



Teorie e Metodi 2 - appunti presi a lezione

Teoria generale e metodi del diritto (Università degli Studi di Milano-Bicocca)



Scansiona per aprire su Studocu

CAPITOLO 1:

Introduzione storica:

—> Il sistema giuridico europeo è basato su un **regime civil law**, in cui le norme sono intese come prerogative del legislatore (Parlamento) e sono raccolte in codici (il primo è quello di Napoleone).

—> Questo regime si contrappone a quello degli Stati Uniti o del Regno Unito che viene definito come **regime di common law** in cui le norme non vengono prodotte dal legislatore, ma è la disposizione giuridica che diventa legge una volta superata l'opera interpretativa e applicativa delle Corti.

Che cos' è il DIRITTO?

- Insieme di norme che regolano la **convivenza sociale**
- Insieme delle norme che regolano i **comportamenti dei consociati** e i loro **conflitti**
- Scienza che studia i **meccanismi della convivenza civile e sociale**
- Insieme di regole derivanti da una **pluralità di fonti giuridiche o giurisprudenziali**
- Criterio per **disciplinare una comunità organizzata**

—> Rispetto alle funzione del diritto ci possono essere **diversi paradigmi teorici**: il giusnaturalismo, il giuspositivismo e il giusrealismo.

—> A seconda dell'adesione a un modello piuttosto che all'altro, i **giuristi** possono **trovare risposte** riguardo alle molte domande del diritto o **trovare soluzioni** a problemi posti agli operatori differenti tra loro.

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO:

—> Questa teoria è stata **elaborata** dal **giuspositivismo** infatti studia il diritto come organizzazione sistematica e storicamente variabile delle relazioni intersoggettive, al fine di rilevare alcuni **elementi generali universali del diritto**, utilizzando i dati positivi offerti dall'ordinamento.

—> Si basa su 3 presupposti:

1. Considera il **diritto** un **prodotto** esclusivamente **umano**.
2. Considera il **diritto** un **insieme** di termini, parole, definizioni utili a creare **strumenti** per i **giuristi**.
3. Considera essenziale e imprescindibile l'analisi e la riflessione sui **discorsi** dei **giuristi** per chiarire i concetti e i procedimenti.

—> La teoria generale del diritto **studia**: quali elementi compongono l'ordinamento, quali sono le regole, cosa vuol dire avere a che fare con gli illeciti e le sanzioni, cosa significa parlare di regole e giustizia...

Differenze tra teorie generale e filosofia del diritto:

—> Generalmente si distingue l'una dall'altra:

- Filosofia del diritto:

—> È la disciplina che studia il **diritto** partendo da determinati **presupposti filosofici** e quindi a seconda del paradigma o presupposto che si adotta, da un certo tipo di riflessione e spiegazione del diritto.

—> Quindi cerca e analizza le caratteristiche del **mondo giuridico**, mettendolo in relazione con quello **filosofico**, attraverso riflessioni su concetti centrali come "diritto", "legge", "giustizia".

- Teoria generale del diritto:

—> **Non** ha niente a che fare con l'**ambito filosofico**.

—> Studia il **diritto** come un'**organizzazione sistematica e storicamente variabile**, con il fine di far risaltare alcuni **elementi generali** del diritto come "norma", "sanzione", "diritto soggettivo", "fonte del diritto", etc.

—> Attraverso un **approccio teorico**, si occupa di fare **chiarezza** sui **concetti**, gli **strumenti**, le **nozioni** che fanno parte del mondo giuridico.

—> Questa **differenza**, però, **non** è così **notevole** nelle **due definizioni lessicali**: entrambe infatti si possono occupare del rapporto tra **diritto e forza**, **diritto e morale**, entrambe devono **chiarire i termini** usati dai giuristi.

—> Ciò che realmente fa la **differenza** è l'**APPROCCIO** che si ha con il mondo del **diritto** e il suo **linguaggio**.

—> Da alcune riflessioni di **Norberto Bobbio** è possibile delineare **due diversi indirizzi** della **Teoria generale del diritto**: dei filosofi e dei giuridici.

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO DEI FILOSOFI:

—> Questa teoria considera il **diritto** un **oggetto di attenzione teorica**, **partendo da modelli filosofici** e poi **interpretando** il mondo in generale.

—> Il **presupposto principale** è considerare la **filosofia** come **scienza superiore**.

—> È una teoria volta a studiare il **diritto nella sua ESSENZA**, orientata allo **studio di ciò che va oltre ai sensi**; infatti:

- **prima** si pone **domande della metafisica** "l'uomo è libero", "esiste la giustizia universale?".
- **poi** viene individuato il **posto proprio del diritto**.

—> Secondo questa teoria la **conoscenza del diritto** può essere raggiunta solo studiando un **piano diverso della realtà empirica**.

—> Quindi si potrà conoscere il diritto attraverso gli **STRUMENTI potenti della mente**, come l'**intuizione** e la **deduzione**, per individuare un **piano ulteriore della realtà: ontologico e metafisico**.

—> Attraverso **questi strumenti**, si potranno conoscere tutte le proprietà essenziali: il "**quid ius**" (che cos'è il diritto), contrapponendolo al "**quid iuris**", (cosa caratterizza il diritto).

—> La **CONOSCENZA VERA** è possibile solo se **si parte** da una **teoria generale sul mondo** che fornisce una **spiegazione su ogni ambito** e quindi **anche sul diritto**.

—> Lo **studioso della teoria generale del diritto** diventa un **compagno minore dei filosofi**, infatti la teoria generale del diritto funge da **supporto alla filosofia**.

—> Il **METODO** che viene utilizzato è un metodo **SINTETICO** che opera **dall'alto verso il basso**: partendo da **costruzioni teoriche generali** ad **ambiti particolari**.

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO DEI GIURISTI:

—> Quest'**altra teoria**:

- non ha la pretesa di inquadrare i problemi del diritto all'interno di teorie generali sul mondo.
- non si occupa di tutti gli aspetti metafisici che sfuggono al controllo logico o empirico della realtà.

—> Anzi, è una **teoria** che muove nella **direzione opposta**.

—> La teoria ha una matrice **ANTIMETAFISICA**, che non ritiene che il diritto sia costituito da essenze, ma si colloca all'interno di una **corrente giuspositivistica**.

—> Essa:

- **parte** dai problemi che sorgono all'interno dell'esperienza concreta dei giuristi,
- **poi** non ha alcuna pretesa di arrivare a fornire spiegazioni generali o a formulare teorie complesse.

—> Durante il suo studio impiega un **METODO ANALITICO**, cioè **dal basso verso l'alto**, per procurare buoni materiali per costruire, al contrario dell'altro (*critica al metodo sintetico*).

—> **Oggetto di indagine NON** è il mondo metafisico e empirico **MA** è la **chiarificazione** delle parole, delle espressioni e delle nozioni **utilizzate al fine** di poter sciogliere i nodi della pratica del diritto.

—> I giuristi che operano in questa prospettiva, si occupano dei discorsi sui discorsi dei giuristi, vale a dire i **METADISCORSI**.

—> Questa teoria si avvale di uno stile di lavoro improntato al **metodo analitico e critico-metodologico**, il quale è caratterizzato da alcuni elementi chiave:

1. **Sapere costruito secondo regole e controllabilità delle asserzioni**: gli studi sono condotti secondo **regole precise** la cui applicabilità è **controllabile** da qualunque altro soggetto.
2. **Condivisione intersoggettiva del sapere**: i risultati a cui si è giunti sono condivisi all'interno della comunità scientifica di lavoro e l'accettabilità di un risultato dipende dalla correttezza del procedimento applicato.
3. **Rifiuto del principio di autorità** secondo il quale un certo dato è da accettare solo per il fatto che un'autorità lo abbia indicato come buono.

—> Il metodo critico metodologico consente di condurre analisi sui discorsi dei giuristi per **comprendere** più a fondo quali siano i **problemi dei giuristi** di un certo periodo storico, mettendo in luce i **problemi del linguaggio** da essi utilizzati: è intesa come una **teoria critica del linguaggio**.

MISSION:

—> La missione è di **porre chiarezza** sulle tante teorie e sugli strumenti presenti che influenzano anche la pratica del diritto.

—> Fare chiarezza sulle parole, sui concetti, sui discorsi per **togliere le opacità e sciogliere i nodi della teoria e della pratica del diritto**, laddove si manifestano.

TEORIA MINIMA DEL LINGUAGGIO:

Perché occuparsi del linguaggio?

—> Perché qualunque cosa gli uomini pensano, anche se non vi danno espressione orale o scritta, la pensano attraverso il linguaggio.

La scienza è un linguaggio:

—> Tutte le scienze sono linguaggi e alcune si dicono **linguaggi formalizzati** (come la matematica, la fisica, la chimica) che usano dei segni grafici sintetici ed efficaci.

Il diritto è un linguaggio:

—> Esso è considerato un particolare **linguaggio scientifico settoriale** che usa particolari strutture e termini della lingua italiana.

—> Il diritto è un ambito particolare di un più generale contesto, che chiamiamo **etica**.

—> L'etica e il diritto sono **linguaggi prescrittivi**.

—> Il termine **ETICA**: ha un significato ampio ed inclusivo che raccoglie al proprio interno tutti quegli **ambiti/sotto settori** che hanno come unico denominatore comune **regole che** condizionano, guidano, orientano il comportamento umano.

—> Nell'etica troviamo:

- diritto
- morali
- le norme sociali
- le norme del buon costume
- le norme delle deontologie professionali

—> Etica e buon costume non coincidono perché il **buon costume** fa riferimento solo ad una piccola parte di regole, è un sottoinsieme dell'etica in generale, così come anche la **morale**.

—> È importante porre attenzione sui discorsi dell'etica in generale e del diritto in particolare, per favorire la **comprensione** e per offrire la **soluzione** a problemi e dispute presenti in questi ambiti.

IL LINGUAGGIO:

—> Definizione preliminare e provvisoria: insieme delle **combinazioni** di **SEGNI/SUONI** aventi un **significato**.

—> È il primo strumento che adottiamo per comunicare con noi stessi e con l'esterno.

I SEGNI:

—> È segno ogni **elemento** che posto al posto di qualcos'altro, sta per qualcos'altro o si riferisce a qualcos'altro.

—> **In semiotica**: *A-B sta a significare A è segno di B se A è messa al posto di B, se A sta per B, se A si riferisce a B.*

—> Umberto Eco diceva che **tutto è segno**.

—> Esistono **2 principali tipi di segni**:

- **Naturali**: ossia quegli elementi che, rispetto a ciò per cui stanno, hanno un legame che non dipende dalla volontà degli uomini. **Esempio**: la *pozzanghera* è un segno naturale che indica che poco prima ha piovuto e non dipende dalla nostra volontà. Un *mulinello di foglie* sta ad indicare che c'è vento.
- **Artificiali / Simboli**: ossia quei segni la cui origine e manifestazione dipendono della volontà umana. **Esempio**: i *cartelli stradali*, le *emoticon*, oppure un *fiocco appeso ad un portone* che sta ad indicare la nascita di qualcuno. (Quando si usano le virgolette significa che si sta mettendo in evidenza quel segno artificiale).

TIPI DI LINGUAGGIO:

—> Il linguaggio può essere:

- **verbale**: insieme di parole aventi un significato; è composto da segni perché le parole sono segni artificiali.
- **non verbale**: espressioni, postura del corpo, pittura, scultura.. può essere consapevole o inconsapevole.
- **per persone non udenti**: è considerato un linguaggio misto e ibrido perché è composto sia da movimenti del corpo che da suoni.
- **musicale**: composto da segni e suoni, esplica il contenuto emotivo ed espressivo di

certi contesti come ad esempio le colonne sonore dei film.

LE PAROLE:

—> Le parole sono l'**espressione tipica del linguaggio verbale**, sono segni artificiali ovvero simboli.

—> Le parole di ogni lingua sono il **frutto di patti**, espliciti o taciti, stabiliti dalla comunità dei parlanti per individuare significati convenzionali per rispondere ai bisogni comunicativi degli utenti.

—> Se si presta attenzione alla **combinazione di segni** (parole) e **suoni**, ci possono essere relazioni differenti tra:

- **fonemi**: sono suoni elementari, emessi nel parlato dagli uomini per formare parole e distinguerle l'una dalle altre.
- **grafemi**: sono la traduzione dei fonemi in segni scritti e grafici.

—> A seconda della **corrispondenza** tra i fonemi e i grafemi (tra i suoni emessi e traduzione grafica), si hanno due diversi tipi di linguaggio:

- **linguaggi opachi**: quando non vi è tale corrispondenza o è molto limitata, *esempio*: inglese, tedesco.
- **linguaggi trasparenti**: quando la corrispondenza è totale o pressoché totale, *esempio*: italiano.

TEORIA CRITICA DEL LINGUAGGIO:

—> Nel corso degli anni, il linguaggio si è arricchito di **nuovi termini** (computer, blog, treno, università) che sono **frutto di convenzioni linguistiche**, istituite nella comunità di parlanti la lingua italiana in un certo periodo storico.

3 TEORIE:

1. **Essenzialismo**
2. **Verificazionismo**
3. **Prescrittivismismo**

- **ESSENZIALISMO:**

—> È una **corrente di riflessione filosofica** che ha una concezione del linguaggio di **derivazione neoplatonica**.

—> **Platone** infatti si chiedeva *"se io incontro un cavallo, come faccio a sapere che è un cavallo?"*; la sua risposta era *"quando mi imbatto in qualcosa e capisco cos'è, e perché ho colto la sua ESSENZA con i potenti canali della mente"*.

—> Quando noi parliamo, usiamo bene le parole SOLO se **cogliamo l'essenza** di ciò di cui stiamo parlando, cioè se collegiamo l'**elemento materiale** oggetto del discorso alla sua **essenza** che sta su un piano più alto di realtà.

—> Infatti esiste un piano ulteriore di realtà che sovrasta la realtà sensibile, dove si possono trovare già **pronti tutti i significati delle parole** che utilizziamo.

—> In questa **realtà meta-empirica** infatti ci sono tutte le essenze di tutti gli enti linguistici e non, della realtà sensibile (*essenza di cavallo, di diritto, di proprietà...*).

—> Quindi possiamo dire che l'**essenzialismo** ritiene che tra le parole che usiamo e il loro significato, ci sia un **rapporto di collegamento** e una **relazione naturale**.

—> Questo perché le parole non sono frutto della volontà e dell'esperienza degli uomini, MA sono degli **enti particolarissimi**.

—> Per coglierne il **significato**, bisogna porre in corrispondenza l'ente-parola che stiamo esaminando con la sua essenza, attraverso l'utilizzo dei **potenti canali razionali** (*intuizione e deduzione*), i quali permettono di fare un **salto** dal nostro piano di realtà al piano metafisico superiore.

—> Per gli **essenzialisti** il **DIRITTO** è un **linguaggio** che ha **significato** ma è composto da parole che gli esseri umani devono scoprire e non da parole come segni artificiali frutto di volontà umana.

—> Il **significato** delle **parole** può essere vero o falso a seconda che siano colte o meno le **caratteristiche essenziali** del termine:

- **significato vero:**

—> Cogliendo la VERA essenza si potrà cogliere il significato VERO della parola, cioè la definizione VERA.

- **significato falso:**

—> Se i canali razionali funzionano male, quindi cogliendo solo parzialmente l'essenza o cogliendone una sbagliata, si otterrà un significato FALSO.

—> Questo perché si è sbagliato a collegare l'ente linguistico con la vera essenza.

- **VERIFICAZIONISMO:**

—> È una teoria che afferma che i **segni per** essere dotati di **significato** devono essere posti in corrispondenza con la realtà.

—> Tale **corrispondenza** (*collegamento rispecchiativo*) può essere di due tipi:

1. **Corrispondenza empirica:**

—> Questa corrispondenza consente di sottoporre a verifica empirica quanto affermato e tale proposizione può essere qualificata come vera o falsa.

Esempio: Fuori sta nevicando; L'acqua bolle a 100 gradi.

—> In questo caso si ottiene una **verità empirica**.

2. **Corrispondenza logica:**

—> Invece questa corrispondenza può essere qualificata come vera o falsa ma **NON** c'è bisogno di una verifica empirica **MA** ci si può limitare ad una **verifica della correttezza** dell'applicazione delle regole logiche necessarie: deve esserci coerenza tra quanto si dice e il suo significato

Esempio: Il triangolo ha 3 lati e 3 angoli.

—> In questo caso si ottiene una **verità logica**.

—> Quindi nel **verificazionismo** hanno **significato solo i discorsi** che possono essere qualificati come veri o falsi (*funzione descrittiva*).

FUNZIONE PRESCRITTIVA E DESCRITTIVA:

1. **Funzione descrittiva:**

—> Vengono usate **frasi** in funzione descrittiva quando sono **volte**:

- ad informare di un certo stato delle cose
- a fare conto di una realtà
- a dare informazioni
- a rendere noto qualcosa

—> Questa funzione consente di effettuare una **verifica della realtà** che può essere vera o falsa, infatti il **verificazionismo** ritiene che questa sia l'unica funzione che da **significato al linguaggio**.

2. Funzione prescrittiva:

→ Ma il diritto, l'etica, il mondo giuridico, hanno funzione prescrittiva, infatti per i **verificazionisti** sono dei **linguaggi privi di senso**.

→ **Prescrittiva** significa:

- modellare
- condizionare
- modificare il comportamento umano

→ La proposizione prescrittiva può essere considerata come **giusto** o **ingiusto**, **appropriata** o **inappropriata**, MA NON vera o falsa.

Tempi verbali:

Funzione descrittiva: generalmente **indicativo**

Funzione prescrittiva: generalmente **imperativo**

→ All'interno del **verificazionismo** si sono sviluppate altre **sottocorrenti**, tutte con un **obbiettivo in comune**: screditare il contesto giuridico perché ritenuto privo di significato.

→ 2 tra le **più importanti** sono:

1. Descrittivismo:

→ Sostiene una **teoria asimmetrica** dei significati:

In alto: discorsi descrittivi

In basso: discorsi prescrittivi

→ Secondo questa teoria sono dotati di **significato** SOLO i discorsi descrittivi (*discorsi e linguaggi delle scienze come matematica e fisica*) perché si limitano a rendere conto di quanto accade nella **realtà**.

→ Invece i discorsi prescrittivi (*diritto, etica*) sono **discorsi inferiori** perché non possono essere qualificati come veri o falsi quindi non hanno **nessun significato**, sono inutili.

2. Emotivismo:

→ È una **teoria sfavorevole** sia alla comunità scientifica e filosofica metafisica (*descrittivi*) che agli ambiti giuridici (*prescrittivi*).

→ Sostiene che le **proposizioni prescrittive** (del diritto in particolare), sono molto articolate MA non sono molto diverse da "*un pugno sbattuto sul tavolo*".

→ Questo perché con gli **enunciati prescrittivi** si vuole suscitare un particolare stato d'animo tanto da riuscire a **modificare** e **condizionare** l'atteggiamento delle persone.

→ Il **diritto** sarebbe un ambito di discorso che ha dunque **più affinità** con i sentimenti dei consociati, **che con** i discorsi che possano essere qualificati come pienamente dotati di significato.

● PRESCRITTIVISMO:

→ Questa teoria è stata diffusa da **Hare** e **Scarpelli**, e hanno contribuito al superamento dell'idea che i **discorsi prescrittivi** siano privi di senso e significato.

→ Secondo questa teoria in **ogni enunciato** (descrittivo e prescrittivo) possono essere **individuati**:

- **Elemento frastico**: che contiene il riferimento (attuale o potenziale) ad un certo stato di cose nel mondo, ad un'azione o una serie di azioni, che possono essere sottoposte a controllo logico o empirico. In pratica da un senso all'enunciato.
- **Elemento neustico (indicatore di funzione)**: che evidenzia la diversa funzione (descrittiva o prescrittiva) in essi contenuta.

—> Sono **dotati di significato** gli enunciati che pur avendo differenti neustici, sono dotati di frastico.

—> Invece sono **privi di significato** quegli enunciati che hanno il neustico, MA **non** hanno il **frastico** quindi sono incapaci di fare riferimento ad una situazione o azione.

Esempio 1:

- “L'assoluto è verde”

funzione descrittiva (neustico)

priva di significato (frastico)

Esempio 2:

- “Pietro rendi l'assoluto verde”

funzione prescrittiva (neustico)

priva di significato (frastico)

—> Hanno il NEUSTICO (differente) ma entrambe **NON** hanno il **FRASTICO** perché non si può attribuire un riferimento con la realtà.

Esempio 3:

- “La porta è chiusa”

funzione descrittiva

dotata di frastico: si può verificare se le cose stanno come ci è stato detto oppure stabilire che sia un'affermazione falsa.

Esempio 4:

- “Pietro, chiudi la porta”

funzione prescrittiva

dotata di frastico: perché l'azione di chiudere la porta può essere individuata nel mondo e può essere qualificata come opportuna o inopportuna.

—> Questi 2 esempi **hanno significato**.

—> Il prescrittismo **supera la simmetria** tra linguaggio descrittivo e prescrittivo teorizzata dal descrittivismo.

CONCEZIONE CONVENZIONALISTICA DEL LINGUAGGIO:

—> È rappresentata dallo **schema triangolare** che evidenzia la stretta **interconnessione** tra segni, significati, referenti e interpreti/utenti.

—> Questa concezione afferma che:

- Il linguaggio è uno strumento convenzionale:

—> Perché è stato **posto per convenzione**: è frutto di scelta, accordo tra gli esseri parlanti; posto dagli esseri umani per rispondere ai bisogni di altri esseri umani.

—> È un **prodotto immanente**: non ha elementi metafisici o trascendenti, quindi è **modificabile**: lo si può arricchire, è soggetto ad evoluzioni...

—> Questa concezione si **contrappone all'essentialismo**.

- Il linguaggio è un'istituzione culturale:

—> Perché è costruito mettendo insieme una **complessa rete di segni**, che attraverso complicate relazioni sono messi in **collegamento** con l'esperienza linguistica e non.

—> Quindi è posto per rispondere ai **bisogni degli utenti**, dove le **relazioni** non sono casuali ma conformi alle regole.

—> Maggiore è la complessità dei **bisogni** degli utenti, maggiore è la complessità della **relazione dei segni**.

- Il linguaggio è una **struttura regolativa**:

→ Perchè le **combinazioni** e le complesse **interazioni** tra segni non sono frutto del caso ma frutto di un **accordo** che si è **strutturato secondo regole**.

→ Si riferisce ad **ogni tipo di linguaggio**: sia a quello ordinario, che giuridico.

TRIANGOLO SEMIOTICO:

→ Nella **prospettiva convenzionalistica** il ruolo principale per comprendere le relazioni tra i segni e i significati ce l'ha l'**interprete**.

→ In questa prospettiva, il **triangolo semiotico** esprime 2 questioni:

- 1) raffigura e spiega il **concetto di linguaggio** come istituzione culturale e di struttura regolativa.
- 2) esprime **3 livelli di regole** che determinano la formazione dei termini e l'uso corretto delle parole, frasi, espressioni (sia nel linguaggio giuridico che ordinario).

3 Livelli di regole:

1. Livello sintattico (regole sintassi):

→ Si riferisce alle regole di **combinazione** dei **segni** tra loro.

Esempio errato ordinario: "il abbaia cane"

Esempio errato giuridico: "l'Italia fondata è repubblica una lavoro sul"

2. Livelli semantico (significati):

→ È il livello delle regole che riguardano il corretto **rapporto dei segni** con le **cose** **significate**.

Esempio errato ordinario: il gatto abbaia

Esempio errato giuridico: il diritto di proprietà non è un diritto reale.

3. Livelli pragmatico (comportamento linguistico degli utenti del linguaggio):

→ Si riferisce alle regole che determinano le **relazioni** tipiche tra **segni**, **significati** e **comportamento** degli utenti.

→ Infatti l'uso di certi segni attraverso atti non linguistici, possono **modificare il significato** di un'espressione senza violare nè il livello semantico nè il livello sintattico.

Esempio errato ordinario: "TI CHIEDO PACATAMENTE DI CEDERMI IL POSTO" e lo dice gridando e paonazzo.

Esempio errato giuridico: "Hai diritto di essere risarcito ma non agire contro di lui in giudizio".

→ In questo 2 esempi c'è **dissonanza cognitiva**: perché si dicono alcune cose con le parole ma il linguaggio complessivo con il quale si relazione non è coerente con le aspettative.

Differenza con triangolo semiotico nella **teoria essenzialistica**:

→ Secondo questa teoria il **linguaggio** è insieme di parole, segni e significati e sono degli **enti particolarissimi** che abbiamo ricevuto una volta entrati a far parte della comunità.

→ Le parole sono enti particolarissimi quindi il **significato** si deve scoprire attraverso i **canali della mente**.

→ Il **significato** di una parola in questo schema è quel legame che unisce il segno alla sua cosa referente, come se fosse da sempre così e non fosse mai cambiato.

IL SIGNIFICATO:

→ Dall'analisi del triangolo semiotico emerge questa **definizione di significato**:

"**complessa relazione**, posta all'interno di una comunità di parlanti, tra segni ed elementi non linguistici."

→ Il **significato non** ha nulla a che vedere con le essenze o il piano metafisico (come

dicevano gli **essenzialisti**), e **nemmeno** con il rapporto di corrispondenza con la realtà (come dicevano i **verificazionisti**).

—> MA è la **regola d'uso** di una parola o di un insieme di parole (espressione), **convenzionalmente posta** da parlanti per altri parlanti in un certo contesto.

—> **Comprendere il significato delle parole** vuol dire: **individuare** in quali circostanze e a quali condizioni si può fare un **uso legittimo** di una parola o di un insieme di parole nella comunicazione, perché **conformi alle regole** (tacite o esplicite) utilizzate dagli utenti del linguaggio.

PROBLEMI DI LINGUAGGIO:

—> Ci sono 2 tipi di linguaggi

- **linguaggi formalizzati:** costruiti secondo regole precise, sono tecnici e settoriali (matematica e chimica).
- **linguaggi non formalizzati (ordinario/naturale):** usati tutti i giorni in tutti i contesti comunicativi, non hanno caratteristiche specifiche e non sono né tecnici né specializzati.

—> Il **linguaggio ordinario** è più fluid, è più aperto (cambia nel tempo) e si basa su 3 regole (*sintattiche, semantiche e pragmatiche*).

—> Il **linguaggio giuridico** è influenzato dal linguaggio ordinario per via di **prestiti semiotici**, infatti i **problemi** che troviamo **in entrambi** i linguaggi sono: ambiguità e vaghezza.

AMBIGUITÀ:

—> È un problema del linguaggio ordinario e giuridico, che consiste nell'**associare ad una parola** o di un'espressione **più di un significato** in assenza di un'adeguata specificazione del contesto.

Esempio ordinario: mano, capo, seduta.

Esempio giuridico: beneficio, responsabilità, istituto, termine, attore.

VAGHEZZA:

—> È un problema del linguaggio ordinario e giuridico, che denota una **situazione** in cui non si può con certezza attribuire un **significato** al **termine considerato**.

—> C'è quindi un **problema** di identificazione dell'estensione legittima dell'uso e dell'applicabilità di un certo **termine** in un determinato **contesto**.

—> Un **termine è vago** quando il suo **uso** presenta oltre a ipotesi centrali e non controverse (*zona di sicura inclusione o sicura esclusione semantica*), casi controversi riguardo i quali non è certo all'applicazione del termine (*zona grigia o di vaghezza semantica*).

—> **Parole vaghe** che possono essere collocate nella **zona di incertezza semantica**: alto, basso, magro, giovane..

- **Esempio ordinario:**

- "Luigi è alto 1.92m."

= zona semantica di sicura inclusione, uso giusto del termine.

- "Luigi è alto perché a 20 anni misura 1.20m"

= zona semantica di sicura esclusione, uso sbagliato del termine.

- "Luigi è alto perché è un ragazzo di 20 anni che misura 1.65m"

= zona grigia o di vaghezza, perché non sappiamo Luigi di che tribù faccia parte.

- **Esempio giuridico:**

VECCHIO articolo 59 della costituzione: nomina dei senatori a vita:

= Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita 5 cittadini

Vago perché: limite massimo di nomine di ogni Presidente oppure limite massimo di senatori a vita che possono contemporaneamente essere in senato?

TEORIA BREVE DELLA DEFINIZIONE:

LA DEFINIZIONE NEL DIRITTO (titolo del libro di Scarpelli):

—> **Definire**: significa stabilire i limiti, tracciare i confini, delimitare, circoscrivere.

—> La **definizione** è uno strumento molto importante che ci aiuta a circoscrivere il significato di un termine.

—> Si può definire attraverso le seguenti domande:

1. **Che cosa? (oggetto)**
2. **In che modo? (struttura)**
3. **Con quali risultati? (funzione)**

—> Le **risposte** a queste domande dipendono strettamente dalla concezione del linguaggio adottata quindi dal linguaggio che stiamo utilizzando.

—> Per tutte le teorie sulla definizione si possono distinguere **due momenti diversi**:

- **statica**: ci si occupa dell'oggetto e della struttura.
- **dinamica**: ci si occupa delle funzioni.

—> Si possono individuare 2 diversi approcci teorici alla definizione:

1. **CONCEZIONE REALISTICA della definizione:**

—> È il primo orientamento teorico della definizione e si riferisce al fatto che **oggetto** privilegiato della **definizione** sono le **cose** (res).

—> Infatti in questa corrente teorica è riproposta la *concezione essenzialistica del linguaggio*.

—> Secondo questa teoria, la **definizione** è l'operazione con la quale si mira a cogliere le proprietà essenziali delle **cose**, e c'è **una sola corrispondenza** tra le **res** e la rispettiva **definizione**.

—> Se si colgono tutti gli elementi essenziali di ciò che si sta definendo, la **definizione** risulterà **vera**, diversamente si incorrerà in una definizione **falsa**.

- **STATICA:**

- L'**oggetto** della definizione reale riguarda le **res**.
- La **natura del discorso** è di tipo vero o falso.
- La **struttura della definizione** è di tipo diretta quindi per genere e differenza.
Esempi di definizione diretta: bue e uomo.

- **DINAMICA:**

- La **dinamica** è una **funzione** conoscitiva che ha lo scopo, attraverso la definizione degli enti, di far conoscere l'essenza stessa delle cose che si vogliono definire.

2. **CONCEZIONE NOMINALISTICA ANALITICA della definizione:**

—> Questa concezione **dipende strettamente** dalla concezione convenzionalista del linguaggio.

- **STATICA:**

—> È in opposizione alla precedente, e in questa concezione l'**oggetto** di **definizione** non sono le cose ma i **nomi**, i **termini** e le **parole**.

—> La **struttura delle definizioni** può essere:

- diretta: per genere o differenza, si tratta dei casi come "bue" o "uomo".
(*generalmente i nomi*).

- **indiretta**: di tipo condizionale, è il caso di parole come “solubile” o “esplosivo”, perché per la definizione di un termine esplicita le condizioni necessarie e sufficienti affinché si possa fare riferimento ad un certo stato di cose. (*generalmente gli aggettivi*).

→ La **natura dei discorsi** riguarda la formulazione mediante altri termini delle condizioni di uso del termine da definire (*termini di scarpelli**)

- **DINAMICA:**

→ Possiamo distinguere tre diverse funzioni a cui assolve lo **strumento definitorio**:

1. **Funzione lessicale:**

→ Precisa le **regole d'uso** attraverso le quali si attribuisce il **significato** ad un certo **termine** in un determinato contesto e in un certo momento storico.

→ Descrive il **modo** in cui un **termine** è **usato** all'interno di un gruppo di utenti del linguaggio e ha la **funzione descrittiva** cioè può essere qualificato come vero o falso.

→ Questa funzione è tipica delle **definizioni** che troviamo nei **dizionari**.

2. **Funzione stipulativa:**

→ Svolge 2 funzioni:

- **Introduce un nuovo termine** con un nuovo significato.

Esempio ordinario: blog, petaloso, cringe.

Esempio giuridico: stalking, phishing.

- Di un **termine già in uso**, introduce un nuovo significato a volte diverso dal precedente.

Esempio ordinario: arteria.

Esempio giuridico: furto di identità, violazione account.

→ A differenza della precedente, è una **funzione prescrittiva** quindi non può essere qualificata come vera o falsa MA come giusta o sbagliata, appropriata o inappropriata.

3. **Funzione esplicativa o ridefinizione:**

→ Compie un'operazione diversa dalle prime due: non descrive quale sia il significato in uso di una certa comunità di un termine considerato e neppure stabilisce nuovi significati.

→ MA **seleziona** a partire da certe aree di significato consolidate nell'uso di un termine, quale nel **contesto** in cui viene impiegato sia quello a cui l'utente vuole fare il riferimento.

→ Quindi si **prescrive il significato da preferire** a discapito di altri e lo si propone come quello nel quale il termine deve essere adoperato.

→ È una **funzione prescrittiva** perché non può essere considerata come vera o falsa, ma come opportuna o non.

Esempio: negazionista o eutanasia.

SIGNIFICATO EMOTIVO e DEFINIZIONE PERSUASIVA:

→ L'uso dello **strumento definitorio** non è sempre strettamente razionale MA a volte **termini** ed **espressioni** sono proposti secondo un uso emotivo del linguaggio volto a conferire una definizione persuasiva delle parole e delle frasi.

→ Il **significato emotivo** è l'attitudine di certi termini o segni a esprimere emozioni o suscitarle in terzi.

Esempio: "Ahimè! Evviva! Aiuto!"

→ Quindi l'**uso emotivo di un termine** significa utilizzare le parole non per chiarire la portata concettuale, ma per **suscitare stati d'animo positivi** o **negativi** negli interlocutori.

Positivi: bellezza! tesoro! zuccherino!

Negativi: codardo, nullafacente, inutilità.

→ Il **linguaggio emotivo** viene anche utilizzato nel mondo della pubblicità e nel mondo giuridico.

Esempio 1: la crema beautymax è l'elisir di lunga giovinezza.

Esempio 2: ho il diritto di essere ascoltato.

—> A volte però, l'**uso prevalente** che si fa di certe parole o espressioni, è quello **emotivo**.

—> E ciò risulta un PROBLEMA perché **svuota le parole di significato descrittivo** ne manipola arbitrariamente il significato e ne accentua la vaghezza **favorendo operazioni persuasive e propagandistiche**.

—> Accade spesso nel settore pubblicitario, Huxley già alla fine degli anni 50, notava l'uso pubblicitario delle *definizioni persuasive*.

—> La **definizione persuasiva** è uno strumento che non ha nulla a che fare con quelli precedentemente studiati (*definizione lessicale, prescrittiva, stipulativa*).

—> Infatti è uno **strumento ibrido** perché non descrive il contenuto di un certo termine, MA **lo occulta** presentando la parola con l'**intenzione** di influenzare l'uditore, non sulla base di elementi razionali ma **sulla base di emozioni** evocate positive o negative.

ALTRI METODI DEFINITORI:

—> Esistono altri metodi definitori abbastanza imprecisi ma utilizzati nel **linguaggio ordinario orale**:

- **Definizione per denotazione:** Si fa rientrare in una classe più ampia di soggetti (*esempio: Penny è un gatto*).
- **Definizione per ostensione:** attraverso il gesto si identifica qualcosa per far capire all'altra persona.
- **Definizione contestuale:** si ricava attraverso la lettura del contesto.

TERMINI DI SCARPELLI*:

—> Secondo *Scarpelli*, in riferimento alla **natura convenzionale delle parole**, possiamo distinguere i termini del linguaggio in:

- **termini logici:**

—> Sono quelle parole che **non** hanno alcun **contenuto descrittivo** e il cui **significato** è interamente determinato dal **ruolo** che si svolgono nel collegare tra loro le proposizioni che ricorrono nel discorso.

—> Le seguenti parole sono **logiche**:

1. **E:** congiunzione
2. **Oppure:** disgiunzione
3. **Non:** negazione
4. **Se.. allora:** condizionale

= *parole logiche booleane/operatori booleani*

5. **Tutti:** generalizzazione universale
6. **Alcuni:** generalizzazione esistenziale

= *parole logiche quantificazionali/operatori quantificazionali*

- **termini extralogici:**

—> Sono quelle le parole che hanno un **significato descrittivo** relativo a certi stati di cose o della realtà il cui contenuto può variare.

—> Molti termini extra logici sono **termini vaghi** ma non tutti (*esempi: rosso, alto, magro..*).

- **termini del linguaggio cosale:**

—> **Linguaggio cosale:** insieme di termini il cui significato è determinabile attraverso l'osservazione diretta, cioè dal senso della vista. (*esempi: truccata, sorridente, agitato, svenuto*).

—> I **termini cosali** sono **TUTTI termini extralogici**, invece non tutti i termini extralogici

sono anche termini cosali (esempio: *piccante*).

- **termini autologici e eterologici:**

→ Queste caratteristiche ce le hanno più nello specifico gli aggettivi.

→ **Autologici:** sono quei termini il cui significato denota una caratteristica attribuibile alla stessa parola considerata: *corto, italiano, polisillabico*..

→ **Eterologici:** sono parole il cui significato denota una caratteristica non attribuibile al termine stesso: *lungo, tedesco, monosillabico*..

→ Il **termine "positivo"**: generalmente autologico MA con il covid è anche eterologico.

- **termini disposizionali:**

→ Sono quei termini il cui **significato non** è immediatamente ricavabile da una definizione diretta o semplice ma necessita dell'uso di una **definizione di tipo indiretto o condizionale**.

→ *Esempi ordinari: solubile, esplosivo, elastico, trasparente*..

→ *Esempi giuridici: obbligatorio, permesso, inadempiente*..

I termini del linguaggio prescrittivo:

→ Umberto Scarpelli afferma che i termini appartenenti al vocabolario del **linguaggio** usato nel **diritto** possono essere classificati in tre categorie:

- **prima categoria:**

→ Riguarda i termini che designano i **fatti semplici** del linguaggio ordinario, cioè fatti non qualificati secondo norme.

→ *Esempio: cibo, sonno, bue*

- **seconda categoria:**

→ Si riferisce a due tipi:

1. **fatti qualificati secondo norme**

→ Sono fatti che hanno una certa rilevanza e assumono un significato perché stabiliscono le circostanze e le condizioni attraverso il riferimento a norme giuridiche.

→ *Esempio: battesimo, cerimonia, cresima*

2. **qualificazione di fatti secondo norme**

→ Sono termini che utilizzano figure di qualificazione normativa che si possono riferire a ciò che è permesso in senso giuridico o morale o sociale.

→ *Esempio: obbligatorio, permesso, lecito, vietato*

- **terza categoria:**

→ Comprende **termini normativi** che designano norme o sistemi di norme assunti come schemi di qualificazione di fatti.

→ *Esempio: norma, ordinamento, diritto di famiglia, diritto civile*..

CAPITOLO 2:

DIRITTO E PROSPETTIVA NORMATIVISTA:

→ Le teorie che si approcciano alla **teoria del diritto** sono:

- 1) **TEORIA NORMATIVA:**

→ Ha 2 caratteristiche principali:

1. **afferma che il diritto è un linguaggio prescrittivo:**

→ Perché la **funzione** del **diritto** è quella di orientare, modificare, guidare e condizionare il **comportamento** di qualcuno.

→ Infatti il nostro comportamento è quotidianamente influenzato da **regole**.

2. **ritiene il diritto composto da un insieme di norme:**

→ Come affermava *Bobbio*, "**siamo immersi in un mondo di norme**", perché le nostre

azioni quotidiane sono soggette a impulsi che **provengono** da regole morali, sociali e deontologiche.

→ Il diritto infatti è un linguaggio che troviamo ogni giorno e che ci condiziona anche se non ne siamo sempre consapevoli.

→ **Esempio:** *parcheggiare nelle strisce blu dei parcheggi dell'Università Bicocca la nostra auto:*

1. *dobbiamo avere la patente*
2. *per avere la patente: dobbiamo aver superato un esame*
3. *avere almeno 18 anni*

→ Oltre a questa teoria, ci sono stati **due tentativi** volti con **insuccesso** di superare la teoria normativa:

2) TEORIA DELL'ISTITUZIONE:

→ È stata elaborata in Italia da un noto giurista e studioso **Santi Romano**, attraverso il suo libro "l'ordinamento giuridico".

→ È una teoria che ha l'obiettivo di **contrastare** la teoria normativa considerata insufficiente di erronea al mondo del diritto.

→ Il **concetto** di diritto come istituzione si compone di **tre elementi essenziali**:

1. LA SOCIETÀ:

→ È la **base materiale** in cui manifesta e esplica i suoi effetti il diritto.

→ È il **superamento** della sfera individuale e **contenitore** di ogni fenomeno giuridico.

Ubi ius, ibi societas e ubi societas, ibi ius

→ Ciò significa che **non c'è società senza** che in essa di manifesti il fenomeno giuridico.

2. L'ORDINE SOCIALE:

→ È il **fine ultimo** a cui tende la società.

→ È un concetto che serve per **escludere** ogni manifestazione di puro arbitrio o di mera forza materiale, perché sarebbero **espressioni di azioni sociali non regolate**.

→ Costante la **miglior realizzazione** di tutti gli elementi del diritto.

3. L'ORGANIZZAZIONE:

→ Rappresenta il mezzo per conseguire il **fine dell'ordine sociale** a partire dalla base della società.

→ Esso è un **elemento necessario e sufficiente**, senza il quale non sarebbe possibile alcun fenomeno giuridico.

→ Per **Romano**, si ha **diritto quando** vi è:

- "un'organizzazione di una società ordinata"
- quando si è in presenza di "un ordine sociale organizzato".

→ Solo a queste condizioni vi è un'**istituzione**.

→ Con **ISTITUZIONE** si intende ogni ente o corpo sociale che, **organizzandosi e strutturandosi**, supera la dimensione soggettiva, e ha il compito di produrre norme per il raggiungimento dell'ordine sociale.

→ Quindi **OGNI società ordinata e organizzata** è un'istituzione.

→ Per **Romano** il **diritto non** è un insieme di norme MA il **prodotto delle istituzioni**, ed è soggetta a cambiamenti mutando nel corso del tempo.

Caratteristiche istituzioni:

→ Le istituzioni devono:

- **essere oggettive e concrete**: nel senso che devono essere identificate attraverso

esperienze esteriori e visibili.

- superare la sfera puramente individuale dei soggetti e presentare un carattere **sovraindividuale**.

ELEMENTI DI INTERESSE:

—> Si riconoscono due profili di interesse/meriti:

1. **Dal punto di vista scientifico:** la teoria dell'istituzione ha aperto la riflessione dell'esperienza giuridica alle diverse fonti di produzione normativa, non più solo allo Stato quindi ha introdotto il pluralismo delle fonti del diritto.
2. **Dal punto di vista ideologico:** ha spezzato il cerchio chiuso della teoria statualistica del diritto, che considerava il diritto come prodotto esclusivo dello stato.

—> **CRITICA** alla teoria dell'istituzione: non si può affermare che **ogni società sia sempre giuridica** (ubi societas, ubi ius).

—> Esistono delle **società** che **non** sono **giuridiche**: *popolazioni primitive odierne, associazioni criminali*.

LIMITI TEORICI;

- **Primo limite teorico:**

—> La teoria dell'istituzione per **combattere le teorie statualistiche**, cerca di demolire la teoria normativa.

—> MA si pone un **falso bersaglio**, perché l'approccio normativistico **NON** coincide con l'idea che il diritto sia esclusivamente l'insieme di norme poste dagli organi dello stato.

—> La teoria statualistica si può **considerare** una teoria normativa ristretta, ma le due **non coincidono**.

—> Inoltre Il **normativismo** è del tutto compatibile con l'idea che vi sia una pluralità di fonti giuridiche.

- **Secondo limite teorico:**

—> L'affermazione di **Santi Romano** "*il diritto prima è organizzazione, poi diventa norma*", è **incoerente**.

—> Perché "**organizzare**" significa distribuire i compiti in modo che ciascun membro del gruppo concorra al raggiungimento del fine comune, e per realizzare ciò devono essere **poste** delle **regole di condotta**.

—> Quindi è sbagliato dire che l'organizzazione viene prima delle norme, perché le **norme vengono prima dell'organizzazione**.

—> Affinché si possa svolgere il **processo di istituzionalizzazione** (cioè la trasformazione di un gruppo sociale in un gruppo organizzato finalizzato all'ordine sociale) sono necessarie **tre condizioni**:

- 1) porre norme per l'**individuazione dei fini** a cui l'organizzazione dovrà tendere.
- 2) porre norme per l'**individuazione dei mezzi** necessari per raggiungere quei fini.
- 3) porre norme che **attribuiscono le funzioni** ai singoli componenti del gruppo affinché ciascuno collabori, attraverso i mezzi previsti, al **raggiungimento del fine** ultimo.

—> In conclusione:

- La **produzione di regole** è sempre il primo originario fenomeno, anche se non esclusivo, per la costituzione di un'istituzione.
- La **teoria dell'istituzione**, non rappresenta un'alternativa all'approccio normativo distico dato che non esclude ma include la teoria normativa del diritto inconsapevolmente.

3) TEORIA DEL RAPPORTO INTERSOGETTIVO:

—> Questa teoria afferma, come la teoria dell'istituzione, che il **diritto** sia considerato un

fenomeno sociale, ossia che abbia origine nella società.

—> Inoltre **condivide** la **critica** volta a considerare il **normativismo** un punto di vista teorico **inadeguato** e **insufficiente** a spiegare cosa sia il diritto.

—> Questa teoria è stata sviluppata in **Italia** da **Giorgio del Vecchio**, ma era stato **Immanuel Kant** a considerare originariamente il diritto come un particolare rapporto intersoggettivo.

—> **Kant** espone il diritto come rapporto giuridico e si pone alla ricerca degli elementi costitutivi del concetto di diritto.

—> Secondo lui infatti, il **diritto** riguarderebbe:

- in primo luogo la **relazione esterna** di una persona verso l'altra.
- in secondo luogo il **rapporto tra due soggetti** deve essere rapporto tra due arbitri e non tra l'arbitrio di uno e il desiderio dell'altro.

—> Per Kant, vi sono **quattro tipi possibili di rapporto** di un soggetto con altri soggetti:

- 1) il rapporto di un soggetto che ha DIRITTI E DOVERI (persona) con un soggetto che ha SOLO DIRITTI e non doveri (Dio o Sovrano).
- 2) il rapporto di un soggetto che ha DIRITTI E DOVERI (persona) con un soggetto che ha SOLO DOVERI e non diritti (schiavo).
- 3) il rapporto d'un soggetto che ha DIRITTI E DOVERI (persona) con un soggetto che NON HA NÉ DIRITTI NÉ DOVERI (le res: cose inanimate o gli animali).
- 4) il rapporto di un soggetto che ha DIRITTI E DOVERI (persona) con un soggetto che ha DIRITTI E DOVERI (persona).

—> Secondo Kant, i **primi tre tipi** di rapporto non si configurano con l'elemento della giuridicità, MA **l'ultimo** viene considerato come un rapporto giuridico, perchè tale rapporto è caratterizzato da una **bilateralità**:

- un soggetto è **titolare di un diritto** (ha il potere di compiere una certa azione).
- l'altro è **titolare di un obbligo/un dovere** (di non impedire o di facilitare una certa azione).

—> Questa è la dimensione giuridica del **rapporto intersoggettivo**.

OSSERVAZIONI CRITICHE:

—> Una critica importante è che anche **considerando il diritto intersoggettivo** non si può eliminare la considerazione normativa.

—> Un **rapporto soggettivo** è un rapporto tra due soggetti caratterizzato da **bilateralità**: diritti e doveri.

—> Essere titolari di diritti e doveri però significa essere **titolari di una facoltà** che deriva ed è definita direttamente da **NORME**.

—> Quindi quando si afferma che un soggetto esercita e gode di certi diritti, è perché tali **diritti** sono **stabiliti** da **regole giuridiche**, norme.

—> Un **rapporto**, fino a che non è preso in considerazione dal diritto, è un rapporto **di fatto**.
Esempio: amicizia, rapporto ma non di interesse giuridico perché non disciplinata da norme.

—> Quindi la **giuridicità** non è un elemento connesso al rapporto stesso, ma è **conferita dalle norme**.

—> Quindi, la **giuridicità** della **teoria del rapporto intersoggettivo**, non può essere considerata capace di proporsi come alternativa della teoria normativa.

—> Infatti, non viene superata l'idea che il **diritto** sia un **insieme di norme** perché la teoria normativa rimane valida e sottintesa nonostante la teoria dell'istituzione e del rapporto abbiano cercato di sostituirla.

—> Vi è un **ultimo rilievo comune** sia alla teoria dell'istituzione che alla teoria del rapporto intersoggettivo.

—> **Nessuna** di queste teorie hanno **considerato il diritto come** un linguaggio e tantomeno come un linguaggio prescrittivo.

—> Però nel **definire l'organizzazione** e nel **definire la bilateralità** di un rapporto intersoggettivo basato su diritti e doveri, si può notare la rilevanza della prescrittività come caratteristica che condiziona il comportamento dei consociati.

CAPITOLO 3:

CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE NORME:

—> Rispetto ad ogni prescrizione e rispetto ad ogni norma possiamo porci **tre problemi**:

- 1) **Giustizia**: la norma è giusta o ingiusta?
- 2) **Validità**: la norma è valida o invalida?
- 3) **Efficacia**: la norma è efficace o inefficace?

GIUSTIZIA:

—> È il problema della **corrispondenza o meno** di una regola ai valori ultimi all'interno di un determinato ordinamento giuridico.

—> **Discutere la giustizia di una norma** significa stabilire se vi sia o meno una corrispondenza tra le norme del diritto posto e certi valori o principi morali, quindi **chiedersi** se quel la **norma attua o meno** quei determinati **valori**.

—> **Bobbio** afferma che il problema della giustizia sia un **contrasto** tra mondo ideale e mondo reale, ovvero tra ciò che il diritto deve essere e ciò che nella realtà.

—> Chi afferma che è una norma sia una norma giuridica solo se presenta certi contenuti di giustizia, **riduce la validità della norma la sua giustizia**.

—> Questa **concezione teorica** è **tipica** del **GIUSNATURALISMO**, che afferma che è diritto l'insieme di norme che contengono valori.

—> Se le **norme non** contenessero **valori**, il prodotto legislativo non sarebbe vero e proprio diritto (*non est lex, sed corruptio legis*), MA una forma deteriorata e corrotta di diritto poiché lontana dai contenuti e dai valori che ogni ordinamento storico dovrebbe perseguire.

—> Inoltre, la concezione giusnaturalistica ritiene che il **diritto** debba riprendere i suoi contenuti dal **mondo della morale**, creando così un rapporto di connessione tra diritto e morale.

VALIDITÀ:

—> È il problema dell'**esistenza** di una **norma** in quanto regola giuridica, cioè se appartenente ad un **determinato sistema di norme**.

—> Questo problema viene risolto con un **giudizio di fatto**.

—> Per giudicare la validità di una norma bisogna compiere **ricerche di tipo empirico razionale**, cioè compiere tre operazioni:

1. Accertare se l'**organo o l'autorità** che han emanato la norma giuridica aveva il **potere legittimo** farlo, cioè era un soggetto competente.
2. Accettare se **non** sia stata **abrogata**, poiché la norma può essere stata valida in un tempo passato ma non è detto che sia ancora in vigore oggi.
3. Accettare che **non** sia **incompatibile** con altre norme del sistema perché altrimenti non possono essere entrambe valide e avremmo un caso di antinomia.

—> Secondo questo criterio, **si riduce la giustizia a validità**: è giusto solo ciò che è

comandato, solo per il fatto di essere comandato.

—> Questa **concezione teorica** è **tipica** del **GIUSPOSITIVISMO** che considera il diritto un insieme di norme validamente poste, a prescindere dalla conformità tra le regole e i valori, o meno.

—> Infatti una **norma** è considerata **valida a prescindere dal suo contenuto**, perché si attua la **separazione netta** tra diritto e morali (norme e valori).

EFFICACIA:

—> È il problema relativo al fatto che quella **norma sia o meno obbedita e seguita dalle persone a cui è destinata**.

—> Perché anche se una **norma esiste**, non è sempre detto che essa sia costantemente seguita.

—> Quindi secondo questo criterio, una norma è norma di diritto solo se obbedita e eseguita, **riducendo così la validità all'efficacia**.

—> La ricerca per **accertare l'efficacia o inefficacia** di una norma si rivolge allo studio del comportamento dei membri di un determinato gruppo sociale e si differenzia dalle precedenti teorie.

—> Questa teoria **si esprime tramite il GIUSREALISMO** che ritiene che si è in presenza di **diritto** solo quando una norma è seguita o è fatta propria nel comportamento da destinatari generali o particolari a cui diretta.

—> Esso si pone in contrapposizione:

- **Al giusnaturalismo**: critica il fatto che fornisca una rappresentazione teorica inadeguata dell'esperienza giuridica e troppo distante dalla realtà.
- **Al giuspositivismo**: critica l'impianto formale e afferma che non ci si possa accontentare di rilevare che un organo competente abbia emanato uno o più norme.

INDIPENDENZA 3 CRITERI:

—> I 3 criteri di valutazione di una norma, danno origine a 3 distinti problemi, **indipendenti** l'uno dall'altro (*ci si domanda se una norma possa essere valida, ma ingiusta e inefficace; o efficace nonostante sia invalida e ingiusta*):

- **Giusta ma invalida**: nel diritto naturale le norme diventano valide solo nel momento in cui vengono poste all'interno di un sistema di diritto positivo.
- **Valida ma ingiusta**: le leggi razziali.
- **Valida ma inefficace**: le leggi nel periodo del proibizionismo: complesso di norme che vietava la vendita e il consumo di bevande alcoliche negli Stati Uniti.
- **Efficace ma invalida**: le norme che prescrivono di fare un regalo, un dono ad una coppia di futuri sposi.
- **Giusta ma inefficace**: con la frase "non c'è più giustizia in questo mondo" si indica che alcune norme risultano giuste, senza essere però efficaci.
- **Efficace ma ingiusta**: le norme del codice della strada che prescrivono di allacciare la cintura prima di mettersi alla guida.

3 TEORIE RIDUZIONISTICHE:

—> Ci sono 3 tipi di **teorie riduzionistiche** che ritengono essenziale solo uno dei criteri esaminati, riducendo gli altri:

- **giusnaturalismo**: riduce la validità a giustizia, quindi afferma che una norma è valida

solo se giusta.

- **giuspositivismo**: riduce la giustizia a validità, quindi afferma che una norma è giusta solo se valida.
- **giusrealismo**: riduce la validità ad efficacia, quindi afferma che una norma è valida solo se efficace.

Bobbio nota che la prima e la terza teoria non riescono a rilevare l'importanza del problema della validità mentre la seconda ritiene di poter ignorare il problema della giustizia e dell'efficacia.

→ Queste teorie si sono sviluppate diventando **3 teorie generali del diritto**:

GIUSNATURALISMO

Teoria del diritto naturale:

→ È una corrente che considera il **diritto** come un insieme di norme MA SOLO se sono **conformi** a certi **valori assoluti** della natura umana.

→ Quindi secondo i giusnaturalisti, una **norma** per essere giuridica, deve contenere **principi "di giustizia"**.

→ C'è quindi un **rapporto di connessione-unione tra diritto e morale**:

se la **norma** non contiene determinati valori assoluti e principi di giustizia, il diritto **non sarà "vero diritto"** (*non est lex, sed corruptio legis*), MA una **forma deteriorata** e corrotta che non deve essere obbedita.

→ **Riduzione della validità a giustizia**: la norma è valida solo se giusta.

→ Questo **contenuto** si può cogliere utilizzando i potenti **canali della ragione umana** (l'intuizione e la deduzione), e successivamente il legislatore dovrà **trasformarlo in norme**.

→ Il **denominatore comune** di ogni teoria giusnaturalistica, è l'affermazione dell'esistenza di norme di diritto naturale, superiori a quelle del diritto positivo (che era considerato il vero diritto).

→ Questa teoria ritiene di ricavare **ciò che deve essere da ciò che è**, e di poter stabilire **ciò che è giusto** e non giusto, in modo universalmente valido.

GIUSPOSITIVISMO

Concezione positivista del diritto:

corrente dalla quale è stata elaborata la "Teoria generale del diritto"

→ È una **teoria più recente** e opposta a quella giusnaturalistica.

→ Secondo il giuspositivismo è **diritto** l'insieme di norme validamente poste, **indipendentemente dal contenuto** conforme a valori morali o no.

→ Quindi è giusto ciò che è validamente posto da **organi che hanno potere e competenza** di emanare norme, nel rispetto di precise e determinate **procedure**: legislatori, giudici..

→ **Riduzione della giustizia a validità**: la norma è giusta solo se valida: è giusto solo ciò che è comandato, per il solo fatto di essere comandato.

→ Secondo questa teoria il **diritto** deve essere studiato per com è, non per come si vorrebbe che fosse: c'è una **netta separazione tra diritto e morale**.

→ La corrente giuspositivista, studia il **diritto** come un **prodotto interno all'esperienza umana**, per cui si tratta di una **corrente antimetafisica**.

→ Inoltre il giuspositivismo riconosce **SOLO l'esistenza del diritto positivo**, negando il dualismo espresso dal giusnaturalismo.

Bisogna obbedire ad una legge ingiusta?

- secondo i **Giusnaturalisti NO**: perchè le leggi ingiuste non sono considerate vero diritto.
- secondo i **Giuspositivisti SI**: perchè anche se una parte della società è contraria alla legge, essa è stata posta in essere da organi competenti che hanno rispettato tutte le procedure previste quindi la si deve obbedire.

GIUSREALISMO

Teoria realistica del diritto:

—> Questa teoria è in opposizione ad entrambe le teorie precedenti.

- **del giusnaturalismo**: critica l'impianto ideale del diritto, ritiene che sia caratterizzato da elementi astratti e lontani dalle esperienze materiali (*visione realista vs idealista*).
- **del giuspositivismo**: critica l'impianto formale del diritto, sottolinea che c'è differenza tra l'emanazione di una norma e la sua applicazione (*visione contenutistica vs formalista*).

—> Il **denominatore comune** di tutte le teorie del giusrealismo, è che il **diritto** non è considerato un insieme di norme MA solo l'insieme di fatti e comportamenti sorti da certe norme, fatte proprie dai destinatari a cui essi adeguano scelte e condotte.

—> Quindi è **diritto** solo quello che è effettivamente tenuto dai consociati.

—> **Riduzione della validità all'efficacia.**

—> Il giusrealismo si divide in due principali modelli:

- **giusrealismo americano (Stati Uniti)**: secondo loro è diritto l'insieme delle decisioni e prescrizioni effettivamente prese ed interpretate di Giudici delle Corti Superiori (*Corte suprema*).
- **giusrealismo scandinavo**: secondo loro è diritto solo ciò che viene effettivamente obbedito e messo in pratica dai consociati. (*una norma emanata da un organo competente e nel rispetto di certe procedure che però non viene obbedita, è solo un atto che contiene prescrizioni inefficaci e che è da considerarsi lettera morta*).

CAPITOLO 4:

IL DIRITTO COME CONTESTO DI ARGOMENTAZIONE RAZIONALE:

ARGOMENTAZIONE COME STRUMENTO DI DIRITTO:

—> Il **diritto** può essere inteso come un **insieme di discorsi** elaborati per analizzare, interpretare, risolvere questioni controverse (*ha funzione prescrittiva*).

—> Esso si configura come un **ambito di ragionamento** nel quale si mira a far risultare quali siano le linee da privilegiare e da preferire, in forza del fatto che si possono invocare argomenti che valgono come **ragioni giustificanti**.

—> Con l'espressione **RAGIONI GIUSTIFICANTI** intendiamo:

- **argomenti** con cui si portano in **evidenza** i principi presupposti oppure quelli con cui si individuano le prevedibili conseguenze implicate da certe linee d'azione.
- **argomentazioni razionali** poste a sostegno di una certa condotta, scelta, decisione. Queste ragioni hanno la **caratteristica comune**, di essere sottoponibili a controlli intersoggettivi (*logici o empirici*).

—> **GIUSTIFICARE** significa **addurre argomentazioni** di tipo logico o empirico volti a far risultare che qualcosa sia preferibile o giusto.

—> **ARGOMENTARE** significa **addurre ragioni** a sostegno della propria scelta presa e deve essere **giustificata** (*ogni scelta deve essere giustificata*).

—> Le principali TAPPE del procedimento argomentativo:

- 1) **attenta ricostruzione analitica** degli elementi che caratterizzano la situazione oggetto di discussione.
- 2) **individuazione** degli eventi critici che suscitano un problema giuridico.
- 3) **individuazione** delle diverse strade percorribili, proposte o soluzioni.
- 4) **scelta di una linea da preferire**, in quanto conforme a principi, norme, che disciplinano certi comportamenti umani.

—> L'**ARGOMENTAZIONE RAZIONALE** si distingue da quella “di senso comune”:

- perché **rifiuta** le cattive modalità argomentative.
- perché gli **argomenti** sono **sottoposti** ad un **controllo intersoggettivo**, sia di tipo logico (*rispetto alla coerenza delle ragioni di principio*) che di tipo empirico (*rispetto alle conseguenze delle ragioni di fatto*).

BUONE ragioni giustificanti:

—> Consideriamo **valide ragioni giustificanti**, capaci di fondare un'argomentazione razionale:

- le ragioni di principio
- le ragioni di fatto.

—> Perché questi discorsi condividono la caratteristica di essere **sottoponibili** a controlli intersoggettivi.

—> Inoltre perché sono **razionali**, cioè conducono a conseguenze/risultati coerenti con le premesse poste.

● **RAGIONI DI FATTO:**

—> Si adduce una **ragione di fatto** quando si **evidenzia la connessione** tra una scelta, decisione, azione e le conseguenze (*già avvenute o prevedibili*) che tale scelta può comportare.

—> Queste ragioni sono **razionali** perché verificabili sul piano empirico: si può verificare se le conseguenze e i risultati sono coerenti rispetto alla scelta effettuata.

Esempio coerente:

“ho deciso di esercitare il mio diritto di voto, perché in questo modo posso esprimere le mie preferenze per i candidati e i partiti, contribuendo all'elezione di soggetti che rappresentano i miei valori e che tutelano i miei interessi.”

Esempio incoerente:

“Anche se sono consapevole che il mio voto potrebbe essere decisivo per le elezioni per il rafforzamento del partito, ho deciso di non votare”.

Esempio giuridico: norme sull'aborto.

● **RAGIONI DI PRINCIPIO:**

—> Si adduce una **ragione di principio** quando si **riconduce** una decisione, scelta, azione **ad un criterio generale di comportamento prescrittivo** (*norma o principio*), di cui la **scelta** considerata risulti esserne un'applicazione **logicamente coerente**.

Esempi: principi di buona fede, equità, libertà, autonomia.

Esempio logico:

“hai 17 anni, hai preso buoni voti in pagella, quindi puoi andare al cinema con i tuoi amici perché sono una madre liberale e credo nel principio di autonomia.”

Esempio non logico e incoerente:

“anche se sono una madre liberale e credo nel principio di autonomia, hai preso buoni voti in pagella ma dato che hai solo 17 anni non andrai al cinema da solo.”

Esempio giuridico:

una **legge** che esprime norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate.

di trattamento:

“so che come medico devo rispettare la tua autonomia e so che ho il dovere di informarti sulla tua condizione, quindi se vuoi ti darò tutte le informazioni necessarie.”

Che cos è un principio?

—> **Scarpelli dice:** “i principi sono strumenti lasciati aperti e proiettati nel futuro a far da guida, attraverso varie interpretazioni e adattamenti, di fronte a problemi difficoltà e contrasti sempre nuovi”.

—> **RIDEFINIZIONE:** il **principio** è un criterio generale, di natura prescrittiva, capace di generare norme.

—> Quindi secondo Scarpelli **c'è differenza** tra principi e norme, anche se i primi sono considerati la matrice teorica e giuridica, per la posizione delle seconde.

—> Questa ridefinizione però non è accolta da tutti gli studiosi, infatti di **fronte alla domanda** se principi e norme (regole) siano la stessa cosa, nella teoria generale del diritto si possono riscontrare **2 posizioni diverse:**

- **Distinzione forte:** rappresenta coloro che ritengono che principi e norme siano elementi **completamente diversi** che presentano proprietà inconciliabili, che hanno origini, funzioni e contenuti completamente differenti.
- **Distinzione debole:** riguarda coloro che affermano che ci sono differenze tra i due **MA** tale diversità non è sostanziale nè categorica, ma **qualitativa o di grado**.

—> **Non** è il possesso esclusivo di alcune caratteristiche a determinare se è una norma o un principio, **MA** la misura in cui una certa caratteristica è posseduta:

- **principi:** sono prescrizioni che possiedono alcune caratteristiche in misura maggiore.
- **norme:** sono prescrizioni che possiedono le stesse caratteristiche ma in misura minore.

—> Ad esempio, la **Legge 219 del 2017** “*norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”, è un testo che prescrive la relazione di cura tra operatori sanitari e pazienti, e afferma di dover **rispettare** alcuni **principi** collocati a **livello costituzionale:**

- **Art 2:** principio del rispetto dei diritti fondamentali degli individui e le solidarietà.
- **Art 3:** principio di uguaglianza, formale e sostanziale.
- **Art 13:** principio di inviolabilità della libertà personale.
- **Art 32:** principio di autodeterminazione riguardo le cure.

Principali differenze tra principi e norme:

- 1) I PRINCIPI sono formulati il più delle volte attraverso **prescrizioni** che hanno **precise caratteristiche strutturali**, ovvero sono espressi in termini generali e con elementi di indeterminatezza. Invece le NORME sono **esprese prevalentemente** con formulazioni più specifiche.
- 2) I PRINCIPI possono essere tra loro **bilanciati** o **applicati** in diversi modi, mentre le NORME sono valutate, interpretate, applicate e abrogate anche in relazione al fatto che **siano o no conformi a certi principi**.
- 3) I PRINCIPI hanno alcune **caratteristiche funzionali** cioè sono di solito posti ai livelli più alti della gerarchia delle fonti, sono capaci di generare altre norme, e sono spesso invocati per giustificare o l'introduzione di nuove norme particolari o una certa scelta o decisione.

Principi del diritto:

- **Solidarietà** (*politica, economica, sociale*): art. 2 Cost.
- **Uguaglianza**: art. 3 Cost.
- **Laicità** art. 2,3,7,8,19,21 Cost.
- **Responsabilità/personalità**: art. 27 Cost.

—> I principi possono essere:

- espliciti: ad esempio il principio di analogia (*art. 12 preleggi*)
- impliciti: sono ricavati dall'interprete mediante **ragionamento induttivo**, da una o più norme dell'ordinamento. Ad esempio principio di laicità, di chiusura (Kelsen).

—> Nell'ordinamento italiano riguardo ai principi di diritto, la **Corte di Cassazione** ha un ruolo fondamentale.

—> Inoltre **svolge la funzione nomofilattica** (*di nomofilachia*): deve individuare un'interpretazione uniforme sul significato da attribuire a una o più norme, soprattutto in funzione di indirizzo interpretativo per le Corti Inferiori.

CATTIVE ragioni giustificanti sostanziali:

—> **Non tutti** gli argomenti sono considerati come valide ragioni giustificanti, perché si possono dare **letture ed interpretazioni differenti e contrastanti**.

—> I seguenti sono **cattive ragioni** giustificanti:

1. l'argomento dell'appello all'autorità
2. l'argomento dell'appello alla natura
3. l'argomento dell'appello la tradizione
4. l'argomento dell'appello alle emozioni

- **APPELLO ALL'AUTORITÀ:**

"mamma posso uscire" "no" "perché?" "perché ti ho detto di no".

—> Per trovare una **giustificazione** all'individuazione di scelte possibili da applicare, l'interprete individua una scelta o si orienta secondo l'indicazione espressa da un'autorità, esterna a lui, che ha come **compito l'indicazione** di quali azioni siano o meno conformi a certe **norme** o a certi **valori**.

—> Questa modalità argomentativa si fonda sulla **portata dogmatica** delle regole "non negoziabili".

—> Si tratta di un **cattivo argomento** perché si cerca di arrivare a considerare preferibile una determinata linea di pensiero rispetto ad un'altra, **senza far conoscere** all'interlocutore i passaggi e gli argomenti che hanno indotto a trarre una tale conclusione.

—> L'**argomentazione** quindi si basa sul **prestigio** che detiene il soggetto che la espone o sulla sua posizione di vertice, e **non** sulla verificabilità e sulla bontà degli argomenti pensati.

—> Viene definita un'argomentazione "**ex autoritate**", dato che si pone una netta **distinzione** tra chi individua la regola di condotta (*piano di superiorità*) e l'interlocutore (*piano inferiore*).

- **APPELLO ALLA NATURA:**

"Questa è una legge da approvare perché secondo natura", "Il matrimonio tra omosessuali è contro natura", eutanasia.

—> L'appello alla natura consiste nel **giustificare** la propria **scelta**, sulla base della conformità di tale scelta alla natura.

—> Si dice infatti che alcune **scelte** appaiono **buone**, perché effettuate “secondo natura” ed altre, sarebbero da **rifiutare** in quanto “contro natura”.

—> Per individuare ciò che sia bene o male compiere, si deve utilizzare la **ragione umana**, che “scopre” norme o valori ultimi da sempre presenti nella natura stessa delle cose, cogliendone una sorta di **autoevidenza razionale** intrinseca.

—> L'argomento dell'appello alla natura **presuppone** che “natura” abbia un nucleo di significato certo, **MA** in realtà è un **termine ambiguo e vago**, in quanto usato come sinonimo di “spontaneo”, “immediato”, “non artificiale”, “presente nel mondo naturale”...

—> Questa dell'appello alla natura, è una **modalità argomentativa** molto usata, soprattutto nei discorsi politico-giuridici o anche solo giuridici.

—> MA è un argomento che risulta molto **persuasivo**, infatti risulta inappropriato se utilizzato nei **contesti normativi e giuridici**.

—> Perché la **natura odierna**, è da intendersi come un ampio contesto descrittivo, da cui **non** si possono logicamente né automaticamente o necessariamente **trarre prescrizioni** (*Legge di Hume*).

—> Esistono almeno **due modelli teorici** per esprimere il significato di natura (molto diversi tra loro):

1. CONCEZIONE ARISTOTELICO - FINALISTICO DELLA NATURA:

—> È un modello “*organicistico*” e di tradizione “*finalistico-aristotelica*”:

- Tradizione aristotelica:

—> Perché è risalente ad Aristotele.

- Organicistica:

—> Perché tende a interpretare la natura come un **grande organismo vivente sovraindividuale**, infatti secondo questo modello, “*naturale*” sta ad indicare, non solo i componenti fisico-chimico-organici, MA denota anche un **insieme di valori e norme** che sarebbero presenti nella realtà.

—> Tali elementi li possiamo scoprire e capire attraverso i **potenti canali “razionali”** della nostra mente (*intuizione e deduzione*).

—> Questo modello definisce la **natura** come un insieme complesso, capace NON SOLO quindi di far **capire** ciò che ci circonda, MA di **orientare** chiunque sia in grado di usare strumenti razionali verso la decisione di seguire o meno le prescrizioni (*indicazioni prescrittive*).

—> In questa concezione organicistica, il **TUTTO** (che contiene in sé il fine ultimo a cui tendere) **deve valere** più del valore delle sue singole parti.

- Finalistica:

—> Perché dentro la natura esiste un **DISEGNO** (*il Gran Disegno dell'Essere*), nel quale ogni ente è destinato ad un **FINE specifico**.

Esempio: acqua, piante, alberi sono composti sia da parti chimiche e biologiche, che da FINI.

—> In questo **disegno** ci sono anche i valori e le norme che si capiscono con la **razionalità umana** e che ognuno deve **perseguire**, per realizzare quel fine.

—> È **BENE** seguire il fine stabilito secondo natura, ed è **MALE** allontanarsene; è **BENE** conformarsi alle norme iscritte nella natura, è **MALE** distanziarsene.

—> **Bene** = valore; **Male** = svalori.

—> Quindi se si seguono i fini a cui si è predestinati, si compiono **scelte secondo natura**, altrimenti si compiono **scelte sbagliate da rifiutare**.

—> Per tanto, tale scopo risulta essere frutto dalla **capacità degli uomini** di interpretare la natura.

Critica:

Il **problema più rilevante** di questo complesso di teorie riguarda il fatto che **rifiuta** completamente la concezione scientifica di **Galileo** e anche la scienza in **senso moderno**, e asseriscono argomenti completamente indimostrabili (*metafisici*).

2. CONCEZIONE EMPIRICO-RAZIONALE di Galileo:

—> Tale concezione definisce la **natura** l'insieme di fatti, composti, elementi che possiamo **studiare**, **comprendere** e **descrivere** sulla base di categorie di "*causa effetto*".

—> **Natura**: descrive un insieme di fatti che non ha né fini né valori (indicazioni descrittive e scientifiche), **non c'è una volontà normativa** nella natura perché è un contesto descrittivo.

—> Essa si fonda sulle **possibilità** di controllo, ripetizione, verificazione, e falsificazione dei **dati** che possiamo raccogliere; **dati concreti non metafisici**.

Esempio: le piante, l'acqua non possono effettuare delle scelte perché esse le effettuano gli umani.

—> Quando noi affermiamo che la **natura** sia cattiva o buona, ci stiamo basando su **nostre esperienze culturali** e su una **valutazione antropomorfa** che deriva dall'esperienza umana.

—> Secondo la concezione post-galileiana per la **conoscenza della natura** si utilizzano lo studio, l'osservazione, ma soprattutto **controlli intersoggettivi**, che conducono all'incremento di saperi condivisibili ed eventualmente modificabili: non esiste un sapere ultimo, assoluto.

—> **Non** è possibile affermare che vi siano **FINI in natura**, poiché essi non sono conoscibili con strumenti empirici e si sottraggono ad un controllo razionale.

—> La **natura** è l'insieme delle relazioni di causa-effetto proprie del mondo empirico, dal quale si possono **trarre indicazioni** circa la possibilità di compiere o meno certe operazioni, e nel quale **non è prescritto** ciò che è bene o male fare.

—> Questo perché le relazioni di causa-effetto stanno su un **piano descrittivo-informativo**, invece bene-male sta su un **piano prescrittivo**: i valori dipendono dalla volontà umana, da una scelta dei consociati.

—> Quindi avviene una **separazione tra il piano delle scelte** (valutazioni) e **il piano dei valori** (conoscenze scientifiche): le operazioni possibili sul piano della NATURA sono valutate non per una loro presunta bontà intrinseca, bensì muovendo dalla riflessione circa le implicazioni che ne possono derivare.

Critica:

—> L'appello alla natura quindi è un'**argomentazione inappropriata** perché porta a confondere il piano dei fatti e quello dei valori, valutazioni empiriche e valori del mondo.

LEGGE DI HUME (*Fallacia Naturalistica*):

Inderivabilità di argomenti valutativi da asserzioni descrittive

—> Questa legge è un **approfondimento** descrittivo e prescrittivo all'**appello della natura**, formulata per la prima volta dal filosofo scozzese *David Hume*.

—> La **formulazione della legge di Hume** si trova nel suo libro terzo, sezione prima da cui deriva che bisogna operare la **distinzione** tra "**ciò che è**" e "**ciò che deve essere**":

l'affermazione "**è o non è**" può essere vera o falsa, ma se dico che qualcosa "**deve o non**

deve" sto introducendo inconsapevolmente un'operazione prescrittiva che risulta incoerente.

—> Quindi non si possono logicamente e necessariamente **MAI ricavare** da premesse/proposizioni SOLO descrittive, conclusioni/proposizioni prescrittive (o viceversa).

—> Questo perché una **proposizione descrittiva** si può classificare come vera o falsa, invece quella **prescrittiva** come giusta o ingiusta, appropriata o inappropriata...

—> Quindi Hume ha **teorizzato** questa **inderivabilità** di argomenti valutativi da asserzioni descrittive, poiché si opera in modo **sbagliato**, se si deriva da un fatto, una valutazione o un valore.

—> In un discorso sui **fatti** spesso si introducono inconsapevolmente giudizi di valori, che invece dovrebbero essere esplicitati.

—> Per esempio si commette una **fallacia naturalistica**, violando la Legge di Hume, se si sostiene quanto segue:

Esempio 1:

- *“Nel mare, il pesce grande mangia quello piccolo”*: **premessa descrittiva**
- *Quindi...*
- *“Nel mare, è bene/male, è giusto/ingiusto che il pesce grande mangia quello piccolo”*: **valutazione/conclusione prescrittiva**

Esempio 2:

- *“In natura la maggior parte dei mammiferi accudisce i cuccioli solo nei primi mesi di vita”*: **premessa descrittiva**
- *Allora...*
- *“È male e ingiusto che gli esseri umani, in quanto mammiferi, accudiscano i figli ben oltre la maggiore età”*: **valutazione/conclusione prescrittiva**

—> La legge di Hume è rispettata quando da una **premessa solo descrittiva**, si ricavano **conclusioni solo descrittive** (stessa cosa con “prescrittive”).

—> TUTTAVIA è **possibile** giungere da una **premessa descrittiva**, una **conclusione prescrittiva** (o viceversa), senza violare la Legge di Hume.

—> Questo si può realizzare, se in **aggiunta** alla **conclusione prescrittiva**, inserisco una **premessa prescrittiva** che ESPRIME i *valori e le valutazioni*.

Quindi: se si esplicitano i valori (prescrittivi) inseriti nelle premesse su un fatto (descrittivo), si potrà correttamente trarre conclusioni di tipo prescrittivo/valutativo dalle premesse descrittive, rispettando la legge di Hume.

—> Esempi in cui non si viola la Legge di Hume:

Esempio 1 corretto:

- *“Nel mare il pesce grande mangia il pesce piccolo”*: **premessa descrittiva**
- *“Dal mio punto di vista questo è crudele”*: **premessa prescrittiva**
- *Quindi...*
- *“Pertanto trovo ingiusto che, nel mare, il pesce grande mangi quello piccolo”*: **valutazione/conclusione prescrittiva**

Esempio 2 corretto:

- *“In natura la maggior parte dei mammiferi accudisce i cuccioli solo nei primi mesi/anni di vita”*: **premessa descrittiva**
- *“La condizione degli esseri umani si caratterizza per attribuire un ruolo educativo positivo e centrale alle relazioni familiari/parentali”*: **premessa prescrittiva**
- *Allora...*

- *“È bene, è giusto/ è male, è ingiusto che gli esseri umani, in quanto mammiferi, accudiscano i figli ben oltre la maggiore età”*: **valutazione/conclusione prescrittiva**

- **APPELLO ALLA TRADIZIONE:**

“Si è sempre fatto così, continuiamo a fare così”, “Se una norma è andata bene per i miei avi, o per le generazioni che mi hanno preceduto, andrà bene anche per me”.

≠ **con consuetudini** perché sono regole giuridiche riconosciute come **fonti**.

—> L'appello alla tradizione porta **giustificare** una **decisione**, sulla base delle scelte per lungo tempo effettuate rispetto ad un certo tema, consolidate e considerate quelle buone e approvabili, in una **certa cerchia sociale**, in un **certo periodo**; senza tenere conto però dei **mutamenti sociali, culturali, politici...**

—> Possono essere **considerate “tradizioni”**: memorie, notizie, testimonianze, riti, cerimonie e valori positivi o negativi.

—> Esistono **tradizioni** con **differenti contenuti** a seconda delle epoche e dei contesti geografici di riferimento:

Esempi: matrimonio religioso, scambiarsi regali, pranzo di Natale...

—> Ma tuttavia, accanto a scelte “tradizionali”, esistono **tradizioni** ritenute **problematiche o controverse**:

Esempi: bambine con genitali mutilati, bambini che non hanno accesso all'istruzione, “giglio d'oro” in Cina...

—> Sostenere che una certa **decisione è da preferire solo** sulla base di una certa **tradizione**, **significa approvare** quella decisione **solo** per il fatto che è stata **perpetua nel tempo** all'interno di un certo gruppo sociale di riferimento.

—> È un **appello di deresponsabilizzazione** e un **cattivo modo di argomentare** perché non esplicita i contenuti valoriali ritenuti rilevanti, sottesi alla decisione, nei diversi passaggi che hanno portato ad una tale **conclusione**.

—> Questa modalità argomentativa spesso è usata come **strumento dialettico** per mettere a tacere un interlocutore o per chiudere in modo ellittico un contraddittorio, oppure come **giustificazione** di discriminazioni o atteggiamenti anormali.

- **APPELLO ALLE EMOZIONI:**

“Ritengo praticabile/non praticabile questa linea d'azione perché: mi fa sentire bene- mi provoca disagio, mi smuove le viscere- mi sento in colpa- mi dà un'energia incredibile- perché non riesco a trattenere le lacrime- perché sono preda di forte angoscia, di rabbia, di frustrazione- sento la gioia e la gratificazione riempirmi il cuore....”

—> Le **emozioni** sono componenti importanti e imprescindibili del vissuto di ciascuno di noi, sono spesso il **motore** che ci spinge a compiere determinate **esperienze** e determinate **decisioni**.

—> Ma la **dimensione emotiva** è l'opposto della dimensione **razionale**.

—> È importante imparare a **riconoscere le emozioni** ed è necessario gestirle per non esserne sopraffatti prima di effettuare una SCELTA, dato che l'**emozione** è momentanea e irrazionale, MA i **risultati della scelta** sono persistenti e duraturi.

—> Una **decisione** o una **scelta** fondate solo sulle emozioni da noi provate e su quelle che vorremmo suscitare nel nostro interlocutore, **sono** decisioni o pareri **irrazionali**.

MODELLI DI RAGIONAMENTO:

—> **Definizione RAGIONAMENTO:** è una concatenazione di proposizioni, frasi che hanno significati.

—> **Principali modelli** di ragionamento:

1. **Deduttivo** o per deduzione
2. **Induttivo** o per induzione
3. **Abduttivo** o per abduzione

1. DEDUZIONE:

—> È un modello di ragionamento attraverso il quale:

- Si parte da una **premessa maggiore**, ampia e generale
- E attraverso una **premessa intermedia** o minore
- Si giunge ad una **conclusione logicamente necessaria** perché si esplicitano elementi già sottintesi, che si potevano ricavare da premesse già date.

—> Si chiama anche **modello per sillogismo**: capacità di ricavare una conclusione logicamente necessaria a partire da premesse date.

—> È un **ragionamento** che viene spesso utilizzato nell'argomentazione giuridica:

Esempio ordinario:

Premessa maggiore: *tutti gli uomini sono mortali*

Premessa minore: *Socrate è un uomo*

Conclusione logicamente necessaria: *Socrate è mortale.*

Esempio giuridico:

Premessa maggiore: *Tutti i danni cagionati, per colpa o per dolo, devono essere risarciti*

Premessa minore: *Un sinistro stradale produce un danno ad uno o più beni*

Conclusione logicamente necessaria: *Il danno cagionato da un incidente stradale va risarcito.*

2. INDUZIONE:

—> È un modello di ragionamento in cui:

- Si parte da più **premesse particolari**, che si fondano sulle osservazioni e le esperienze compiute
- E si arriva ad una **conclusione di carattere generale**, che è probabile e verificabile MA NON logica ne necessaria.

Esempio ordinario:

Premesse particolari:

1. *Mario ha vent'anni e usa Twitter*
2. *Paolo ha ventitré anni e usa spesso Twitter*
3. *Rita ha ventun anni e usa quotidianamente Twitter*
4. *Paola ha ventidue anni e «twitta» in continuazione*

Conclusione generale e non sempre vera: *I ventenni usano Twitter*

Esempio giuridico:

Premesse particolari:

1. *Tizio, residente a Milano, ha sottoscritto un contratto con la società Finta spa per le sue utenze domestiche*

2. *Caio, residente a Milano, ha sottoscritto un contratto con la società Finta spa per le sue utenze domestiche*

3. *Sempronio, residente a Milano, ha sottoscritto un contratto con la società Finta spa per le sue utenze domestiche*

Conclusione generale e non sempre vera: i cittadini residenti a Milano sottoscrivono i contratti per le loro utenze domestiche con la società Finta spa.

—> L'**induzione** si basa sull'assunzione che determinate regolarità osservate in un fenomeno continueranno a **manifestarsi** nella stessa forma **anche in futuro** (esempio utilizzo di Twitter).

3. **ABDUZIONE:**

(modello su cui si basano le serie crime)

—> È un modello di ragionamento che:

- Parte da una **premessa particolare**
- Si arricchisce con una o più **premesse particolari**
- E giunge ad una **conclusione particolare solo verosimile** (non necessaria né vera, che deve essere anche questa verificata).

Esempio ordinario:

Premessa particolare: Tutti i fagioli sul tavolo sono bianchi

Altra premessa particolare: I fagioli di questo sacchetto sono bianchi

Conclusione particolare: È probabile che i fagioli sul tavolo provengano da questo sacchetto

Esempio giuridico:

Premessa particolare: Si è verificato un grave danno economico nei confronti di un piccolo investitore

Altra premessa particolare: Le operazioni di insider trading vagliate da questa autorità hanno prodotto gravi danni economici ai piccoli investitori

Conclusione particolare: Si può **abduire** che ci sia stato, molto probabilmente, un caso di insider

—> L'**abduzione** porta a formulare un'ipotesi sulla base di osservazioni particolari e, come l'induzione, **non è logicamente valida** senza conferme esterne.

BOBBIO,

LE PROPOSIZIONI PRESCRITTIVE:

In riferimento al testo di Umberto Bobbio:

—> Per **studiare le norme**, bisogna considerarle secondo la loro struttura linguistica e funzione, indipendentemente dal loro contenuto.

—> **Funzioni del linguaggio:**

- Descrittiva: scienze
- Espressiva: poesie e arti
- Prescrittiva: norme

—> **FORMALISMO GIURIDICO:** le norme sono formulate in proposizioni linguistiche, dove la **proposizione** è l'insieme di parole che nel complesso hanno un significato e la **norma** è una proposizione con funzione prescrittiva.

Caratteri delle proposizioni prescrittive:

—> Esse si differenziano dalle descrittive rispetto:

- **alla funzione:**
 - descrittive: informano su un certo stato di cose della realtà.
 - prescrittive: modificano, condizionano e orientano il comportamento umano.
- **al comportamento del destinatario:**
 - descrittive: possono essere credute se vere, rifiutate se false.
 - prescrittive: possono essere eseguite o violate.

- **al criterio di valutazione:**
 - descrittive: verità e falsità.
 - prescrittive: giuste o ingiuste, valide o invalide..

- **PRIMA TESI RIDUZIONISTICA**

Tentativo di ridurre le proposizioni prescrittive a proposizioni descrittive di tipo alternativo:

→ Alcuni studiosi hanno tentato di trasformare e ridurre le **proposizioni prescrittive** (che orientano i nostri comportamenti), **in proposizioni descrittive ALTERNATIVE** (una particolare descrizione alternativa della realtà).

→ *Esempio: "fai x!" (prescrittiva) sarebbe riducibile a: "o fai X, oppure ti succede Y" (alternativa).*

→ La **proposizione alternativa** è la descrizione di cosa succede se non si tiene un certo comportamento, vale a dire di quale conseguenza spiacevole si verificherebbe (oppure).

→ *Esempio: "o fai X, oppure ti succede Y", dove Y è considerata una **conseguenza spiacevole**.*

OBIEZIONI:

→ Questa tesi riduzionistica si dimostra fallimentare per le seguenti obiezioni:

1) Prima obiezione:

→ Si può **dare esecuzione ad un comando** anche senza che, necessariamente, si tema una sanzione, per i seguenti motivi:

- perché a volte la **sanzione NON è prevista**.
- perché si ritiene di dover dare **esecuzione** per stima, per senso del dovere, per rispetto, per educazione, per ammirazione (atteggiamenti molto diversi dal "timore di una conseguenza spiacevole!!)

2) Seconda obiezione:

→ La **PRESUNTA descrizione alternativa** mette in evidenza che la conseguenza è qualificata come spiacevole.

→ La parola "spiacevole" non descrive nulla MA **esprime valore negativo** alla conseguenza, influenzando e modificando il comportamento, quindi è una **proposizione prescrittiva**.

→ Quindi la **funzione prescrittiva NON** è ridotta ad una forma particolare di descrizione (alternativa), ma è solo **MASCHERATA!**

3) Terza obiezione:

→ Y è una **conseguenza SPIACEVOLE** (non naturale).

→ Quindi la conseguenza della trasgressione non è riducibile ad un fenomeno naturale, MA è un **comportamento** stabilito da un comando implicito (*proposizione prescrittiva*).

→ Si mettono **in evidenza NON** elementi che descrivono una certa situazione, MA **comportamenti regolati da norme** (=prescrizioni).

→ *Esempio: "Paga le tasse" non si può ridurre a "O paghi le tasse, oppure il cielo si riempie di nubi"; bensì: "o paghi le tasse, oppure riceverai una cartella esattoriale (=sarai punito)"*

- **SECONDA TESI RIDUZIONISTICA**

Tentativo di ridurre le proposizioni prescrittive a proposizioni di tipo espressivo:

→ C'è stato un ulteriore tentativo riduzionistico, che riguarda l'ipotesi di ridurre le **prescrizioni** a formulazioni particolari di **proposizioni espressive**, cioè **prescrizione = comunicazione di uno stato d'animo**.

→ MA la **funzione prescrittiva** è diversa e indipendente dalle **emozioni e stati d'animo** che può suscitare.

OBIEZIONI:

→ Anche questa **tesi** è **fallita**, per i seguenti motivi:

1) Prima obiezione:

→ È vero che una **prescrizione** può avere una formulazione NON imperativa:

→ Esempio: «vorrei che, desidererei che tu facessi X» esprime la funzione di «far fare»

→ Si può sostenere che lo **stato d'animo** auspicato può aiutare a fare MA non ci si limita a suscitare un sentimento, MA si **prescrive** che sia **compiuta una certa azione**.

2) Seconda obiezione:

→ Una **prescrizione** può essere **valutata** sulla base dell'esecuzione (o meno) che il destinatario vi dà.

→ Per l'**esecuzione** di quanto prescritto è **INDIFFERENTE** quale sia lo stato d'animo di chi l'ha eseguita.

→ Esempio: c'è una **prescrizione che impone**: «PAGA LE TASSE», ciò che rileva è che vi siano **comportamenti conformi** a quanto prescritto, indipendentemente dal fatto che si provi piacere, gioia o dispiacere nel dare esecuzione a quanto comandato.

3) Terza obiezione:

→ Inoltre (come abbiamo studiato nell'appello alle emozioni), le **prescrizioni e le scelte** sono durevoli nel tempo, mentre lo **stato d'animo** (*funzione espressiva*) è fugace e transitorio.

→ Quindi le **prescrizioni restano tali** indipendentemente dagli stati d'animo di coloro che le hanno poste, che può mutare nel tempo.

CAPITOLO 5:

LE PRESCRIZIONI E IL DIRITTO

CONTESTI PRESCRITTIVI:

→ La **prescrittività** non è esclusiva del diritto, anche le morali, la buona educazione, le deontologia, il galateo.. hanno questa funzione.

→ Il termine prescrizione quindi assume un **significato ampio**.

● Regole morali

→ La **MORALE** è un **insieme di prescrizioni**, basate su scelte di valore, la cui violazione ha come conseguenza una **sanzione non istituzionalizzata**.

→ Gli **effetti** infatti si rivolgono solo "*al foro interno*", alla coscienza del soggetto.

→ Questo significa che non esiste un'autorità esterna che infligge una punizione MA vi è **coincidenza tra chi pone la regola e chi vi dà esecuzione**: noi stessi.

→ La sanzione morale infatti, agisce in **foro interno** cioè agisce con i cosiddetti "morsi della coscienza", facendoci provare sensi di colpa, sentimenti di frustrazione, mortificazione, rimorso.

● Norme sociali

→ Esse hanno una valenza e una portata **sovraindividuale** e sono un **insieme di prescrizioni**, non formalizzate né dotate di sanzioni, condivise in una certa cerchia di soggetti.

→ Esempio: salutare il nostro vicino quando lo incontriamo, fare un regalo che annunciato le nozze.

—> La **violazione** delle norme sociali condivide con quella delle regole morali, l'assenza di una punizione esterna da un ente o organo.

—> Ma la violazione di norme sociali, al contrario di quelle morali, produce i propri effetti non più solo in foro interno al soggetto, ma spesso produce un **effetto sovraindividuale**, cioè un disappunto tra i consociati che può assumere gradazioni diverse: dalla semplice disapprovazione, al vero e proprio stigma sociale.

- **Deontologia**

—> La deontologia è l'**insieme delle prescrizioni** che disciplinano le condotte SOLO di chi esercita **una certa professione o attività**: avvocati, medici, psicologi...

—> Non vale erga omnes ma vale **solo per la categoria** presa in considerazione.

—> Queste regole sono contenute in appositi **codici deontologici**.

—> Le **violazioni** di prescrizioni deontologiche hanno come conseguenza **sanzioni parzialmente istituzionalizzate**, poste da organi professionali, riferite solamente agli iscritti ad un certo ordine o albo.

—> È previsto un **organo competente** che ha il compito di verificare se siano o meno state violate certe regole di condotta professionale ed hanno la facoltà di istituire un processo e mettere in atto procedure di verifica e indagine e, a seconda degli esiti, ha la competenza di infliggere sanzioni che hanno una conseguenza sia interna che esterna.

- **Diritto**

—> Il diritto è un insieme di regole che hanno funzione prescrittiva nei confronti di tutti i consociati, valgono **erga omnes**.

—> Infatti esso è il solo ambito in cui le **norme** hanno **portata generale**, valgono per tutti e la **violazione** delle norme giuridiche comporta conseguenze istituzionalizzate: **sanzioni giuridiche**.

—> Gli **effetti negativi** si manifestano indipendentemente dal fatto che il destinatario sia d'accordo (sanzioni coattive) e indipendentemente dal fatto che la sanzione sia buona e giusta o biasimevole e ingiusta.

—> Nel nostro ordinamento sono presenti **organi specifici** che pongono norme, **non c'è quindi coincidenza** tra il soggetto che pone le regole e i soggetti che ne danno esecuzione (come invece nelle morali).

IMPERATIVISMO:

Teoria imperativistica della norma

—> L'approccio al **imperativismo** si sviluppa nella metà dell'800 fino agli anni '30 del 900 da due **autori anglosassoni**: Bentham e Austin.

—> Questa teoria viene considerata la **prima affermazione del positivismo giuridico**.

—> La **tesi centrale** di questo approccio teorico è l'idea che il diritto sia composto da **comandi** o **imperativi**, cioè prescrizioni capaci di incidere fortemente sul comportamento dei consociati, obbligandoli a fare o non fare certe condotte.

—> I comandi o imperativi, sono considerati **elementi minimi ed essenziali** per costruire un universo giuridico, l'elemento basilare dell'esperienza del diritto.

—> Le **norme giuridiche** sono riconducibili a comandi o imperativi e sono **emanate** da "**emittenti tipici**", cioè da soggetti che hanno il potere di farlo, e **rivolte** a "**riceventi tipici**", cioè destinatari come ad esempio i consociati o i sudditi.

—> Tra "**emittente e ricevente tipico**" viene istituito una sorta di **vincolo forte**, ovvero un vincolo tra organi che emanano diritto e soggetti che al diritto si devono attenere.

—> Tutti i teorici dell'imperativismo hanno un **denominatore comune**, che è espresso dall'autore tedesco August Thon.

AUGUSTO THON:

—> Egli nella sua opera ha elaborato la **formulazione classica** della teoria imperativistica.

—> Thon considera il **diritto** come un complesso di imperativi e afferma che **l'ordinamento giuridico**, attraverso il diritto condiziona, orienta e modifica il comportamento, che può consistere in un'azione positiva o negativa (azione o omissione), di coloro che sono soggetti alle sue prescrizioni, per mezzo di **comandi o imperativi positivi o negativi**.

Tra i teorici italiani possiamo ricordare:

FRANCESCO CARNELUTTI:

—> Affermava che con la formula della imperatività si vuole esprimere che il **comando** è l'elemento indefettibile dell'ordinamento giuridico o, in altre parole, il prodotto semplice e primo del diritto: **se l'ordinamento fosse un organismo**, il comando ne rappresenterebbe la cellula.

GIORGIO DEL VECCHIO:

—> Egli invece riteneva che il carattere importantissimo ed essenziale norma giuridica è **l'imperatività** e che il **comando pone sempre due soggetti l'uno di fronte all'altro**: ad un soggetto impone una facoltà e all'altro soggetto un dovere corrispondente, quindi impone un dovere o una facoltà significa **comandare**.

TIPI DI IMPERATIVI:

—> **Imperativo**: prescrizione dall'elevato contenuto prescrittivo volto a imporre, comandare, che si tenga o meno una certa condotta.

THOMASIUS:

—> È un giusnaturalista che ha affermato la **distinzione** fondamentale tra **diritto e morale**:

- **MORALE**: comanda, quindi è costituita da obblighi di fare ossia **imperativi positivi**.
ama il tuo prossimo come te stesso
- **DIRITTO**: proibisce, quindi è costituito da obblighi di non fare ossia **imperativi negativi**.

non uccidere, rubare, fare del male

—> Thomasius considerava il **diritto** un ambito **meno impegnativo** di quello morale, perché:

- **MORALE**: obbliga a far qualcosa per gli altri
ama il tuo prossimo come te stesso

- **DIRITTO**: impone di astenersi dal far del male

"Neminem laedere": non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te

—> MA questa **prospettiva** OGGI **NON** è più accettabile perché:

1. i comandi positivi e negativi **si mescolano** nella morale e nel diritto
2. è una **rappresentazione teorica** che sminuisce molto il valore del contesto giuridico, riducendolo ad un insieme di doveri negativi.
3. considera il **diritto come un insieme di regole di prudenza**, più che un insieme di regole per la pacifica convivenza.

—> Se si vuol capire la dottrina del Thomasius, bisogna **richiamare la teoria hobbesiana** del passaggio dallo stato di natura allo stato civile.

THOMAS HOBBS:

—> Thomas Hobbes aveva teorizzato il **passaggio dallo stato di natura allo stato civile** nell'opera "Leviatano".

—> Hobbes sostiene che prima che vi fossero le regole del diritto, gli uomini vivevano in uno **stato di natura**, ovvero in una condizione estremamente negativa priva di regole giuridiche in cui ogni uomo poteva esercitare il proprio dominio nei confronti delle cose, delle risorse e di qualunque altro soggetto.

—> Questo portò a delle **situazioni di conflitto** che danneggiarono la sicurezza della vita, la pace sociale, i commerci e il regolare svolgimento di ogni attività quotidiana.

—> Gli uomini vivevano in una **condizione “bellum omnium contra omnes”**, una guerra di tutti contro tutti in cui ogni uomo si riservava la facoltà di dominare gli altri.

—> Gli uomini decidono di uscire dallo stato di natura, **stipulando un contratto a favore di terzi**, cedendo una parte delle proprie libertà infinite ad un altro soggetto, il sovrano assoluto.

—> Ciò determina il **passaggio** dallo stato di natura **allo stato di diritto**, nel quale ci sono regole o comandi che limitano fortemente la libertà e che sono imposte dal sovrano assoluto per salvaguardare la vita, la pace sociale, i commerci e il regolare svolgimento delle attività quotidiane.

—> Queste regole originariamente consistevano in **comandi negativi** ed il primo consisteva nel non interferire nella sfera delle libertà protette altrui perché erano comandate dal sovrano.

—> Il **diritto** inizialmente era caratterizzato da **comandi di non fare**, perché la libertà senza limiti fa degli uomini predatore dei suoi simili.

DA HOBBS A THOMASIIUS:

—> Considerando la **nascita dello stato civile** come una limitazione reciproca di libertà ad opera di ciascun individuo, il **diritto** veniva inteso, almeno in una prima e iniziale fase, come un insieme di obblighi negativi.

—> MA Thomasius considera che la **funzione del diritto** non è solo rendere possibile la coesistenza delle libertà prescritte da obblighi negativi, ma è anche quella di rendere possibile la reciproca cooperazione e interazione tra i soggetti che vivono nello stesso contesto sociale, per questo occorrono **anche obblighi positivi**.

—> Quindi la teoria del diritto come insieme di divieti nasceva da una concezione **troppo ristretta** del diritto dello Stato.

IMMANUEL KANT:

—> Un'altra **distinzione tra morale e diritto** è quella proposta da Immanuel Kant:

- **MORALE:** è caratterizzata da:
 - **Imperativi autonomi:** sono comandi nei quali coincide il soggetto che pone la norma e colui che la deve rispettare, sono comandi che ciascuno dà a se stesso per orientare il proprio comportamento morale (esempio: norme morali).
 - **Imperativi categorici:** sono comandi che prescrivono un comportamento buono in se stesso, che deve essere tenuto senza eccezioni e senza condizioni (esempio: fai il bene per il bene).
- **DIRITTO:** è caratterizzato da:
 - **Imperativi eteronomi:** sono imperativi nei quali diverge il soggetto che pone la norma da quello che deve eseguirlo (esempio: prescrizioni giuridiche).
 - **Imperativi ipotetici:** comandi che prescrivono un comportamento da tenersi, considerato buono non tanto in sé, ma perché è funzionale alla realizzazione di un certo fine o scopo (esempio: se vuoi evitare problemi col fisco, paga le tasse).

Riassumendo..

→ La **morale** è composta da imperativi:

- positivi
- autonomi
- categorici

→ Il **diritto** è caratterizzato da imperativi:

- negativi
- eteronomi
- ipotetici

→ Ma questa **distinzione** risulta problematica e insufficiente perché la morale si compone anche di imperativi negativi, così come il diritto si compone anche di imperativi positivi.

→ **L'insufficienza** riguarda anche il fatto che il diritto è composto anche da **norme permissive**.

IMPERATIVI E PERMESSI:

→ **Imperativo positivo**: obbligare qualcuno a fare qualcosa.

→ **Imperativo negativo**: obbligo di non fare qualcosa.

→ Con **NORME PERMISSIVE** si intendono le **prescrizioni** che **consentono** espressamente una certa condotta o di **astenersi** dal tenere un certo comportamento.

→ Imperativi e permessi sono in **rapporto di reciproca negazione**, infatti:

- Dove ci sono **imperativi positivi e/o negativi**: limitata la sfera del permesso.
- Dove ci sono **norme permissive**: limitata la sfera dell'imperatività.

→ Si può descrivere l'evoluzione del sistema normativo in questo modo:

1) **Ipotesi teorica di assenza di imperativi**:

→ Immaginiamo di tornare nello **Stato hobbesiano di natura** in cui non esistono regole giuridiche e nel quale ciascun individuo non ha doveri, ma solo diritti su tutto ciò che lo circonda.

→ Non ci sarebbero imperativi ma solo **azioni permesse a tutti**.

→ La **conseguenza** è che se ogni azione è permessa tutti, si genera la guerra di tutti contro tutti e ciascuno può sopraffare il prossimo diventandone predatore.

Sfera del lecito = tutto è lecito

2) **Passaggio da stato di natura a stato civile assoluto**:

→ Un **sovrano** impone imperativi negativi e positivi.

→ Questo passaggio comporta la **riduzione** dell'ambito **del permesso**.

Sfera del lecito = tutto ciò che è proibito + tutto ciò che è comandato

3) **Stato Totalitario**:

→ In questo contesto esistono **SOLO imperativi** positivi e negativi, cioè comandi e divieti, per cui ogni atto del cittadino è regolato da norme imperative.

→ È una **situazione limite** in cui tutto è obbligatorio in cui è scomparsa la sfera del permesso.

Scomparsa totale della sfera del lecito: tutto è obbligatorio

SFERE DEL PERMESSO:

→ Supponiamo l'esistenza di una **norma di questo contenuto**:

"È permesso accedere alla Biblioteca in questi giorni e in questi orari".

→ Se accedo in quei giorni e in quei orari, la **norma è rispettata**. Ma anche se non accedo alla biblioteca la **norma è rispettata**.

—> Quindi **quanto è permesso è rispettato** sia che si attui il comportamento che è prescritto, sia nel caso ci si astenga dal compiere quanto prescritto.

—> Le norme permissive **limitano** la sfera di obblighi e di divieti **presupponendo** una o più **norme imperative** e svolgono un'importante **funzione** cioè quella di abrogare e derogare a norme imperative.

—> Quando ci riferiamo alla sfera di permesso, possiamo riferirci ad un **concetto di "permesso"** declinabile in almeno 2 significati:

1. **Permesso in senso forte**: si fa riferimento ad un insieme di regole esplicite e espresse, che consentono espressamente certe condotte lecite e permesse (*esempio: è permesso andare in biblioteca, è permesso attraversare il parco*).
2. **Permesso in senso debole**: si fa riferimento a un insieme di condotte e comportamenti che non sono espressamente qualificati da norme, ma sono dedotte come permesse perché non espressamente vietate (*esempio: fumare in casa propria*).

COMPORAMENTI REGOLARI E REGOLATI:

- **Il comportamento REGOLARE**: è una condotta ripetuta da uno o più consociati non necessariamente di attenzione giuridica. Per esempio tutte le mattine compiamo delle azioni per la nostra igiene personale però non ci sono norme giuridiche che ci prescrivono di *fare la doccia, lavarsi i denti e spazzolarsi i capelli*.
- **Il comportamento REGOLATO**: è una condotta che riguarda una o più azioni/omissioni contenute nelle norme giuridiche. Per esempio quando si guida una vettura bisogna sempre che il guidatore e i passeggeri *indossino la cintura di sicurezza* e questo comportamento è prescritto da una norma giuridica che lo ha reso un comportamento regolato.

—> Il **diritto** è l'ambito del regolato, perchè facendo riferimento solo ai comportamenti regolari non si può avere la certezza che vi siano norme giuridiche.

—> Siamo in presenza di **norma giuridiche** ogni volta che siamo in presenza di **condotte regolate**: normatività non coincide di principio con la regolarità.

L'AUTOQUALIFICAZIONE:

—> Kelsen con l'espressione "**autoqualificazione del materiale sociale**" intende l'attribuzione di giuridicità, compiuta dagli **stessi soggetti** che tengono certi comportamenti/atti o fatti, cioè la qualificazione di certi atti e fatti giuridici ad opera degli stessi soggetti che tengono quegli atti o fatti.

—> Kelsen affermava che se si analizzasse qualunque fatto considerato come diritto, per esempio una deliberazione parlamentare, si possono **distinguere due elementi**:

- un **accadimento esteriore**, per lo più un comportamento umano
- un **significato specifico** attribuibile all'accadimento

—> Se osservassimo l'alzarsi delle mani o lo schiacciare dei pulsanti in una sala del Palazzo Montecitorio potremmo affermare che stiamo **osservando la votazione di una legge**.

—> L'autoqualificazione quindi si verifica quando i **soggetti** coinvolti in un atto o in un fatto attribuiscono **rilevanza giuridica** alle loro azioni, si tratta di un **criterio soggettivo**.

—> Kelsen ritiene che il **significato soggettivamente attribuito** a certi atti o fatti può essere considerato giuridico MA **NON** è una caratteristica **sufficiente e necessaria per la giuridicità**.

—> Kelsen ha fatto l'esempio della **vicenda del "Capitano von Kopenick"**:

Il criminale tedesco Voigt rubò un uniforme e si finse come il Capitano von Kopenick, facendo imprigionare il tesoriere e il sindaco per farsi consegnare il tesoro cittadino e fuggire. Voigt quindi si era autoqualificato come capitano dell'esercito ma le sue azioni non furono giuridicamente lecite, anzi erano azioni criminose.

—> Per questo, ciò che **conferisce la giuridicità** non è l'autoqualificazione soggettiva ma è la **presenza di un criterio oggettivo** che qualifica l'accadimento esteriore preso in esame come giuridicamente rilevante.

CONCEZIONE ONTOLOGICA:

—> È un **approccio** di tipo **metafisico** che considera le norme come "enti mentali", che hanno un'**esistenza autonoma**.

—> Chi teorizza questo approccio come approccio preferibile per lo studio del diritto ritiene che le **regole del diritto** esistano da sempre e per sempre su un piano superiore di realtà e che un buon **giurista** dovrebbe togliere una sorta di velo che le rende non immediatamente comprensibili, comprenderne l'essenza e trasferirle nelle norme che si emanano, con la consapevolezza che la loro **vera e unica essenza resta** sempre su un piano superiore della realtà per cui **sono differenti e autonome** rispetto agli atti con cui si positivizzano.

—> Questa **concezione** riprende la concezione giusnaturalistica di tipo essenzialista.

CAPITOLO 6:

LA TEORIA DELLA NORMA DI KELSEN:

NORMA GIURIDICA:

—> "Norma" e "regola" sono da considerarsi **sinonimi**, sia nel linguaggio ordinario che in quello giuridico.

—> Parlare di norme giuridiche significa riferirsi a **3 diversi approcci**:

1. **comportamenti e situazioni sociali**: approccio comportamentistico che considera il **diritto** come fenomeno sociale. **giusrealismo scandinavo**
2. **entità mentali: concezione ontologica**, quindi non ricavabili con l'esperienza, ma forme di intelligenza che stanno in una dimensione diversa. È un approccio metafisico. **giusnaturalismo e essenzialismo**
3. **espressioni linguistiche**: è quello che prendiamo noi in considerazione, è un **approccio linguistico-semantico**, infatti le norme sono intese come schemi di qualificazione dei comportamenti, dai quali dipende la possibilità di attribuire ai fatti una valenza o rilevanza giuridica.

Concezione linguistico/semantica:

—> Questa concezione considera le **norme** delle entità linguistiche che danno vita a proposizioni linguistiche con la prevalente **funzione prescrittiva**.

—> Le **norme**, infatti, sono frammenti del linguaggio, che **attraverso** la funzione prescrittiva, forniscono **criteri generali** di condotta e di giudizio dei comportamenti propri e altrui.

TEORIA DI KELSEN:

Ma quali sono le caratteristiche che distinguono le norme giuridiche dalle espressioni linguistiche prescrittive in cui consistono le norme in generale?

—> Kelsen nella sua opera, individua nello schema della norma l'**elemento oggettivo necessario** e sufficiente per **qualificare** come **giuridicamente rilevante** un certo atto fatto, una certa condotta, un determinato comportamento.

—> Dobbiamo a lui la **PRIMA DEFINIZIONE** di "**norma giuridica**", intesa come: **schema linguistico di qualificazione la realtà**, attraverso il quale si possono distinguere atti o fatti

con **rilevanza giuridica** da tutti gli altri accadimenti esteriori che non hanno tale rilevanza.
—> A Kelsen dobbiamo il merito di aver qualificato le norme come **schemi di qualificazione dei comportamenti**, dai quali dipende la possibilità di attribuire ai fatti una valenza o rilevanza giuridica.

—> Questa **teoria della norma di Kelsen** rappresenta un pilastro portante della cultura giuridica, perché rappresenta un **punto di non ritorno**: le elaborazioni teoriche e giuridiche sono andati avanti, ma riguardo questa teoria non si può tornare indietro.

IL SUPERAMENTO DELL'IMPERATIVISMO:

—> Kelsen supera e rifiuta la **teoria imperativistica della norma** (*la quale considerava l'imperatività la caratteristica fondamentale della giuridicità e che il diritto fosse composto solo da imperativi*), **perché**:

- la considera una teoria **insufficiente e inappropriata** per poter spiegare la complessità dell'esperienza giuridica, dato che i codici e le costituzioni non si componevano solo da imperativi ma anche da prescrizioni, norme permissive, diritti, etc.
- la ritiene **pericolosa** perché incapace di distinguere in maniera convincente l'ambito della morale dall'ambito del diritto, correndo il rischio di contaminare l'ambito della giuridicità con elementi dell'esperienza morale.

—> Tutta l'opera di Kelsen si caratterizza per aver messo in evidenza le sue **2 grandi preoccupazioni**:

- 1) Vuole **disciplinare l'uso della forza** per evitare che il diritto diventi uno strumento esercitato da chi ha il potere militare, finanziario o economico.
- 2) Vuole **considerare il diritto nella sua fluenza e purezza** per evitare di trasferire caratteristiche della morale nel mondo del diritto.

—> **Kant** aveva già fornito una **distinzione tra imperativi** categorici e autonomi come propri della prescrittività morale e gli imperativi e ipotetici ed eteronomi tipici dell'esperienza giuridica.

—> Per **Kelsen** se si continuava a considerare le norme giuridiche come degli imperativi, anche se eteronomi o ipotetici, **si continuava a utilizzare nel mondo del diritto** degli elementi che non sono tipici ed esclusivi e ciò avrebbe reso **impossibile tracciare una separazione netta** tra lo studio del diritto nella sua purezza con altri contesti come la morale.

—> Kelsen quindi riteneva **l'imperativismo** un approccio teorico inappropriato.

—> L'idea **hobbesiana** in cui i **comandi** corrispondono alla manifestazione di volontà di colui che detiene il potere (sovrano assoluto) **non** è più **applicabile** alla struttura socio-politica in cui vive Kelsen: attribuire ad un soggetto specifico il potere/dovere di emanare comandi positivi e negativi, sembrava un'assurdità sia tempo di Kelsen che tutt'oggi, perché non è possibile ritenere il Parlamento un sovrano assoluto che emana prescrizioni di sua volontà.

—> La **critica di Kelsen** che porta ad abbandonare le teorie imperativistiche si basa quindi su **due elementi**:

1. La **necessità** di non contaminare la riflessione teorico giuridica, superando la convinzione che le prescrizioni giuridiche siano un particolare tipo di imperativi.
2. La **consapevolezza** che l'attività legislativa parlamentare è diversa da quella presupposta dall'imperativo, per cui le norme giuridiche si articolano in diverse gradazioni di prescrittività delle attività di produzione normativa, di cui gli imperativi

sono una parte ma non l'unica.

LO SCHEMA QUALIFICATIVO DELLA NORMA:

→ Per Kelsen la **NORMA GIURIDICA** è uno schema di qualificazione della realtà che ha una **struttura di giudizio ipotetico**, cioè assume una formazione linguistica:

“Se succede X, allora si verificherà Y”.

→ Kelsen rifiuta l'imperativismo Kantiano, ma **perserva il connotato dell'ipoteticità**.

→ Kelsen considera le **norme** come uno schema, ovvero una sorta di rete (frame) gettata su atti o fatti che accadono nel mondo, e ritiene che ciò che accade all'interno della rete ha **rilevanza giuridica** mentre tutto ciò che resta al di fuori non ha **rilevanza giuridica**.

- Esempio 1:

Sto camminando per strada e ho una cartella in spalla; per comodità la sposto dalla spalla sinistra alla spalla destra.

- Esempio 2:

Sto camminando per strada e ho una cartella in spalla; si avvicina un ladro e me la scippa dalla spalla.

→ C'è un **accadimento esteriore** che consiste nello sfilare lo zaino dalla spalla ma qual è la **differenza tra i 2?**

- Esempio 1:

Siamo noi stessi a spostare la cartella, quindi non siamo di fronte ad atti o fatti esteriori giuridicamente rilevanti.

- Esempio 2:

In questo caso veniamo scippati, quindi è un accadimento esteriore che si struttura attraverso atti o fatti che rientrano in uno schema di una norma penale che chiamiamo “scippo”, il quale è un reato.

→ Questa **norma giuridica** (in questo caso del codice penale), funge come uno schema nel quale rientrano atti o fatti rilevanti al fine di determinare le relative conseguenze.

→ Lo **schema qualificativo** degli atti o fatti che accadono nel mondo è formulato attraverso proposizioni linguistiche ipotetiche, per cui si è di fronte ad un **giudizio ipotetico**.

→ Il **GIUDIZIO IPOTETICO** è una proposizione linguistica di carattere condizionale (utilizza i connettivi logici) che instaura un collegamento tra un FATTO CONDIZIONANTE ed una CONSEQUENZA CONDIZIONATA:

- **“Se si verifica x...”**: premessa, ovvero fatto condizionante (sempre illecito).
- **“...deve seguire y”**: sanzione, ovvero conseguenza condizionata.

SCHEMA TRIPARTITO DELLA NORMA:

→ Lo schema della norma, secondo Kelsen, si caratterizza per tre elementi:

1. **ILLECITO (se x)**: premessa o condizione per l'applicazione della sanzione ovvero un fatto condizionante.
2. **SANZIONE (allora y)**: è la conseguenza condizionata.
3. **NESSO DI IMPUTAZIONE**: è il collegamento prescrittivo tra i due elementi (non imputabilità).

→ Si potrebbe **reformulare lo schema** della vera e propria norma giuridica come: *“se accade X, cioè se accade un fatto o atto qualificato come illecito, allora dovrà seguire Y, cioè dovrà seguire una funzione”.*

Differenza tra causalità e imputazione:

● CAUSALITA':

—> Criterio di collegamento di tipo descrittivo tra i fatti naturali, che permette di considerarli come catene di CAUSE/EFFETTI in quanto descrive quali effetti si producono o si produrranno in presenza di certe situazioni che li hanno causati.

—> Informa sulle conseguenze necessarie collegate a certe situazioni ed è indipendente dalla volontà umana.

—> **Esempio:** se poniamo dell'acqua in un contenitore riscaldato, raggiunti 100° l'acqua bollerà.

● IMPUTAZIONE:

—> Criterio di collegamento prescrittivo tipico del mondo giuridico (no mondo naturale), che istituisce tra i fatti e le conseguenze, una connessione che dipende da una decisione umana infatti è possibile che possa cambiare nel tempo.

—> Non è un collegamento necessario.

—> **Esempio:**

- Se tizio ruba, sarà punito con la reclusione.
- Se tizio uccide, sarà punito con la reclusione non inferiore a 21 anni.
- Se caio passa col rosso, sarà multato.

NORMA SANZIONATORIA:

TECNICA DI MOTIVAZIONE DI TIPO INDIRETTO:

—> La **NORMA GIURIDICA** è considerata da Kelsen una **tecnica di motivazione del comportamento, di tipo indiretto**.

—> Questo perché: posto che "Z" sia la condotta desiderata, il diritto mira ad ottenerla **non** attraverso la prescrizione diretta "devi fare Z", **ma** attraverso la **prescrizione espressa** nella formulazione "se fai X (X contraria alla condotta desiderata Z, è un illecito) allora Y sanzione".

—> Quindi le **norme**, non hanno un contenuto prescrittivo direttamente orientato all'individuazione della condotta virtuosa da tenere, **come** invece gli **imperativi**.

—> Al contrario, le **norme** prescrivono che SE si adotta un comportamento qualificato come illecito all'interno dello schema, a tale condotta **ALLORA** saranno imputati certe sanzioni.

—> Ottenere le **condotte virtuose** è dunque frutto di una tecnica di motivazioni in diretta del comportamento.

Esempio imperativo:

- non si deve rubare
- non si deve uccidere
- non si deve passare col rosso

Esempio norma giuridica:

- Se tizio ruba, sarà punito con la reclusione
- Se tizio uccide, sarà punito con la reclusione
- Se tizio passa col rosso, sarà punito con una multa

NORMA SANZIONATORIA/PRIMARIA:

—> Per Kelsen la **NORMA SANZIONATORIA/PRIMARIA** è la **norma giuridica per eccellenza**, anche detta norma genuina, completa dato che è vera e propria espressione del diritto.

—> Essa prevede la **messa in atto di sanzioni** al verificarsi di comportamenti illeciti,

laddove per **SANZIONE** si intende la **conseguenza condizionata** al verificarsi di certe condotte qualificate come illeciti.

—> Quindi la **norma primaria** è la qualificazione normativa riferibile a tutte e solo quelle prescrizioni che contengono la **sanzione**, e solo esse possiedono la caratteristica della **giuridicità**.

—> Le **norme primarie o sanzionatorie** si rivolgono a due tipi di destinatari:

- **DIRETTI**: *gli organi dello stato, i giudici, gli operatori del diritto incaricati dell'applicazione della sanzione, i funzionari dei tribunali*. Essi non hanno il compito di valutare le condotte degli imputati per stabilire se siano o meno virtuose, MA hanno il compito di **verificare** se queste **condotte** siano qualificate come **illeciti** in tal caso devono punirle sulla base di sanzioni previste all'interno delle norme.
- **INDIRETTI**: *tutti i consociati, ossia tutti i cittadini*. Essi attraverso le norme possono **ricavare quali siano i comportamenti virtuosi da tenere**, per non incorrere nelle sanzioni prescritte.

—> Questa **distinzione** è conseguenza del fatto che Kelsen considera le norme primarie tecniche di motivazione indiretta del comportamento, per cui **ribalta le teorie dell'imperativismo**.

—> Kelsen inoltre conferisce molta attenzione teorica al **momento sanzionatorio**, che è considerato **oggetto privilegiato** della regolazione giuridica.

—> Infatti è attraverso la disciplina delle **misure coercitive**, che il diritto diventa uno **strumento per regolare l'uso della forza** e quindi sconfiggere una delle due paure più grandi di Kelsen.

NORME PRIMARIE E SECONDARIE:

—> Kelsen è consapevole che la **produzione giuridica** non riguarda solo le **norme sanzionatorie (primarie)** cioè giudizi ipotetici che contengono imputazioni di sanzioni ad illeciti.

—> Esistono anche le **NORME SECONDARIE** cioè una serie di **regole che impongono o vietano di tenere una certa condotta**, composte anche da norme di procedura, di competenza, attributive di poteri. che **non hanno la formulazione tipica** delle norme primarie.

—> Tutte le **norme secondarie** hanno in comune la peculiarità di non contenere sanzione, infatti sono norme non sanzionatorie, quindi il **contenuto non è un atto coercitivo**.

—> Le **norme secondarie** si differenziano in almeno **due sottotipi**:

1) **DERIVATI LOGICI DI NORME PRIMARIE**

—> Sono **norme di comportamento** che prescrivono direttamente una **condotta virtuosa, contraria** a quella qualificata come illecita nello schema della norma primaria.

—> Si possono ricavare attraverso una **deduzione logica** della prescrizione di una norma primaria alle quali sono **direttamente collegate**.

Esempi:

1. **Norma primaria**: "se tizio ruba x, sarà condannato a y"; **Norma secondaria (deduzione logica)**: "non rubare".
2. **Norma primaria**: "se tizio passa con il rosso, sarà condannato alla multa"; **Norma secondaria**: "non passare col rosso" o "passa col verde".
3. **Norma primaria**: "se tizio non paga le tasse, riceva una casella esattoriale"; **Norma**

secondaria: "paga le tasse".

2) FRAMMENTI DI NORME PRIMARIE

—> Sono **frammenti collegabili** e **ricongiungibili** ad una **norma primaria** MA NON in senso gerarchico.

—> A differenza dei derivati logici, **non sono ricavabili direttamente** dalle norme primarie.

—> **Non** dispongono **sanzioni** MA sono norme poste a diversi gradi nel nostro sistema perché hanno funzioni diverse e attribuzioni diverse.

Esempi:

- le norme Costituzionali
- norme attributive di competenze o poteri
- le norme di procedura (disciplinano la produzione di altre regole) e quelle processuali (attività dei tribunali)
- le norme dei codici che disciplinano la capacità dei soggetti

—> Sono tutte **funzionali all'emanazione** della norma primaria dato che **non prescrivono sanzioni**.

CRITICHE DELLA TEORIA DI KELSEN:

—> Kelsen fa ruotare tutta l'esperienza giuridica intorno alla **teoria della norma primaria** considerata come risultato di una produzione normativa estremamente complessa, **dimenticandosi dei rapporti gerarchici** e del fatto che **esiste una pluralità di prescrizioni**.

—> Un'**unica norma primaria** potrebbe essere:

- il risultato di una complessità di formulazioni avvenute con diversi atti normativi che è difficile riscontrare nella pratica.
- il risultato di stratificazioni avvenute in tempi lontani rispetto alla quale sono intervenuti anche cambiamenti politico-istituzionali realizzati in epoche diverse e da più soggetti.

—> La rilevanza delle **norme complete**, o genuine, porta Kelsen ad immaginare un sistema giuridico che, di fatto, sarebbe composto solo da **tante norme primarie quante sono le sanzioni previste**, offrendo una **rappresentazione distorta** del mondo del diritto.

—> Per Kelsen quindi è **espressione della vera giuridicità SOLO** quella parte del **codice penale** che prescrive misure coercitive contro la libertà oppure quella parte del **codice civile** che stabiliscono misure coercitive nei confronti di denaro o beni mobili e immobile del cittadino.

—> L'**aggettivo primario** valuta le norme primarie più importanti, in quanto contengono la **sanzione** mentre la norma secondaria è giuridica ma non così importante come la norma primaria.

IL CONCETTO DI ILLECITO O ATTO ANTIGIURIDICO:

—> Kelsen definisce inizialmente l'**ILLECITO** come il **fatto condizionante**, cioè ogni atto o fatto, che è **prescritto** all'interno di una norma primaria come premessa o condizione per l'applicazione della **sanzione**.

Esempi:

- "se caio corrompe un pubblico ufficiale sarà condannato alla pena detentiva non inferiore ad anni 3": l'**atto illecito** è la corruzione.
- "se tizio non paga le multa allora sarà condannato ad una sanzione perché gli viene effettuato un fermo amministrativo sull'auto": il **fatto illecito** è non aver pagato le

multe.

- "se tizio ruba sarà condannato ad una pena detentiva non inferiore a mesi 6": **l'atto o il fatto qualificato** come illecito è l'aver rubato.

→ La **teoria dell'illecito** riguarda:

- **IL SUPERAMENTO DELLA CONCEZIONE GIUSNATURALISTICA O TEORIA TRADIZIONALE**

→ La **concezione dell'illecito** si divide in due tipologie:

- 1) **CONCEZIONE EXTRA-SISTEMATICA (giusnaturalistica):**

→ È la concezione della dottrina tradizionale giurisprudenziale che considera l'ILLECITO un **comportamento negativo** (*mala in sé*) che la norma ha il compito di **sanzionare**.

→ Per i giusnaturalisti il **diritto** ha il compito di cogliere su un piano metafisico di realtà, attraverso i potenti canali razionali dell'intuizione e della deduzione, l'insieme dei **comportamenti sbagliati** che sono considerati moralmente biasimevoli e che ogni buon **legislatore** ha il compito di riconoscere e trasformare in norme per essere introdotte dell'ordinamento giuridico come **illeciti da sanzionare**.

→ L'approccio giusnaturalistico continua a **mischiare** il piano della morale con il piano del diritto e per capire cos'è il diritto guarda **fuori dalle regole giuridiche**.

→ Per Kelsen è inaccettabile questa concezione in quanto:

- vuole la **purezza del diritto** senza contaminazioni che provengono dall'ambito della morale.
- considera l'**esperienza giuridica immanente** e non trascendente.

- 2) **CONCEZIONE INTRA-SISTEMATICA (giuspositivistica):**

→ È la concezione di Kelsen che considera l'ILLECITO **ogni comportamento** che per **volontà** del legislatore umano, si qualifica come premessa o condizione per l'**applicazione la sanzione**: è una scelta immanente perché è una decisione di *uomini per altri uomini*.

→ È la **norma giuridica** stessa che determina l'illiceità di un comportamento, prevedendolo come condizione a cui è imputata come conseguenza una **sanzione**.

- **IL SUPERAMENTO DELLA CONCEZIONE COMUNE DI ILLECITO:**

→ Solitamente si considera ILLECITO un **atto o fatto** con il quale si sta **violando una norma**, dando luogo ad una conseguenza spiacevole che corrisponde alla sanzione.

→ Per Kelsen, invece, si commette un illecito quando si tiene una **condotta**, prescritta all'interno di una norma primaria, che è qualificata come **premessa o condizione** per l'applicazione della sanzione.

CRITICHE ALLA CONCEZIONE KELSENIANA DELL'ILLECITO:

→ Kelsen vuole individuare una **nozione di illecito** valida in **ogni ambito del diritto**, ossia una nozione che possa essere spendibile nel diritto civile, penale e amministrativo.

→ Per questo Kelsen fornisce **3 ridefinizioni di illecito**:

- 1) **DEFINIZIONE INIZIALE:**

L'illecito è ogni atto o fatto considerato come condizione o premessa per l'applicazione di una sanzione, all'interno di un schema della norma primaria.

→ MA molti **GIURISTI PENALI** considerano troppo generica la nozione di illecito di Kelsen.

→ I penalisti avevano notato che nelle norme del codice penale spesso vi erano **più condizioni per l'applicazione della sanzione**, per cui la **definizione di Kelsen non** consentiva di distinguere in maniera logica e intuitiva quali di queste condizioni dovevano essere considerate o meno come premessa della sanzione.

—> Utilizzando la definizione di “illecito” di Kelsen si arrivava a **risultati illogici o controintuitivi** perché per alcune particolari norme del diritto penale non poteva essere utilizzata, in quanto **troppo generica**.

ESEMPIO:

ART.314 CODICE PENALE - PECULATO

“Il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o, comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi”.

—> Questa norma, secondo Kelsen, è una **norma primaria** in quanto dispone l’applicazione della sanzione.

—> In questo caso **illecito** corrisponde all’appropriazione del denaro o di altra cosa altrui (condizione necessaria ma non sufficiente) MA **non è l’unica condizione**, in quanto deve essere effettuato da un pubblico ufficiale, per cui si tratta infatti di reato a contenuto specifico previsto solo per una particolare posizione.

—> Ci sono quindi **due condizioni, due premesse** per dare attuazione alla sanzione.

—> La **parte illogica e controintuitiva** è considerare che per l’applicazione della sanzione si sia un pubblico ufficiale, in quanto non è illecito.

2) SECONDA RIDEFINIZIONE:

*L’**illecito** è quel comportamento, considerato come la condizione per l’imputazione di una sanzione, tenuto dallo stesso individuo che ha commesso l’atto o fatto.*

—> In questo caso (in riferimento all’articolo 314 del codice penale), si **risolvono le critiche** mosse dai giuristi penali perché il **pubblico ufficiale** non diventa più condizione controintuitiva o illogica ma è una specificazione personale della condizione di chi si appropria del denaro o di altre cose mobili altrui.

—> MA vengono avanzate delle **critiche** da parte degli **STUDIOSI DEL DIRITTO CIVILE**, in quanto se si utilizzasse la ridefinizione di illecito di Kelsen, **non** si potrebbe più considerare appropriata la parte del codice civile che si compone di norme di responsabilità extracontrattuale, che imputano delle **conseguenze** di natura **sanzionatoria** ad un soggetto diverso da colui che ha compiuto l’atto o il fatto qualificato come illecito.

ESEMPIO:

ART. 2043 E SEGUENTI DEL CODICE CIVILE

—> Se pensiamo alla **responsabilità risarcitoria dei genitori** per il fatto illecito compiuto dei figli minori, o **dell’imprenditore** rispetto alle condotte illecite dei suoi collaboratori, **non** risulta applicabile la seconda ridefinizione proposta da Kelsen.

3) TERZA RIDEFINIZIONE:

*L’**illecito** è il comportamento, considerato come condizione per l’imputazione della sanzione, tenuto da colui al quale la sanzione si applica oppure tenuto dai suoi “congiunti”.*

—> Ma questa **ridefinizione** **non** era soddisfacente, perché invece di offrire una ridefinizione **mirata, precisa e circoscritta** come desideravano i giuristi civilisti, egli aveva **allargato** di nuovo le **premesse e condizioni** per l’applicazione della sanzione e **non si è precisato** il concetto di illecito.

—> Inoltre il termine **congiunto** è un termine, di estrema vaghezza semantica, con cui si indica *colui che è in relazione con altri soggetti sulla base di una o più norme giuridica*.

—> Kelsen, per esempio, considerava **congiunti** il principe e i suoi sudditi o i soci di una

società.. MA all'interno del linguaggio giuridico italiano si fa riferimento in primis a tutti quei **legami di affinità o parentela** e non ai soci di una società o il rapporto tra il PDR con il popolo.

→ L'**art 307 del cp** dà una definizione di specifica del termine "congiunti": "si ritengono prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile dello stesso sesso, i collaterali (fratelli e sorelle), gli affini nello stesso grado (solo se si hanno figli), gli zii e i nipoti".

→ La **Corte di Cassazione** nel 2014 aveva dato un'interpretazione diversa di questa norma, considerando congiunti anche i fidanzati e le fidanzate, quindi ogni soggetto che avesse un saldo e duraturo legame affettivo a prescindere dall'esistenza di rapporti di parentela, coniugio o affinità ritenuti giuridicamente rilevanti.

→ Solo **due anni** dopo la Cassazione aveva stabilito che anche i conviventi, senza la formalizzazione di un legame, fossero da ritenersi prossimi congiunti.

→ Da **marzo 2020** il termine congiunti fu oggetto di dibattiti giuridici, la questione si è posta in relazione alla possibilità, dopo il lockdown, di poter far visita solo ai propri congiunti da cui erano stati esclusi amici e conoscenti perché considerati **non congiunti**.

→ Nel maggio 2020 è stata fornita un'**interpretazione autentica** dallo stesso legislatore in cui si precisò che il termine "congiunti" si può ricavare dalle norme sulla parentela e affinità e dalla giurisprudenza.

→ Per cui il **DPCM emanato**, con il termine "congiunti" fa riferimento ai coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo, i parenti fino al 6 grado (es. figli dei cugini tra loro) e gli affini fino al 4 grado (es. cugini del coniuge).

→ Il **significato** attribuito al termine "**congiunti**", nell'ordinamento italiano, ha un significato lontano da quello proposto da Kelsen e dal sentire comune.

→ **In conclusione** possiamo dire che Kelsen **non è riuscito ad individuare un'unica nozione che possa essere utilizzata in ogni contesto del diritto**.

→ Kelsen considera illecito la condotta che è premessa o condizione per l'applicazione della sanzione all'interno della norma primaria MA non ha mai riconosciuto un'autonoma rilevanza alla norma che contiene il precetto, ovvero le norme secondarie.

LA TEORIA DELLA NORMA DI HART:

CRITICA DI HART A KELSEN:

→ Per Kelsen le **norme primarie** hanno due destinatari: i destinatari diretti e i destinatari indiretti.

→ Hart sostiene che la **proposta giuridica di Kelsen** è davvero troppo articolata e complessa, in quanto sostenere che le **regole del diritto** abbiano come destinatari diretti prevalentemente i giudici sarebbe come dire che le regole del gioco del calcio sono pensate solo per gli arbitri, ma **il diritto è per tutti i cittadini**.

→ Hart accusa Kelsen di **RIDUZIONISMO** perché **ha ridotto l'esperienza giuridica**, ric conducendo la variegata gamma di norme "secondarie", direttamente o indirettamente, sempre all'unico modello della "norma primaria".

→ Questo era **funzionale** per Kelsen **per mantenere fermo** il modello prevalente della norma primaria MA ha **deformato l'esperienza giuridica e quindi il diritto**.

ORIENTAMENTO ANTIRIDUZIONISTICO:

→ Nella teoria della norma di Kelsen si individua per la prima volta il **concetto di**

istituzionalizzazione della sanzione, con cui si fa riferimento all'insieme di regole che stabiliscono **chi** è autorizzato a emanare una norma che contiene un illecito a cui è imputata una sanzione, **quando**, **come** e **in che misura** vi si può fare ricorso.

—> L'istituzionalizzazione è l'**elemento centrale dell'esperienza giuridica** ed è altresì l'**elemento che caratterizza** il passaggio dalla società pre-giuridica alla società giuridicamente configurata.

—> Hart riconosce pienamente alla teoria di Kelsen che la **sanzione** è l'**elemento centrale della giuridicità con cui si disciplina l'uso della forza**, in quanto:

- risponde alla preoccupazione di Kelsen di evitare gli arbitri
- da conto al pieno passaggio dalla società pre giuridica a una società giuridicamente configurata.

—> **Hart** ha un approccio al diritto **ANTIRIDUZIONISTA**, in quanto dopo aver compreso la rilevanza della teoria di Kelsen è andato oltre e **ha capito che**:

- quando si parla di **norme** ci si riferisce a prescrizioni linguistiche che hanno intensità diverse e che si presentano in formulazioni diverse, per cui classificabili in diversi modi: **si supera la concezione che le norme debbano stare tutte dentro un unico modello**.
- la **giuridicità** non si può ritrovare dentro una singola norma ma si è in presenza di diritto quando si individuano certi caratteri tipici di certe prescrizioni: non è il carattere differenziale di una certa norma a denotare che siamo in presenza di diritto ma è l'**insieme di regole in cui si trovano tante differenti norme a presentare dei caratteri particolari e ad indicare che si è in presenza di diritto**.

LE NORME GIURIDICHE SECONDO HART:

—> **Hart** propone una **ridefinizione di norma primaria e secondaria** mantenendo la terminologia kelseniana ma **cambiando** completamente i **contenuti**:

- **NORME PRIMARIE**: sono tutte quelle regole che hanno come destinatari diretti tutti gli individui e che prescrivono di realizzare certi atti, per cui corrispondono alle **norme di comportamento** (*non uccidere, non rubare, paga le tasse..*). Assomigliano ai derivati logici di Kelsen e attribuiscono degli obblighi.
- **NORME SECONDARIE**: sono tutte quelle regole che non disciplinano direttamente il comportamento degli individui, ma riguardano l'accertamento, la produzione e l'applicazione di altre norme e conferiscono dei poteri.. Si distinguono in **3 sottotipi specifici**:
 - 1) **norme di riconoscimento**: stabiliscono se una norma primaria appartenga o meno al sistema giuridico, risolvendo il problema dell'incertezza del diritto.
 - 2) **norme di mutamento**: consentono di produrre nuovo diritto, immettendo nuovi contenuti, o di abrogarne altri all'interno dell'ordinamento, risolvendo il problema della staticità dell'ordinamento.
 - 3) **norme di giudizio**: sono rivolte a coloro che lavorano per l'applicazione delle sanzioni per far funzionare la macchina giuridica e rendere efficace il sistema. Sono le norme che contengono l'uso della forza, quindi quelle che Kelsen considerava le *norme primarie sanzionatorie*.

—> L'individuazione dei due differenti tipi di norme permette di fare una distinzione tra **differenti SISTEMI** (insiemi di regole):

1. SISTEMI SEMPLICI:

—> Contengono **SOLO norme primarie** che stabiliscono obblighi, precetti, regole di condotta. —> Sono caratterizzati da alcuni **problemi**:

- **inefficacia:** non vi sono organi che applichino o facciano rispettare le regole.
- **staticità:** non vi sono organi che possano modificare regole preesistenti o che possano introdurre nuove norme.
- **incertezza:** mancano dei criteri espressi, chiari e condivisi per stabilire appartenenza di una certa regola al sistema.

2. SISTEMI SVILUPPATI O COMPLESSI:

—> Contengono **SIA norme primarie SIA norme secondarie** che conferiscono poteri.

—> Le **norme secondarie**, sono il frutto del processo di istituzionalizzazione delle sanzioni dell'articolazione delle strutture socio-politiche, **risolvono i problemi** tipici delle società con sistemi di regole semplici.

SOMIGLIANZE HART e KELSEN:

Nella proposta di Hart:

- le **norme primarie assomigliano molto alle norme secondarie di Kelsen**, quando prescrivono condotte e sono precetti rivolti direttamente ai consociati.
- le **norme primarie di Kelsen assomigliano molto alle regole di giudizio individuate da Hart**, poiché sono indirizzate prevalentemente agli operatori del diritto e ai funzionari dei tribunali, ai giudici.

DIFFERENZA NORME PRIMARIE E SECONDARIE DI HART:

—> Hart **differenzia** le norme primarie rispetto alle norme secondarie sulla base di **3 criteri**:

1) DIVERSA FUNZIONE SOCIALE;

- le **norme primarie** impongono ai consociati di compiere certi comportamenti, per cui pongono forti limiti ai “desideri” dei soggetti.
- le **norme secondarie** hanno la funzione indiretta di consentire un'efficace applicazione delle norme primarie.

2) DIVERSO CONTENUTO

- le **norme primarie** regolano la condotta che si deve tenere o non tenere.
- le **norme secondarie** disciplinano le norme primarie (*metanorme*).

- 3) **DISTINZIONE a volte CRONOLOGICA:** in un tempo zero sono state introdotte le **norme primarie** e in un tempo uno le **norme secondarie**; questa distinzione offre una rappresentazione dell'evoluzione delle società molto distorta e banalizzata perché laddove ci sono solo norme primarie c'è un sistema semplice, mentre per arrivare ad un sistema complesso le norme secondarie devono affiancare le norme primarie. **DISTINZIONE a volte ASSIOLOGICA:** le norme più importanti sono quelle **primarie** e le norme funzionali, in quanto *metanorme*, sono le **secondarie**; questa distinzione fa un'affermazione fortemente criticabile, perché per affermare che una o più norme primarie sono norme giuridiche si ha bisogno di almeno di una norma secondaria di riconoscimento, per questo non si può affermare che le norme secondarie sono meno importanti di quelle primarie.

DALLA NORMA ALL'ORDINAMENTO:

—> Hart ritiene le **norme giuridiche** delle prescrizioni con contenuto prescrittivo espresse in **diverse forme linguistiche**, classificabili in base:

- al **grado di forza obbligatoria** o intensità prescrittiva.
- al **carattere** individuale o generale del contenuto e del destinatario.
- alla **struttura** logico/funzionale: norme di comportamento (comandi, divieti, permessi); norme di competenza o attributive di potere; norme costitutive; principi

generali.

—> Ciò che caratterizza la **giuridicità** non è la presenza di connotati intrinseci o di certe caratteristiche proprie di una singola norma MA è il fatto che la regola presa in esame è riconducibile ad un certo insieme, ossia insiemi rilevanti di regole **poste da coloro che sono competenti rispettando certe procedure**.

CAPITOLO 7:

LA TEORIA DELL'ORDINAMENTO DI KELSEN:

L'ORDINAMENTO GIURIDICO:

—> Attraverso lo **studio critico** del pensiero di Kelsen e delle teorie critiche post kelseniane, per parlare di **diritto** non si deve più vedere se vi è un elemento che in sé è considerato diritto ma bisogna comprendere, analizzare e studiare la pluralità del diritto secondo le sue fonti, vale a dire spostare l'attenzione dalla teoria della norma alla **teoria dell'ordinamento**, sempre restando in ambito giuspositivista moderno.

—> La **giuridicità** è un carattere di ordinamenti normativi, più che di certe norme.

—> L'**ORDINAMENTO GIURIDICO**, in una prima ampia e generale definizione, è un insieme di norme che alla configurazione di un **sistema** devono necessariamente concorrere **almeno due norme**, altrimenti non si potrebbe parlare di sistema se ve ne fosse una sola.

—> Si ha un ordinamento giuridico quando vi è una **pluralità di norme**, ossia un insieme di regole che non sono poste in maniera casuale MA sono poste secondo **criteri prestabiliti**, **precisi** e secondo un certo ordine.

ORDINAMENTI NORMATIVI:

—> Kelsen definisce l'**ORDINAMENTO NORMATIVO** una pluralità di regole strutturate **secondo** certi **criteri** che ha **certe caratteristiche**.

—> L'ordinamento normativo è **diverso** dal concetto di **sistema giuridico**.

- **Un sistema giuridico è sempre un sistema normativo** perché è caratterizzato da una **pluralità di regole** del **diritto** che vengono poste secondo criteri, regole gerarchiche e in modo ordinato.
- **I sistemi normativi non sono sempre sistemi giuridici** perché **esistono** i **sistemi** della morale, delle regole deontologiche o di regole sociali che regolano la condotta dei consociati con altre regole prescrittive.

—> È da questa chiarezza concettuale che Kelsen pone le basi per tracciare una **linea netta di distinzione tra diritto e morale**, individuando e specificando le caratteristiche proprie del contesto della prescrittività giuridica **distinte** da quelle della prescrittività morale.

—> All'interno dell'**ordinamento normativo** possiamo allocare due tipi peculiari di ordinamento: l'ordinamento normativo del diritto e l'ordinamento normativo delle morali.

NORMA FONDAMENTALE O GRUNDNORM:

—> Kelsen afferma che sia l'ordinamento normativo del diritto sia l'ordinamento normativo delle morali sono caratterizzati da una **pluralità di regole**, strutturati secondo certi criteri e posti secondo certi ordini, perché entrambi si fondano sul PRINCIPIO DELLA NORMA FONDAMENTALE O GRUNDNORM.

—> Esso è un principio su cui si fonda ogni sistema normativo, che costituisce l'**unità di una pluralità di norme** da cui dipende la **validità** delle norme stesse nei rispettivi ordinamenti, quindi conferisce conoscibilità alle norme del sistema.

Come qualifica Kelsen gli **ordinamenti normativi** in base al rapporto tra norma fondamentale e norme del sistema?

1) ORDINAMENTO NORMATIVO DELLE MORALI:

Il quale è:

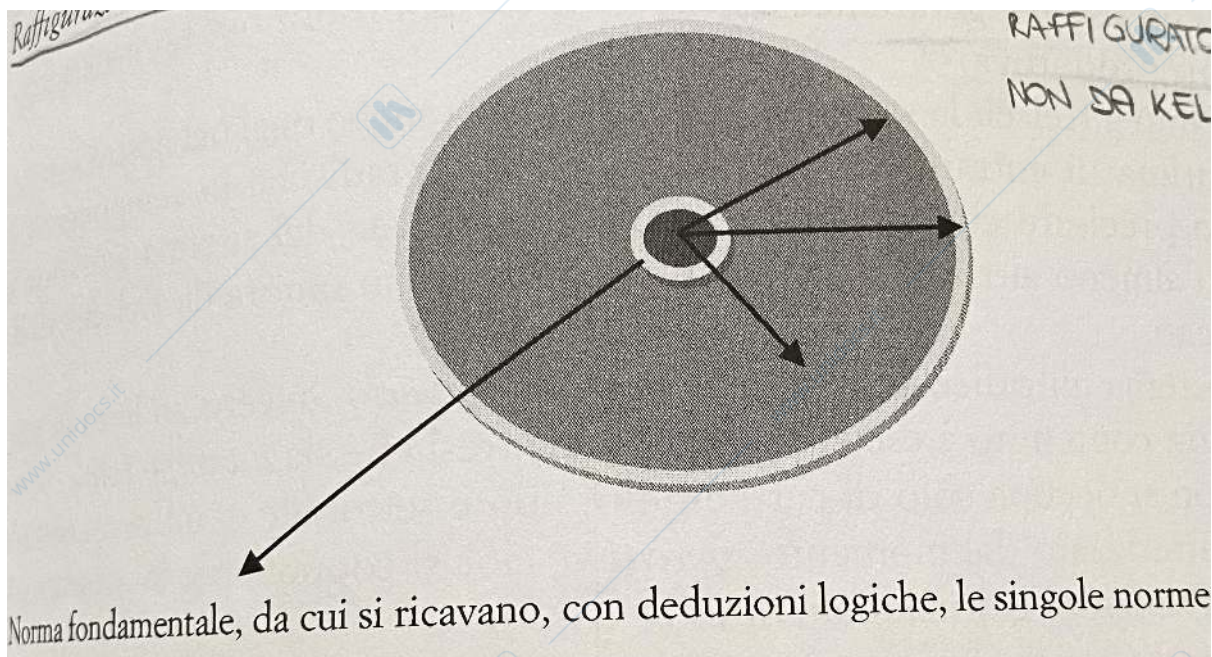
- **STATICO:** in quanto è **chiuso all'acquisizione di nuovi contenuti**, per cui se si vuole introdurre nuovi contenuti bisogna modificare la norma fondamentale e i contenuti difforni rispetto a quelli deducibili dalla grundnorm non sono ammissibili.
- **MATERIALE:** in quanto le **norme poste sono valide solo sulla base dei loro contenuti (valori o disvalori)**, perché il contenuto è ricavabile, attraverso procedimenti logico deduttivi, direttamente dalla norma fondamentale stessa.

Esempi:

- "la vita è sacra sempre e comunque" (**norma morale fondamentale**). Con un'operazione logico deduttiva possiamo ricavare: "non uccidere, non ferire gli altri." (**altre norme**).
- "tu devi amare il tuo prossimo" (**norma morale fondamentale**) "non offendere gli altri, assistili nel bisogno.." (**norme che si possono ricondurre alla fondamentale**).

—> **Graficamente**, l'ordinamento normativo della morale può essere rappresentato attraverso una **sfera** al cui **centro** si colloca la Grundnorm dalla quale si derivano, attraverso **operazioni logico deduttive**, ogni singola norma del sistema chiuso.

Rappresentato DALLA PROF, non da Kelsen.

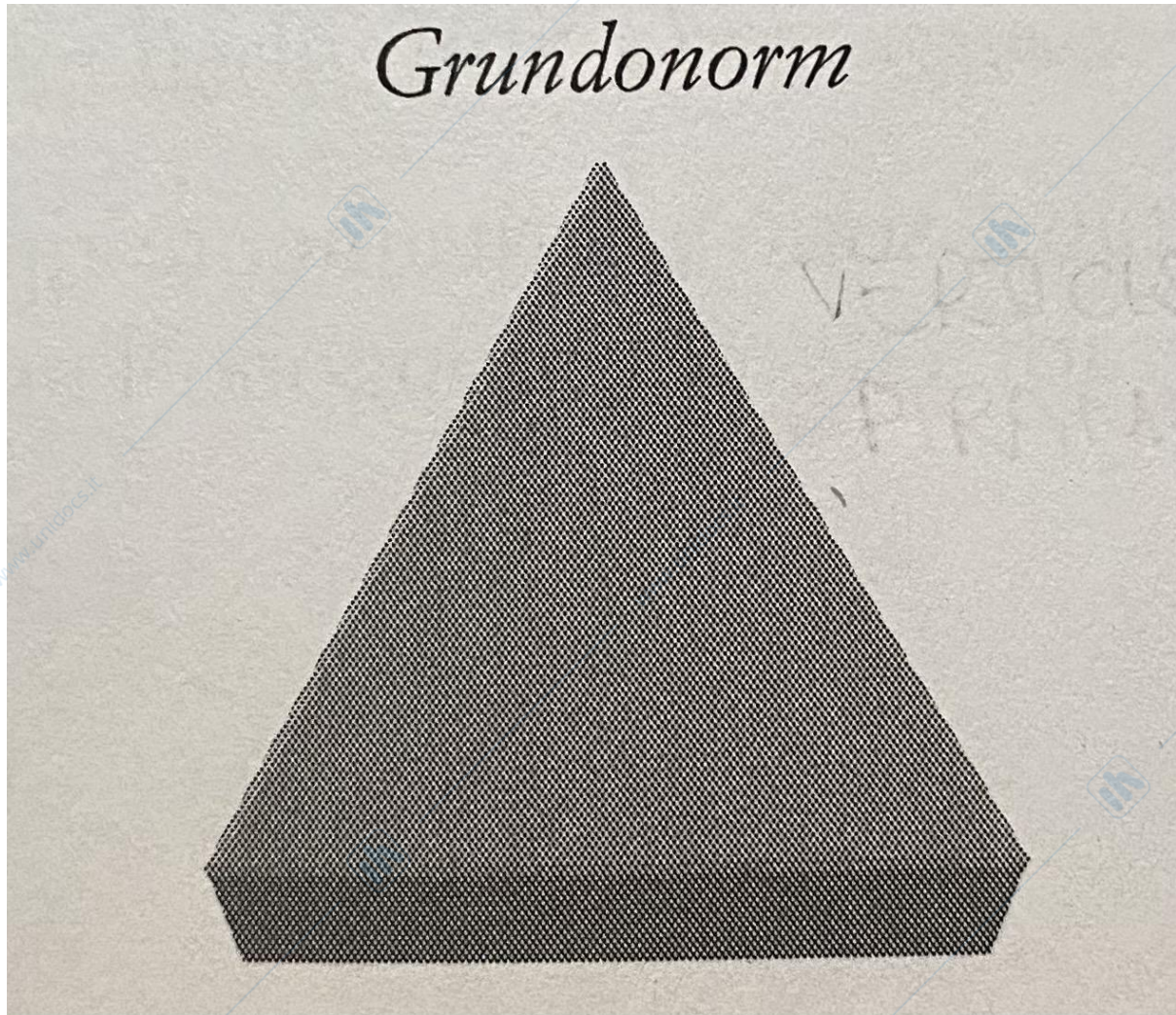


2) ORDINAMENTO NORMATIVO DEL DIRITTO:

Il quale è:

- **DINAMICO:** in quanto è **aperto all'acquisizione di nuovi contenuti**, perché il diritto disciplina ogni ambito dell'esperienza umana.
- **FORMALE O PROCEDURALE:** in quanto una norma giuridica è **valida solo se posta da un organo competente** nel rispetto di predeterminate procedure.

—> Kelsen rappresenta **graficamente** l'ordinamento normativo del diritto e immagina una raffigurazione di tipo **verticistico piramidale** al cui **vertice**, *fuori* dal sistema, si colloca la norma fondamentale.



STUFENBAU:

—> Kelsen ritiene che l'ordinamento giuridico ha una **costruzione a gradi** chiamata **STUFENBAU**, che si compone di **diversi livelli o gradi** che procedono dall'alto (*dalla grundnorm*) verso il basso, danno vita a un **sistema gerarchico** (norme superiori prevalgono rispetto alle norme sottostanti) e **interconnesso** di produzione normativa.

—> Kelsen ha teorizzato un struttura dell'ordinamento giuridico che caratterizza anche l'**attuale ordinamento giuridico**, che però presenta ulteriori caratteristiche:

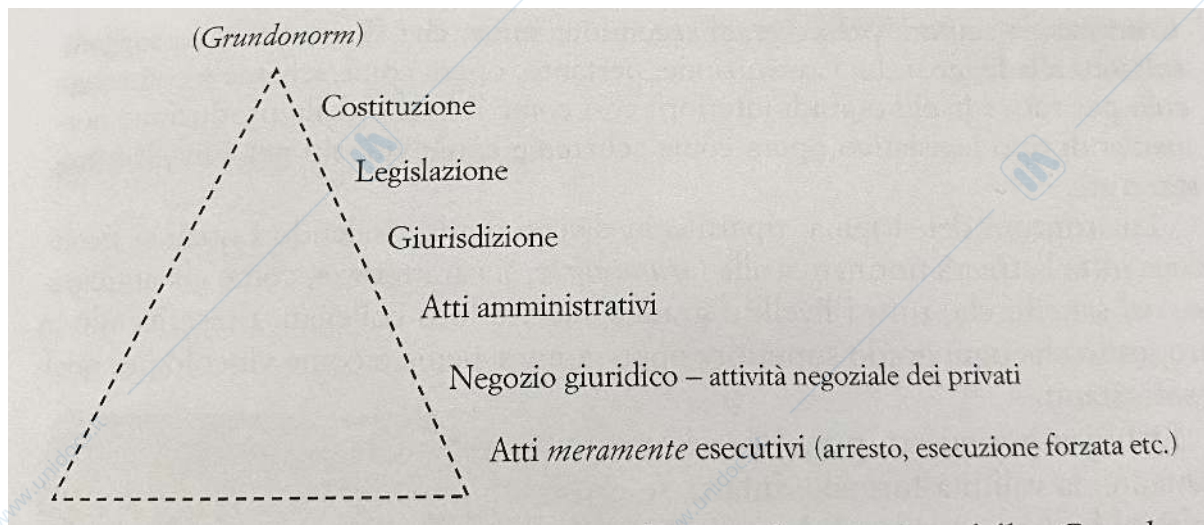
- **a contenuto aperto**: nessuna norma è esclusa per cui è oggetto di diritto qualsiasi contenuto.
- **a campo totale**: il diritto non è settoriale ma potenzialmente può riguardare ogni ambito della vita umana.

—> Queste caratteristiche rappresentano l'altra faccia della **dinamicità** perché nuove regole possono sostituire le precedenti portando innovazioni in una certa materia, senza escludere nessun ambito o settore in cui il diritto è chiamato ad intervenire.

- **coercitività**: all'interno del sistema troviamo delle sanzioni istituzionalizzate.

—> La **coercitività** è un elemento che connota il sistema in cui esistono regole che disciplinano chi è competente a applicare la sanzione, come deve essere applicata, quando, per quanto tempo e sulla base di quali ragioni.

LIVELLI O GRADI DELLO STUFENBAU:



- **Normazione costituzionale:** si compone delle norme della costituzione di tutte le altre norme ad essa equiparate.
- **Legislazione:** l'attività legislativa che compete al parlamento e l'attività legislativa demandata all'esecutivo.
- **Giurisdizione:** l'attività dei tribunali che emanano provvedimenti che hanno valore normativo vale a dire che prescrivono certe parti o a destinatari individuati certe condotte o ne vietano altre.
- **Atti amministrativi:** devono essere emanati in conformità alle norme costituzionali, alle norme generali e astratte e secondo le prescrizioni del livello della giurisdizione.
- **Attività negoziale dei privati:** attraverso la stipulazione dei contratti, accordi, o negozi giuridici, produce norme vincolanti per le parti del negozio giuridico considerato.
- **Atti meramente esecutivi:** come l'arresto, l'esecuzione forzata sui beni o il sequestro.

LA CONCATENAZIONE PRODUTTIVA:

—> E' un'espressione che permette di spiegare **due elementi dell'ordinamento giuridico:**

1. PROFILO DI INTERCONNESSIONE GERARCHICA TRA I GRADI SUPERIORI E INFERIORI E VICEVERSA:

—> Kelsen spiega che ogni livello o grado è **collegato con quello direttamente superiore e con quello direttamente inferiore**, nel senso che ogni grado di livello superiore opera **come schema e come vincolo** per i livelli gradi inferiori.

—> Kelsen riteneva rilevante inizialmente, il **vincolo formale** vale a dire che la validità delle norme dipende dal rispetto delle procedure previste gradi superiori.

—> Nel sistema attuale, invece, dobbiamo rilevare che livello gradi superiore sono vincolanti per quelli a loro inferiori, anche rispetto al contenuto **vincolo materiale**, vale a dire che la vincolatività opera non solo rispetto alla modalità con cui vengono prodotte le norme, ma anche in relazione ai contenuti delle norme stesse.

2. PROFILO CHE EVIDENZIA CHE OGNI LIVELLO DI CONCATENAZIONE HA UNA DUPLICE FUNZIONE (PRODUZIONE E APPLICAZIONE DI DIRITTO):

—> Ogni **livello intermedio**, ad eccezione della **Grundnorm** (*solo produzione*) e degli **atti meramente esecutivi** (*solo applicazione*), è momento sia di produzione che di applicazione del diritto.

- **Costituzione:**
 - **Produzione** perché prescrive i principi fondanti e i valori propri del sistema, oltre a prescrivere i poteri, doveri, limiti degli organi costituzionali.
 - **Applicazione** perché è la positivizzazione delle regole, dei principi e dei valori sottintesi alla norma fondamentale.
- **Legislazione:**
 - **Produzione** perché è considerato il livello di produzione del diritto per eccellenza, in quanto è il Parlamento che emana le norme generali e astratte.
 - **Applicazione** perché essa applica il diritto in quanto deve tradurre in legge i principi e le norme costituzionali che devono essere conformi alla costituzione.
- **Giurisdizione:**
 - **Produzione** perché attraverso le sentenze emanano norme particolari e concrete che si riferiscono alle parti oggetto della causa, che nei sistemi di civil law sono vincolanti per parti interessate.
 - **Applicazione** perché ha il compito di applicare le norme della Costituzione o della legge.
- **Atti amministrativi:**
 - **Produzione** perché conferiscono poteri, accolgono istanze dei soggetti richiedenti, diventando la fonte normativa di particolari settori o contesti.
 - **Applicazione** perché dispongono qualcosa in conformità alle norme sovraordinate.
- **Attività negoziale dei privati:**
 - **Produzione** perché (per Kelsen è la modalità diretta con cui i privati concorrono alla produzione normativa) consentono ai privati di stabilire regole, stipulare contratti e stringere accordi entro gli schemi prescrittivi di differenti negozi giuridici.
 - **Applicazione:** sono valide solo se rispettano l'insieme delle norme sovraordinate, soprattutto quelle costituzionali e legislative.

APPROFONDIMENTO DELLA GRUNDNORM:

—> La NORMA FONDAMENTALE, per Kelsen, è un **elemento unificatore a cui ricondurre la validità di tutte le norme**, sia per il sistema delle morali che per quello giuridico.

FUNZIONI DELLA GRUNDNORM

- *unità*
- *validità*
- *conoscenza*

—> La Grundnorm è il principio:

- sul quale si fonda l'**UNITÀ** di una pluralità di norme, che permette di considerare il diritto come ad un tutto unitario.
- dal quale si può affermare che le norme all'interno del sistema sono **VALIDE**, cioè appartengono ad un determinato sistema normativo.
- dal quale si possono **CONOSCERE** le varie norme poste all'interno di un sistema nel suo intero.

LA GRUNDNORM È UNA NORMA DI DIRITTO POSITIVO?

—> Kelsen considera la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico un **FONDAMENTO**

IPOTETICO, per cui la Grundnorm non è una norma positiva perché **non è posta ma presupposta** perché non è emanata da alcuna autorità.

—> La **norma fondamentale** non è una norma di diritto positivo, perché secondo Kelsen non è stata emanata da alcuno organo ma è una sorta di **escamotage teorico** per poter conoscere, studiare e comprendere la struttura stessa dell'**ordinamento**.

—> Kelsen colloca la Grundnorm al **punto più alto del sistema**, in quanto la considera il **primo e il più importante elemento giuridico** del sistema dinamico formale al quale tutte le altre norme devono riferirsi, per essere valide e per strutturare secondo determinati criteri la produzione normativa.

—> Kelsen introduce il concetto di norma fondamentale per **prendere le distanze** dalla concezione che considera il **diritto come mera espressione del potere**.

—> La preoccupazione di Kelsen era quello di **limitare l'uso della forza**, ossia avere regole di diritto che disciplinassero l'uso del potere.

—> L'idea di Kelsen è quella di **chiudere il sistema giuridico con un elemento teorico di rilevanza giuridica, la norma fondamentale**, con cui rifiutare l'idea che alla base del sistema ci sia la legge del più forte (oggi questa idea si potrebbe estendere anche al potere di fatto).

—> Nella teoria di Kelsen della Grundnorm si trovano gli **elementi dell'antica dicotomia platonica** che contrappone:

- il **“governo degli uomini”**: il diritto è strumento di chi riesce a prendere il sopravvento sugli altri senza limiti, senza vincoli e senza responsabilità, in cui prevale il principio *“rex facit legem”* cioè chi detiene il potere di fatto pone le proprie condizioni per la produzione giuridica.
- il **“governo delle leggi”**: il diritto pone limiti e freni ai poteri ai poteri di fatto, quindi serve per raggiungere obiettivi o principi condivisi e non di parte e ciò si esprime con il principio *“lex facit regem”*, su cui Kelsen si basa.

INDIVIDUAZIONE E CONTENUTO DELLA NORMA FONDAMENTALE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO:

—> Il **SIGNIFICATO DELLA NORMA FONDAMENTALE** si esplicita nel caso in cui **un ordinamento giuridico**, non viene mutato per via legale ma, viene sostituito con un nuovo ordinamento per mezzo di una rivoluzione.

—> La norma fondamentale ha origine in momenti storici travagliati caratterizzati da una forte instabilità politica, per esempio quando c'è una rivoluzione, una guerra, un colpo di stato, delle insurrezioni armate, cioè ogni volta che c'è il **tentativo di smantellare l'ordinamento giuridico precedente istituendo un altro**.

—> Se cessa l'ordinamento antico e **comincia ad avere efficacia il nuovo, si avrà un CAMBIO DELLA NORMA FONDAMENTALE**.

—> La **situazione italiana** nella Seconda Guerra Mondiale, a partire dal 1943 fu caratterizzata dal periodo della resistenza in cui erano presenti **rivolte e insurrezioni armate**.

—> Con la sconfitta del fascismo si è dato vita ad un periodo storico di enormi cambiamenti istituzionali che portarono all'emanazione della nostra **Costituzione** nel **1948**.

—> Le **radici della nostra Grundnorm** risiedono in quel periodo travagliato in cui si voleva rovesciare il sistema politico e giuridico in vigore che ha portato, con il successo referendario e con la promulgazione della Costituzione, all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico.

—> Altro esempio sono le "**primavere arabe**" del 2011-2013 che hanno interessato gli stati nordafricani e mediorientali, in cui erano presenti **scontri tra poteri di fatto** ma solo in Tunisia è stata riconosciuta e adottata una nuova Costituzione, in Siria o in Libia la situazione è ancora fortemente instabile e problematica e **non** si è verificato nessun **cambiamento della norma fondamentale**.

—> Kelsen sostiene che una Grundnorm è **valida** solo se ha **successo**, per cui deve essere **considerata vincolante dai consociati** che devono durevolmente **obbedire al nuovo sistema** che si è prodotto.

—> Solo se ciò avviene si ha un **cambio della norma fondamentale** altrimenti non si avrà nessun nuovo ordinamento e resterà in vigore quello precedente.

ASPETTI CRITICI VALIDITÀ ED EFFICACIA DELLA GRUNDNORM:

—> La **teoria della norma fondamentale** è utile per capire molte dinamiche a livello globale ancora oggi MA tuttavia vi sono **problemi teorici**.

—> Kelsen sostiene che la **Grundnorm**:

- ✓ sia un **espediente teorico e una norma giuridica**, anche se presupposta, necessaria per fondare ogni sistema di diritto.
- ✓ ha **origine** da una **rivoluzione**.
- ✓ può **cambiare** solo se si attua un rovesciamento del sistema giuridico precedente, in cui l'**effettivo comportamento dei consociati si adegua al nuovo sistema che viene introdotto**.

—> A questo punto bisogna porsi **DUE DOMANDE**:

1. NATURA DELLA NORMA FONDAMENTALE

—> Una rivoluzione o una guerra non sono momenti di diritto MA sono una **manifestazione feroce dei poteri di fatto temuti da Kelsen**.

—> Se la Grundnorm viene identificata in un momento di tensione e instabilità, la sua **radice** non è un espediente teorico o un elemento di diritto ma è un'**espressione complessa di poteri di fatto** che riescono a prendere il **sopravvento in una certa comunità e in un determinato storico**.

2. VALIDITÀ DELLA NORMA FONDAMENTALE

—> Per Kelsen una **norma fondamentale** è validamente posta solo se emanata da un organo competente nel rispetto di determinate procedure.

—> Inoltre la **validità** di una norma dell'ordinamento giuridico è indipendente non solo dal suo contenuto di **giustizia** ma anche dalla sua **efficacia** perchè per Kelsen una norma è valida a prescindere dal fatto che essa sia obbedita o meno dai consociati a cui è rivolta.

—> Tutto ciò che Kelsen teorizza per le norma del sistema **non vale per la Grundnorm**.

—> La **norma fondamentale** è **valida solo se è efficace**, per cui quando c'è una durevole obbedienza da parte dei consociati: nella **Grundnorm** la **validità e l'efficacia coincidono**.

CRITICA DI HART:

—> **Hart** sostiene che **ogni sistema giuridico** minimamente complesso contiene una **norma secondaria di riconoscimento**, che fornisce criteri autoritativi che accertano la validità delle altre norme del sistema.

—> **Kelsen** ritiene che la **norma fondamentale è esterna al sistema giuridico**, al contrario Hart ritiene che la **norma fondamentale è interna all'ordinamento stesso**.

CRITICA DI BOBBIO:

—> **Kelsen** considera la **validità** come critério con cui si giudica una norma, ma il **giudizio di validità** è un giudizio che può prescindere da una valutazione di meritevolezza dell'ordinamento nel suo complesso.

—> **Bobbio** sostiene che la **norma fondamentale** come espediente teorico è quell'elemento ibrido che permette di valutare fino a quando e fino a quali circostanze l'autorità che fonda il potere possa anche essere giustificata (legittimo).

—> La **norma fondamentale** se la si vuole continuare a considerare come una norma giuridica con certe peculiarità, deve essere intesa come il punto più alto di valori e istanze nuove che fondano un nuovo sistema giuridico politico.

—> **Bobbio** sostiene che la **norma fondamentale** è un elemento giuridico capace di portare in sé elementi della storia finora fatta e di quella ancora da fare, in quanto è **funzionale** (secondo i tempi, gli eventi, gli uomini) a giustificare quanto compiuto e a ispirare i nuovi fatti da compiere e le nuove decisioni da prendere.

CAPITOLO 8: **L'INTERPRETAZIONE:**

—> L'interpretazione, in una prima e inclusiva definizione, è un'**attività che non interessa solo l'universo giuridico** ma riguarda tutti i contesti nei quali si pone il **problema di attribuire un significato a espressioni segniche**.

—> L'interpretazione come **attività tipica del mondo del diritto**, è sia un'attività di attribuzione di significato sia un risultato di attribuzione di significato ai segni del linguaggio giuridico, in quanto alcune disposizioni assumono certi **significati grazie** ad un procedimento svolto dagli **interpreti** a termine del quali individuano uno o più significati rilevanti in riferimento al testo considerato.

INTERPRETAZIONE SECONDO KELSEN:

—> Kelsen considera l'interpretazione è un **procedimento spirituale** che accompagna il processo di produzione del diritto da un **grado superiore ad uno inferiore, regolato da quello superiore**.

—> Inoltre afferma che l'interpretazione è un **atto di conoscenza e di volontà**.

—> Kelsen sostiene che l'interpretazione è spirituale perché è un'**attività di natura intellettuale** che caratterizza ogni momento di produzione giuridica all'interno dell'ordinamento, in cui **la struttura gerarchica consente di comprendere la determinazione di significati**, nel passaggio da un grado superiore a uno inferiore.

—> Per operare in questo modo il **giurista** deve avere **consapevolezza**, deve **conoscere** la struttura del sistema e deve **attenersi al vincolo** posto dalla norma di grado superiore.

—> Nel passaggio dal grado superiore al grado inferiore c'è sempre un **marginè più o meno ampio di discrezionalità**, in quanto le norme di grado superiore non sono mai del tutto capaci di determinare i contenuti di quelli inferiori.

—> La **norma superiore** svolge una funzione di **vincolo** perché le norme inferiori non possono mai essere in contrasto con quelle superiori; ma allo stesso tempo svolge una funzione di **schema** in quanto limita i poteri dei livelli inferiori ma non ne predetermina il contenuto.

—> Kelsen non è stato un teorico del linguaggio giuridico ma aveva già individuato che **nell'attività interpretativa**, nel passaggio da un grado superiore ad uno inferiore, si possono verificare **2 FENOMENI**:

- **INDETERMINATEZZA INTENZIONALE**

—> L'indeterminatezza è **intenzionale** quando il **soggetto che ha il potere di introdurre norme** ad un **grado più elevato**, **lascia la facoltà di introdurre specificazioni normative o nome più dettagliate** all'organo del grado inferiore.

Esempio:

“una legge sanitaria stabilisce che nel caso scoppi un'epidemia, gli abitanti della città, sotto minaccia di pena, debbano prendere certi provvedimenti per impedire l'estendersi della malattia. L'autorità amministrativa è autorizzata a stabilire questi provvedimenti che devono essere diversi secondo le diverse malattie”.

- **INDETERMINATEZZA NON INTENZIONALE**

—> L'indeterminatezza **non è intenzionale** quando il **testo della norma presenta termini ambigui o espressioni non del tutto comprensibili**, l'indeterminatezza è frutto di un'ambiguità di una parola e di una serie di parola e pertanto **il senso della norma non è chiaro**.

—> Le considerazioni di Kelsen fanno capire **l'importanza degli strumenti della teoria del linguaggio**, specialmente riguardo all'**interpretazione**, perchè permettono di comprendere al meglio l'interpretazione del e nel mondo del diritto.

3 TEORIE DELL'INTERPRETAZIONE DI HART:

—> In riferimento al **rapporto tra diritto e linguaggio**, possiamo individuare **tre principali teorie dell'interpretazione**:

1. FORMALISMO INTERPRETATIVO

—> Il formalismo riprende la **concezione giusnaturalista**, in quanto **sostiene** che l'**interpretazione è un'attività di semplice conoscenza**.

—> L'**interprete** si deve **limitare a riconoscere il significato** incorporato nel testo da interpretare, **senza giungere nulla**.

—> Infatti il formalismo si basa su **due presupposti**:

- ❑ **Ad ogni segno corrisponde un solo significato riflesso del rapporto di rispecchiamento tra i segni e la realtà:** l'interprete, con i potenti canali razionali della mente, deve cogliere l'unica possibile interpretazione corretta già presente nella norma (concezione rispecchiata o essenzialista), per cui ricopre la veste di semplice conoscitore, non compie alcuna interpretazione innovativa né aggiunge o crea diritto.
- ❑ **Le norme sono sempre chiare, ben espresse e univoche**, per cui sono sempre capaci di portare il significato dall'emittente al ricevente (dal legislatore all'interprete).

—> Questa teoria ha **due conseguenze** rilevanti in riferimento a:

- **completezza:** i formalisti ritengono che l'ordinamento è completo quando **non** ci sono **lacune del diritto**.
- **coerenza:** i formalisti ritengono che **non** ci sono **antinomie**.

2. SCETTICISMO INTERPRETATIVO

—> Lo scetticismo riprende la **concezione del realismo giuridico**, in quanto **sostiene** che l'**interpretazione non è mai semplice conoscenza**, bensì **è una continua attività di creazione**.

—> L'**interprete non si limita a riproporre un significato predeterminato** ma è attraverso l'attribuzione di significato ad una o più norme giuridiche che si **crea diritto**.

—> Le **norme** non sono chiare ma hanno un **significato ambiguo e oscuro** e **non c'è nessuna possibilità di scoperta**.

→ L'**interprete** ha un ruolo di responsabilità di scelta attiva nella determinazione del significato delle prescrizioni giuridiche.

→ L'**attività dell'interprete** è sempre necessaria, al punto che per alcune correnti radicali, quando il legislatore emana una norma quella diventa norma di diritto quando essa diviene oggetto di processo (USA).

→ **Conseguenza** di tale orientamento è l'affermazione che l'ordinamento non sia **né completo, né coerente**.

3. TEORIA INTERMEDIA O ANTIFORMALISMO MODERATO

→ È una **teoria intermedia** tra formalisti e scettici.

→ Questa teoria riprende la **concezione giuspositivista**, in quanto gli esponenti ritengono che l'**interprete si può trovare di fronte**:

- **a easy cases**: casi meno controversi
- **a hard cases**: casi difficili e molto problematici

→ È una teoria che parte dal **presupposto** che non sempre il legislatore utilizza in modo chiaro il linguaggio MA ritiene che le formulazioni delle norme non siano vaghe e oscure.

→ La **complessità dell'attribuzione di significato alle norme giuridiche** sarà compiuta volta per volta, a seconda della fattispecie portata all'attenzione degli operatori del diritto.

→ Tale orientamento ritiene che il **diritto** sia **completabile** perché esistono strumenti interpretativi per giungere a delle **soluzioni**.

→ Inoltre gli antiformalisti moderati ritengono che la **completezza e la coerenza siano ideali regolativi per il legislatore**, nel senso che l'interprete deve tendere al completamento di eventuali lacune deve cercare di rendere il diritto coerente, affrontando così sia il **problema delle lacune** sia quello delle **antinomie**.

IL PROBLEMA DELLA COMPLETEZZA DELL'ORDINAMENTO:

→ Il **mito della completezza** dell'ordinamento è nato nel **1803** con la **codificazione napoleonica**: si riteneva di aver creato un codice nel quale la produzione legislativa fosse capace di essere onnicomprensiva a tutte le esigenze presenti e future, quindi un **codice privo di lacune e antinomie**.

→ Con il termine **LACUNA** si indica una situazione per la quale **non** vi sarebbe alcuna **norma preesistente** che disciplina il caso in esame, si tratta quindi di una **mancanza, un vuoto normativo**.

→ La **TEORIA FORMALISTA** inizialmente sosteneva che:

- **l'ordinamento è sempre completo**: per cui non ci sono lacune.
Esempio lacune: contrarietà del matrimonio delle persone del medesimo sesso; interventi di etica medica; politica ambientale (raccolta differenziata).
- **l'ordinamento è sempre coerente** per cui non ci sono antinomie.
Esempio antinomia: due leggi in cui una dice che è vietato fumare, nell'altra permette il fumo in particolari condizioni.

→ Questo **mito della completezza è caduto** ma ci permette di comprendere i problemi quotidiani che hanno gli interpreti.

→ I **formalisti** hanno dovuto prendere atto che l'ordinamento non è completo ma è **completabile** perché **le lacune esistono e possono essere rimediate**.

LE LACUNE SECONDO KELSEN:

→ Kelsen, nonostante fosse un antiformalista moderato giuspositivista, rispetto al problema delle **lacune** poneva una sua **teoria** particolare ponendosi in **dissenso agli**

antiformalisti.

—> Kelsen riteneva che le **lacune non esistessero**, perché:

1. sono LACUNE IDEOLOGICHE

—> Per Kelsen **ideologia** è far passare qualcosa per qualcos'altro, in senso negativo, quindi **considerare un fatto quando in realtà si tratta di un giudizio di valore**.

—> Le **lacune ideologiche** sono espressioni linguistiche che i **giuristi** usano per riferirsi alla differenza tra il diritto che c'è e il diritto che vorrebbero che ci fosse, in quanto non ritengono soddisfacenti le norme di cui dispongono che disciplinano una certa questione, ma **in realtà non ci sono lacune**.

2. sono LACUNE TECNICHE

—> Con **lacune tecniche** ci si riferisce ai fenomeni di indeterminatezza intenzionale o non intenzionale.

—> Non si tratta di vere e proprie mancanze o vuoti giuridici perché **esiste sempre una norma di riferimento** formulata in modo più o meno preciso che l'interprete ha a disposizione per prendere una decisione sul caso concreto.

3. si può utilizzare il PRINCIPIO DI CHIUSURA

—> È un'elaborazione di Kelsen MA era stata elaborata ancor prima da altri autori che l'avevano chiamata **"ricorso alla norma generale esclusiva"**.

—> Si tratta di una **norma ampia e generale implicita** nell'ordinamento che ha il seguente contenuto: *"tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso" oppure "si è liberi di fare o non fare di tutto ciò a cui non si è obbligati"*.

—> Una **norma che disciplina** un certo comportamento, limita la regolamentazione e le conseguenze giuridiche al comportamento individuato, ma allo stesso tempo **esclude tutti i comportamenti diversi da quello considerato**.

—> Per esempio la **norma che proibisce di fumare in un luogo pubblico**, **esclude dal divieto** tutti i comportamenti diversi dal fumare (li permette).

—> Le **norme** quindi **nascono a coppie**: ogni **NORMA PARTICOLARE INCLUSIVA** è accompagnata da una **NORMA OMBRA GENERALE ESCLUSIVA**, perché esclude tutti i comportamenti che non rientrano in quello previsto dalla norma particolare.

RILIEVI AL PRINCIPIO DI CHIUSURA:

—> Il principio di chiusura presenta due problemi:

● **LINGUISTICO:**

—> La **formulazione linguistica** di questo principio prescrive che davanti a un comportamento non regolato da una o più norme, il **giudice può considerare sempre permessa la condotta esaminata**.

—> Ma nel linguaggio giuridico il significato di **"non vietato"** e **"permesso"** sono da considerarsi **significati uguali**, per cui: *"tutto ciò che non è vietato, non vietato"* e *"tutto ciò che è permesso è permesso"*.

—> Il principio di chiusura è un'**affermazione tautologica**, cioè sembra si stanno utilizzando parole nuove e diverse ma in realtà di diverso si usano solo parole il cui significato complessivo riporta sempre a quelle di partenza (es. *sanremo è sanremo*).

—> Quindi una certa **situazione** è qualificata in via generale come **non vietata nel sistema** ma di per sé questa qualificazione nulla dice riguardo ad una disciplina concreta e specifica del caso portato all'attenzione dei giuristi.

● **SISTEMATICO:**

—> Nell'ordinamento non c'è solo una norma generale ed esclusiva ma si può fare ricorso (ad *eccezione del penale*) anche alla **norma generale inclusiva** in quanto il giudice può

fare ricorso al **principio di analogia**, estendono al caso non regolato in presenza di **elementi simili** la disciplina di altri **casi simili espressamente regolati**.

LA NORMA GENERALE INCLUSIVA:

- **Norma generale esclusiva:** principio di chiusura
- **Norma generale inclusiva:** principio di analogia

—> La norma generale inclusiva è costituita dal **principio di analogia**.

—> Nell'**articolo 12 delle preleggi** viene esplicitato il principio di analogia, secondo il quale **si può estendere**, in casi simili o materie analoghe, la **disciplina di un caso regolato ad uno non regolato solo se** ci siano delle somiglianze rilevanti.

—> Nel nostro sistema l'analogia ha due livelli:

- 1) **ANALOGIA LEGIS**: il caso non regolato è disciplinato da norme dettate per un caso diverso espressamente regolato, a cui vengono estese anche le conseguenze giuridiche.
- 2) **ANALOGIA IURIS**: si va a cercare se esistono elementi di somiglianza tra il caso non regolato e i principi generali contenuti in un ordinamento.

—> La norma generale inclusiva **regola**, quindi, **tutti i casi non compresi nelle norme particolari ma simili**.

—> Di fronte ad una **lacuna**, se applicassimo la norma generale esclusiva, il caso non regolato sarà **giudicato in modo opposto** a quello regolato; viceversa se applicassimo la norma generale inclusiva, il caso non regolato sarà **risolto in modo identico** a quello regolato.

—> Quindi l'applicazione della norma generale inclusiva o della norma generale esclusiva dipende da una valutazione, cioè dipende dal fatto che il **caso non regolato sia o meno simile a quello regolato**.

—> **Non esiste un criterio** che stabilisce le situazioni in cui i due casi possono essere considerati simili, è il **giudice** (l'interprete) che deve decidere se ci sia una somiglia rilevante o meno e deve decidere anche **quale norma generale applicare**.

—> Se il giudice decide di applicare la norma generale esclusiva escludendo il caso non previsto dalla disciplina del caso previsto, si adotta **l'argumentum a contrario**; se il giudice decide di applicare la norma generale inclusiva trattando il caso non regolato secondo la disciplina del caso regolato, si adotta **l'argumentum a simili**.

Esempio:

il giudice deve regolare una controversia per valutare se sia lecita o illecita la vendita di dischi vinili osceni e trova una norma che vieta la vendita di libri a contenuto osceno, può decidere se:

- **utilizzare il principio di chiusura**, per cui sarà espressamente vietata la vendita di libri a contenuti osceno ma non dei dischi. (*argumentum a contrario*)
- **utilizzare il principio di analogia** vietato così la vendita non solo dei libri ma anche dei dischi. (*argumentum a simili*)

—> L'interprete si trova di fronte ad un **problema di scelta** in quanto sono possibili due strade che portano a risultati completamente opposti.

—> Il fatto che esistano **due soluzioni opposte** davanti ad un caso non regolato e che la **decisione spetti all'interprete**, ciò significa che esistono due tipi di lacuna:

1. **lacuna di secolo livello**: è la mancaza di un metacriterio che indichi agli interpreti e al giudice in particolare, in quali casi è opportuno interpretare e applicare la norma

generale inclusiva (principio di analogia) e in quali casi è opportuno applicare il principio di chiusura di Kelsen.

2. **lacuna di primo livello**: è la mancanza di una norma esplicita che disciplini un caso concreto all'attenzione del giudice.

—> Non per forza due casi, nonostante le somiglianze, devono essere disciplinati estendo il caso regolato a quello non regolato, in quanto l'**analogia** può essere utilizzata solo se è presente una **somiglianza rilevante**.

Esempio:

Gli uomini sono mortali. I cavalli sono simili agli uomini. I cavalli sono mortali.

MA NON: I cavalli sono quadrupedi. Gli uomini sono simili ai cavalli. Gli uomini sono quadrupedi.

—> Questo perché l'**interprete** è indipendente in quanto ha la facoltà di individuare se esiste o meno una somiglianza rilevante tra i due casi ma ha anche la responsabilità nell'individuare i criteri che fondano tale somiglianza.

IL PROBLEMA DELLA COERENZA DELL'ORDINAMENTO:

LE ANTINOMIE:

—> Un ordinamento si ritiene **coerente** quando non presenta antinomie.

—> Per **ANTINOMIA** si intende la **contemporanea presenza**, nell'ordinamento, di due o più norme che disciplinano una **stessa fattispecie con prescrizioni opposte e contrarie** tanto che, per lo stesso caso, si propongono due o più soluzioni, tra loro incompatibili.

Esempio: *due cartelli l'uno che mi dice che è vietato fumare, l'altro nel medesimo luogo dice che è permesso fumare.*

—> Sono **incompatibili** due o più norme in cui una prescrive come obbligatoria una certa condotta e un'altra qualifica la **stessa condotta** come vietata o permessa.

—> Le due **norme** per essere **antinomiche** devono appartenere allo stesso ordinamento e devono avere lo stesso ambito di validità.

—> Si distinguono **4 AMBITI DI VALIDITÀ:**

1. **validità materiale**: non sono norme antinomiche le prescrizioni "è vietato bere bevande superalcoliche" e "è permesso bere birra"
2. **validità temporale**: non sono antinomiche le prescrizioni "è vietato bere dalle 20 alle 8" e "è permesso bere dalle 8 alle 20"
3. **validità spaziale**: non sono antinomiche le prescrizioni "è vietato bere bevande alcoliche nel parco" e "è permesso bere bevande alcoliche nella propria abitazione"
4. **validità personale**: non sono antinomiche le prescrizioni "è vietato somministrare bevande alcoliche ai minori" e "è permesso somministrare bevande alcoliche agli adulti"

CLASSIFICAZIONE ANTINOMIE:

- **TOTALE / TOTALE**: "è vietato fumare" / "è permesso fumare":

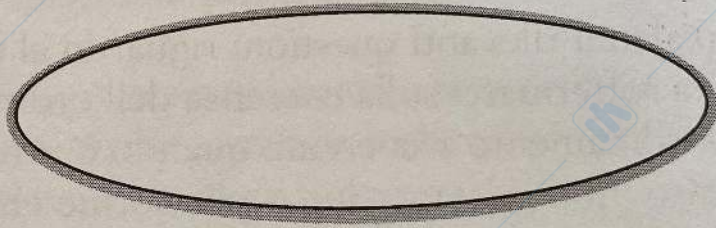
—> Sono **due norme** che hanno lo **stesso ambito di applicabilità**.

—> **Esempio:** "è permesso entrare in metro senza biglietto" e "è vietato entrare in metropolitana sprovvisti di biglietto".

—> In nessun caso una delle due norme può essere applicata senza venire in conflitto con l'altra.

—> **Graficamente**, questa antinomia si presenta come **due cerchi perfettamente sovrapposti** volti ad indicare la totale coincidenza degli ambiti di applicabilità delle norme contrastanti.

Raffigurazione delle antinomie di tipo totale-totale



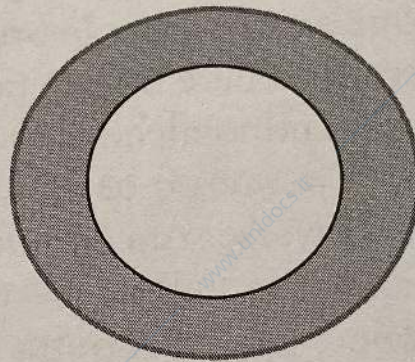
- **TOTALE / PARZIALE:** "è vietato fumare" / "è permesso fumare il sigaro":

—> Si hanno **due norme** il cui **ambito di applicabilità non è del tutto coincidente**, perchè **una** ha una prescrizione ha un contenuto ampio e generale e **l'altra** ha un contenuto più dettagliato e particolare.

—> **Esempio:** "è vietato l'ingresso ai cani nel parco" e "è permesso l'ingresso ai cani, solo nell'area a loro dedicata e solo se provvisti di guinzaglio".

—> **Graficamente** si presentano come **due cerchi sovrapposti**, uno più grande che rappresenta la prescrizione più ampia; uno più piccolo che rappresenta la norma più specifica.

Raffigurazione delle antinomie di tipo totale-parziale



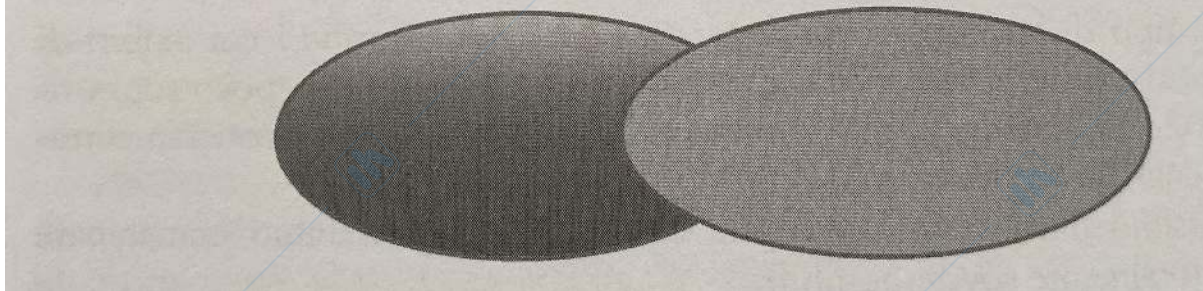
- **PARZIALE / PARZIALE:** "è vietato fumare le sigarette e sigari" / "è permesso fumare le sigarette e la pipa":

—> Si hanno **due norme**, il cui **ambito di validità è in parte uguali e in parte differente**, cioè entrano in contrasto solo per una piccola parte della loro disciplina presente in entrambe.

—> **Esempio:** "è vietato l'accesso ai parchi giochi e giardini pubblici, dalle ore 20:00 alle ore 8:00" e "è permesso l'accesso ai giardini pubblici e parcheggi, dalle ore 20:00 alle ore 8:00".

—> **Graficamente**, questa antinomia è rappresentata da **due cerchi che confliggono solo al solo estremo**, poiché indicano l'ambito particolare e ristretto nella quale presentano il contrasto.

Raffigurazione delle antinomie di tipo parziale-parziale



CRITERI PRINCIPALI DI SOLUZIONE DELLE ANTINOMIE:

—> Per risolvere il **problema di incompatibilità** tra due o più norme, sono stati individuati dei criteri per stabilire quale norma eliminare e quali invece applicare.

—> I **criteri più frequenti** ma non gli unici, sono:

- **CRITERIO GERARCHICO** “*Lex superior derogat inferiori*”: in presenza di due norme antinomiche prevale la norma posta sul grado gerarchico superiore (es: contrasto tra costituzione e leggi ordinarie). Una conseguenza della gerarchia consiste nel fatto che le norme superiori possano abrogare le inferiori e non viceversa.
- **CRITERIO CRONOLOGICO** “*Lex posterior derogat priori*”: in presenza di due norme emanate in tempi diversi che disciplinano una stessa materia ma che hanno contenuto antinomico, la norma successiva prevale sulla norma precedente (due norme parlamentari, la prima degli anni '50, la seconda del 2000 prevarrà quella emanata nel 2000).
- **CRITERIO DI SPECIALITÀ** “*Lex specialis derogat generali*”: tra due norme antinomiche prevale la norma che disciplina un ambito in maniera più particolare rispetto alla norma che disciplina un ambito in maniera più generale (una norma di rango legislativo ma l'una di carattere generale e l'altra di carattere specifico, prevale la seconda norma).

CONFLITTI TRA I CRITERI DELLE ANTINOMIE:

—> Quando siamo in presenza di due criteri, tutti e due applicabili, ma incompatibili tra loro, siamo di fronte ad un caso di **antinomia di secondo grado**.

—> In questo caso non si tratta di contrasto tra due norme, ma **contrasto da due criteri** tra cui scegliere, perché entrambi non possono essere applicati.

Esempio:

Legge del parlamento emanata nel 2004 che entra in conflitto con una norma costituzionale del 1948.

—> Il criterio che si impone sempre sugli altri è il **criterio gerarchico**, in quanto **prevale** anche in caso di norma posteriore e speciale.

- **CRITERIO GERARCHICO VS CRITERIO CRONOLOGICO**: questo conflitto si ha quando la norma anteriore-superiore è antinomica rispetto ad una norma posteriore-inferiore. Quando due norme sono poste su piani diversi, il criterio prevalente sarà quello gerarchico perché il criterio cronologico vale come criterio di scelta tra due norme poste sullo stesso piano.
- **CRITERIO DI SPECIALITÀ VS CRITERIO CRONOLOGICO**: questo conflitto si ha quando una norma anteriore-speciale risulta incompatibile con una norma posteriore-generale. In questo caso il criterio cronologico non vale perché la legge generale

successiva non elimina la legge speciale precedente, quindi prevale il criterio di specialità.

- **CRITERIO GERARCHICO VS CRITERIO DI SPECIALITÀ:** entrambi i criteri sono più forti di quello di cronologico e non è possibile stabilire quale dei due criteri debba prevalere, ma per esempio nel nostro ordinamento se una legge ordinaria speciale potesse derogare ai principi costituzionali, questi sarebbero messi in pericolo perché sarebbero subordinati a leggi speciali gerarchicamente sottostanti. Nel nostro ordinamento l'interpretazione della norma inferiore deve essere conforme a costituzione, altrimenti prevarrà comunque la norma costituzionale. Quindi anche in questo caso prevale il criterio gerarchico.

IMPOSSIBILITÀ DI RISOLVERE LE ANTINOMIE:

—> L'unico caso possibile in cui due norme antinomiche non possano essere risolte nonostante i tre criteri, è il caso di **due norme che si trovano sullo stesso livello gerarchico, emanate nello stesso giorno, nello stesso testo ed entrambe di portata generale o speciale**.

—> Nel nostro ordinamento una soluzione va trovata in ogni caso, perché il **giudice non può** optare per il “*non liquet*”, cioè **decidere di non decidere**.

—> In questo caso spetta all'interprete e al giudice in particolare, **adottare altri criteri decisionali** come:

- **direttiva interpretativa statica:** con cui si fa **prevalere** la norma che è ritenuta più conforme al contenuto complessivo del testo della legge o alla volontà del legislatore, tenendo conto del contesto complessivo nel quale sono state poste le norme.
- **direttiva interpretativa dinamica:** con cui si fa **prevalere** la norma più vicina ai bisogni della società o quella in grado di fornire una soluzione più adatta alle variazioni del contesto socio-politico e culturale.

—> In ogni caso il **giudice deve giustificare la scelta fatta**, la quale deve essere sempre necessariamente basata su un'interpretazione conforme e orientata alla Costituzione.

—> In conclusione **manca un metacriterio** che è volto ad individuare, in maniera sicura e certa, quale criterio è da preferire.

CAPITOLO 9:

CONCETTI GIURIDICI NORMATIVI:

—> Un **CONCETTO** è un'**espressione verbale** al quale attribuiamo un **significato di termini del linguaggio giuridico** che non possono essere definiti soltanto attraverso termini che rinviano a proprietà osservabili.

—> In quanto per stabilire il **significato** dei termini del linguaggio giuridico è necessario il riferimento a norme e a certe condizioni stabilite da norme.

—> Il **concetto di persona fisica e il diritto soggettivo**, non descrivono fatti che accadono nel mondo, ma sono concetti normativi che prescrivono, in presenza di quali premesse e condizioni si deve far uso di quel termine.

1. IL CONCETTO DI LEGGE

—> **OGGI** per legge si intende **l'insieme delle norme generali e astratte**, ossia il prodotto tipico dell'organo legislativo.

—> Con il termine **legge** si possono intendere **diversi significati**:

- l'atto dell'organo titolare della funzione legislativa
- gli atti aventi valore di legge

- insieme delle disposizioni di diritto oggettivo o positivo di un certo ordinamento, per esempio l'espressione "questo è stabilito per legge", in cui per legge si intende ciò che è stato positivizzato

→ La **CENTRALITÀ DELLA LEGGE** come strumento che indica l'esercizio legittimo di chi ha il potere di introdurre regole per la collettività, **si afferma** tra il 15° e 17° secolo con il **passaggio da uno stato pre-moderno allo stato moderno di diritto**.

DIRITTO PRE-MODERNO

(diritto delle società medievali):

- nasce a partire dagli usi, dai costumi e dalle consuetudini della società, per cui **erano presenti una pluralità di norme** (*norme dei ceti, delle corporazioni, dell'impero, della chiesa o dei comuni*).
- **i giudici** (giurisprudenza) potevano giudicare le controversie al momento (*ex post facto*) e decidere di volta in volta che norma applicare.
- **gli studiosi di diritto** (dottrina) potevano interpretare le leggi e dare pareri ai giudici per prendere una decisione.

→ Il diritto premoderno si basava sul **principio di Veritas, non auctoritas, facit legem**, in quanto le norme erano:

- ✓ strumentali alla realizzazione di determinati **interessi**
- ✓ individuate solo da alcuni **soggetti** (giurisprudenza e dottrina)
- ✓ un insieme di **regole buone in sé**, quindi intrinsecamente giuste e adeguate.

→ Il **diritto non** era emanato da organi con una specifica competenza legislativa, MA era **frutto della Veritas**, cioè di chi in ragione della propria funzione aveva la capacità di individuare le norme ritenute di per sé buone e giuste.

→ Il **diritto era vincolante per i consociati** in ragione del fatto che le norme, individuate da dottrina e giurisprudenza, erano diretta emanazione di una divinità o iscritte eternamente nella Natura.

DIRITTO MODERNO:

→ Esso invece, si basa sul **principio della Auctoritas, non veritas, facit legem**.

→ Si afferma cioè, il principio secondo il quale è **l'autorità a porre le norme**, non tanto in ragione del loro intrinseco contenuto di ragionevolezza e di giustizia, ma quanto in ragione del loro essere posto da un organo designato, competente ad emettere certi atti.

→ Con lo **stato moderno di diritto**:

- si afferma un **sistema unitario di fonti** rispetto al quale assume un **ruolo fondamentale** il principio di legalità di "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", ossia si prendono decisioni sulla base di norme precostituite.
- cambia anche **la validità della norma**: una regola giuridica è valida solo se emanata nel rispetto di certe procedure e da organi abilitati da altre norme a farlo.

→ Ora prendiamo in esame **tre autori** che ci consentiranno di ripercorrere idealmente un fil-rouge attraverso la storia della legge, e hanno **esplicitato tre diverse concezioni di forme di Stato**:

1) THOMAS HOBBS:

→ Il **concetto di legge di Hobbes** matura in un periodo travagliato, vale a dire durante le **guerre rivoluzionarie inglesi del 17° secolo**.

→ La teoria hobbesiana afferma che gli uomini hanno vissuto in uno **STATO DI NATURA**

caratterizzato all'assenza di norme giuridiche e dalla guerra di tutti contro tutti, considerato uno **Stato di impronta organicistica-aristotelica**, cioè il prolungamento della famiglia come prima società naturale.

→ L'**organizzazione sociale** era considerata **precostituita in natura**, cioè presente in una sorta di Gran disegno dell'essere, in cui la **struttura dello Stato** era di tipo organicistico, cioè lo Stato era considerato come un tutto e gli individui delle sue parti che ricoprivano il ruolo che gli competeva per natura.

→ Tuttavia **il tutto vale più delle sue parti**: lo stato è più importante rispetto ai singoli.

→ Da questo Stato:

- In primo luogo non è possibile un **cambiamento** delle **posizioni occupate dai singoli**
- In secondo luogo le esigenze e le **volontà dei singoli non potranno mai prevalere su quelle dello Stato**

→ Hobbes **rifiuta e giudica inadeguata** questa idea dello Stato in quanto non è in grado di stabilire e conservare una società pacifica.

→ **Superando la concezione aristotelica**, afferma che l'organizzazione socio-politica è frutto di un accordo tra i consociati, ossia di un **contratto a favore di terzi** col quale ogni individuo rinuncia a una parte delle proprie libertà e dei propri diritti a favore di una **nuova organizzazione** che garantisca e tuteli la propria vita e i propri beni primari.

→ Hobbes ritiene quindi che lo **STATO**:

- ha un **IMPRONTA INDIVIDUALISTICA**, per cui gli individui diventano la parte centrale e si riesce così ad uscire dallo Stato di natura e dalla guerra di tutti contro tutti.
- è **IMMANENTE** in quanto è un prodotto interno all'esperienza umana e non il prodotto di disegni precostituiti dato che ciascuno degli individui cede una parte dei propri diritti a vantaggio dello stato.
- ha un'**IMPRONTA RAZIONALISTA**, perchè è un prodotto di ragione, cioè lo Stato è un'organizzazione sociopolitica complessa, in grado di avere i mezzi adeguati per fini rilevanti o rinunciabili da perseguire.

→ I **FINI** che sono ritenuti **irrinunciabili** da Hobbes sono:

1. **sicurezza per tutelare la vita e l'integrità fisica**
2. **sicurezza nelle attività quotidiane**, in particolare nel commercio
3. **garanzia contro l'arbitrio dei poteri intermedi** considerati i "vermi nel corpo dello Stato" (*corporazioni, gli esattori, funzionari del re, funzionari statali, giudici..ritenuti insidiosi perché esercitavano un potere senza controllo e senza limiti*)

→ Lo **strumento necessario e adeguato** per raggiungere certi fini irrinunciabili è la **LEGGE**, considerata come **produzione normativa** nelle mani di un unico soggetto: **IL SOVRANO ASSOLUTO** (*Parlamento o Monarca*).

→ Il Sovrano assoluto è detto **legibus solutus** in quanto è **sciolto dal vincolo di rispettare le leggi** e **non ha limiti** al proprio potere di **produzione normativa**.

→ Egli è l'unico che detiene il potere legislativo ed è da considerare **legge** solo ciò che è frutto della sua volontà.

→ Per Hobbes il **Sovrano non agisce al di fuori dell'interesse dello Stato** perché è guidato da principi naturali, cioè da prescrizioni non scritte (*principio di equità, il buon senso..*) che gli sono da guida morale e rappresentano una capacità di autolimitarsi.

→ Quindi la **concezione hobbesiana del sovrano assoluto** non rappresenta la

giustificazione del dispotismo autoritario.

—> In conclusione possiamo dire che **la legge per Hobbes è il comando del sovrano.**

1)

2) **MONTESQUIEU:**

—> Per Montesquieu la **legge è il prodotto di un organo rappresentativo permanente, composto da membri** provenienti da diverse Nazioni e **costituito da due CAMERE:**

1) **Camera Alta:** che rappresenta la nobiltà.

2) **Camera Bassa:** che rappresenta il popolo.

—> Queste due camere sarebbero considerate lo **strumento di equilibrio per bilanciare gli interessi** di tutti i cittadini all'interno delle attività di deliberazione legislativa.

—> Secondo Montesquieu la **finalità prioritaria** da perseguire attraverso la legge è la **LIBERTÀ** ed il mezzo razionalmente adeguato per raggiungimento della libertà è la **SEPARAZIONE DEI POTERI.**

—> La **separazione dei poteri** consente una miglior tutela contro l'esercizio arbitrario del potere e per l'affermazione delle libertà dei consociati.

—> La **libertà** è intesa come «*libertà di poter fare ciò che si deve volere*», cioè un ampio ambito del permesso regolato secondo leggi, per cui la **libertà** è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono.

—> C'è una **DIFFERENZA DEL CONCETTO DI LIBERTÀ:**

Per **HOBBS** la **libertà** era la facoltà di fare tutto ciò che non è espressamente vietato, per cui tutto ciò che non rientra in un divieto: modello incentrato sui **DIVIETI** contenuti nelle leggi.

Per **MONTESQUIEU** la **libertà** era la facoltà di fare tutto ciò che è regolato dalla legge, per cui tutto ciò che è espressamente permesso: modello incentrato sul **PERMESSO**.

—> La **libertà** consentita dalla legge come **ambito di permesso** ha maggiore forza rispetto alla **libertà** al di fuori delle leggi di **Hobbes** perché in questo caso si è esposti alla prepotenza del più forte.

3) **JEANJAQUES ROUSSEAU:**

—> Per Rousseau la **legge rappresenta la condizione per realizzare l'autonomia individuale**, per cui la **legge** è lo strumento per dare regole a se stessi, cioè l'**AUTODETERMINAZIONE DEGLI INDIVIDUI.**

—> Dato che si doveva trovare un modo per **eliminare l'insorgere di possibili contrasti tra l'autonomia individuale e le regole dell'autorità dello Stato**, secondo Rousseau la soluzione poteva essere una **PRODUZIONE DEMOCRATICA DELLA LEGGE.**

—> Rousseau ritiene che **non** può esserci nessuna **incongruenza** tra le decisioni prese dal Corpo sovrano collettivo nei confronti delle parti che lo compongono, in quanto la **volontà di chi emana la legge è anche la volontà di chi si impegna a rispettarla.**

—> Il **Corpo sovrano collettivo** è espressione di tutti i cittadini per cui è impossibile che voglia nuocere ai suoi membri.

—> È un **modello di democrazia rappresentativa** che però è applicabile solo a realtà democratiche piccole, in cui ogni individuo che vota una legge la deve anche rispettarla e se non vuole più darle obbedienza deve lasciare i confini dello Stato (**esilio**).

—> Infatti **ciascun individuo**, per il fatto di aver votato la legge, finché resta nei confini dello Stato, **esprime in forma tacita il proprio consenso** delle leggi emanate.

—> Il concetto di legge secondo Rousseau ha consentito di affermare che la **LEGGE** è espressione della volontà generale e astratta dell'organo rappresentativo, con la

caratteristica di **imparzialità** e **uguaglianza di trattamento** per ciascuno.

2. IL CONCETTO DI DIRITTO SOGGETTIVO: SECONDO KELSEN:

—> Kelsen prima di spiegare il concetto di diritto soggettivo, **supera il PROBLEMA DEL DUALISMO** identificato dalla CONCEZIONE GIUSNATURALISTA.

—> I giusnaturalisti intendevano il **diritto soggettivo** come l'insieme di facoltà, libertà, spettanze che sono proprie di **ciascun individuo** per il solo fatto di essere venuti ad esistenza.

—> Essi ritenevano che fosse presente un **ordinamento superiore e naturale** in cui, attraverso intuizione e deduzione, era possibile **cogliere tali libertà, facoltà e spettanze**.

—> Infatti secondo la concezione tradizionalista, in questo **ordinamento superiore** i diritti erano onnipresenti e **al di sotto** invece era presente un **ordinamento di diritto oggettivo**, ossia quello legittimato a tradurre in norme di diritto positivo tali facoltà e spettanze rendendo giusto l'intervento del legislatore.

—> Kelsen ritiene che la teoria dei diritti soggettivi giusnaturalistica presenti **due enormi PROBLEMI**:

1) LOGICO TEORICO:

—> Kelsen riteneva logicamente **contraddittorio sostenere** che ciascuno di noi goda di diritti che rappresentano l'espressione delle più grandi e alte libertà e allo stesso tempo tali libertà, per poter essere esercitate e riconosciute, hanno bisogno della traduzione in norme di diritto positivo all'interno di un ordinamento giuridico caratterizzato dall'elemento coercitivo, vale a dire la **compressione o limitazione di tali libertà**.

2) POLITICO IDEOLOGICO:

—> Secondo Kelsen la concezione tradizionale giusnaturalistica dei diritti soggettivi è fortemente **ideologica**, in quanto **maschera i diritti soggettivi** attribuiti a certi soggetti, come se fossero semplici questioni di fatto quando invece si tratta di scelte valoriali di tipo etico-politico compiute da alcuni Stati e non da altri.

—> In particolare Kelsen evidenzia questa criticità nel diritto soggettivo per eccellenza: **la proprietà privata**.

—> Se la **proprietà privata** fosse un diritto soggettivo naturale accoglibile da ogni individuo con i potenti canali della mente e se allo stesso tempo fosse una situazione giuridica soggettiva che si sottrae al potere decisionale delle scelte politico-ideologiche, allora la dovremmo trovare **disciplinata in tutti gli ordinamenti giuridici**.

—> Ma nella **costituzione sovietica del 1936**, dall'art. 4, la proprietà era stata abolita e vietata e l'unica proprietà consentita era quella socialista di tipo collettivo o cooperativo.

—> Kelsen ritiene che la **proprietà** ha un carattere ideologico perché la sua **disciplina** avendo una **funzione economico-sociale** è ritenuta:

- **dal regime sovietico** uno sfruttamento dei più poveri e deboli da parte delle classi dominanti.
- **dagli Stati europei** di fine 800 e inizio 900 uno strumento soggettivo di godimento esclusivo di un certo bene.

—> Kelsen, per **superare la concezione dualistica** tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, propone una **POSIZIONE RIDUZIONISTICA**, per cui bisogna ritenere rilevante per lo studio e l'analisi giuridica SOLO IL DIRITTO OGGETTIVO (**diritto posto**).

—> Kelsen ritiene che i **diritti soggettivi naturali** sono situazioni soggettive giuridicamente rilevanti solo **perché** sono state **positivizzate** all'interno di un sistema giuridico di diritto oggettivo.

—> Quindi sono le **norme prodotte all'interno dell'ordinamento** che attribuiscono ai soggetti certe libertà o facoltà.

—> Superando la concezione giusnaturalistica, Kelsen ritiene che si possa sensatamente parlare di **diritti soggettivi** solo alla **condizione che essi siano determinati o previsti nello schema delle norme del sistema**.

—> Le **norme del diritto oggettivo** hanno due funzioni:

- a) **FUNZIONE NECESSARIA E PREVALENTE** in quanto attribuiscono obblighi.
- b) **FUNZIONE EVENTUALE** in quanto attribuiscono autorizzazioni.

—> **L'AUTORIZZAZIONE** consiste nel **potere**, attribuito dal diritto positivo ad un soggetto a cui è stato lesa un suo interesse, **di manifestare la propria volontà** affinché si metta in moto il meccanismo del processo che porta alla **produzione di una sentenza**, nella quale se viene rilevato un illecito a danno del soggetto, viene stabilita una **sanzione**. Attraverso l'azione processuale i privati partecipano indirettamente alla **produzione normativa**.

In che cosa consiste quindi il diritto soggettivo per Kelsen?

—> Il diritto soggettivo è un **insieme di libertà, facoltà e spettanze**, stabilite da norme a cui si attribuisce la funzione dell'autorizzazione, in quanto legittimano colui che è stato lesa di agire in giudizio al fine di ottenere una **sentenza** che rispecchi la pretesa avanzata.

OLTRE KELSEN:

—> Il **diritto soggettivo** può assumere diversi significati:

- AMBITO DEL NON PROIBITO**: per cui ci si riferisce a tutte quelle condotte che sono permesse ai consociati perchè non esiste una norma che vieti tale comportamenti (es. *ho il diritto di vestirmi secondo il mio stile*).
- SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA CREATA DA NORME AUTORIZZATE**: in quanto ci sono delle norme che conferiscono all'individuo determinate spettanze come il diritto amministrativo (es. *ho diritto di ristrutturare la mia proprietà*).
- OBBLIGO ATTIVO**: cioè bisogna tenere determinate condotte sulla base di regole e norme stabilite (es. *diritto all'istruzione: bisogna seguire le lezioni nei complessi scolastici, nei tempi e modi stabiliti dal ministero dell'istruzione*).
- OBBLIGO PASSIVO**: in quanto se un soggetto gode di un diritto, gli altri devono far sì che questo non incontri nessun disturbo nel suo esercizio (es. *devo consentire ad un soggetto il pieno godimento della sua proprietà privata*).

—> **OGGI** quando si parla di **diritto soggettivo** ci si riferisce a situazioni di tutela di interessi (di libertà, di autonomia, di credito) direttamente stabiliti da norme del diritto positivo che le prevedono e le determinano.

—> L'**esistenza dei diritti in senso soggettivo dipende dal diritto in senso oggettivo**, per cui si parla **DIRITTI IN SENSO FORTE**.

—> Al di fuori della concezione giuridica, l'espressione "**avere diritti**" significa maturare aspettative di tipo etico-politiche, cioè **DIRITTI IN SENSO DEBOLE** (es. *avrei diritto a sposarmi con una persona del mio stesso sesso*).

—> Nello **stato costituzionale di diritto** troviamo molti diritti soggettivi che hanno ricevuto la massima tutela, in quanto espressi in una o più **norme delle Costituzione**, si parla di **DIRITTI IN SENSO TECNICO-GIURIDICO** come *diritto alla libertà personale, diritto al*

lavoro, diritto alla salute, diritto di libertà di espressione, libertà di stampa, diritto al nome, diritto al voto.

—> Sono **espressione di esigenze e valori** storicamente maturate che si possono ritenere ampiamente condivisi e nei quali la **produzione del diritto**, a tutti i livelli trova un fondamentale criterio di orientamento.

—> **Luigi Ferrajoli** propone una definizione formale di **DIRITTI FONDAMENTALI**, cioè tutti quei **diritti soggettivi** che spettano universalmente a tutti gli esseri umani, in quanto **dotati dello status** di persone, cittadini o persone capaci di agire.

—> Inoltre definisce il **DIRITTO SOGGETTIVO** un'aspettativa positiva (a prestazione) o negativa (a non lesioni) **attribuita ad un soggetto da una norma giuridica**.

—> La definizione di Luigi Ferrajoli **stabilisce che i diritti fondamentali**:

- o **sono sovraordinati**: cioè posti a livelli gerarchici superiori del sistema.
- o **prescrivono l'eguaglianza giuridica formale tra individui**: cioè non ci possono classi di individui a cui spettano tali diritti ed altri a cui non sono attribuiti.
- o **non sono alienabili**: cioè non possono essere ceduti a nessuno.
- o **sono situazioni giuridiche che possono mutare**: cioè sono sottratti alla manipolazione giuridica e politica.
- o **sono universali**: ma questa universalità non è assoluta ma dipende da quali argomenti sono addotti per giustificare tale attributo.
- o **non sono immutabili**: in quanto possono essere sempre implementati.

—> I **diritti fondamentali sono sovraordinati ai diritti patrimoniali**, cioè quei diritti soggettivi non sono universali, alienabili e aventi origine in atti di natura individuale (come atti negoziali o amministrativi).

—> Quindi, **tutti i diritti fondamentali sono diritti soggettivi MA non tutti i diritti soggettivi sono diritti fondamentali**.

1.

3. IL CONCETTO DI PERSONA:

Persona per Engelhardt:

—> Il filosofo americano Hugo Tristram Engelhardt riteneva che la **definizione di PERSONA** può essere attribuita ad **ogni essere razionale, autocosciente e dotato di senso morale**, cioè capace di distinguere il biasimo dall'elogio.

—> Per l'autore, l'**arcangelo Gabriele** è un essere razionale, autocosciente e dotato di senso morale in grado di distinguere il biasimo dall'elogio, MA i **bambini fino ai 3 anni non sono dotati di queste caratteristiche** per cui: **l'arcangelo gabriele ha lo status di persona ma i bambini no**.

—> Inoltre ci sono correnti di pensiero che ritengono che tutti i **primati superiori** (scimmie, ornghi) devono essere considerati **persone** e c'è anche chi vuole estendere il concetto di persona a tutti gli animali capaci di provare gioia e dolore.

—> Ciò implicherebbe che qualora facessimo del male ai primati o ad altri animali potremmo essere **soggetti a sanzioni**.

Persona per Kelsen:

—> Tradizionalmente, **persona** è considerato un sinonimo di **individuo umano** MA per il **diritto non** ci deve essere la **sovrapposizione** tra una nozione giuridica di persona e la nozione bio-psicologica di essere umano.

—> Per tale ragione Kelsen ha teorizzato **DISSOLUZIONE DEL CONCETTO DI PERSONA**.

—> Kelsen con l'espressione "**PERSONA**" si riferisce a un'**espressione unitaria unificante**,

cioè un termine che rinvia a certe azioni o omissioni, a certe condizioni o situazioni che si riferiscono a certi soggetti, **sulla base di una o più norme dell'ordinamento**.

—> Ad esempio nell'ordinamento giuridico italiano il termine persona è un concetto normativo riferibile all'**essere umano** in quanto soggetto di diritto e, quindi, **dotato di capacità giuridica**.

—> Secondo l'art. 1 cc "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita", per cui si è persone in quanto titolari della capacità giuridica, attribuita dall'art. 1 c.c al **momento della nascita a patto che si nasca vivi**.

—> Per Kelsen la persona è un **concetto normativo**, mediante il quale ci si riferisce ad un insieme di obblighi, autorizzazioni, poteri e facoltà, **attribuiti da norme**, cioè si rinvia alla disciplina normativa dei comportamenti umani.

—> La **nozione di persona** può riferirsi sia agli individui come singoli, sia agli individui come appartenenti a determinate collettività (società, enti ecc).

—> Vi sono stati **tentativi teorici volti a distinguere la persona fisica da quella giuridica**.

—> Ci sono state delle **TEORIE FINZIONISTE** che pensavano che la **persona giuridica** fosse una finzione messa in atto per invidiare un ente in maniera comprensibile a tutti, ma le persone giuridiche possono anche essere considerate come stesse singole persone composte da vari esseri umani oppure come enti sovra-umani che lavorano come superuomini al di sopra dei singoli soggetti che la compongono.

—> **Kelsen supera queste concezioni** e definisce persona giuridica un concetto normativo, che esprime, in modo unitario, obblighi, facoltà, poteri, doveri posti in capo ad una pluralità di soggetti che operano all'interno di organizzazioni collettive.

—> Quando si parla di "**persona giuridica**" ci si riferisce a un insieme di norme che disciplinano comportamenti di individui umani, ma tali norme appartengono ad un "**ordinamento parziale**" (es. statuto delle società) che si inserisce all'interno dell'ordinamento giuridico totale.

—> All'**interno dell'ordinamento parziale** vengono attribuiti agli individui obblighi e autorizzazioni in forma indiretta, cioè gli individui compiono scelte o azioni secondo determinate regole dell'ordinamento giuridico parziale.

ALTRI CONCETTI GIURIDICI FONDAMENTALI:

● **OBBLIGO GIURIDICO:**

—> **Kelsen** per **obbligo o dovere giuridico** intende una situazione giuridica, qualificata attraverso norme, di un soggetto che è tenuto a certi comportamenti in forza di una prescrizione normativa contenuta in una o più regole dell'ordinamento (*è l'altra faccia del diritto soggettivo*).

—> **Hart** propone una **distinzione tra l'obbligo giuridico (avere un obbligo)** dall'espressione linguistica "sentirsi obbligati".

Esempio:

immaginatevi che entri un bandito mascherato durante la lezione e che quest'uomo punti un'arma contro la prof o contro uno di noi e dice "mi devi dare il portafoglio altrimenti ti sparo"

—> Hart si chiedeva se un soggetto a cui è rivolta una prescrizione così pressante ha l'obbligo giuridico di consegnare il portafoglio o qualora l'avesse consegnato **si fosse sentito obbligato**.

—> Hart ritiene:

- **l'obbligo**: è la situazione nella quale se non ci si conforma a quel comportamento

espressamente previsto da norme, ci sarà l'imputazione di una **sanzione**.

- **“sentirsi in obbligo”**: è una **concezione psicologica** che deriva da regole morali o sociali.

- **RESPONSABILITÀ:**

- CONTESTO DESCRITTIVO-FATTUALE**: *“le tempeste invernali furono responsabili della perdita dei materiali trasportati”*. Si descrive una situazione quindi la **responsabilità è imputabile a fatti non appartenenti al mondo giuridico**.

- CONTESTO NORMATIVO**: *“Il capitano della nave fu considerato responsabile del naufragio per negligenza”*. La responsabilità in senso prescrittivo è diversa perché impone la responsabilità a soggetti che, **sulla base di regole giuridiche**, sono riconducibili a conseguenze negative che chiamiamo sanzioni.

- **CAPACITÀ:**

- SIGNIFICATO DESCRITTIVO-FATTUALE**: capienza, idoneità, abilità allo svolgimento di attività.

- SIGNIFICATO NORMATIVO**: attitudine ad essere titolari di diritti e di obblighi (**capacità giuridica**), idoneità al compimento di atti giuridici, all'esercizio di diritti, alla partecipazione alla produzione normativa (**capacità di agire**).

- **COMPETENZA:**

- SIGNIFICATO FATTUALE**: idoneità a compiere attività e a svolgere funzioni in forza della preparazione e dell'esperienza possedute.

- SIGNIFICATO NORMATIVO**: facoltà/potere di regolare la condotta altrui, creando norme e assumendo decisioni.