

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

AUTORITA

Il diritto è autoritativo, l'intervento dell'autorità viene ad assumere la medesima funzione che la volontà personale svolge a livello individuale, consente di garantire un minimo di ordine e di certezza sociale. (dai comportamenti si individuano le regole).

Il diritto è composto dall'essere e dal dover essere.

L'autorità è una relazione tra due o più soggetti nei riguardi di una determinata attività.

La caratteristica più evidente dell'autorità è il fatto che essa è dotata di forza, per ottenere dei comportamenti o per far sì che i cittadini non tengano dei determinati comportamenti.

Questa deve essere utilizzata secondo delle regole e da organi stabiliti.

Costanti all'interno del diritto:

- Imperatività
- Relazioni sociali
- Garanzia dell'ordine
- Sanzione
- Coazione
- Riconoscimento da parte dei consociati

L'autorità può essere definita come un rapporto ed è necessaria.

La relazione tra i soggetti è asimmetrica e gerarchica, i soggetti non si trovano in una condizione di parità e si possono distinguere in soggetti sovraordinati e soggetti subordinati. Il potere deve essere riconosciuto da tutti, anche dai soggetti subordinati.

Concezioni dell'autorità:

1. Concezione sostanziale, sottolineano il rapporto personale del rapporto dell'autorità, dimensione intersoggettiva cioè è un'azione esercitata da un soggetto su un altro. È finalizzata al raggiungimento di un bene che riguarda entrambi.
2. Concezione formale, sottolineano la legittimità del titolo, l'autorità consiste nel fatto che un'azione viene regolamentata da un soggetto diverso da quello che la pone in essere. Si guardano le procedure, che la creano e affinché essa si conservi.

(Raz) l'autorità si definisce sulla base del tipo di azioni che è capace di far compiere; le azioni che orientano il comportamento forniscono RAGIONI che giustificano il compimento di una determinata azione. Egli distingue ragioni di prim ordine e ragioni di secondo ordine (la fonte di queste è gerarchicamente più forte, ogni ragione d'agire o di trattenersi dall'agire per una ragione.

Ragione protetta = ragione per compiere un'azione e nel contempo per escludere le ragioni di non compiere quella stessa azione. Autorità è la capacità di modificare ragioni protette, quindi è un potere normativo.

Nelle concezioni sostanziali l'autorità ha anzitutto uno scopo e si guardano i contenuti, in quelle formali l'autorità ha le regole.

Gli aspetti comuni sono:

- Principio di azione, l'autorità contribuisce a dare avvio all'azione comune e definisce i criteri-guida. (diversamente dalle concezioni imperativistiche che vedevano l'autorità come una qualità posseduta da particolari soggetti capaci di comandare sulle volontà altrui; impossibile la distinzione dell'autorità dal potere, del diritto dalla forza).

La forza è l'elemento in comune tra autorità e potere, e tra l'autorità e la forza c'è una connessione e sono legate sempre dalla libertà. Quando le ragioni non sono fondate sulla libertà, l'autorità dispone solamente di una maggiore quantità di forza (regimi totalitari).

Le teorie del giusnaturalismo hanno introdotto il PATTO SOCIALE come metodo idoneo a fondare l'autorità ricollegano l'autorità alla volontà individuale e quindi alla libertà.

Il patto sociale è un CONTRATTO che diventa libera giustificazione dell'autorità, l'autorità, prima di essere quella dello stato, è l'autonoma capacità d'agire di ogni individuo.

(Hobbes) la concentrazione dell'autorità nel sovrano possono indurlo ad azioni come la condanna a morte di un suddito, azioni che contraddicono la ragione del patto sociale come contratto che assicura la vita e la pace; QUINDI ne consegue l'autorizzazione al suddito a sottrarsi al patto sociale e liberarlo dall'obbligo di obbedire (ritorno allo stato di natura). Una volta istituito il potere civile, bisogna obbedirvi fino a che permane la reciprocità del vincolo.

Teoria formalista.

(Locke) dallo stato di natura (libertà e uguaglianza) si edifica un ordine politico artificiale come autorità dal fondamento eterno e immodificabile. Un uso ingiusto del potere civile (=tradimento del fine x il quale la società politica è stata istituita), legittima il diritto di resistenza e si ha uno stato di guerra. Lo stato ha il compito di tutelare i diritti naturali dei cittadini e lo stato può essere dissolto.

L'autorità che si crea grazie al patto sociale ha dei precisi vincoli e deve avere il consenso dei consociati per poter continuare ad esistere.

Ci sono diversi tipi di giustificazione dell'autorità:

- Funzionale, la relazione di autorità si giustifica in base alla funzione da essa assolta (Simon). Secondo questa tesi l'autorità è sempre necessaria e la sua funzione è quella di perfezionamento della società
- Formale, chi partecipa a delle attività che siano governate o disciplinate da regole riconosce l'autorità (winch) l'autorità è una funzione dell'agire secondo le regole

Distinzione introdotta da Weber: l'autorità è il potere legittimo (senso di dovere dei cittadini di obbedire) che va distinto dal potere generico (potere di ottenere obbedienza ad un comando).

Egli distingue 3 diversi tipi di potere:

1. Potere tradizionale, all'interno di una tradizione consolidata e affermata nel corso del tempo (romani).
2. Potere carismatico, si affida al carisma di un capo, di natura personale

3. Potere legale-razionale, tipico dell'età moderna, e si basa sulla credenza nella validità formale dell'autorizzazione e dell'esercizio del potere; si deve obbedienza all'autorità in quanto istituita legalmente e operante nella rispondenza alle regole (no valori, forme e regole).

Rischio di esporre il potere ad una burocratizzazione e quindi dà luogo ad un'obbedienza automatica senza tener conto dei fini.

Illuminismo: l'aspirazione era quella di liberarsi radicalmente dall'autorità, intesa come potere tradizionale e considerata fonte di pregiudizi e dogmatismi.

L'autorità in realtà non è solo fonte di pregiudizi e dogmatismi ma anche di VERITA', a patto che trovi fondamento in un atto di riconoscimento e non sottomissione atto di libertà e ragione che, prendendo coscienza della limitatezza umana, riconosce all'altro (al portatore di autorità) una superiorità.

Autorità è pienamente compatibile con la ragione

Gadamer "obbedire all'autorità significa ammettere che anche l'altro possa vedere meglio di quanto non si sappia fare personalmente"

Non c'è autorità senza il riconoscimento della necessità dell'altro, l'altro è portatore di novità, di qualche cosa che prima del suo intervento non c'era

Non c'è autorità senza NOVITA' = il fare autorità è richiamare presso l'altro un'originalità fino a quel momento insospettata; la novità è innalzare le fondamenta delle cose a un più elevato fine comune.

CONCETTO GIURIDICO DI AUTORITA

(Ricoeur) il paradosso dell'autorità = l'autorità è incompatibile sia con l'esercizio della mera forza, sia con l'aspetto egualitario della persuasione, si basa su una doppia legittimazione.

(no aspetto ternario).

L'autorità giuridica la possiamo definire come il potere di produrre norme esso stesso regolato da norme.

Una delle finalità fondamentali del diritto è quella di coordinare la molteplicità delle azioni verso un fine comune.

L'organizzazione giuridica produce diritto ed è prodotta dal diritto, è un sistema circolare, ed è caratterizzato da: precisione, chiarezza e prevedibilità dei rapporti umani.

RULE OF LAW, sistema giuridico correttamente funzionante (in cui si rispettano una serie di condizioni che sono:

- Regole irretroattive
- Le regole devono essere facilmente seguibili
- Le leggi devono essere: promulgate, chiare, coerenti tra loro e stabili
- L'autorità deve attenersi alla legge, devono attuare il diritto correttamente

Questo funziona grazie a una qualità buona delle istituzioni e delle funzioni giudiziarie, che agiscono in conformità al diritto e alla giustizia.

La giustizia deve essere accessibile da tutti i cittadini.

STATO MODERNO

Il sistema giuridico (sistema nel quale sono organizzate le fonti di diritto) si lega allo stato moderno, questo viene organizzato dal diritto

I principi dello stato moderno sono ordine e unità, tra i governanti e i governati.

Le Caratteristiche dello stato moderno sono:

- primato della legge
- separazione dei poteri
- definizione dei diritti individuali
- monopolio del potere di produrre diritto
- impersonalità del rapporto giuridico

Prima fase, stato assoluto:

(Bodin) elemento fondamentale la sovranità dello stato data al sovrano dal popolo, il sovrano è superiore al diritto e alla legge. Potere illimitato che si esercita su un territorio definito.

Il potere è originario e indivisibile. Potere legislativo dato dalla sovranità.

(Hoobs) Costituzione di un potere comune che viene prodotto conferendo tutti i poteri e tutta la forza a un uomo/assemblea di uomini e questo porta alla creazione di un potere supremo assoluto. Il sovrano ha solo l'obbligo di garantire la vita ai cittadini.

Questa fase porta:

1. La statualità del diritto = il diritto è di chi comanda
2. L'assolutizzazione della legge = le norme sono testi risolutivi senza possibilità di modifiche successive

Questa fase verrà superata grazie a Locke con la separazione dei poteri, lo stato non deve intromettersi nella sfera privata dell'individuo che ha il diritto di far valere i suoi diritti naturali (proprietà e libertà).

Fase ulteriore stato democratico

(Rousseau) l'effetto del contratto sociale per Rousseau, è quello di produrre un corpo morale composto da tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea, che allora detiene il potere sovrano.

Libertà politica.

L'apice dell'impossessarsi del diritto da parte della politica lo abbiamo con il periodo della codificazione (il primo: Code Napoleon del 1804):

- La legge diventa la fonte di diritto esclusiva, si va a creare una gerarchia delle fonti che vede tutte le altre poste ad un ruolo secondario.
- Mitizzazione della figura del legislatore, considerato come unico soggetto autorizzato alla produzione del diritto,
- Le norme sono espressione del volere politico
- La figura del giudice rimane come "bocca" del legislatore

Si celebra l'onnipotenza del legislatore.

Il maggior esponente del normativismo è Hans Kelsen (1881-1973), disegnò una teoria generale del diritto, "dottrina pura del diritto", andò via dall'europa a causa del regime nazista.

Cercò di descrivere il diritto nel suo essere puro, quindi depurato da tutti gli elementi che non sono giuridici (etica, politica e religiosa).

Egli distingue:

- Giudizi sull'essere
- Giudizi sul dover essere, modo normativo, giuridicamente prescritto.

La norma giuridica per Kelsen è uno schema col quale si qualificano dei fatti e dei comportamenti, non è rilevante se una norma giuridica sia giusta o ingiusta, interessa solo che sia giuridica (valida e vigente). Le norme giuridiche secondo Kelsen impongono ai giudici di sanzionare i privati cittadini in un certo modo.

Nelle due edizioni del suo libro sono dette cose diverse, nel primo dice che la norma fondamentale non è una norma posta dal legislatore ma è una norma logicamente presupposta per non far cedere la validità dell'intero ordinamento, nella seconda la norma fondamentale si ottiene quando tutte le norme dell'ordinamento sono effettive, applicate.

Contraddizione della prima: l'elemento impuro "la logica"

Contraddizione della seconda: l'elemento impuro "il fatto"

Accanto al principio di legalità nello stato (=conformità alla legge di ogni manifestazione giuridica) viene posto il principio di legittimità (=aderenza della legge ai valori costituzionali). (dopo il secondo dopo guerra).

Santi Romano, concezione antinormativistica, ancora prima di essere norma è organizzazione della società, lo stato non è il solo produttore del diritto, ha una pluralità di ordini.

Il diritto è un'istituzione sociale, un'istituzione sociale è qualsiasi cosa che duri nel tempo.

Teoria della pluralità dell'ordinamento giuridico (es chiesa, diritto internazionale).

Principio di legalità e di auto limitazione del potere (che deve mantenersi entro i limiti stabiliti dalla legge).

Sparazione dei poteri = motesquieu (potere esecutivo, legislativo, giudiziario).

Dottrina descrittiva = tutti ugali i poteri e che hanno la stessa forza all'interno dello stato.

Dottrina prescrittiva = che colloca al vertice il potere esecutivo e relega il in basso il potere giuridizario, l'assoluto primato lo ha il legislatore (per poter garantire l'uguaglianza dei cittadini).

ORDINAMENTO E SISTEMA GIURIDICO

“sistema giuridico” = sistema nel quale sono organizzate le fonti del diritto; complesso di regole di carattere generale e di modelli comuni d'azione, complesso di pratiche sociali orientate a proseguire forme di vita ragionevoli basate su interessi comuni dei consociati. Organizzato sistematicamente dalla ragione umana.

All'apice del sistema giuridico c'è il codice che completa e organizza il diritto.

I principi del sistema giuridico sono:

1. Ordine, principio ordinatore che conferisce ordine a ciò che ancora non è ordinato
2. Unità, unifica sistema di norme in vista della sua applicazione normativa

“ordinamento giuridico” = visione del diritto come unità e come totalità, come interezza che comprende il tutto e le sue parti

Concezione del diritto come ordinamento:

- Kelsen, è un sistema dinamico, una norma è giuridicamente valida quando è emanata in conformità ai criteri indicati in una norma di grado superiore (sistema a gradi). C'è una norma fondamentale che legittima tutte le altre. (vedi kelsen prima) (appartenenza di norme).
- Santi romano, l'ordinamento giuridico è un insieme di istituzioni, più soggetti creano il diritto.

FONTI DEL DIRITTO POSITIVO

Operazione dell'illuminismo politico-giuridico francese alla fine del '700 = identifica il diritto in modo quasi esclusivo con la legge.

Le fonti del diritto sono:

- a. luoghi privilegiati cui l'interprete del diritto ha il dovere di rivolgersi (significato tecnico)
- b. insieme di procedimenti (fenomeni storici, economici, culturali,..) da cui scaturiscono le regole giuridiche (significato atecnico)

Le norme inoltre si dividono in:

- SECONDARIE, disciplinano i modi con cui produrre le regole di quel sistema specifico
- PRIMARIE, norme che impongono di compiere o di astenersi da certe azioni

(Hart) l'ordinamento giuridico è l'esito dell'integrazione tra secondarie e primarie

L'obiettivo è ridurre le controversie.

Originariamente le regole sulla normazione si risolvevano in un'unica norma che affidava al parlamento il potere normativo (caso dell'GB) o nella norma con la quale si affidavano tutti i poteri al re (regimi monarchici); ora abbiamo una specifica disciplina, i modi con cui la regola si forma entrano a far parte della stessa regola

Alcuni sistemi sono APERTI (usa, gb) = nascono e si sviluppano attraverso regole ricavate dal precedente giudiziario

Altri sistemi sono CHIUSI (europa) = prevale la fonte legislativa (formalmente)

Si dividono in fonti SCRITTE e NON SCRITTE

Si dividono in ordinamenti SEMPLICI e COMPLESSI (a seconda che le regole che li compongono siano derivate da una o più fonti)

Si distingue in uso TECNICO (fonti sono i meccanismi interni di produzione del diritto) e ATECNICO (fonti sono i fattori storici, eco, cult,.. che sono in grado di determinare la nascita di regole giuridiche) di fonte del diritto.

CONSUETUDINE come fonte del diritto, ha mantenuto sempre un ruolo fondamentale per quanto riguarda il diritto internazionale e globale. È un diritto effettivo cioè esprime una normatività originaria che scaturisce dall'interno dello stesso corpo sociale.

Nasce da modalità comuni di agire della società.

Oggi la consuetudine consiste nel rinvenimento di elementi comuni in casi particolari, essa esige dai partecipanti l'accettazione della prassi come fatto e come valore.

La consuetudine è autoritativa, ma non deriva dall'azione di alcuna autorità, che non sia il convincimento nei fatti e da determinati modelli di condotta comune.

Pro = diritto che nasce dalla concretezza della vita quotidiana

Contro = rischio di smarrire l'idea del diritto come principio ordinatore della realtà riducendolo a mera registrazione di risultati già prodotti.

Es. Consuetudini costituzionali (pr), consuetudini internazionali (modelli contrattuali uniformi).

Art 1 delle disposizioni sulla legge in generale del 1942, "sono fonti del diritto: le leggi, i regolamenti, le norme corporative (durante il fascismo, poi abrogate), gli usi". Sono scritti in ordine di importanza.

Ciò che ne segue è l'onnipotenza del legislatore e la completezza dell'ordinamento giuridico.

Questo ha portato all'espandersi della legge in modi settori che prima erano regolati dall'autonomia privata o da norme consuetudinarie.

i regolamenti = norme prodotte non dal potere legislativo, ma dal potere esecutivo sempre su delega di quello legislativo
la consuetudine = ultimo gradino prassi sociali costanti ripetute uniformemente per lungo tempo.

Questo articolo subisce delle modificazioni, il primo vero ridimensionamento avviene con l'introduzione della costituzione come fonte superiore, essa adesso è al di sopra della legge. All'interno della costituzione ci sono i valori e principi che identificano il modo di essere del sistema giuridico e della società.
Un altro ridimensionamento proviene dal diritto internazionale e comunitario. Il diritto comunitario produce norme che sono direttamente applicabili negli stati membri, e inoltre è in una posizione di supremazia in caso di conflitto.

LO STATO DI DIRITTO

Lo stato di diritto, principi fondamentali:

- Certezza del diritto
- Irretroattività delle norme
- Eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge

L'idea di stato di diritto era già presente nell'antichità, Aristotele aveva contrapposto al governo degli uomini, il governo delle leggi = attività legittimata e limitata dalla legge.

Attraverso la codificazione il diritto si è formalizzato.

Lo stato RICONOSCE i valori fondamentali (universali, inviolabili), perché questi PRECEDONO l'autorità e non trovano in essa il loro fondamento (costituzione).
(no neutralità assiologica).

Ci sono 2 principali linee interpretative giustificatrici dell'esigenza della figura dello stato:

- Tedesca: principio cardine "inviolabilità della persona", basato sull'amministrazione. (Otto Brunner) lo stato è il principale soggetto che assicura protezione e difesa all'interno di un determinato territorio. (stato statalista, amministrazione pubblica)
Stato progetto = primato dell'amministrazione che aspira alla globalità della regolamentazione e a una rigorosa definizione delle competenze e delle funzioni del potere politico.
- Anglosassone: principio carino "giurisdizione", lo stato è un risolutore di conflitti tra i cittadini e garantisce le libertà individuali. Garantisce l'equilibrio tra i più poteri (pluralista) basato sul primato della giurisdizione.

2 elementi caratterizzatori delle istituzioni politiche (Oakeshott): UNIVERSITAS (=associazione orientata all'unità di un'impresa comune; perseguimento di un interesse unitario collettivo) e SOCIETAS (=condizione civile di + soggetti che agiscono x la soddisfazione di fini personali)
Stato deve essere progetto di unità politica + equilibrio di interessi costituiti.

Nel corso del novecento si è sviluppato lo stato sociale (welfare state), stato che interviene nella società (attraverso norme e aiuti economici).

Questo stato sociale si manifesta in Europa con due modi distinti:

1. Modello delle assicurazioni sociali
2. Assistenza universalistica

L'obiettivo è la difesa dei settori più deboli della società industriali, con tutta una serie di disposizioni volte a sorreggere la persona durante tutto l'arco della sua vita. (compromesso lavoratori e capitalisti).

Nonostante il modello dello stato sociale adesso sia entrato in crisi (insostenibilità economica) ancora oggi è inconcepibile che non si pensi lo stato come stato sociale.

Inoltre oggi lo stato sente la pressione della globalizzazione (non è più autosufficiente) e della comunità internazionale.

COMUNITA INTERNAZIONALE

Pace di Westfalia = nuovo modello di pace e ordine internazionale (per 3 secoli, 1648)

In base a questo modello gli stati sono chiamati a coesistere tra loro sulla base di alcuni principi:

1. Sovranità interna, divieto di ingerenza negli affari interni degli altri stati
2. I patti devono essere rispettati (trattati e accordi)

Gli stati sono gli unici soggetti del diritto internazionale e sono posti in una posizione di parità tra loro (giuridicamente).

Limite = non prevedeva un modo con cui risolvere le controversie

Conseguenza = la forza diventa l'elemento principale, si collega una politica di guerra come risoltrice dei conflitti tra i vari stati (stati totalitari del 900). Forza come criterio regolatore dei conflitti.

Inversione di tendenza con lo statuto delle nazioni unite e poi con la Carta dell'Onu che però non sostituisce il modello dato dalla pace di Westfalia, ma lo affianca e cerca di integrarlo.

Si afferma la tutela della persona e il divieto dell'uso della forza diventa il principale regolatore delle relazioni internazionali.

L'autorizzazione all'uso della forza può essere data solo dalle risoluzioni del consiglio di sicurezza delle nazioni unite.

L'Onu ha una difficoltà nel garantire una pace globale, ha uno scarso potere reale (soft law delle sue leggi).

I diritti umani diventano un bene universale per assicurare la pace e la sicurezza internazionale.

Il diritto internazionale come diritto dei diritti umani (i diritti umani nascono con la fine del '700), sono diritti storici cioè che nascono in certe circostanze storiche.

Si è passati attraverso 3 fasi:

1. Fase di affermazione del diritto di libertà
2. Fase dei diritti politici, partecipazione sempre più ampia e diritti sociali
3. Processo di specificazione, concezione più specifica (diritti infanzia, malato ecc.)

I diritti umani sono diventati universali e sono stati specificati (uomo concreto, di come lui è nella società).

Unione Europea, è dotata di organismi propri, si parla di trasferimento di sovranità dagli stati all'Europa, esercita una sovranità diretta.

Ci sono dei valori costituzionali che fanno parte del DNA dell'unione (principio democratico, solidarietà sociale,...) quindi l'Europa ha di per sé una Costituzione non scritta

Temi di dibattito: questione della sovranità, della ripartizione delle competenze tra stati membri e organismi comunitari e relativi poteri.

DUPLICE SOVRANITA' = a quella delegata dagli stati membri e quella della sovranità popolare dei cittadini dell'UE.

Sembra non avere futuro la maggiore cooperazione tra gli stati: rinascita dei nazionalismi (Brexit)

INTERPRETAZIONE GIURIDICA

Mettere in corrispondenza tra loro norme, disposizioni di legge e fatti.

Interpretazione:

- Come attività
- Come prodotto

Si può distinguere anche in:

- Interpretazione giudiziale (dei giudici)
- Interpretazione dottrinale (da giuristi)
- Interpretazione in astratto, attività di interpretazione rivolta ai testi
- Interpretazione in concreto, attività di interpretazione rivolta ai casi concreti

3 teorie:

- 1) Teoria formalistica o cogitiva, l'interpretazione è un'attività di tipo conoscitivo (non valutativo). Interpretare significa accertare il significato oggettivo dei testi normativi, significato considerato come univoco. I significati sono dati a priori
- 2) Teoria scettica, l'interpretazione non è attività di conoscenza ma di creazione del significato, di decisione libera da qualsiasi vincolo; è l'interprete a decidere il significato secondo il proprio personale atteggiamento valutativo. Esistono i significati che di volta in volta dipendono dalle valutazioni soggettive degli interpreti.
- 3) Teorie intermedie, senza e fuori dell'interpretazione la regola non esiste e non è effettiva e senza e fuori della regola non potrebbe darsi interpretazione.

Tesi scettica di Guastini, distingue tra disposizione e norma. Debolezza: la netta linea di demarcazione tra disposizione e norma non esiste, rischio di minimizzare il lavoro interpretativo

Teoria ermeneutica, non si può pervenire ad un certo significato se non partendo ad una pre interpretazione/comprendimento, bisogna lasciarsi orientare da un'ipotesi di partenza, una rappresentazione anticipata del risultato, influenzata dall'appartenenza dell'interprete a un preciso contesto discorsivo e vitale.

Ci sono due livelli di processo interpretativo ermeneutico:

1. Attività di estrazione di un significato da un fondo culturale e linguistico
2. Necessità continua di nuove argomentazioni

(Gadamer) CIRCOLO ERMENEUTICO, è una struttura anticipatoria della comprensione, il comprendere ha un carattere circolare, articolato da livelli posti su una spirale; non si torna mai al punto di partenza, ma si innalza su nuovi piani. La scelta tra le diverse interpretazioni la si ricava non solo da una pre valutazione ma anche dai vincoli contestuali (es contesto storico).

Non c'è un metodo esatto che possa condurre a risultati univoci.

(Alexi) nel discorso giuridico ha luogo un'argomentazione rivolta alla soluzione di casi concreti (questioni pratiche).

Interpretazione e argomentazione sono due cose inseparabile nel percorso giuridico, entrano in gioco in cui ci sono dei casi dubbi.

ARGOMENTAZIONE/GIUSTIFICAZIONE:

Processo giustificativo = numerose conclusioni/decisioni intermedie che poi vanno a formare la giustificazione complessiva. Gli operatori giuridici avanzano una pretesa di correttezza, giustificando e motivando i loro orientamenti – l'argomentazione ha la funzione della giustificazione.

Processo argomentativo= processo razionale di analisi e scelta delle diverse alternative possibili, - Interpretazione implica un rapporto tra interprete e testo; argo implica un rapporto tra un soggetto (chi propone l'argomento) e un altro soggetto (uditore) da convincere
Argomentazione è una delle più importanti manifestazioni del fare dei giuristi; capacità di reperire e trattare razionalmente argomenti
Importante la fase argomentativa pre legislativa.

Il procedimento argomentativo non è lineare ma RETICOLARE (giudice cerca di costruire un tessuto con tante argomentazioni che alla fine producono una conclusione convincente).
(Perelman) l'argomentazione cerca di utilizzare metodi che siano appropriati di più all'uditore a cui ci si rivolge che all' oggetto del discorso (già scritto da aristotele). Il giurista previene sempre a verità probabili.

Bilanciamento dei principi: principi posti sullo stesso piano.

Teoria ermeneutica del diritto: il senso degli enunciati normativi è pre-determinato dall'intervento del legislatore e co-determinato dal contributo del ruolo del giudice-interprete e dai principi e valori a cui si ispira la comunità degli interpreti.

GIURISPRUDENZA

rappresenta l'insieme delle decisioni giudiziali, dai risultati dell'interpretazione e dal complesso dei comportamenti dei giudici, interpreti e applicatori del diritto.

Diritto dei tribunali no scienza dottrinale del diritto.

2 tradizioni fondamentali:

- CIVIL LAW, le decisioni del giudice sono distinte da quelle del legislatore. Si basa sulle leggi e non sulle decisioni del giudice.
- COMMON LAW, attribuisce alle decisioni del giudice un valore generale (decisione precedente).

Ora i due sistemi tendono a convergere, in entrambi i sistemi ha importanza il caso concreto e l'esercizio della giustizia non è distaccabile dal caso concreto.

Le caratteristiche della giurisprudenza:

1. Libertà, la sua prassi implica un margine di libertà nei riguardi di qualunque individuo normativo.
2. Autorità, la giuri produce nuovo diritto positivo e si consolida in autorità.

Gli obiettivi della prassi giudiziaria sono:

- Poter acquisire conclusioni già consolidate nell'esperienza di casi precedenti decisi così da non rimettere in discussione significati già compresi, quindi non perdere la consapevolezza del progresso giuridico già raggiunto.
- Offrire al legislatore la possibilità di operare valutazioni ragionevoli per quanto riguarda la praticabilità delle sue decisioni.
- Offrire un contributo + affidabile alla certezza del diritto e alla fiducia nell'amministrazione della giustizia.

VINCOLO AL PRECEDENTE = strumento concreto che rappresenta l'esigenza di continuità della giurisprudenza (mettere a confronto casi attuali con casi precedenti analoghi per decidere un'uguaglianza di trattamento). (non ci sono 2 casi identici, si vanno a cercare gli aspetti uguali).

In Italia sono rilevanti i precedenti della corte di cassazione e della corte costituzionale, il lavoro pratico dei giuristi si muove da precedenti, e solo se sussistono buone ragioni ci si allontana da essi.

ERMENEUTICA GURIDICA

Il modello ermeneutico sta nel PRIMATO DELLA COMPrensIONE = le regole si precisano in presenza di casi concreti e in rapporto con essi che costringe il diritto a decidere su situazioni reali.

Le caratteristiche dell'ermeneutica:

1. Rivendicazione della centralità del comprendere
2. Identificare l'interpretazione e l'applicazione del diritto

Prima di essere interpretazione SUL linguaggio, l'interpretazione è interpretazione ATTRAVERSO il linguaggio, così il processo interpretativo implica un inserirsi nel tessuto connettivo rappresentato dal linguaggio comune che domanda sempre di essere reintegrato e reinventato.

X l'ermeneutica esiste il rischio dell'ERRORE e del FRAINTENDIMENTO = quando una interpretazione non è legittima c'è la possibilità di autocorreggersi, di distinguere un'interpretazione corretta da una errata.

La comunità interpretativa giuridica, INTERPRETATIVE COMMUNITY, collega tra loro componenti di una determinata tradizione giuridico-istituzionale che condividono una serie di pratiche sociali incorporati in un complesso di valori e scopi.

Questo diviene parametro valutativo dell'accettabilità delle varie alternative interpretative.

Il tentativo della community è quello di oggettivizzare il ragionamento dell'interprete riconducendolo a dei criteri stabili, per definire un orizzonte che permette di convalidare l'accettabilità delle varie soluzioni interpretative.

Problemi:

- Ordinamenti internazionali e comunitari, si registra un indebolimento della statualità del diritto (= no stabilità della comunità giuridica), e ogni stato ha la propria tradizione giuridica e quindi una propria interpretazione.
- I valori sono eterogenei, pluralismo etico

FONTI DEL DIRITTO

1. Livello costituzionale, principi supremi e inderogabili, testo della costituzione
2. Livello primario, leggi formali del parlamento, atti legislativi dell'esecutivo, sentenze di abrogazione o modificazione della costituzione e referendum abrogativo, leggi regionali
3. Livello secondario, regolamenti del governo o altre autorità amministrative

Diritto transnazionale = frutto dei processi di globalizzazione, causa un processo di destatalizzazione, regola molti campi che prima erano caratterizzati dal dominio statale. (paesaggio polinormativo).

Modello della rete = non più piramidale, interconnessione tra vari soggetti e posizioni, questa rete è instabile a causa dei cambiamenti continui.

SOFT LAW = Sono elementi normativi che non creano di per sè diritti e obblighi ma che possono produrre determinati effetti trasformandosi, grazie al loro uso da parte di organi competenti, in diritto immediatamente precettivo.

È un ordine a normatività graduata, idoneo a recepire il contributo di vari soggetti che popolano la scena globale e le molteplici forme di presenza giuridica: è una modalità FLUIDA e FLESSIBILE.

In Europa gli atti questo fenomeno si dividono in:

- a. Pre law = strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti
- b. Post law = strumenti di interpretazione e di attuazione degli atti vincolanti
- c. Para law = strumenti alternativi a atti vincolanti

Obiettivo del soft law = realizzare unificazione, armonizzazione, coordinamento, cooperazione ponendosi come strumento di governance

Soft law sta avendo un ruolo importante nell'edificazione di un diritto uniforme a livello transnazionale. (corte di giustizia europea).

Il soft law si colloca tra le FONTI DEL DIRITTO (propriamente tra quelle che riguardano dichiarazioni – raccomandazioni) il cui intento è influenzare la condotta dei destinatari senza sanzioni prestabilite. Caratteri: elasticità, flessibilità e indeterminatezza.

DIRITTO GLOBALE

È formato da molti ordini giuridici settoriali che continuano ad essere creati in assenza di sovranità. La legittimità di questi ordini può derivare dai soggetti, anche statali, che li costituiscono e ne fanno parte, ma anche da rapporti orizzontali tra stessi ordini che si riconoscono e legittimano a vicenda.

Il coordinamento di questi ordini avviene tramite organi giudiziari o quasi-giudiziari che gli stessi ordini istituiscono.

ESPANSIONE GIUDIZIARIA

Le istituzioni giudiziarie funzionano come fattore di raccordo tra casi particolari e istanze generali; la loro azione è fluida, adattabile, correggibile.

Livello internazionale.

Le controversie giuridiche possono essere:

- a. Interpretazione di un trattato
- b. Qualsiasi questione di diritto internazionale
- c. Esistenza di qualsiasi fatto che costituisce la violazione di un obbligo internazionale
- d. Natura/misura dovuta per la riparazione x la violazione di un obbligo internazionale

Le competenze dei tribunali internazionali possono essere usate solo nei confronti dei soggetti che li costituiscono e soltanto in base alle controversie per il quale è istituito.

Il fondamento della giurisdizione è la VOLONTA' degli stati.

Imparzialità del giudice si presente sotto 3 profili:

1. TERZIETA' = estraneità all'interesse delle parti in causa
2. INDIPENDENZA = esternità a ogni sistema di poteri
3. NATURALITA' = estraneità della designazione del soggetto decidente

il giudice è obbligato ad essere terzo, trascendendo dal conflitto che nasce entro quel sistema sociale in cui egli stesso è inserito.

Le corti sono tra loro collegate in una "comunicazione trans-giudiziale" che procede attraverso sia convergenze e intese, sia divergenze e dissensi. Si realizzano in un confronto, in una circolazione di modelli che rendono possibile la costruzione di un tessuto connettivo che si regge su principi comuni.



