

## **SCIENZA GIURIDICA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO: due sguardi differenti (kelsen vs Ehrlich)**

### Giuspositivismo

- Identifica il diritto con il diritto positivo, il diritto posto da una volontà sovrana espressa nella legge applicata nello stato
- Diritto positivo
  - è dato dalle norme vigenti in uno stato
  - prende anche il nome di ordinamento giuridico

Questa teoria si è sviluppata nel corso del XIX secolo, attraverso le codificazioni

- La legge dello stato non è l'unica fonte del diritto;
- Diritto dell'Unione europea (sovraordinato al diritto nazionale)
- Sentenze (nei sistemi di common law)

### **Kelsen**

- Padre della teoria giuspositivista → ha concepito la struttura dell'ordinamento giuridico odierno

### LA PIRAMIDE DELLE FONTI

1. Fonti costituzionali (costituzione e leggi costituzionali)
2. Fonti primarie rinforzate (regolamenti comunitari)
3. Fonti primarie (leggi ordinarie)
4. Fonti secondarie (regolamenti amministrativi)
5. Fonti consuetudinarie (usi e consuetudini)

Pensare al diritto come ordinamento porta ad una conseguenza : il fatto che se si parla di diritto si parla solo della piramide. Oltre alla piramide non c'è nulla → esiste solo l'ordinamento giuridico

### **La dottrina pura del diritto:**

- Art.1 → la dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo
- Non esiste un ordinamento giuridico giusto o sbagliato
- Kelsen spiega chiaramente che il diritto è solo il diritto positivo, senza fare riferimento all'ordinamento giuridico
- Il diritto positivo solo in generale, senza attualizzazione
- Diritto come scienza pura: non c'è altro diritto se non quello positivo.  
→ Non c'è un ordinamento sbagliato → se parliamo di giusto/sbagliato ci riferiamo alla morale.

- La teoria generale del diritto secondo Kelsen è una teoria del diritto positivo che non vuole interpretare norme giuridiche particolari, nazionali o internazionali, ma vuole conoscere esclusivamente il suo oggetto. Diritto e morale sono due cose diverse → giurista non si chiede se è giusta o meno, ma verifica se la norma è valida.
- Dottrina pura del diritto: vorrebbe eliminare tutto ciò che non si riferisce al suo oggetto. Nella piramide sopra il vertice c'è il concetto di "good norm": norma fondamentale
- La scienza pura del diritto si pone la domanda "che cos'è e com'è il diritto, non come esso deve essere o essere costituito.

### Principio metodologico

Conoscenza di norme giuridiche e sociologia giuridica

- Kelsen: il diritto è fatto solo dalle norme e la scienza del diritto si preoccupa solo di conoscerli e indagare cause e effetti degli accanimenti naturali che si presentano come atti giuridici in virtù della qualificazione da parte della norma giuridica.
- Per la scienza giuridica non è importante il come o il perché delle norme giuridiche, bensì si rivolge alle norme giuridiche come strutture qualificative volute o rappresentate.
- Essa comprende qualsiasi fatto solo in quanto è contenuto di norme giuridiche, è cioè da norme giuridiche

### Ehrlich

- Pensiero : “ a torto si crede oggi da molti che il diritto venga prodotto dallo stato e le sue leggi. La più grande parte del diritto trae origine dalla società in quanto esso è interno ordinamento dei corpi sociali, dal matrimonio, famiglia..., e non è mai stato ridotto a norme giuridiche”.
- Le norme che regolano determinati istituti presuppongono l'esistenza degli istituti stessi
- Considerato il fondatore della sociologia del diritto
  - > Sostiene che tutti gli atti e i fatti giuridici preesistono attraverso la loro formalizzazione
  - > Tutte le leggi poggiano il fondamento di stabilità
  - > Questi fenomeni sono già diritto, a priori dalla legge

Da queste due differenti teorie si formano due filosofie di concepire il diritto diversamente:

- > Sociologia del diritto
- > Giuspositivismo/ scienza giuridica —> diritto positivo
- Ehrlich è famoso per aver introdotto il concetto di diritto vivente.
- Per i giuristi la legge diventa vivente quando viene attuato in un caso concreto.
- Per Ehrlich il diritto è il diritto vivente e quindi non solo è formalizzato, ma una fanno parte tutte quelle azioni in cui il diritto vive.
  - > tutti i comportamenti umani regolati da norme fanno sì che il diritto sia vivente
  - > è la relazione tra ciò che il diritto dice e le azioni delle persone.