della legge (Legal Process).

Capitolo diciottesimo

L'analisi economica del diritto

Holmes scriveva: per lo studio razionale del diritto, gli uomini del futuro saranno gli esperti di statistica e di economia. E infatti così è stato. Il movimento "Law and Economics" trova parte del suo fondamento all'interno della corrente utilitarista, nelle teorie economiche relative ai rapporti interpersonali e nelle opere di Ronald Coase e di Richard Posner. Si deve anche sottolineare l'importanza del lavoro di Gary Baker, il quale ha sostenuto che l'analisi economica potrebbe essere utilmente applicata anche a comportamenti che non riguardano direttamente il mercato. E vi sono anche altri minori ma significativi contributi: ad esempio quello di Edward Levi che ebbe l'idea di mettere insieme un economista in un giurista per l'insegnamento di alcune materie nella facoltà di diritto, un'idea che da molti fu considerata come un passaggio determinante nello sviluppo del movimento.

Alla ricerca del consenso

Su quali basi si potrà sostenere che un giudice debba decidere un modo piuttosto che un altro? L'approccio tradizionale ha sostenuto che è un'adeguata comprensione del ragionamento giuridico a consentire sempre la risposta corretta attraverso l'analisi logica della sussunzione di specifici fatti, partendo da determinate norme generali. Comunque sia, in larga parte a causa delle critiche, tra gli altri dei realisti americani, la fiducia che questi mezzi neutrali potessero risolvere ogni questione giuridica, anche la più nuova e la più difficile, è col tempo svanita. Quando i giudici sostenevano di ricavare la risposta corretta attraverso l'applicazione della logica e del ragionamento giuridico, cresceva il

sospetto che le decisioni assumessero, nei fatti, contenuti di natura politica che i giudici non avevano intenzione di svelare. Un altro modo per scegliere un certo risultato giuridico piuttosto che un altro è quello che si basa sul giudizio morale. Il problema è che non vi è accordo, in molte società, sulle questioni morali. La speranza è quella di trovare un fondamento degli argomenti e delle decisioni giuridiche su cui tutti, quasi tutti, potrebbero concordare. È questo il contesto in cui collocare, al fine di comprenderla, l'analisi economica del diritto. Essa prova ad offrire dei fondamenti alla decisione che sono basati sul consenso. In questo modo l'analisi economica del diritto riprende gli argomenti e le giustificazioni della filosofia morale nota come utilitarismo. Brevemente, l'utilitarismo ritiene che la morale esige il compimento di tutto ciò che possa massimizzare la somma totale del piacere. È difficile però tentare di misurare o di sommare il piacere e il dolore che le persone provano. L'analisi economica del diritto da un lato prova a mantenere i vantaggi offerti dall'utilitarismo, evitando di esprimere giudizi morali controversi, e dall'altro tenta di liberarsi dei suoi svantaggi, in particolar modo nel fatto di non essere fruibile per i processi decisionali in ambito sociale. Tale trasformazione viene attuata incorporando la discussione utilitarista relativa alla realizzazione di desideri nel contesto dell'azione economica. Ma come è possibile determinare ciò che la gente desidera? Gli economisti suggeriscono di guardare al quanto la gente sia disposta a pagare per qualcosa, utilizzando il termine pagare nel suo significato più ampio, e quindi con riferimento al pagare in termini di tempo, di fatica, di opportunità mancate dobbiamo mente anche in termini di denaro. Da ciò deriva che il consenso e l'autonomia costituiscono l'altra faccia dell'analisi economica, se non una sua possibile giustificazione. Quando un trasferimento un'altra forma di transazione determina che almeno una persona si trovi in una posizione migliore e che nessuna persona versi invece in una condizione peggiore, la situazione che scaturisce dal trasferimento dalla transazione nell'ambito dell'analisi economica si chiama "pareto superiore", rispetto alla situazione precedente. Gli economisti parlano anche di "pareto ottimale" e quando nessun trasferimento all'interno di una transazione potrebbe condurre ad una situazione di "pareto superiore" rispetto alla situazione considerata. Dato che tutte le transizioni volontari conducono ad una condizione di Pareto Superiore quasi per definizione, la domanda che ci si deve porre e come l'analisi guarderebbe ad altri tipi di transizione come quelle non consensuali ordinati dal governo. In molte azioni governative ci sono dei vincitori e dei vinti. Se governi agissero soltanto nei casi

in cui la loro azione non rendesse nessuno più povero, allora non agirebbero mai. Quegli economisti che pretendono di giustificare le azioni governative anche quando queste determinano l'impovertimento di una delle parti, a volte adottano una forma di analisi chiamata "Pareto Superiore Potenziale". Quest'analisi è una sorta di pretesa che tende alla massimizzazione del benessere, ma che comporti una qualche distorsione delle tesi di Pareto. (Prima le due parti escono entrambe vincitrici perchè preferiscono due stati diversi, ora una vince e una perde per la massimizzazione del benessere). Per Kaldor-Hicks, invece, la domanda è se le parti rese più ricche potrebbero, se decidessero in tal senso, compensare le parti rese più povere, nella misura in cui ciò consenta loro di migliorare comunque la posizione di partenza. Il punto qui, non consiste nel fatto che le parti vincitrici compenseranno realmente quelle perdenti: se lo facessero, la combinazione tra le decisioni del governo e la compensazione determinerebbe un'allocatione di Pareto Superiore In senso pieno. Il punto invece è che tale compensazione potrebbe essere effettuata e se così fosse verrebbe raggiunta una situazione di pareto superiore; Per cui da ciò alcuni dei suoi uno che senza alcun evidente bisogno di controversie comparazione tra valori, La situazione che scaturisce dalla transazione appare migliore rispetto a quella precedente e ciò sembra giustificare l'azione di governo. (Critica: le parti che risulta la sconfitta in una decisione non troverebbero consolazione nel fatto che le parti vincitrici potrebbero, ma di fatto non hanno, compensato la loro perdita).

Il teorema di Coase

Egli corresse due difetti ricorrenti nelle opere degli altri economisti. Il primo riguardava in modo specifico il problema della disciplina giuridica. L'argomento di Arthur Pigou si basava sull'idea per cui l'inquinamento prodotto da un'industria costituisce un costo e del fatto che tale costo venga pagato da altre persone si traduce in un sussidio per tale industria. Pertanto affinché il mercato torni ad essere affidabile ed equo, queste esternalità dovrebbero essere internalizzate, ossia l'industria dovrebbe pagare l'equivalente dei costi che la sua attività ha imposto agli altri. Ebbene Coase aveva sostenuto che l'approccio di Pigou avesse degli errori come quello di poter dire in anticipo quale delle attività Sia in torto. Secondo Coase, quando vi sono due attività in conflitto, i costi e le esternalità sono il frutto della combinazione delle due attività. Si tratta di un concorso di cause. Il secondo problema sollevato da quest'ultimo

costituisce una questione più comune tra gli economisti. Le teorie economiche si basano su semplificazione di modelli relativi al funzionamento del mondo. Una semplificazione comunemente usata è quella per cui non esistono costi di transazione. Molti economisti hanno fatto riferimento ad un mondo senza costi di transazione, ma non hanno dato abbastanza peso al fatto che il mondo reale funziona in modo diverso, visto che i costi di transazione sono presenti e pervasivi. Innanzitutto, Coase dice che la distribuzione iniziale dei diritti è sotto molti aspetti irrilevante in un mondo in cui non esistono i costi di transazione perché questi finiranno nelle mani di coloro i quali attribuiscono loro il maggior valore. Mentre essa diviene invece significativa in un mondo in cui esistono sostanziali costi di transazione. A causa di tali costi diritti potrebbero non finire nelle mani della parte che dà loro maggiore valore, perché il plus di spesa dei costi di transazione potrebbe rendere poco conveniente l'acquisto del diritto dal suo proprietario originario. Egli propone dunque soluzioni alternative al problema dei costi di transazione, ossia due modi per tentare di incrementare il valore della produzione attraverso la riduzione di tali costi: l'organizzazione delle attività in conflitto in quanto elementi di una sola azienda; la regolamentazione governativa. La risposta dell'analisi economica del diritto all'esistenza di sostanziali costi di transazione consiste nell'idea per cui il governo dovrebbe agire in modo tale da replicare ciò che il mercato avrebbe fatto se non fossero esistiti costi di transazione.

Descrizione ed analisi

La figura più influente all'interno del movimento dell'analisi economica del diritto è quella di Richard Posner. Egli analizza l'agire pregresso del Common Law. La tesi descrittiva è quella per cui la migliore spiegazione del Common Law è quella che lo definisce come un sistema in cui i giudici tentano di massimizzare il benessere economico. Altri economisti importanti che trattarono il tema del banale della titolarità di diritti furono Guido Calabresi e Douglas Melamed. I due hanno evidenziato come gli interessi di una parte possano essere protetti in una delle seguenti forme: uno) una regola di proprietà, in base alla quale l'interesse non può essere sottratto o intaccato senza il permesso del titolare; due) una regola di responsabilità, in base alla quale l'interesse può essere sottratto intaccato, ma solo se il pagamento sia avvenuto dopo il fatto.

Economia e giustizia (Posner)

Poster ha anche analizzato come dovrebbero reagire i giudici. A partire dal concetto di massimizzazione del benessere, i giudici sono chiamati a decidere i casi nel rispetto dei principi che massimizzeranno il benessere totale della società. Egli sostiene che la massimizzazione del benessere risulti essere il miglior compromesso tra l'utilità e l'autonomia o che quantomeno le semplifica entrambe. Per quanto riguarda l'autonomia, una teoria morale che enfatizza in maniera evidente tale valore può certamente richiedere che cittadini siano obbligati o che le loro proprietà siano ridistribuite, solamente se essi hanno autorizzato tali azioni attraverso le loro scelte o attraverso un reale consenso. Il problema di un approccio basato sull'autonomia è che esso sarebbe inutilizzabile se applicato alle decisioni governative, perché sarebbe impossibile ottenere un consenso reale ed espresso da tutti i cittadini. Dunque la massimizzazione del benessere è più facilmente misurabile attraverso il denaro piuttosto che attraverso l'utilità o l'autonomia. Ciò perché acconsente le azioni governative anche quando il consenso reale di tutti coloro i quali sono coinvolti non sia disponibile o difficilmente ottenibile. Comunque sia, dato che le uniche azioni permesse sarebbero quelle che massimizzerebbero il benessere sociale, tutti acconsentirebbero a questo principio ove richiesto, perché è un principio che consente a tutti di migliorare nel lungo periodo la propria posizione di partenza. Non si tratta di un consenso espresso, ma di un consenso ipotetico implicito: e ciò che la gente avrebbe detto se le fosse stato chiesto per tempo. (Critica: è contestabile l'idea per cui l'incremento del benessere sia sempre qualcosa di giusto dal punto di vista morale e altrettanto difficile da giustificare. È il sacrificio e la sofferenza di qualcuno sulla base dell'accrescimento del benessere degli altri.)

La teoria dei giochi (Studio successivo alla tradizionale analisi economica)

La teoria dei giochi è lo studio, in parte di carattere matematico e in parte di carattere economico, di situazioni in cui ciascun comportamento individuale dipende dalle azioni e dalle scelte di altri individui e dalle aspettative maturate attorno a ciò che tali azioni tali scelte comportano. La teoria dei giochi fornisce un modello superiore rispetto a quello proposto dall'analisi economica tradizionale. Secondo l'analisi tradizionale mi sono diversi presupposti ma fondamentali: il fatto che gli individui agiscono in modo razionale, la sussistenza di informazioni perfette, l'azzeramento dei costi di transazione. Secondo la teoria dei giochi possiamo fare a meno di Alcuni di tali presupposti. Infatti,

lo scopo di tale teoria è quello di esaminare i problemi relativi alle informazioni perfette, e comportamenti strategici o ai costi di transazione. Gli autori hanno usato la teoria dei giochi per esaminare il modo in cui le regole giuridiche incidono sul comportamento strategico degli individui e per provare a costruire gli argomenti attraverso cui capire se le norme giuridiche vigenti abbiano o meno successo nel soddisfacimento di ciò che dichiarano o degli obiettivi che si prefiggono. La teoria dei giochi poggia su due intuizioni parallele. La prima è quella per cui la contrattazione tra le parti avviene sempre all'ombra del diritto, nel senso che le parti, al momento della negoziazione, prenderanno in considerazione le norme giuridiche e di possibili esiti di una potenziale controversia. La seconda, al contrario, riflette la prospettiva degli approcci teorici del gioco rispetto al diritto: le norme giuridiche, se vogliono essere efficaci, dovrebbero essere formulate sulla base di una qualche comprensione del modo in cui le parti contrattano. Tre problemi fondamentali che la teoria dei giochi prova risolvere, che sono quelli relativi al: uno) come stabilire o mantenere la cooperazione nelle situazioni in cui i privati sembrano essere incentivati a non cooperare; due) come coordinare le azioni di individui non organizzati. E, tre) come stabilire delle regole che facciano fronte al inevitabili asimmetrie informative fra le parti. Il problema della cooperazione simboleggiato dal celebre dilemma del prigioniero: due persone che commettono insieme un crimine vengono arrestate e interrogate separatamente. Sebbene il silenzio di entrambi porterebbe al miglior risultato per entrambi, nella realtà i due confessano poiché l'interesse personale spinge le parti verso una direzione differente dal fatto di cooperare insieme. E ciò avviene perché entrambe le parti non conoscono le volontà dell'altra. I problemi delle asimmetrie informative vengono prese in considerazione negli scritti relativi alle regole previste per quelle clausole che possono essere modificate dalle parti del contratto: per cui riguardo una questione in cui le parti contraenti volessero essere libere di determinare qualunque possibile varietà di clausole, quali regole dovrebbero essere imposte dalla legislatore o dei giudici in merito agli aspetti sui quali le parti sono rimaste silenti? Alcuni critici hanno proposto l'applicazione di una pena per quelle situazioni in cui contratti siano stati lasciati in completi perché una delle due parti, disponendo di più informazioni dell'altra, ha adottato un comportamento strategico. Tale ammenda è contraria agli interessi della parte che dispone dell'informazione, spingendolo a divulgare l'informazione nel corso della negoziazione per giungere ad una diversa clausola contrattuale.

La teoria della scelta pubblica (studio successivo alla tradizionale analisi economica)

I teorici della scelta pubblica cercano di capire quanto dell'azione dei funzionari pubblici possa essere spiegato il predetto sulla base del fatto che essi agiscono al fine di realizzare i propri interessi individuali. I teorici che appartengono al filone tradizionale definiscono il concetto di interesse personale in modi differenti: alcuni utilizzando un punto di vista cinico è limitato, lo identificano unicamente in una questione di soldi e di potere; altri, cercano di sviluppare una definizione più sottile che, ad esempio, potrebbe includere le convinzioni ideologiche dei funzionari pubblici. Se i legislatori e gli altri funzionari, nella loro attività di produzione del diritto, vengono percepiti per ciò che realmente sono, ossia come soggetti che agiscono in nome del proprio esclusivo interesse personale piuttosto che al fine di perseguire il bene pubblico, allora sussisterebbero ragioni per cambiare i diversi aspetti del sistema giuridico. Per questo motivo e teorici della scelta pubblica sono talvolta stati dipinti come persone oltre modo ciniche che non credono nella possibilità di comportamenti altruistici o di azioni compiute per il bene comune. Indipendentemente da quanto tale descrizione sia curata, non è necessario sostenere che l'azione genuinamente posta per il bene degli altri non sia mai verificabile, per poter riconoscere un valore alla teoria della scelta pubblica. È sufficiente rilevare che la teoria della scelta pubblica spesso fornisce migliori previsioni circa il modo in cui i funzionari pubblici si comporteranno in determinate circostanze, rispetto a quelle fornite da altre teorie dell'azione pubblica.

I limiti dell'analisi economica del diritto

L'analisi economica del diritto può essere criticata da un punto di vista interno e da un punto di vista esterno. Per critica interna, intendo quella che accetta maggior parte dei fini e dei presupposti della teoria; viceversa, la critica esterna mette in discussione l'analisi economica a partire dalle sue fondamenta. Un esempio molto acuto di critica interna è stato offerto da J. Hanson, K. Hanson e M. Hart. Essi hanno sostenuto che il modello sul quale opera l'analisi economica del diritto tende a fare supposizioni realistiche o ad assumere valori fissi su variabili che realtà muteranno significativamente tra le parti. Essi hanno notato che quando si tenta di perfezionare il risultato di un calcolo di una prenotazione tenendo conto del modo in cui le cose vanno realmente, la predizione sull'efficienza viene direttamente indebolita, oppure viene resa così incerta mettere in dubbio lo stesso utilizzo del modello al fine di giustificare il

cambiamento del diritto. Una critica esterna All'analisi economica del diritto è quella secondo cui essa rappresenterebbe un sistema riduttivo, un approccio al diritto e alla vita che tenta di analizzare ogni cosa in termini di un singolo parametro (denaro, benessere). Questa critica consiste in un'analisi in termini di commensurabilità. Come spiegato da Martha Nussbaum, la commensurabilità fa sì che tutte le cose di valore prese in considerazione siano ritenute misurabili secondo un'unica scala. I risultati di simili semplificazioni rappresentano distorsioni, tanto nelle descrizioni quanto nelle prescrizioni che si fanno. Sussiste anche un'ulteriore obiezione fondamentale relativa al fatto che ogni tentativo di ridurre le azioni e le decisioni umane ad una singola variabile, rischia di distorcerle fino al punto di renderle riconoscibili. Ci sono diversi altri critiche esterne il letteratura. Ad esempio: uno) che l'analisi economica nutre preferenze innate verso i ricchi rispetto ai poveri, verso i produttori rispetto ai consumatori; due) che l'approccio giuridico attraverso cui guardare al linguaggio e al mondo è differente da quello economico ed il diritto si troverebbe in una situazione peggiore se si consentisse alla visione economica di prevalere su quella giuridica; tre) che gli obiettivi dell'efficienza della massimizzazione del benessere sono irrilevanti, spesso incompatibili con la giustizia correttiva, che Rappresenta l'essenza è l'unico vero obiettivo del diritto privato. Anche se si considerano tali critiche valide e rilevanti c'è ancora spazio per attribuire valore all'analisi economica del diritto. Innanzitutto ci sono gli interrogativi che ruotano attorno ad aspetti puramente economici. In secondo luogo l'analisi economica è spesso servita modellare il pensiero giuridico esistente. In terzo luogo anche ammesso che l'efficienza, massimizzazione del benessere al massimo un valore tra i tanti, si vorrebbe ancora sapere quali effetti la disciplina giuridica e la pratica I denti producono sull'efficienza, massimizzazione del benessere. In quarto luogo il metodo di analisi che Law and Economics Promuove, si ricorda dell'esistenza di effetti a lungo termine che altrimenti potremmo non prendere in considerazione. In quinto luogo, l'altro argomento analitico che il pensiero economico rinforza, e quello secondo cui le preferenze di una persona possono essere dedotte dalle sue azioni e la relativa intensità di tali preferenze può spesso di dedursi chiedendo alla persona quanto sarebbe disposto a pagare per i beni considerati.

Capitolo ventunesimo

Le basi filosofiche del Common Law

Il diritto della responsabilità civile

Per quanto riguarda l'illecito civile esistono fondamentalmente due scuole di pensiero: una fondata sull'analisi economica del diritto che considera le regole sulla responsabilità civile ed il risarcimento come strumenti per mantenere l'efficienza; e l'altra che enfatizza gli aspetti di giustizia correttiva della responsabilità civile e che quindi finisce con il concepire il diritto della responsabilità civile come lo strumento attraverso cui chi ha causato un danno ingiusto risarcisce le vittime. Ronald Coase ha dimostrato che le considerazioni economiche sono state espressamente presi in considerazione dei giudici di Common Law In una serie di decisioni nello sviluppo della dottrina dell'illecito civile. Un'importante serie di problemi all'interno dell'illecito civile riguarda poi la misura in cui la responsabilità debba essere basata sulla negligenza o su uno standard di stretta responsabilità. Coloro che sostengono l'approccio economico si pongono il problema di quale sia lo standard che migliora l'efficienza. Coloro che invece assume un approccio di tipo morale si preoccupano della questione se la stretta responsabilità sia coerente con una corretta comprensione della colpevolezza morale.

Il contratto

Le discussioni sul diritto contrattuale si possono paragonare a quelle relative all'illecito civile. Per il diritto di contratti le principali alternative sono l'efficienza economica e una combinazione tra autonomia, giustizia correttiva e moralità nel mantenere le promesse. Secondo l'argomento dell'autonomia, l'ideale della libertà contrattuale si basa sull'idea che il diritto contrattuale dovrebbe essere un foro in cui le parti si obbligano volontariamente si vincolano soltanto nella misura da esse scelta. L'argomento a favore della giustizia correttiva si radica sulla struttura fondamentale del contenzioso contrattuale: una persona danneggiata dalla violazione del contratto cita in giudizio la persona che lo ha violato. I danni risarciti devono eguagliare i danni causati. Mentre alcuni critici hanno sostenuto che l'analisi economica possa volte produrre sofisticati teoria in grado di giustificare qualsiasi risultato, l'efficienza economica rimane uno standard più determinato rispetto a vaghi riferimenti all'autonomia o alla giustizia.

La proprietà

Le concezioni sulla proprietà che si trovano in Locke e Marx sono centrali per le loro idee sul giusto ruolo e sulla giusta struttura dello Stato. La teoria politica di Locke si basa

sull'esistenza di un diritto naturale di proprietà, mentre altri, come Jeremy Bentham E realisti giuridici americani hanno adottato una visione contraria della proprietà. In ogni caso difendere la proprietà è sempre stato un bisogno. Locke Ha sviluppato una teoria della proprietà privata a partire dall'idea della proprietà di ciascuno sulla propria persona e quindi sul proprio lavoro. E io sostenuto che dall'unione del lavoro con il suolo da coltivare o con la raccolta di cibo, deriverebbe il diritto naturale di proprietà sui beni in uno stato di natura per lo meno rispetto all'uso che si può fare di ciò che sia coltivato raccolto e finché ne rimango abbastanza e di abbastanza buono per gli altri. Al contrario Hegel ha ritratto la proprietà privata come una parte integrante dello sviluppo della personalità individuale. Nei dibattiti contemporanei sulla proprietà all'interno della letteratura giuridica e comuni considerare la proprietà come un fascio di diritti, ovvero una serie di diritti e doveri generalmente associati. L'analisi economica della proprietà tende a concentrarsi sul modo in cui la proprietà privata possa contribuire ad incoraggiare i guadagni del commercio e da scoraggiare un inefficiente abuso delle risorse comuni.

Il diritto penale

Le questioni che riguardano la corretta giustificazione della pena sono analoghe alla questione più generale su come si possa o si debba giustificare il diritto penale. Un'altra questione importante nella teoria del diritto penale riguarda i giusti limiti a cui dovrebbe essere soggetto il diritto penale. Mill ha sostenuto che la coercizione dello Stato si dovrebbe estendere soltanto alle attività che minacciano danni a terzi e non alle attività che mettono in pericolo soltanto i loro autori o in cui la sola giustificazione per la criminalizzazione di un certo fatto sia l'applicazione di norme morali. Come le teorie dell'illecito civile, i problemi più complessi delle teorie del diritto penale riguarda il fondamento e limiti della colpevolezza morale giuridica.

La causalità

Il problema della causa è fondamentale nelle controversie relative all'illecito civile al diritto penale. Sebbene l'idea fondamentale di causalità sia stato oggetto di note contrapposizioni in ambito filosofico tali questioni si sono trasformate in dibattiti giuridici soltanto in rare occasioni. Ad un livello più ordinario, viene il senso comune un'idea di causalità che corrisponde solo approssimativamente al relativo concetto

giuridico. Il senso più ampio di causalità e talvolta descritto come causa equivalente: da questo punto di vista affermare che A causa B equivale a dire che senza l'evento A, B non si sarebbe verificato. Tuttavia ciò appare troppo generico tanto nel discorso comune quanto nell'attribuzione di responsabilità morale giuridica. È una questione attualmente dibattuta se la limitazione della responsabilità derivante dal nesso di causalità debba essere concepita come un aspetto della giustizia correttamente intesa, o semplicemente come una restrizione imposta per motivi di ordine pubblico.

DIMENSIONE