

Sillogi dei brani letti e commentati nel corso delle lezioni
(ottobre-dicembre 2005)

1. *Sulla specificità della filosofia e il suo rapporto con la prassi giuridica (lezione introduttiva)*

«Tutte le scienze diverse dalla filosofia hanno oggetti tali che (...) vengono presupposti come accettati già all'inizio della scienza (...). Una scienza di tal fatta non deve giustificarsi circa la necessità dell'oggetto stesso che essa tratta; in generale, alla matematica, alla geometria, all'aritmetica, alla scienza del diritto, medicina, zoologia è consentito presupporre che ci sia una grandezza, spazio, numero, un diritto, malattie, animali, piante ecc. (...). L'inizio della filosofia ha per contro la scomodità che già il suo oggetto è necessariamente subito sottoposto al dubbio e alla contestazione»¹

«Soc. Ho notato spesso, mio venerabile amico, (...) che coloro che trascorrono molto tempo a discutere di problemi filosofici, quando si presentano di fronte ad un tribunale, si rivelano – come è naturale – oratori ridicoli.

Teod. In che senso lo dici?

Soc. Coloro che, sin da giovani, si aggirano per i tribunali e per gli altri luoghi del genere, di fronte a quelli che sono stati educati alla filosofia e a quel genere di discussione, rischiano di apparire come servi in confronto a persone libere.

Teod. E come mai?

Soc. Questi ultimi hanno a disposizione ciò a cui hai accennato tu, il tempo libero, e nel tempo libero, in pace, costruiscono i loro discorsi. Come noi, ora, per la terza volta ormai stiamo passando da un discorso a un altro, così fanno anche loro, se l'argomento che sopravviene, come è accaduto anche a noi, piace più di quello di cui stiamo discutendo: e non ha importanza se si tratti di un discorso lungo o breve, purché essi riescano a cogliere ciò che, in realtà, è. Gli altri, invece, parlano sempre in fretta – incalza infatti l'acqua che scorre nella clessidra – e non è concesso loro il tempo di discutere degli argomenti che desiderano, perché incombe l'avversario con una costrizione pressante, un confronto degli atti d'accusa: fuori dai limiti di questo argomento non è concesso parlare. Il loro discorsi riguardano sempre un compagno di schiavitù e sono rivolti ad un padrone seduto di fronte, che ha fra le mani una sentenza punitiva; la lotta non concerne altro che una pena nei loro confronti, spesso anzi, la corsa ha in palio la vita stessa. Il risultato è che, in seguito a queste esperienze, si fanno attenti e scaltri, apprendono il modo di adulare il padrone con le parole, ottenendone la benevolenza con il loro comportamento: si rinsecchiscono l'animo, diventando poco onesti»².

¹ G. W. F. HEGEL, *Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Oßwald, Heidelberg 1817 (G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, (Heidelberg 1817), trad. it. a cura di F. Biasutti, L. Bignami, F. Chierighin, G. F. Frigo, G. Granello, F. Menegoni, A. Moretto, Verifiche, Trento 1987, §§ 1-2, pp. 11-12).

² PLATONE, *Teeteto*, 172 c - 173 a (trad. it. L. Antonelli, Feltrinelli, Milano 2000, pp. 119-121)

2. Sul normativismo kelseniano³

«La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali. Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto. Se viene indicata come dottrina «pura» del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei»⁴.

«Essa vuole rappresentare il diritto come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto; essa si occupa del diritto reale e possibile, non già del diritto giusto. In questo senso, essa è una teoria radicalmente realistica. Essa si rifiuta di valutare il diritto positivo»⁵.

«Appunto per la sua tendenza antideologica, la dottrina pura del diritto si dimostra vera scienza giuridica perché la scienza, come conoscenza, ha la tendenza immanente a scoprire il proprio oggetto. L'ideologia invece nasconde la realtà perché, o la esalta con l'intenzione di conservarla o di difenderla, oppure la deforma con l'intenzione di distaccarla, di distruggerla e di sostituirla con un'altra. Ogni ideologia ha le sue radici nel volere, non nel conoscere, nasce da determinati interessi e, più esattamente, da interessi diversi dall'interesse della verità»⁶.

«La Grundnorm «non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo»⁷

«In uno stato monarchico un gruppo di uomini tenta, mediante un brusco rovesciamento, di porsi al posto del governo legittimo e di cambiare il governo, finora monarchico, in repubblicano. Se ciò riesce, cioè cessa l'ordinamento antico e comincia ad avere efficacia il nuovo, nel momento in cui l'effettivo comportamento degli uomini (...) non corrisponde più all'antico, ma in generale al nuovo, ci si comporta allora con questo come con un ordinamento giuridico (...). Si presuppone allora una nuova norma fondamentale. Se al contrario questo tentativo fallisse, perché il nuovo ordinamento rimane inefficace e non vi corrisponde l'effettivo comportamento dei destinatari delle norme, allora l'atto che si è compiuto non dev'essere considerato come promulgazione di una costituzione, ma come reato di altro tradimento (.....) Il contenuto della norma fondamentale riposa sopra quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento a cui corrisponde, fino ad un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso»⁸

³ Brani tratti da H.KELSEN, *Reine Rechtslehre. Eine Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien 1934 (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. R. Treves, Einaudi, Torino 2000).

⁴ *Lineamenti*, p. 47.

⁵ *Ivi*, p. 59.

⁶ *Ivi*, p. 60.

⁷ *Ivi*, p. 99.

⁸ *Ivi*, p. 100.

«Nel senso della teoria qui sviluppata il diritto è un determinato ordinamento (od organizzazione) della forza»⁹.

«(...) la coazione deve esser posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi a lui delegati»¹⁰.

«Da questa norma fondamentale non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico. Esse debbono esser prodotte da un particolare atto che le pone, atto non di pensiero, ma di volontà»¹¹.

3. *Sul realismo giuridico di A. Ross*¹²

« (...) tutte le metafisiche sono chimere e (...) non c'è altra conoscenza al di fuori di quella empirica»¹³

«È un principio della scienza empirica moderna che una proposizione circa la realtà (a differenza delle proposizioni analitiche e logico-matematiche) implichi che, adottando certe procedure e sussistendo certe condizioni, seguiranno certe esperienze dirette. (...) Queste procedure sono chiamate procedure di verifica e la somma delle implicazioni verificabili si dice costituire il “contenuto reale” della proposizione»¹⁴

«La concezione della scienza del diritto presentata in questo libro si fonda sul presupposto che il principio di verifica debba esser applicato anche a questo campo di conoscenza: che cioè alla scienza del diritto debba essere riconosciuto il carattere di scienza sociale empirica (...) Bisogna quindi chiarire con quale procedura si possano verificare le proposizioni della scienza giuridica, o quali siano le implicazioni verificabili»¹⁵

Le asserzioni riguardanti la validità o meno di una certa norma «non possono mai pretendere una assoluta certezza, ma possono solo essere affermate con un grado maggiore o minore di probabilità dipendente dalla forza degli elementi sui quali poggiano i calcoli circa il futuro»¹⁶:

«“Diritto valido” indica l'insieme astratto di idee normative che servono come schema di interpretazione dei fenomeni giuridici in azione, il che poi implica che queste norme siano effettivamente seguite e seguite perché esse sono sperimentate e seguite come socialmente vincolanti»¹⁷

«Da un punto di vista scientifico–descrittivo (...) è comunque impossibile distinguere un “ordinamento giuridico” da un “regime di violenza” perché la qualità con cui si

⁹ *Ivi*, p. 102.

¹⁰ *Ivi*, p. 98.

¹¹ *Ivi*, p. 97.

¹² Brani tratti da A. ROSS, *On law and Justice*, London 1958 (*Diritto e giustizia*, trad. it. G. Gavazzi, Einaudi, Torino 1965).

¹³ *Diritto e giustizia*, p. 281.

¹⁴ *Ivi*, p. 39.

¹⁵ *Ivi*, p. 39.

¹⁶ *Ivi*, p. 44.

¹⁷ *Ivi*, p. 19.

vorrebbe contraddistinguere il diritto non è una qualità oggettiva dell'ordinamento stesso, ma soltanto l'espressione in un modo in cui esso è sentito da un individuo»¹⁸.

«Forza è un fatto sociale, predominio su uomini, capacità di determinarli a comportarsi in modo conforme alla volontà di chi esercita il potere. (...) Se per potere sociale (forza) noi intendiamo la possibilità di distinguere le azioni di altri uomini, allora il diritto è uno strumento del potere ed il rapporto tra coloro che decidono che cosa è il diritto e coloro che sono soggetti al diritto è un rapporto di forza»¹⁹

«Appellandosi alla coscienza giuridica e a considerazioni pratiche, i giuristi cercano di fissare una certa interpretazione del diritto nella speranza che queste interpretazioni influenzino future decisioni»²⁰

4. Sulla *Jurisprudence analitica di Hart*²¹

«Questo tipo di definizione (*per genus et differentiam*) (...) è il più semplice e per qualcuno il più soddisfacente, perché ci offre un complesso di parole che può essere sempre sostituito alla parola definita. Ma esso non è sempre possibile, né, quando lo è, porta sempre dei chiarimenti. Il suo risultato dipende da condizioni che spesso non vengono soddisfatte. Una condizione essenziale è la presenza di un ampio gruppo di fenomeni o *genus*, la natura del quale ci sia del tutto chiara (...). È questa esigenza che rende questo tipo di definizione inutile nel caso del diritto, perché qui non vi è una generale categoria, familiare e ben compresa, di cui il diritto è membro. Il candidato più naturale per assumere questa funzione in una definizione del diritto è la generale categoria delle *norme di comportamento*: tuttavia il concetto di norma (...) è dubbio come quello di diritto»²²

«Vi è certamente un punto di contatto tra norme sociali e abitudini sociali: in entrambi i casi il comportamento in questione (...) deve essere generale se pure non necessariamente invariabile; ciò significa che esso è ripetuto, quando viene l'occasione, dalla maggior parte del gruppo (...). Ma, nonostante questa somiglianza, vi sono tre notevoli differenze. In primo luogo, affinché un gruppo abbia un'*abitudine* è sufficiente che i comportamenti dei suoi membri di fatto convergano (...). Ma una simile convergenza generale o addirittura un'identità di comportamenti non è sufficiente per produrre l'esistenza di una norma che impone quei comportamenti: dove esiste una simile norma le deviazioni sono generalmente considerate errori o colpe meritevoli di critica (...). In secondo luogo, dove esistono simili norme, non soltanto si rivolge di fatto questa critica, ma la deviazione dal modello viene generalmente considerata come una *buona ragione* per svolgere questa critica stessa (...)» La terza caratteristica, è data dall'*aspetto interno* delle norme, per cui «per l'esistenza di una norma sociale è necessario che almeno alcuni [membri del gruppo] considerino il comportamento in questione come un criterio generale di condotta che il gruppo nel suo complesso deve seguire. Una norma sociale ha un aspetto "interno", in aggiunta all'aspetto esterno che ha in comune con un'*abitudine* sociale e che consiste nel comportamento uniforme e regolare di cui un osservatore può rendersi conto»²³.

¹⁸ *Ivi*, p. 54

¹⁹ *Ivi*, p. 56.

²⁰ *Ivi*, p. 45.

²¹ Brani tratti da H. L. A. HART, *The Concept of Law*, London 1961 (*Il concetto di diritto*, introd. e trad. di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965).

²² *Il concetto*, p. 19.

²³ *Ivi*, p. 67-68.

«Nella vita quotidiana di un ordinamento giuridico la sua norma di riconoscimento è assai raramente formulata espressamente come norma: benché saltuariamente, può capitare che i tribunali inglesi dichiarino in termini generali qual è la posizione di un criterio di riconoscimento delle norme rispetto ad un altro (...) Nella maggior parte dei casi la norma di riconoscimento *si manifesta* nel modo in cui vengono individuate le norme particolari, da parte dei tribunali o di altri funzionari o dei privati o dei loro consiglieri»²⁴.

Da questo punto di vista, «dire che una norma è valida significa riconoscere che essa ha superato tutte le prove stabilite dalla norma di riconoscimento, e che quindi è una norma dell'ordinamento»²⁵

«Abbiamo bisogno della parola “validità”, e in genere la usiamo, soltanto per risolvere questioni che sorgono *all'interno* di un ordinamento di norme, nel quale la qualità di [essere] parte dell'ordinamento di una norma dipende dal fatto che essa soddisfaccia a certe condizioni stabilite dalla norma di riconoscimento. Nessuna questione di questo tipo può sorgere in relazione alla validità della norma stessa di riconoscimento che stabilisce questo criterio: questa non può essere né valida né invalida ma viene semplicemente accettata come adatta per essere usata in questo modo. Esprimere questo fatto con l'affermazione poco chiara che la sua validità è «assunta ma non può esser dimostrata», è come dire che noi assumiamo, ma non possiamo dimostrare, che la sbarra di un metro conservata a Parigi, che è il criterio definitivo per la correttezza di ogni misurazione in metri, è essa stessa corretta»²⁶;

«Infatti, mentre una norma inferiore dell'ordinamento può esser valida e, in questo senso “esistere”, anche se viene generalmente disobbedita, la norma di riconoscimento esiste soltanto come prassi complessa, ma di solito concorde, dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a certi criteri. La sua esistenza è una questione di fatto»²⁷

«(...) il diritto e la morale devono avere un contenuto specifico (...) senza un simile contenuto il diritto e la morale non potrebbero favorire quello scopo minimo di sopravvivenza che gli uomini hanno in vista quando si associano fra loro. In mancanza di questo contenuto gli uomini, così come sono non avrebbero motivo per obbedire volontariamente a nessuna norma: e senza un minimo di cooperazione dato volontariamente da parte di coloro che ritengono nel loro interesse a sottomettersi e conservare le norme, sarebbe impossibile la coercizione nei confronti di coloro che non si conformassero volontariamente»²⁸

²⁴ *Ivi*, pp. 119-120.

²⁵ *Ivi*, p. 121.

²⁶ *Ivi*, p. 128.

²⁷ *Ivi*, p. 130.

²⁸ *Ivi*, p. 225.