

FILOSOFIA DEL DIRITTO

Lez.1 22/09/2014

“Ubi societas ibi ius”.

La scuola e l'università sono piccole società. Da dove deriva il termine università?

“Universitas bonorum et personarum”: insieme di beni e persone (studenti e professori).

Maggiore età: conseguimento della capacità di agire; responsabilità, essere adulti.

L'università ha una funzione professionalizzante.

La Costituzione parla dell'università; all'art. 33 dichiara che arte e scienza sono libere.

Secondo qualche iusromanista il diritto è l'arte del bene e del giusto.

Ci sono due anime nel professore universitario: ricercare e docere; egli insegna quello che produce, che rielabora scientificamente. I buoni professori sono quelli che producono molto, scrivono molti libri.

In Europa il diritto è elaborato non solo in tribunale, ma anche nelle aule universitarie.

Cos'è il diritto? È una scienza? O ha una scienza? O è oggetto di una scienza?

Giurisprudenza ---> Prudenza: saggezza pratica, sapere eminentemente pratico.

C'è chi dubita che si possa parlare di scienze giuridiche, che in verità si debba parlare di giurisprudenza. Scienza e prudenza non sono la stessa cosa. La scienza si limita alla teoria, senza la pratica. Il diritto ha a che fare con la capacità discorsiva.

Il diritto è un qualcosa che si può toccare? Non ha una corporeità, ma si può esperire cosa è il diritto? Viene tutto dalla testa o viene anche dal cuore, dai sentimenti, dalla vita?

Diritto: modo per distribuire i diversi interessi in conflitto. Si muore in assenza di diritto?

Quando abbiamo visto per la prima volta il diritto, diritto vivente, esercitato, applicato?

Cosa è conforme al diritto? Giusto/ingiusto, legale/illegale. Esperienze sentimentali di giustizia, empiria del diritto; imparare a vedere il diritto.

Esperienza di ingiustizia: “è mio”, violazione della proprietà; “ha un pezzo più grande del mio”. Questo sulla base di un principio generale di uguaglianza.

Aristotele direbbe: problema di giustizia distributiva, problema di filosofia del diritto.

Sentimento, domanda di giustizia. Esperienze chiamate antropologiche: tutti gli esseri umani le fanno prima o poi.

Il giurista si atteggia e elabora i fatti alla stregua delle norme, relaziona i fatti alle norme.

Lettura del giornale utile per lavorare sui fatti. “Il PD sfida Renzi: intesa sul lavoro o referendum”.

Artt. 48-49 Cost. sulla libertà dei partiti politici: le decisioni vanno prese con metodo democratico. Cos'è il metodo democratico? Tutti devono trovare un'intesa.

Le minacce devono essere sanzionate? Dipende dal male che si minaccia. Sono permesse le minacce politiche. La minaccia è quello che caratterizza la politica da Machiavelli; questa è la politica libera, dei partiti, garantita dall'art. 49 Cost..

Decapitazioni. Testimonianza per sentito dire. Un uomo vestito di nero minaccia un uomo inginocchiato vestito di arancione. Messaggio politico. Esiste un filmato visto dai giornalisti e dall'intelligence. Non esiste ragionevole dubbio che sia successa. Diritto è chiedersi perché. Immagini non trasmesse per eventuali conseguenze su persone malate, pericolo di emulazione. Persone non capaci di distinguere il giusto dall'ingiusto, la realtà dalla virtualità. Paranoici: da para nous.

Si impara moltissimo lavorando sui casi (metodo americano).

Sofia è la saggezza.

Programma per i non frequentanti: studiano sui libri: “Filosofia del diritto”, Guastini, Chiassoni, Barberis (scuola analitica genovese, si richiamano tutti essenzialmente al filosofo Norberto Bobbio: giuspositivismo, filosofia del diritto positivo), manuale della scuola giuspositivista postbobbiana, scritto da 15 autori; “Giuristi e filosofi”, Barberis.

Programma per i frequentanti: sito del dipartimento --> studenti --> materiali didattici --> filosofia del diritto. Tre readers per tre materie: fatti (dieci casi fondamentali per la storia della filosofia del diritto in tutto il mondo. Dal giudizio di Salomone al caso Englaro), fonti (dieci fonti del diritto: Codex Hammurabi, Antico Testamento Decalogo, Codex Iuris Civilis, elementi giuridici del Corano, Decretum Gratiani fondante il diritto canonico, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, Leggi razziali, Statuto del tribunale internazionale di Norimberga), filosofi (dieci: Etica nicomachea di Aristotele, la prima filosofia della giustizia e la più significativa; Hobbes; Beccaria; Kant; Jhering, giusrealismo; Kelsen; Habermas; Derrida).

Lez. 2 24/09/2014

Socrate rifletteva sui limiti della possibilità di sapere. Non ha avuto molto a che fare con il diritto.

Aristotele, allievo di Socrate, si è occupato di diritto e giustizia anche perché Socrate era stato condannato a morte per la sua filosofia. I filosofi necessitano di libertà.

Costituzione:

principi fondamentali

diritti e doveri

disposizioni finali e transitorie (18)

Art. 21 Cost.: tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

Cos'è il pensiero? Un'idea. Nel caso di Socrate parliamo di filosofia o pensiero filosofico. Una qualificazione giuridica di un fenomeno. La filosofia (fenomeno) rientra nella fattispecie pensiero.

Il pensiero è protetto anche contro l'obbligo di manifestarlo.

Questo entra in un'altra fattispecie, la libertà di comunicazione.

Art. 19: prima viene la libertà religiosa poi il pensiero.

Art. 18: libertà di associazione. La religione è un fenomeno associativo, consociativo. Connessione intrinseca con la libertà di religione.

Art. 17: libertà di riunione. La riunione può essere solo temporanea, non ha un'organizzazione.

Art. 16: libertà di circolazione. Bisogna circolare per andare ad una riunione. La circolazione è ancora più temporanea, movimentata, ma è il movimento dei corpi.

Art. 15: libertà di comunicazione. Si parla di comunicazione privata, mentre quella dell'art.21 è pubblica. Una persona che comunica con altre è il primo passo della socializzazione, secondo i sociologi.

Art. 13: libertà personale. È la libertà del corpo e dello spirito intesi come un tutt'uno. Libertà della persona da arresti, coercizioni illegittimi e arbitrari.

Art. 14: proiezione della persona nel suo ambiente domestico, nel suo ambito privato.

Viene ad essere quasi un racconto leggendo le disposizioni insieme. Lettura e interpretazione sistematica degli articoli, cosa che fa il professore, lo scienziato del diritto; produce sistemi.

Il diritto è un sistema, un insieme ordinato di norme. Il diritto ha a che fare con l'ordine, soprattutto il diritto in senso oggettivo. I buoni giuristi sono gestori di disordini ma devono sapere mettere in ordine le loro cose, le norme.

Cos'è il diritto? Il libro di testo cerca di dare una risposta sulla base della filosofia analitica; analitica del linguaggio soprattutto, sviluppata da alcuni allievi del prof. Bobbio della scuola genovese. Di filosofie ce ne sono tante quanti vorrebbero essere filosofi.

Art. 33 Cost.: la scienza è libera. Ci sono tante filosofie, tanti modi. Quella di Grossi è un'altra filosofia, che egli definisce quella vera. Difficile dire qual è la filosofia vera e quella falsa. C'è una pluralità di filosofie ed ognuna di esse ha qualcosa da insegnare, dipende

da noi.

Il reader è un tentativo di insegnare all'americana o con pragmatismo anglicano. Una parte è dedicata ai casi. Una parte alle fonti: scritture autoritative di norme, dal più antico codice di Hammurabi fino al Corano, al Decalogo, alle leggi razziali. Queste sono fonti che fanno pensare, fanno filosofeggiare chi si occupa di diritto. Questo è un approccio più europeo, da civil law. La terza parte è dedicata alle fonti filosofiche, agli autori che hanno dato molto da pensare a quelli dopo di loro. Si possono anche definire autori classici: autori trans-generazionali, di cui tutti riconoscono l'autorità. Il criterio formale è quello della fecondità del pensiero: un pensiero che stimola nelle generazioni successive nuovi pensieri. Ad esempio molto del pensiero politico moderno si trova già in Aristotele. Eppure ciò che hanno detto i classici è sempre suscettibile di più di una interpretazione. Sono classici perché dicono ad ogni generazione un'altra cosa, sono variamente interpretabili.

Hegel filosofo tedesco, filosofo della storia, ha avuto interpreti molto variegati: Marx ha interpretato Hegel, l'ha anche criticato ferocemente. Marx hegeliano "di sinistra", Gentile "di destra". Gentile ai primi del Novecento [cronologia, ordine nel tempo], di Firenze [geografia, ordine nello spazio], insegnò a Pisa alla Scuola Normale, fu legato al fascismo e per questo è stato ucciso nel 1943 dai partigiani. Gran parte della filosofia italiana è tributaria di Hegel. Poi si sono pentiti e da allora si insegna un po' meno. Hegel: pensiero tricotomico, filosofia dello spirito e della realtà, rapporto tra realtà e ragione, rapporto tra idea e realtà, la realtà è l'incorporazione dello spirito, tutto ciò che è reale è razionale. Posizione opposta è quella di chi pensa che si debba separare ciò che è da ciò che deve essere. Questo è il primo tentativo della filosofia del diritto, la distinzione tra essere e dover essere che avviene già nel nostro linguaggio.

Proposizione descrittiva: "quel ramo del lago di Como". Descrizione di fatti veri.

Proposizione prescrittiva: "questo matrimonio non s'ha da fare". I giuristi lavorano principalmente su queste.

Proposizione esclamativa-espressiva: "che bello". Discorsi che interessano l'estetica. Bello/brutto.

Giudizi su fatti: è vero/non è vero. Giudizi morali-etici: bene/male (Nietzsche "al di là del bene e del male", superamento della morale). Giudizi che hanno a che fare con il diritto: giusto/ingiusto, legale/illegale, vietato/permesso.

Il linguaggio delle norme è il linguaggio del dover essere della giustizia. C'è chi ritiene che siano inclusi i giudizi sul bene e sul male; altri che il diritto debba essere separato dalla morale (vedi 15 autori del manuale). Questo è un problema della filosofia del diritto.

Le norme sono proposizioni prescrittive di comportamenti. Le norme ci dicono che fare, che dare (azione di carità, scambio) o che dire; tipici contenuti di norme giuridiche; condotte, comportamenti, atteggiamenti. L'approccio analitico è scoprire le strutture fondamentali del discorso giuridico, semplificare il più possibile e cercare di costruire un sistema del linguaggio giuridico.

Nessuno sa quante norme esistono nel mondo, non si possono censire; forse esistono più norme che esseri umani. Comunque tutte queste norme si dividono in: norme che comandano, norme che vietano, norme che permettono.

Cartello "Vietato fumare": è una norma? Per vederlo bisogna vedere se è incluso un operatore deontico: qualcuno usa una freccia o altro simbolo. Gli operatori deontici sono tre: divieto, comando e permesso. Quando il legislatore usa "è" si potrebbe avere il dubbio che sia una frase descrittiva, invece quando usa l'indicativo il legislatore lo fa per rafforzare la norma, il dovere, dovere assoluto, inderogabile.

Es. art. 70 Cost. "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere": è una proposizione prescrittiva, la funzione legislativa DEVE essere esercitata esclusivamente dalle due Camere. La funzione legislativa è quella che permette di produrre le leggi, legiferare: è una condotta che spetta al parlamento. Il parlamento bicamerale PUO' legiferare, non DEVE (ogni tanto deve, ma non è l'art. 70 che lo dice,

vedi leggi fiscali) né gli È VIETATO.

DEVE è il comando. È VIETATO è non può, deve non. È PERMESSO si può.

Questa è una disposizione di competenza: la seconda parte della Costituzione riguarda i poteri.

Più che i numeri bisogna conoscere cosa c'è dietro la norma. D.P.C.M. è la fonte, l'atto che produce un testo normativo. La legge parlamentare è una delle fonti, il D.P.C.M. È una fonte secondaria. L'art. 70 è una fonte del diritto, enuncia una disposizione. Le disposizioni si leggono ma per comprenderle vanno interpretate. L'interpretazione è quel procedimento intellettuale con cui dalla disposizione si ricavano una o più norme. Uno può interpretare l'art. 70 come un dovere di legislazione, o come un semplice potere. Il Parlamento che non legifera può essere sciolto, può essere punito? Questione controversa. Da questo testo si possono tirare fuori delle norme che non si conciliano tra loro, e quindi bisogna scegliere: la scelta solitamente è ad opera del Parlamento, talvolta in caso di lite è fatta dal giudice competente. L'interpretazione è una attività intellettuale dei giuristi su scritture, fonti scritte, consuetudini, non solo su fonti-atto ma anche su fonti-fatto (condotte che si ripetono nel tempo e che i più ritengono doverose). L'interpretazione è una riformulazione del contenuto di una scrittura legislativa nella forma di una proposizione prescrittiva.

Bisogna cercare sempre di rispondere utilizzando uno dei tre operatori; è l'attitudine dei giuristi.

Deve – comando

Non può/deve non - divieto

Può -

La fonte è l'atto che produce un testo normativo.

Siamo partiti dal diritto in senso oggettivo: insieme di norme che cercano di realizzare un ordine in un'organizzazione sociale o politica. Questo insieme si chiama anche ordinamento.

Ma c'è anche il diritto in senso soggettivo: consiste di emozioni, pulsazioni, pretese. Le pretese spesso hanno anche a che fare con la morale. Diritto come una serie di attese, aspettative; sociologi del diritto: aspettativa di un'aspettativa altrui; attese di certe condotte. In ogni diritto c'è qualcosa di soggettivo.

Scopriamo così due significati del termine diritto: diritto oggettivo e diritto soggettivo. Non bisogna parteggiare per uno o per l'altro, sono due facce della stessa medaglia. Il diritto in senso progressivo è un insieme di pretese disciplinate da norme, o di attese generate da norme. Oppure un insieme di norme che sostengono pretese o generano attese.

Art. 24 Cost. “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti”: questo è un diritto non solo soggettivo, serve a mettere ordine, seminare pace, imporre un ordine oggettivo. Il giudice che giudica, aggiudica i diritti, si preoccupa di trovare un giusto ordine; è un servitore del diritto in senso oggettivo. I giudici devono badare tanto al rispetto dei diritti oggettivi quanto alla realizzazione dei diritti soggettivi. Il simbolo del buon giudice, la dea della giustizia è bendata ed ha nella mano destra la bilancia e nella sinistra la spada: bilancia come equilibrio tra l'uno e l'altro, tra il pro e il contro, il soggettivo e l'oggettivo. Allegoria del diritto.

Le norme sono generali e astratte perché disciplinano non il singolo, ma la generalità, la totalità.

Art. 54 Cost. “tutti i cittadini hanno l'obbligo di essere fedeli alla repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi”.

La generalità significa che le leggi si rivolgono a tutti, non hanno destinatari individuali o individuabili (questo lo fa il provvedimento amministrativo o la sentenza, che non sono norme ma decisioni concrete). Astratto vuol dire ovunque e sempre, per un tempo indeterminato. Ci sono norme più o meno generali e norme più o meno astratte. Le norme meno generali si chiamano speciali (es. art. 54 comma 2 per i dipendenti pubblici). Le norme meno astratte fatte per periodi determinati, limitati nel tempo sono eccezionali (es. il

d.l. le cui norme temporanee vengono trasformate in permanenti dalla legge di conversione). Il contrario di norme generali è norme speciali. Il contratto di norme astratte è norme eccezionali.

Le norme hanno normalmente la struttura di principi o regole.

Le norme che esprimono principi hanno questa struttura: "è dovere", "è prescritto", "è vietato", "è permesso", che vuol dire ovunque e sempre. Questo è un principio. Troviamo molte norme di principio nella Costituzione, ma li troviamo anche in leggi, es. le leggi quadro dello stato per la legislazione delle regioni, e all'inizio dei testi legislativi perché dal principio si passa al dettaglio, alle regole. Le norme di principio sono le norme più generali, le regole tendono ad essere sempre più dettagliate.

Le regole hanno un'altra struttura: se a allora b. È condizionale. Se a (fattispecie) b (conseguenza giuridica). Nel caso del divieto di fumare la sanzione è comandata, dobbiamo sanzionare. Tutto il pensiero dei giuristi, massima esaltazione della filosofia analitica, è riconducibile ad un sillogismo giuridico; è logico e ciò che è logico può essere espresso per tre tappe:

1. premessa maggiore - norma nella forma di una regola: se a allora b;
2. premessa minore – realizzazione della fattispecie, giudizio empirico;
3. conclusione – conseguenza giuridica, la sanzione deve essere applicata al soggetto del caso.

Questo è logico, è la massima logicità. Questa è la parte logica, la summa del lavoro dei giuristi; ma il vero lavoro dei giuristi è la costruzione della norma, che si deve tirare fuori dalla lettura delle scritture normative.

Costruzione della norma, ossia interpretazione, e ricostruzione del caso. Come si ricostruisce il caso? Bisogna trovare la realtà dei fatti, bisogna verificare se davvero quel fatto è successo. Come elaborano i giuristi questo fatto? Con gli accertamenti, mediante prove testimoniali, prove materiali, presunzioni (es. che un testimone davanti al giudice dica la verità), tecniche investigative. Spesso i nostri giuristi non sono sufficientemente realisti.

La sanzione deve essere organizzata, uno non può farsela da solo perché nel nostro ordinamento vige il divieto di farsi giustizia da sé (reato di violenza privata). Questo corrisponde al monopolio della forza legittima dello Stato, solo lo Stato può farsi giustizia. Questo è il diritto, e non funziona se non c'è uno Stato. Per alcuni il diritto è soprattutto questo, coercizione comandata da norme di natura sostanziale, procedurale, di esecuzione forzata, di diritto pubblico che disciplinano le forze armate.

Es. furto di un libro: diffida → citazione in giudizio → processo → sentenza di condanna → notificazione della sentenza di condanna → processo di esecuzione forzata → notificazione da parte dell'ufficiale giudiziario → notificazione da parte dell'ufficiale giudiziario con l'intervento della forza pubblica.

Oggi cerchiamo di allontanare il più possibile il momento della forza fisica, cerchiamo di vivere senza la forza. La gente ad un certo punto comincia ad obbedire e la semplice parola, l'ordine, trova obbedienza, anche perché tutti gli atti di esecuzione forzata hanno un costo a carico del debitore: quindi conviene obbedire. Non parliamo poi degli altri gradi di giudizio. La forza viene spiegata il meno possibile: sussidiarietà. I realisti dicono che il diritto cerca di nascondere la forza, nel diritto si creano dei rapporti di forza. C'è chi dice che il diritto è tutta una serie di imperativi: tutto questo funziona se leggiamo b per sanzione negativa.

Esistono anche sanzioni positive e premi (es. in Cina premio per chi registra all'anagrafe il primo figlio). Questo è il diritto premiale, molto più raffinato ed adeguato alla società capitalistica.

Il diritto è pieno di norme che non si possono conoscere totalmente: servono più o meno fonti, disposizioni e norme? Ci serve più diritto o meno diritto? Dipende (per i socialisti più diritto, per i liberali meno diritto). Deregulation: avere meno regole.

Delegification: avere meno fonti legislative (quelle dell'art. 70 Cost.), più fonti regolamentari (D.M., D.P.C.M., ecc.). La delegificazione non è una deregulation, anzi produce ancora più regole.

Facciamo un esperimento filosofico (quello di Bobbio): riduciamo tutto il mondo delle norme ad una sola:

- tutto è dovuto → regno della divina provvidenza, tutto ciò che succede Lei l'ha già previsto
- tutto è vietato → tirannia, mondo alla Orwell
- tutto è permesso → anarchia, Bakunin.

Questi mondi sono teorizzabili dai filosofi.

La risposta giusta è né troppo diritto, né troppo poco: là dove serve un buon numero, dove non serve semplificare. Servono delle norme per la bioetica, la fecondazione eterologa. La risposta va contestualizzata, dipende dalla complessità dei problemi. Laddove la complessità cresce servono più norme, le norme possono essere una necessità ma anche questo è un problema filosofico.

Lez. 3 29/09/2014

Il diritto può essere definito come un insieme di norme giuridiche. Il diritto come insieme di norme è quello che Bobbio ha cercato di tradurre in una teoria dell'ordinamento giuridico. L'idea tradizionale è che il massimo degli ordinamenti giuridici sia lo Stato. Tutto il diritto può essere diviso in diritto pubblico e diritto privato. Il diritto pubblico sarebbe, secondo questo punto di vista, il diritto dello Stato, mentre il diritto privato sarebbe il diritto della società. Una dicotomia (divisione in due) della materia del diritto che consente di attribuire a tutte le norme un attributo, pubblico o privato. Ciò in teoria funziona, nella prassi non sempre. Esistono tanti giuristi per i quali esiste un terzo (tricotomia), qualcosa di mezzo, il diritto sociale; qualcuno dice che è il diritto dell'economia, che è trasversale rispetto alla distinzione pubblico/privato; qualcuno dice che anche il diritto dell'ambiente è un terzo diritto; qualcuno aggiunge il diritto della cultura, il diritto delle religioni.

Bisogna sapere distinguere il diritto pubblico da quello privato, utilizzando alcuni criteri. Secondo Ulpiano il diritto pubblico è tutto ciò che riguarda la cosa romana; il diritto privato è tutto ciò che riguarda l'utilità dei singoli. Elaborazione dottrinale che si trova ancora oggi nei testi dei giuristi, e che si può utilizzare. Bisogna guardare il contenuto delle norme: se si cerca di concretizzare un interesse pubblico, di tutti o quanto meno di una collettività che può essere considerato un soggetto composto da un numero indefinito di persone fisiche; o viceversa si hanno delle regole che disciplinano rapporti tra singoli, privati. La famiglia è un piccolo ordinamento, o meglio istituto. Il maggior numero degli ordinamenti li abbiamo non nella società ma nel settore pubblico. L'art. 114 Cost. cita tutti gli ordinamenti o enti che costituiscono la res romana, la res publica: comuni, province, città metropolitane, regioni, Stato. Ci sono altri ordinamenti al di sopra dello Stato (art. 11 Cost.). Il diritto pubblico oggi si dice multilevel. Al di sopra della Repubblica Italiana c'è un'organizzazione chiamata Unione Europea (28 Stati). Poi c'è il Consiglio d'Europa (47 membri) che produce trattati internazionali, ha prodotto la CEDU ed ha la corte a Strasburgo. Poi c'è l'ONU (193 membri). L'ONU ha delle figlie: OIL (lavoro, sede a Torino), FAO (agricoltura, sede a Roma), WHO (salute), WTO (commercio). Questi sono ordinamenti parziali delle Nazioni Unite. Internet è un ordinamento pubblico degli Stati Uniti, parzialmente pubblico o privato?

L'art. 11 Cost. prevede la limitazione della sovranità dello Stato che consente la formazione di un ordinamento sovranazionale ispirato a due principi: pace e giustizia. L'Unione Europea è pace, giustizia un po' di meno (per gli Stati del sud). L'UE è ancora sufficientemente giusta? La Costituzione usa la parola giustizia. Giustizia è non solo ciò

che viene amministrato dai giudici, forse è qualcosa di più della semplice giurisdizione. Sappiamo che il diritto internazionale ha funzionato e funziona senza giudici.

La NATO è un altro ordinamento rispetto a cui l'Italia ha limitato la propria sovranità.

Oggi il diritto è caratterizzato dall'esistenza di una pluralità di ordinamenti. Navigare tra questi non è facile perché ognuno di essi ha un suo ambito di applicazione particolare. Il diritto dell'UE non abbraccia tutto il diritto di tutti i paesi, ma disciplina alcuni aspetti del mercato comune, delle dogane, dell'integrazione, ecc.. Così il diritto delle Nazioni Unite. Il diritto internazionale disciplina i rapporti tra Stati.

Cos'è uno Stato? L'Italia è una nazione che nell'800 voleva costituirsi in uno Stato nazionale; prima dell'Unità in Italia c'erano tanti Stati (Stati preunitari) e staterelli. Lo Stato è un fenomeno storico di organizzazione politica. Lo Stato è un concetto inventato da Nicolò Machiavelli. C'è chi dice che tutti gli ordinamenti che precedono lo Stato sono ordinamenti parziali che fanno parte dello Stato, e la dottrina chiama questo lo Stato-ordinamento. L'art. 114 Cost. vuol dire lo Stato centrale e tutti gli ordinamenti che costituiscono la Repubblica. Quando si parla di diritto internazionale si parla del diritto che regola i rapporti della Repubblica italiana con gli altri Stati, con gli Stati Uniti come Stato federale, con la Repubblica Federale di Germania come Stato e con le organizzazioni internazionali come l'UE e l'ONU.

Abbiamo trovato il genus "organizzazione politica". Cos'ha l'organizzazione politica in più di una qualsiasi organizzazione sociale come la Chiesa o il sindacato? Lo Stato è un'organizzazione politica che si distingue per alcuni attributi particolari: popolo, sovranità, territorio. Lo Stato è un popolo dotato di sovranità su un territorio. Cosa sono la Palestina e l'ISIS? Problema di qualificazione giuridica, di sussunzione del caso ISIS sotto la definizione di Stato. Le risposte possibili sono sì/no/non ancora/giammai oppure "sì a patto che". L'ISIS non è uno Stato al momento, ma vorrebbe essere uno Stato. Cosa c'è tra il volere e l'essere? Serve il riconoscimento della comunità internazionale, disciplinata dall'ordinamento dell'ONU; per diventare membro dell'ONU bisogna essere Stati. L'ISIS necessita di riconoscimento, e finora nessuno l'ha riconosciuto ma perché sono così fondamentalisti che non ci tengono ad essere riconosciuti. Questo sposta di poco la questione perché ad un certo punto avranno il diritto ad essere riconosciuti. Ricordando la definizione di Stato come popolo, sovranità e territorio, il territorio è l'elemento meno incontrovertibile, è parte dell'Iraq e della Siria; è un popolo islamico, ma non esiste il concetto di popolo nell'Islam, ma di ummah, la comunità dei fedeli, di tutti quelli che credono in Allah. Questa è una comunità come abbiamo anche nel diritto canonico, popolo dei "Christi fideles". Si potrebbe dire che questo Stato qualche sostrato di popolo ce l'ha, anche se non siamo più abituati a riconoscere gli Stati teocratici. C'è la sovranità?

Cos'è la sovranità? Prima la sovranità l'aveva il re. Dante era stato un grande teorico della monarchia: "la monarchia", filosofia dello Stato ed anche filosofia del diritto. Come riconosciamo la sovranità? Come distinguiamo uno Stato sovrano da uno che sovrano non è, uno Stato fantoccio? La RSI (1943-1945) fu Stato? Aveva il popolo dei repubblicani; il territorio del lago di Garda; aveva la sovranità? Mussolini aveva il governo, ma non era sovrano. Tutti gli alleati della Germania l'avevano già riconosciuta come Stato. Ma, obiezione degli storici, questo governo dipendeva dal regime nazista: esistevano ufficiali delle forze armate tedesche occupanti che intercettavano e controllavano tutte le decisioni di quel governo; era subordinato alle forze armate tedesche e per questo tramite al governo del Führer. Da questo possiamo estrarre una definizione classica di sovranità in latino: "superiore non reconoscens", sovrano è colui che non riconosce un superiore. Si può parlare di potere originario, non derivato, la cui legittimazione non deve ad altro ordinamento. La RSI non è Stato sovrano, ma Stato fantoccio. Ci sono dei poteri che possono essere presi come indicatori di sovranità, studiati per primo dal giurista francese Bodin (sei libri sullo Stato, albori della modernità). Qual è il primo Stato in Europa, Stato moderno, Stato inteso come prodotto della modernità? Lo Stato francese nato nell'800? Lo

Stato inglese con i Normanni (antico diritto in francese, "law french")? Questo è un mito, un potere personalizzato, santificato. Si potrebbe dire che il primo vero Stato dell'Europa era lo Stato pontificio. La risposta a questa innocua domanda di storia dipende un po' dalla filosofia che si ha, dalle idee che si hanno sulla necessaria spersonalizzazione del potere, sulla necessaria secolarizzazione del potere nello Stato, sulla necessaria territorializzazione del potere: non comandi su persone, come nei clan (appartenenza personale, governo indipendente dal territorio), ma sul territorio.

I quattro indicatori: spada, bandiera, toga, moneta. La spada è, come teorizzato da Max Weber (inizi '900), il monopolio della forza legittima; quella dello Stato è la forza legittima, garantisce la pace. La bandiera simbolizza un potere non militare ma civile, sia verso l'interno che verso l'esterno; è un simbolo della capacità civilizzatrice verso la società, dei valori; della capacità di mantenere relazioni diplomatiche non basate sulla forza, ma su patti. Potere di difesa (spada) e potere di bandiera (estero) sono i due poteri tipici della sovranità e peraltro nella forma di governo presidenziale e semipresidenziale sono affidati al presidente. La toga sta per il potere della giurisdizione, il potere che amministra la giustizia e garantisce la pace; dove non c'è giustizia ci si fa giustizia da sé. La moneta rappresenta... L'Italia ha ancora una sua sovranità monetaria perché, volendo, potrebbe uscire dall'euro.

"Date a Cesare quel che è di Cesare e date a Dio quel che è di Dio" prelude all'art. 7 Cost.: ognuno sia sovrano nel suo ordine, temporale e spirituale, separati. I rapporti tra Stato e Chiesa sono regolati da un concordato: principio concordatario. Il primo concordato è stato il concordato di Worms (1140), quando si è fatto grande lo Stato pontificio; ci sono tracce di questo nel Decretum Gratiani; modello per la costruzione dello Stato pontificio.

Si discute delle forme dello Stato: quali sono? Abbiamo studiato la filosofia delle forme dello Stato di Platone e Aristotele: democrazia, aristocrazia, monarchia. Per quanto riguarda la struttura del potere che esercita la sovranità si parla oggi delle forme di governo, una volta le forme di Stato e le forme di governo erano tutt'uno. Cosa distingue il governo del popolo dal governo di pochi o dal governo di uno? Il criterio formale è il numero dei governanti. Secondo Bobbio al criterio formale (quanti sono) si aggiunge quello qualitativo: buon governo, cattivo governo.

Monarchia/tirannide

Aristocrazia (governo dei migliori)/oligarchia

Democrazia/oclocrazia

Michels, scienziato degli inizi del secolo scorso, parla di "legge ferrea dell'oligarchia", qualunque organizzazione politica prima o poi diventa oligarchia. Alla fine del fascismo chi ebbe più forza fu un'oligarchia, Mussolini fu cacciato dal gran consiglio del fascismo, dai gerarchi.

Giovanbattista Vico: teoria ciclica della storia, 1700, secolo dei lumi, Napoli. "Nova scienza" elaborò una teoria ciclica sull'evoluzione delle forme politiche nel tempo: tutto parte dalla monarchia, si arriva all'aristocrazia, alla democrazia, poi siccome il popolo non ce la fa a governarsi elegge un monarca, torna alla monarchia. Per Vico il punto di ritorno è sempre la monarchia.

C'è chi dice che non riesce a stabilizzare alcuna forma, nessuna di queste forme sarà perenne, tranne colui che ha parlato di repubblica. Il Machiavelli ("Il principe") contrappone come repubbliche quelle pisana, fiorentina, veneta e genovese ai vari ducati e staterelli con forme di governo monarchico. Distingue teoricamente repubbliche aristocratiche da repubbliche democratiche, ma ritiene che quelle democratiche non siano possibili, non si riescano a stabilizzare. Questa è un'idea di repubblica come denominatore comune di aristocrazia e democrazia. C'è chi dice però che la repubblica sia in fondo un concetto che ha inglobato tutte le tre forme di governo cioè che esistono anche delle repubbliche monarchiche. Perché si potrebbe dire che la repubblica è quella forma di governo nella

quale il bene comune, il bene della collettività è la massima alla quale servono tanto i monarchi quanto gli aristoi quanto il popolo stesso. Una buona monarchia è repubblicana, una cattiva è tirannide. In Europa esiste anche questo modo di leggere il repubblicanesimo. Anche Kant pensa che esista una res publica monarchica, perché magari aveva pensato a Federico il Grande. E tornando indietro si trova l'idea di una res publica cristiana nella quale il cesare è solo il primo reggitore. La nozione di repubblica è quindi molto più ampia.

Art. 1 Cost. "l'Italia è una repubblica": deve essere una repubblica nella quale l'interesse di tutti prevale sull'interesse individuale e nella quale le leggi siano a governare più che gli uomini, o meglio gli uomini governino solo secondo le leggi fatte per tutti. Questo lo rivedremo nella teoria del governo delle leggi, argomento platonico e aristotelico, fino alla filosofia detta del cosiddetto costituzionalismo.

Lez. 4 06/10/2014

La settimana prossima a Torino alla biblioteca Peterson dell'Università degli Studi: il 17 ore 14-18 e il 18 ore 9-13, corso di formazione in didattica della shoah. Molti (come Barberis) ritengono che c'entri con la filosofia del diritto. Partecipano diversi filosofi, il titolo è "Il giardino della memoria". Breve introduzione sulla musica della shoah. Relazione di Simona Forti (filosofia politica) sul concetto del parassita. Claudio Vercelli della comunità ebraica compie un'analisi filologica delle parole che seminano l'apocalisse. Erbaccia del vicino, il mito del buon italiano. Come parlare di questi temi? Come insegnarli? Israele giardino senza pace: conseguenza dell'esperienza della shoah per la questione di diritto internazionale riguardo all'esistenza ed il diritto ad esistere dello Stato di Israele. 3 CFU preparando una relazione.

Sul sito del dipartimento ci sono due dispense: una contiene un'introduzione al diritto e alla politica; l'altra affronta la questione di cosa è e perché conviene studiare la filosofia del diritto.

Alla domanda "cos'è la filosofia del diritto?" si può dare una risposta se la si suddivide in due parti: cosa è la filosofia? e cosa è il diritto? Bisogna vedere in che relazione sta uno con l'altra. Domande non facili da affrontare. Quale relazione c'è tra filosofia e diritto? Linguisticamente si può dire che la filosofia del diritto sarà una specie particolare della filosofia; ma c'è anche chi pensa che sia una disciplina speciale del diritto. Questo vuol dire che c'è una filosofia del diritto fatta dai filosofi, ed una filosofia del diritto fatta dai giuristi: probabilmente l'uno non funziona senza l'altro. Probabilmente la filosofia del diritto è sia una parte della filosofia sia una parte del diritto. Come fare dialogare i filosofi con i giuristi? Oggi molti filosofi del diritto sanno molte cose sulla filosofia ma poche cose sul diritto; e viceversa abbiamo dei giuristi che sanno molte cose del diritto ma poche cose della filosofia. Come superare questo? Bisogna studiare sempre quello che non si conosce, quello che non si sa. E quindi un buon corso di filosofia del diritto è un percorso che cerca di avvicinarsi alla filosofia. Che cosa possono dirci i filosofi sulla filosofia del diritto? Dobbiamo imparare l'arte del dialogo. "Dia logos": discorso tra due. Socrate ha utilizzato questa forma del dialogo per iniziare a filosofeggiare. La virtù socratica ce l'ha chi sa di non sapere. Socrate fu condannato a morte dalle autorità per la sua filosofia; la storia della filosofia inizia con la massima atrocità, con i giuristi che lo uccidono; fu vittima di un diritto che non prevedeva ancora la libertà di manifestazione del pensiero (vedi la nostra Costituzione che impedisce che altri facciano la fine di Socrate); aveva idee considerate pericolose per la gioventù (pedofilia?). Libertà, spinta al dialogo. Oggi leggiamo il processo a Socrate come primo segno di totalitarismo, ma forse non è proprio così. Non sappiamo bene come è andata davvero perché l'unica testimonianza che abbiamo è quella di Platone, suo allievo e quindi di parte; un testimone della bontà, non sempre un buon

testimone perché potrebbe deformare, vedere certe cose e non altre, raccontare certe cose e non altre. Chiunque parla del proprio maestro ha un profondo conflitto di interesse. Va bene essere allievi, meglio essere allievi critici ed evitare le celebrazioni “ad pompam”. Anche dei propri maestri bisogna sempre dire due cose buone ma almeno una cosa cattiva/critica: solo questo è equilibrio.

Cos'è la filosofia per Socrate, Platone, Aristotele? Sophia: sapere, saggezza, modo di relazionarsi del soggetto con gli oggetti. Filosofia: amore per il sapere. Ma prima della filosofia c'è il verbo, il filosofeggiare, è quello che avviene nei Dialoghi: sono forme di produzione del sapere, di “filosofia che si fa”.

Norberto Bobbio si è fatto la domanda “cos'è la filosofia del diritto” tanti anni fa; nel 1945 ha fatto la sua prima lezione. In quelle lezioni sosteneva che la filosofia è tutto il sapere intero, tutta la storia della filosofia è una risposta alla domanda “cos'è la filosofia”. Bobbio ha detto che molto dipende dalla persona, da colui che si qualifica filosofo, colui che filosofeggia. Ci sono tante filosofie quanti filosofi, nella storia sono stati tantissimi. Bobbio direbbe che la filosofia non è scienza, sta a metà strada tra la scienza e la religione (il contrario secondo alcuni, il complemento secondo altri). Anche Bobbio inizia con i Greci. Filosofeggiando il filosofo si libera intellettualmente dai miti. Omero non era un filosofo, era un narratore di miti. Miti: storie create dall'uomo per spiegare cose altrimenti non spiegabili. Cosa vuol dire liberarsi dai miti? Spiegare che i racconti mitologici sono delle invenzioni, interpretazioni di qualcosa che non è o comunque di cui non siamo sicuri che sia mai avvenuta. La filosofia al servizio della realtà. Non perdiamo troppo tempo con i miti, i racconti, le percezioni; piuttosto occupiamoci della realtà. La filosofia socratica interpretazione della realtà. Per i giuristi diventa il diritto positivo. Socrate non ci racconta miti, cerca invece il modo di smitizzare le false credenze. Si potrebbe dire che attraverso il dialogo si può arrivare alla verità, alla “intellia”. La filosofia è per Bobbio “la vittoria della ragione sulla fantasia, dell'intelletto consapevole di sé sull'immaginazione”. In questa ottica la filosofia del diritto per Bobbio è mediazione tra esigenza verso una giustizia ideale e la sua realizzazione pratica nel mondo; tra pretesa di giustizia ideale e realizzazione pratica; tra discorsi astratti su ciò che è giustizia e discorsi concreti, pratici. Si potrebbe anche dire tra riflessioni generali tra ciò che è giusto/ingiusto e lavori artigianali, tecnici, del diritto. La filosofia non è mai una, LA, esistono LE filosofie. Bobbio per imparare la filosofia pensava di dover fare un viaggio: è stato in Germania ed ha studiato i filosofi del suo tempo (anni '30-'40). Uno di questi fu Karl Jaspers, l'ultimo filosofo della fenomenologia (cento anni dopo Hegel). Nella filosofia vi sono tre fenomeni:

- stupore → meravigliarsi per qualcosa che è accaduto o che ci sarà (es. nascita di un bambino);
- dubbio → di non conoscere bene quel che c'è, di essere tratto in inganno (i giuristi vivono del dubbio);
- scossa → sentimento esistenziale che abbiamo in situazioni estreme di timore o lutto (es. shoah, distruzione del clima).

Queste sono situazioni emotive dalle quali per Jaspers nasce pensiero.

C'è stato un filosofo del diritto tedesco, Walter Kaufmann, che faceva derivare da queste tre sensazioni: dallo stupore il diritto naturale, dal dubbio il positivismo giuridico, dalla scossa la filosofia postmoderna (irrazionalità, perdita di valori, male che vince sul bene). Tentativo di spiegarci la fenomenologia dello spirito dei filosofi del diritto. Questi sono tentativi di spiegarci l'uomo e quello che noi tutti avvertiamo, sentiamo, pensiamo. Si direbbe uno statuto antropologico del pensiero, come è fatto l'uomo. Altra cosa è la filosofia della storia: perché l'uomo così come è, è diventato nella storia dell'umanità. La storia dell'umanità, che è anche la storia della filosofia, nasce tra l' 800 e il 200 a.C.. Non dobbiamo guardare solo alla Grecia. Jaspers parla dell'era assiale nel quale l'asse del tempo e dello spazio hanno iniziato a scrivere, a cambiare profondamente la storia dell'umanità rendendo l'uomo così come è oggi. “In questo periodo vissero in Cina

Confucio e altri, in India, in Iran Zarathustra (mondo come lotta tra il bene e il male), in Palestina i profeti da Geremia a Isaia, in Grecia da Omero ad Archimede: tutto questo prese forma in pochi secoli senza che qualcuna di queste regioni sapesse delle altre. La novità di quest'epoca è che in tutti questi mondi l'uomo prende coscienza dell'essere nella sua interezza, di se stesso e dei suoi limiti. Viene a conoscere la terribilità del mondo e la propria impotenza. Pone domande radicali. Di fronte all'abisso anela alla liberazione e alla redenzione. Comprendendo coscientemente i suoi limiti si propone gli obiettivi più alti. Incontra l'assolutezza nella profondità dell'essere se stesso e nella chiarezza della trascendenza. Ciò si svolse nella riflessione. La coscienza divenne ancora una volta consapevole di se stessa, il pensiero prese il pensiero ad oggetto." Tratto da "Origine e senso della storia", opera del 1949 e tradotta nel 1965. Altra definizione di filosofia: pensare il pensiero. Si potrebbe definire il pensiero di Jaspers quello di chi ha subito una scossa, è un libro che cerca di fare filosofia dopo lo sterminio degli ebrei, i totalitarismi. È un documento di quel tempo, ma che riflette anche una fase della filosofia in generale e filosofia del diritto in particolare. Una fase in cui qualcuno vorrebbe tornare al diritto naturale (rinascita del giusnaturalismo), qualcuno invece dice che bisogna prendere cognizione della realtà (giusrealismo). La storia della filosofia va relazionata con la storia della filosofia del diritto. Vi sono altri modi di ricostruire questa storia. Sicuramente la nostra filosofia è debitrice non tanto della Cina e dell'India, quanto di due o tre luoghi e storie. I Greci avevano il loro centro filosofico ad Atene. Secondo alcuni la filosofia greca aveva dei punti di contatto e si è sviluppata in parallelo alla teologia e filosofia ebraica a Gerusalemme. Secondo altri si è sviluppata in antitesi. Questo è stato un tema molto caro a Papa Benedetto XVI: cristianesimo fortemente influenzato dalla filosofia ellenica.

In Atene i filosofi modello erano Platone e Aristotele. Come hanno fatto istituzionalmente filosofia? Il dialogo era la forma letteraria. Platone e l'Accademia. Aristotele e il Liceo. Già nell'antica Grecia abbiamo delle idee filosofiche che poi vengono riprese. Gli autori greci sono i primi classici del pensiero filosofico europeo: tutte le idee filosofiche successive possono essere interpretate come derivanti o opposti o sviluppi del pensiero di questi (neoplatonismo, neoaristotelismo). Obiettivo del corso è classificare un'idea come platoniana o aristotelica...

Ci sono altri filosofi che andrebbero ricordati, ne citiamo due: il materialismo (Epicuro; Marx in tempi moderni) e il cinismo (Diogene; Machiavelli secondo l'interpretazione degli oppositori).

Filosofie "sospette" per il giurista. L'opposto del materialismo è l'idealismo. I giuristi sono più vicini all'idealismo che al materialismo.

Nella Costituzione c'è una libertà della filosofia. C'è però una filosofia che è libera ma è un veleno per il costituzionalismo, il cinismo. Il cinismo nuoce gravemente alla Costituzione.

Lez. 5 08/10/2014

La terna come descrive anche Barberis è quella Atene-Gerusalemme-Roma (lui la usa per spiegare la nascita del giusnaturalismo e del diritto naturale). Noi vogliamo andare oltre, comprendere qualcosa della filosofia in generale.

Per Platone la filosofia è una cosa un po' difficile da spiegare. C'è un mondo delle idee, raffigurato con il mito della caverna. Le idee hanno un loro mondo, Iperurano, un mondo al di sopra del mondo terrestre, nel cielo delle idee. Nel linguaggio quotidiano ci sono diversi modi per esprimere questo: chi vive troppo nelle idee si costruisce dei modelli, castelli di idee, o anche bolla di sapone. Questa idea del mondo delle idee può essere chiamata anche metafisica (vita al di là della nostra esistenza); oggi c'è chi dice che la filosofia ha superato questa metafisica, la filosofia europea moderna è post metafisica, Platone è finalmente messo in una tomba terrena. "Post metafisica" è il titolo del prossimo

libro in italiano di Jurgen Habermas, che in qualche modo vuole congedare il mondo delle idee, che comunque nella storia del mondo filosofico hanno avuto un certo successo (idee che hanno vita propria). Banalizzando si potrebbe chiamare questa idea idealismo. L'opposto dell'idealismo è il materialismo, il realismo. Gli "ismi" (marxismo, buddismo, ecc.) filologicamente sono correnti di pensiero, movimenti di pensiero, delle idee; potremmo anche dire che hanno a che fare con un particolare tipo di giudizi, quelli prescrittivi, soprattutto con l'idea che qualcosa sia un bene (filosofia analitica), un atteggiamento etico; hanno a che fare un po' con l'etica e la morale. Il materialismo e il realismo sono idee in base alle quali è bene guardare la realtà in faccia, bene vedere le idee determinate dalla materia, bene comprendere che ciò che pensiamo è determinato non solo dalla nostra testa ma anche dalla nostra pancia. "Men sana in corpore sano": la mente è sana se il corpo è sano, un minimo di materialismo.

La vita di Platone è tutta dedicata alla filosofia: ha fondato l'Accademia, si è scelto degli allievi e probabilmente si è fatto pagare; vende il suo pensiero: critica materialista al pensiero di Platone. Ha scritto dei libri, quello più famoso è "Politeia": si può tradurre il termine con cittadinanza, politica; è un termine ambiguo, polisemico; c'è chi lo traduce con "costituzione della polis". In questa Politeia Platone abbozza una filosofia di ciò che è giusto: giusto colui che riconosce, attribuisce a ciascuno il suo. Nel diritto romano diventa la massima "suum cuique tribuere": a ciascuno ciò che gli spetta. Il giovane Platone riflette anche su a chi deve spettare il potere: per lui la migliore forma di governo o costituzione o politeia è l'aristocrazia, ma un'aristocrazia particolare nella quale devono governare i più sapienti, saggi, i filosofi. L'idea è che ciò che noi facciamo quando riflettiamo si dice banalmente "connettiamo" (dato neurofisiologico). Questo "connettere" era anche la filosofia di Platone, che cercava di connettere e pensava per questo che la politica dovesse prendersi come modello la filosofia. La buona politica (e possiamo lasciare la politica così come la usiamo noi) sarebbe la politica che sa mettere e tenere insieme delle cose diverse tra di loro, anche eterogenee: un popolo, un territorio, potere. Poi da vecchio Platone ha corretto il tiro: non ha più detto che devono governare i filosofi, ma le leggi. A lui e al suo libro "Nomoi" (plurale di leggi) si deve il governo delle leggi, che non siano gli uomini a governare ma che siano le leggi: le norme generali e astratte che servano al bene comune, che vincolano lo stesso legislatore, che devono essere in qualche modo giustificate. La legge non potrà mai disciplinare tutto, ma il grosso delle cose deve essere retto, la generalità delle cose deve essere retta dalla legge. Il legislatore, il diritto positivo non può disciplinare tutto, per quello in Platone c'è anche spazio per l'equità (Barberis addirittura parla di spazio per il diritto naturale). Sicuramente Platone è un autore della filosofia della politica: nel testo sui Nomoi sviluppa anche una teoria del diritto, una filosofia del diritto: se questo sia più una filosofia giusnaturalista o giuspositivista lo lasciamo discutere agli storici della filosofia del diritto. Platone ha lasciato delle tracce nella filosofia della politica, e Aristotele più di lui si è occupato della politica, della giustizia, del diritto. È la generazione successiva di filosofi greci. Mentre Platone pensa molto ad Atene, Aristotele pensa un po' più in grande anche perché si è trovato ad essere il maestro di Alessandro Magno. Alessandro Magno aveva un impero che si estendeva fino alla Persia, molto eurasiatico. Ha preceduto l'impero romano in occidente, e quello bizantino in oriente. Questo spiega anche perché forse il pensiero di Aristotele era più raffinato e dettagliato. Di Aristotele abbiamo una serie di libri ma anche una sorta di professionalizzazione della filosofia. La filosofia è innanzitutto una forma di vita dell'intellettuale e di chi, come il professore universitario, ha un debole per lo spirito delle leggi; è una forma di vita ma anche un'attività intellettuale riscontrabile non solo tra i filosofi, questo lo rende interessante per i giuristi. Con Aristotele si ha l'idea che vi sia proprio una scienza di filosofia del diritto. Con Aristotele le filosofie si articolano in una pluralità di libri: una è quella della metafisica, la filosofia prima, la scienza di ciò che sta dietro e davanti a quello che vediamo nella natura, nel physis (natura, fisica); metafisica al di là della fisica. Physis

o fisico interpretato spesso come realtà e forza. Quello che con Aristotele si chiamava metafisica nel '900 diventa un pensiero di ciò che sta dietro a ciò che esiste, diventa la scienza di ciò che è, degli enti, delle entità, che chiamiamo ontologia: logica dell'essere, dell'esistere. Potremmo dire che Habermas ha guardato la metafisica, l'ha vista trasformarsi in ontologia e ha cercato di superare l'ontologia in un pensiero post metafisico.

Mentre per Platone le cose che vediamo le vediamo grazie a uno specchio, sono solo riflessi che però hanno una vita diversa, per Aristotele la realtà ha in se stessa dei propri principi. La filosofia deve guardare alle cose per capire, per comprendere per quali caratteristiche, per quali cause, per quali principi una cosa si sviluppa in un certo modo. La filosofia cerca di ricostruire, di dare spiegazioni non solo sociologiche o psicologiche, ma anche al di là, cioè la causa formale, materiale, efficiente, la causa finale. Con Aristotele prende corpo un modo di ragionare, di filosofeggiare sulle cause del nostro agire. Questo è fondamentale per il diritto penale: capire le cause dell'agire è fondamentale per potere imputare delle responsabilità. Questo è un qualcosa che va al di là del pensiero di Platone. C'è poi un altro scritto, un trittico di libri, l'*Organon*: riprende un po' dei concetti che si ritrovano nel pensiero organicista; c'è una logica che costruisce i discorsi. Tre parti: categorie, o concetti. (Abbiamo già parlato dell'arte di definire dei giuristi, trovare il "genus proximum" e la "differentia specifica", metodo scolastico delle definizioni che risale sostanzialmente all'antica dottrina aristotelica dell'*Organon* prima parte, le categorie). L'uomo è un animale che, a differenza degli altri animali, è capace di ragionare: è una definizione; il "genus proximum" dell'uomo è l'animale, l'essere vivente. La "differentia specifica" tra l'uomo e l'animale è la capacità di discernere, di ragionare. Le scimmie non ragionano? La scienza nata nel secolo scorso che riflette su questo è l'antropologia (Konrad Lorenz) o etologia, a suo tempo non esisteva, faceva parte della filosofia, che a suo modo è la madre di tutte le scienze. Di questi saperi dobbiamo ricordarci quando andiamo a discutere dei diritti degli animali: gli animali devono essere riconosciuti come soggetti aventi propri diritti e doveri? Il giurista ha qualche problema a rispondere positivamente. Si può dire che gli uomini hanno dei doveri verso gli animali, ma gli non hanno diritti perché non possono agire in giudizio, hanno bisogno di qualcuno che agisca per loro. È protetto da alcune leggi, ma dal punto di vista del diritto positivo l'animale non ha diritti. Bobbio distingue quattro tipi di soggetti del diritto: soggetti che hanno solo diritti, soggetti che hanno solo doveri, soggetti che hanno diritti e doveri, soggetti che non hanno diritti né doveri. Dal punto di vista della filosofia analitica è verissimo, ma ci dice qualcosa solo se riusciamo a sussumere dei soggetti concreti sotto questa verità. Gli esseri umani hanno diritti e doveri, la situazione più normale del diritto. Gli esseri che hanno solo diritti e niente doveri sono gli dei: hanno diritti, poteri ma non hanno doveri (Dio ha il diritto di creare l'uomo, non il dovere; ha il diritto di distruggere la sua creatura, non il dovere; ovviamente vale sia per il monoteismo che per il politeismo). I soggetti che non hanno diritti ma solo doveri sono gli schiavi: hanno il dovere di obbedire e lavorare. Nel diritto romano poi si discute se non possano avere un minimo di diritti anche loro. Il Brasile è stato l'ultimo Stato della comunità internazionale ad abolire la schiavitù nel 1893. L'Islam è stato critico verso la schiavitù. Il cristianesimo si è pentito di avere tollerato la schiavitù. Per Aristotele la schiavitù non desta scandalo; per molti filosofi del diritto non si pone il problema della schiavitù, non è ingiusto che ci siano padroni e schiavi, per gran parte della storia della filosofia del diritto è un "non problema". Solo negli ultimi tempi abbiamo fatto qualche progresso verso questa direzione. I soggetti che non hanno diritti né doveri sono gli animali. Ecco perché per il giuspositivista Bobbio è inconcepibile parlare di diritti degli animali. San Francesco parlava agli animali perché nella Chiesa c'era un diritto che oggi chiameremmo giusnaturalista: per questa filosofia è più facile dedurre i diritti degli animali dalla Bibbia, primo il diritto di sopravvivere al diluvio universale. I giuspositivisti non riconoscono diritti agli animali, ma questo non vuol dire che non possono esserci dei

doveri degli uomini verso gli animali: ad esempio nel diritto amministrativo si parla di doveri verso l'ambiente, non di diritti dell'ambiente.

In Aristotele troviamo dei concetti, ed anche una teoria dei giudizi. "Tutti gli esseri umani sono mortali": proposizione assertiva descrittiva contenuta in un giudizio. Aristotele si preoccupava soprattutto della dimensione quantitativa, della specificazione quantitativa del giudizio: tutti, alcuni, uno. Gran parte di questi giudizi hanno specificazioni numeriche. E l'interesse verso le specificazioni lo ritroviamo nella teoria delle forme di governo: monarchia, aristocrazia, democrazia (democrazia/olocrazia-populismo: governo del popolo inteso come somma di cittadini senza civiltà). I giudizi in Aristotele si combinano in quello che, nella lezione di minima analitica, abbiamo definito "sillogismo giuridico".

Il libro massimo della filosofia del diritto di Aristotele è l'"Etica nicomachea". È un libro sul bene ultimo. La domanda "perché viviamo?" "Visto che si può vivere in vario modo, come dobbiamo vivere?" Idea del vivere bene, condurre una vita buona; qualcosa della filosofia greca che ci condanna all'agire etico. Chi ci chiede di vivere bene? In che forma? L'etica cristiana della Chiesa cattolica, il cristianesimo è pieno di etica, di prescrizioni sul come vivere bene, derivata dalla filosofia greca (in tempi recenti lo Stato etico del fascismo). Aristotele nella "Etica nicomachea" si occupa di una serie di virtù inclusa la virtù della giustizia. "Virtù desumibile dalle disposizioni di legge che vengono stabilite per l'educazione al bene comune". "Legge" che può essere positiva, nomos deliberato dal popolo, ma anche una legge di natura, una legge morale. Per comprendere Aristotele occorre ricordare che dobbiamo a lui la distinzione tra giustizia distributiva e giustizia correttiva/commutativa. La giustizia distributiva ha a che fare con "a chi va dato che cosa" dai potenti. La massima della giustizia distributiva deriva da Platone ed è "suum cuique tribuere", a ciascuno il suo. Il che però presuppone in Aristotele una qualche eguaglianza: una eguaglianza non completa, eguaglianza di soli cittadini, esclusi gli schiavi e i meteci (non di Atene). Cosa sono le due alternative di giustizia correttiva? Sono la giustizia civile e la giustizia penale che insieme formano oggetto di ciò che si chiama giurisdizione ordinaria. La giustizia correttiva è tutta quella che riguarda le correzioni volontarie specie per il tramite dei contratti, e dall'altra parte la correzione vera e propria dei misfatti, le pene. Invece la giustizia distributiva è quella che discende dalla legislazione e dall'amministrazione, dalla distribuzione di onori, dalla distribuzione di denaro, (dall'erogazione di servizi). In Aristotele troviamo già le strutture odierne del nostro diritto. La filosofia serve a riconoscere principi di ordine e di sistema più grande, macro.

Lez. 6 13/10/2014

GIUDIZIO DI SALOMONE

I soggetti coinvolti sono cinque: due donne, il bambino, il re e quello che porta la spada. Mancano i padri. Il secondo bambino è morto soffocato dalla madre durante il sonno (succede frequentemente ancora oggi, ma sono episodi non raccontati dai giornali perché troppo crudeli. Nella pratica del diritto penale è omicidio colposo). Quindi una delle due donne è rea, delinquente. L'altra sente, ha una percezione fisica di commozione.

Salomone ha deciso mettendo alla prova le donne facendo un esperimento. Allora il re aveva il diritto di decidere sulla vita e sulla morte dei suoi sudditi (società arcaica del 1000 a.C.); oggi non sarebbe possibile: stato di diritto, governano le leggi, non gli uomini. Unione del potere esecutivo, giurisdizionale e legislativo, si potrebbe dire un re da monarchia assoluta per quanto temperata dal rispetto della legge della natura: ogni vera madre protegge i suoi figli, legge che osserviamo non solo nella natura degli esseri umani. C'è una norma che viene ricavata dall'osservazione della natura: nella natura dell'uomo, come di ogni animale, c'è un istinto, una volontà di proteggere, dovere fondato su una volontà di proteggere il bambino. Si potrebbe dire che è diritto naturale e che Salomone

non è un monarca assoluto ma un monarca al servizio del diritto naturale, che considera e rispetta come superiore; si ritiene autorizzato ad utilizzare tutti i mezzi per fare valere il diritto naturale. Noi siamo soliti dire che Salomone fu un buon re perché abbiamo un retaggio di diritto naturale. Piace il fatto che Salomone abbia fatto un uso saggio, mite, clemente del suo potere, con la premessa che il bluff ha funzionato. Ma l'avrebbe tagliato in due davvero? Cosa gli ha impedito di farlo? Nemmeno Dio aveva il diritto di uccidere. È il Decalogo che gliel'ha impedito. Il Decalogo è stato dato da Dio a Mosè (precetti mosaici), poi trascritto in un momento successivo; c'è già un momento di tradizione prima della scrittura. Siccome si crede che sia la voce di Dio "non uccidere", anche Salomone deve rispettare il precetto divino. Il potere del re viene da Dio: quando Dio ha dato il potere a Salomone, questi gli ha chiesto saggezza. Potere vincolato al rispetto dei Dieci comandamenti. Questa è un'interpretazione dell'Antico Testamento come se un re dal potere assoluto non fosse immaginabile. Per un cristiano non ci può essere un re "ab legibus solutus": ci sono sempre delle leggi, mal che vada quelle divine, che mettono un limite. Precedente religioso al governo delle leggi di Platone. Religione dell'Antico Testamento. Vi è stato un assolutismo (monarchia francese e sabauda) in epoca moderna, è una costruzione della modernità. Questo è sostenuto anche da Papa Ratzinger in un discorso ai legislatori.

Quiete religiosa, fides, rispetto: rispettare un re vuol dire dargli fiducia, non rovesciarlo, riconoscere il suo potere; si faceva amare per la sua saggezza. Dante ci parla bene della monarchia perché ci sono uomini che possono fare bene, il problema è che molti uomini non fanno bene. La garanzia è quella di dire di essere guidati dallo spirito santo (linguaggio del Nuovo Testamento): legittima il potere e lo rende stabile; costruisce il potere; senza la magnanimità il re è nulla; è l'idea della giustizia divina. È l'idea con la quale si legittima la monarchia. La nostra democrazia, secondo alcuni, dovrebbe poter fare anche a meno di Dio "etiam deus non daretur". Formulazione ripresa in epoca moderna dal giusnaturalista Ugo Grozio. Grozio visse in epoca moderna in Olanda, un po' influenzato dalla riforma, autore del "De iure belli ac pacis". Considerato uno dei testi principali del giusnaturalismo moderno, si occupa del diritto delle genti, del diritto internazionale, del diritto delle guerre tra i nascenti stati nazionali nell'epoca moderna. La riforma, in particolare il calvinismo, aveva riabilitato lo studio dell'Antico Testamento. Cercavano di costruire nuove forme di convivenza civile assumendo a modelli tre grandi civiltà antiche: Gerusalemme (nel caso del giudizio di Salomone vediamo una qualche idea di giustizia nella religione ebraica), Atene, Roma.

Come si è sviluppata la cultura giuridica e politica di Israele? Lo Stato di Israele riconosce ancora oggi il diritto ebraico e il diritto divino rivelato tramite l'Antico Testamento elaborato dalla ragione rabbinica come base culturale, fornitrice dei principi fondamentali. Sceglie di non avere una costituzione scritta perché ha un retaggio culturale che considera legge scritta la Torah, cioè l'Antico Testamento e la riflessione sull'AT. Ad esempio, la fecondazione eterologa è legittima se il beneficiario è ebraico perché comporta un ampliamento del popolo di Israele. Teologia politica alla base del diritto ebraico. Gerusalemme era governata nei primi tempi dal faraone, successivamente da Mosè (che non era re), poi da Davide (re per meriti militari). La monarchia è molto limitata nella cultura ebraica, c'è più un'idea di repubblica.

Salomone non aveva chiesto un cuore docile, ma la saggezza, prudenza che si avvicina molto alla phronesis pratica di Atene.

ANTIGONE

Facciamoci la classica domanda del diritto: "chi vuole che cosa in base a quale norma?"

I soggetti sono Creonte, Antigone, Polinice, il coro (che rappresenta il pubblico, il senso comune). Antigone vuole dare sepoltura al corpo di Polinice senza essere punita; alla fine accetta la pena: interpretazione giuspositivista, il diritto è ingiusto ma devo accettarlo.

Creonte vuole da tutti che si obbedisca alla sua volontà, alle leggi: se non punisce la sorella, si distrugge il diritto, si arriverebbe all'anarchia; la ribellione di Antigone mette in dubbio il regno del re. Eteocle e Polinice erano figli di Edipo. C'era stato il precedente di Edipo, che aveva ucciso il padre per stare con la madre; questo delegittima la dinastia. Era una monarchia in crisi (in Nepal la monarchia è stata abolita perché c'era stato il regicidio da parte di un appartenente alla famiglia).

Antigone basa la sua rivendicazione della impunità. Oggi chiunque ha il diritto di seppellire chiunque: non è un diritto ma un dovere. Abbiamo un diritto di seppellire i nostri cari al cimitero comunale. Questo diritto non è illimitato, vedi il caso Priebke: non ha avuto una sepoltura pubblica, a tutt'oggi non si sa dove è stato sepolto. Questo diritto oggi è riconosciuto. Polinice era un traditore, si era macchiato di reati contro lo stato, la collettività: vietare la sepoltura era un modo per ripristinare l'onore della collettività. Oggi problemi simili verrebbero risolti diversamente con l'istituto dell'obiezione di coscienza. Introdotta nel nostro ordinamento dopo il '68: fino alla fine degli anni '60 molti cristiani sono andati in prigione per avere rifiutato di prestare il servizio militare. Oggi il problema si porrebbe solo in caso di guerra (la leva è sospesa). In caso di guerra l'obiezione di coscienza sopravviverebbe? Obiezione di coscienza intesa anche come modo di difendere in modo non violento la patria: il ripudio della guerra dell'art. 3 Cost. è stato interpretato come un diritto all'obiezione di coscienza esercitabile da tutti. Tutto il dibattito su Antigone deriva dalla considerazione dell'obiezione di coscienza. Altre ipotesi di obiezione di coscienza: interruzione di gravidanza, esperimenti sugli animali degli studenti di medicina.

Lez. 7 15/10/2014

Caso di Salomone, pronuncia che unisce il governo alla giurisdizione.

Antigone: caso spesso associato all'argomento del diritto naturale.

Cos'è il diritto naturale e in che misura nell'antichità si è pensato ad una sorta di diritto naturale? Siamo sempre ad Atene, nel mondo della filosofia greca. Barberis accenna ad una tripartizione in: mondo di Gerusalemme (che in qualche modo avrebbe dato vita a Cristo e al cristianesimo), mondo di Atene (che ci avrebbe dato la nostra filosofia), mondo di Roma (che ci avrebbe dato il diritto). Vediamo una sequenza anche temporale utilizzata da Barberis, senza accorgersi che questa tripartizione è nel discorso di Papa Ratzinger sul diritto naturale. Se oggi vogliamo chiedere cosa è il diritto naturale, chi ne parla, la risposta è soprattutto il mondo dei giuristi cattolici perché il giusnaturalismo ha delle radici cristiane che si sono mescolate con le radici filosofiche ateniesi o greche. Prima di affrontare le fonti del diritto romano bisogna cercare di leggere le fonti religiose e filosofiche su che cosa ci dicono essere il diritto naturale.

Un passo religioso fondamentale di un'epoca relativamente recente, nella quale Gerusalemme e Atene contavano meno, Roma splendeva ancora, è ad opera di san Paolo, uno degli apostoli, che si lascia andare a definire cosa è il diritto naturale. Aristotele scrive "del giusto politico poi ci sono due specie, quella naturale e quella legale. È naturale il giusto che ha ovunque la sua validità e non dipende dal fatto che venga o non venga riconosciuto. Legale è invece quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma che non è indifferente una volta che si sia stabilito". San Paolo parla della legge naturale nella lettera ai Romani: i gentili (appartenenti ad una gente) che non hanno la legge (non hanno l'antico testamento, la legge religiosa del cristianesimo) seguono la legge scritta nei loro cuori (hanno "dentro" il diritto naturale, oggi si direbbe nell'anima, nella coscienza). Questa è un'idea di diritto naturale che penetra nel cristianesimo provenendo dalla filosofia dell'antichità, da una filosofia che si occupa di questioni di ciò che è giusto, giusto in senso politico. E colui che se ne è occupato di più di ciò che è giusto e ingiusto in senso politico fu Platone e poi Aristotele. Aristotele conosce

già una distinzione tra giustizia naturale (giustizia delle leggi non scritte) e giustizia legale (giustizia delle leggi scritte, riconosciute da ciascuno). San Paolo dice che più o meno tutti i popoli riconoscono ciò che è giusto per natura. Invece ciò che si osserva in un solo popolo è la loro legge, che può essere scritta. I Romani parlano di legge di quella civitas → legge civile. Per Aristotele la natura è la physis, la legge è il nomos. Si potrebbe dire che esiste una legge della natura (nomos physis) accanto a un nomos creato da una civitas, da una polis, posto, thesis (i nomoteti erano quelli che producevano le leggi). Solo nel medioevo un monaco filosofo inventa il termine diritto positivo, che si contrappone al diritto naturale. La separazione del diritto naturale dal diritto positivo forse c'è già in Platone, forse in Aristotele, ma è un processo lungo, millenario che porta a differenziare prima e poi a separare il diritto naturale dal diritto positivo; a far scontrare i giusnaturalisti con i giuspositivisti. Il giuspositivista di oggi dice "dura lex sed lex": è una legge dura, ma almeno c'è una legge; è un ordine duro, ma almeno è un ordine; la legge deve essere rispettata (virtù della legalità, il giuspositivista predica la legalità). In Aristotele non c'è solo la legge. Giustizia è attributo di una persona. Aristotele distingue l'ingiustizia della persona dall'ingiustizia della condotta. La legge non è necessariamente quella religiosa, ma quella fatta dalla polis. Un criterio è la legge, un altro è l'eguaglianza. Cos'è l'eguaglianza?

Nella Costituzione l'art. 3 parla di uguaglianza formale (comma 1) e di uguaglianza sostanziale (comma 2). Per tutti quelli che si trovano nella stessa situazione vale la stessa norma, il che non vuol dire che tutti debbano trovarsi nella stessa situazione. La legge può trattare in maniera diversa situazioni disuguali. Il problema dell'eguaglianza di fatto è della Repubblica, dei cittadini, delle persone, dei lavoratori (hanno difficoltà economiche e sociali ad esercitare i diritti in condizioni di eguaglianza). È compito del diritto costituzionale mettere in buona relazione le due uguaglianze.

Aristotele non sarebbe d'accordo sul concetto di eguaglianza sulla base della razza e del sesso. Il concetto di uguaglianza di Aristotele è sostanziale. Nella società dei ceti, nell'800, i ceti medi leggevano Aristotele. Medietas rappresenta il ceto medio: che non ci siano troppe differenze tra estremamente ricco ed estremamente povero. Aristotele non dice che tutti devono avere lo stesso reddito, ma che la società dev'essere fatta in modo tale che ci siano pochi ricchi, non troppi poveri ed un numero sufficiente di ceti medi se no non c'è coesione, non regge la comunità. Medietas: giusto medio, via di mezzo, mediazione. La giustizia spesso sta tra gli estremi, è la via di mezzo. Bisogna che non ci siano troppe differenze tra chi ha più e chi meno. Altrimenti non funziona la comunità. Aristotele definito oggi comunitarista. La giustizia spesso sta in mezzo agli estremi. Bisogna guardare alla sostanza delle cose, il concetto di uguaglianza sottinteso ha un elemento sostanziale, materiale. Aristotele è un filosofo scelto più dai socialdemocratici che dai liberali.

All'interno della Giustizia distributiva troviamo il termine "proporzionalità": questi sono i giudizi di relazione che orientano la giustizia distributiva. Il diritto distribuisce beni, posizioni favorevoli, diritti, poteri, aspettative. Ci vuole una giustizia distributiva operata dalle norme che distribuiscono. Se non c'è quella giustizia distributiva, se una legge distribuisce male viola il principio di uguaglianza. E per capirlo bisogna guardare alle proporzioni.

C'è chi dice che le immunità parlamentari sono un beneficio, una posizione favorevole data ai politici; e c'è chi dice che è ingiusto. L'immunità si giustifica con la funzione di controllo sul governo (evitare persecuzioni di chi la pensa diversamente). Immunità non significa impunità, significa soltanto che i procedimenti penali che hanno ad oggetto i parlamentari non devono essere strumenti di persecuzione politica, ed il Parlamento ha un procedimento con il quale decide se c'è persecuzione o meno. Il problema non è l'immunità ma l'abuso dell'immunità. Gran parte dei discorsi di Aristotele sono oggi attuali, soprattutto quando si parla di uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale. Le distinzioni che opera il legislatore tra parlamentare e cittadino devono essere ragionevoli, e nel controllo sulla ragionevolezza delle scelte del legislatore c'è molto spazio per il

pensiero giusnaturalista. Il giurista, quando fa un controllo di costituzionalità della legge in base al principio di uguaglianza, viene a leggere Aristotele, a fare riflessioni di filosofia del diritto.

Il diritto naturale arriva nella Bibbia e da questa è stata recepita nel diritto dell'impero romano. Dall'Etica nicomachea saltiamo alle fonti che fanno riferimento al diritto naturale.

CODEX IURIS CIVILIS

Cosa hanno dato i romani al mondo? Il diritto romano. Oggi ce ne ricordiamo ancora perché è stato riscoperto nel medioevo grazie al fatto che era scritto. È stato scritto alla fine dell'impero, con l'imperatore Giustiniano. Egli ha ritenuto di dover codificare il diritto romano, trasformare tutto in una scrittura. In quelle scritture c'era dello spazio per una riflessione su cosa è il diritto naturale, e su cosa è la giustizia. Il Codex è scritto nel 529 d.C., cinque secoli dopo la nascita di Cristo, a Bisanzio, cioè in una terra più vicina ad Atene che a Roma (forse anche più religiosa. Questo spiega perché il preambolo fa riferimento al nostro signore Gesù Cristo.) Non è diritto laico, ma diritto legittimato dalla religione. È l'imperatore Giustiniano che si sente mandato, delegato a rappresentare Dio al mondo dando al mondo il diritto romano in forma scritta. È lunghissimo. Il Codice inizia con una definizione di giustizia: "la giustizia è la volontà costante e perpetua di dare a ciascuno il suo diritto" (da Platone). Il diritto nasce dalla volontà: di chi? Del popolo (lettura odierna, democratica)? Dell'imperatore (ma alla sua morte sarebbe venuto meno il diritto e la giustizia)? Di Dio (è costante e perpetuo, ma può anche avere volontà momentanee)? La frase non dice che è la volontà divina, è ambigua: di Dio, di tutti, di uno in particolare? Quando non si dice di chi è la volontà qualcuno dirà sempre è mia la volontà: il potente, l'autorità che viene da Dio. Il diritto è qualcosa di misto, divino e umano. Il Codex parla del diritto come conoscenza delle cose divine e umane; invece oggi diciamo che il diritto è umano, è imperfetto come gli esseri umani. A suo tempo si credeva ancora che il diritto venisse da Dio e che la giurisprudenza fosse lo studio della religione e del diritto. La separazione avviene solo nella modernità, qua siamo alla fine dell'antichità e all'inizio del medioevo. I precetti del diritto sono tre: vivere onestamente, non ledere gli altri (in questo c'è già un qualcosa del cristianesimo; "non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te", un modo per definire ciò che è male), dare a ciascuno il suo. Cos'è l'onestà? È un ideale; viene da onore, vivere nel rispetto e cercando un proprio onore, vivere bene ed essere riconosciuti per il fatto di vivere bene, con una certa moralità. I disonesti sono quelli che dicono una cosa e ne fanno un'altra, quelli che mentono in pubblico. Questi criteri di onestà forse erano a suo tempo i precetti del Decalogo, forse si diceva "non è onesto ciò, non onora Dio", ma non siamo sicuri. Lo troviamo nel codice civile, negli illeciti. È un concetto moralistico. Distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Origine tripartita del diritto privato: viene dai precetti della natura, del diritto delle genti e del diritto romano. Il diritto naturale è ciò che insegna la natura di tutti gli animali (non del solo essere umano). Il diritto delle genti è il diritto comune del genere umano. Cosa sono i generi umani: razze? classi sociali? Popoli. *Ius gentium* → nome latino per il diritto internazionale, il diritto dei popoli detti *nationes*. Il genere/generale ha a che fare con il nascere/nazione. Essere nati in diverse nazioni. "Principum placita": il re dava il suo placet ad una proposta. Le magistrature sono tutte le funzioni pubbliche, amministrative e giurisdizionali. Il diritto naturale è il primo strato del diritto; oggi si direbbe diritto naturale degli esseri umani, non degli animali. In base al diritto naturale di allora era possibile concepire dei diritti degli animali, della natura (ad es. a non essere cementificata). Dallo *ius gentium*, comune a tutte le genti, e dal diritto civile di una civiltà particolare, scritto o non scritto, si arriva con un lungo processo di elaborazione filosofica fino alla dottrina di San Tommaso, che visse nel 1200 a Napoli (tardo medioevo). Tutta la cultura giuridica dell'Italia si è sviluppata più al sud che al nord perché dopo la fine dell'impero romano l'Italia al nord aveva Longobardi e Visigoti. "Summa teologia", somma delle massime della religione e del diritto: San

Tommaso scrive delle quaestiones a cui cerca di dare una risposta (metodo scolastico, è un grande maestro della filosofia scolastica, con lui la filosofia si è fortemente evoluta). Nel 500 il filosofo di riferimento era Sant'Agostino. Da Sant'Agostino a San Tommaso filosofia e religione/teologia sono uniti, inseparabili.

San Tommaso distingue ulteriormente gli strati del diritto, da tre (naturale, gentium, civile) diventano quattro: eterno, divino, naturale, umano. Eterno: creato dalla divina provvidenza, è il diritto della creazione divina del mondo. Divino: discende da tutte quelle manifestazioni della volontà di Dio che non si ricavano dalla creazione del mondo, bensì dalla Bibbia (non dalla natura ma dalla scrittura sacra). C'è lo zampino dell'uomo, degli evangelisti e degli altri autori: questo è un qualcosa che distingue il diritto divino cristiano dal diritto divino islamico (il Corano non è scritto dall'uomo). Naturale: è il diritto che è nelle cose. Umano: creato dall'uomo. Nei quattro stati le determinanti umane del diritto aumentano: nel diritto divino la parola di Dio è mediata dagli esseri umani; nel diritto naturale si parla della natura degli esseri umani, volontà divina ma anche natura umana; il diritto umano è prodotto solo dalla volontà dell'uomo. Questi strati stanno in relazione tra loro per via di determinazione e per via di conclusione, soprattutto gli ultimi due (diritto naturale e diritto umano).

C'è chi dice che il diritto divino è la specificazione del diritto eterno, e che il diritto naturale è la specificazione del diritto divino in tutte le parti che non sono state determinate dalla volontà (c'è una volontà di base che viene riempita nei suoi interstizi da una volontà divina momentanea, dal Dio che interviene nel mondo). E poi tutto ciò che non è determinato dal diritto naturale può essere determinato liberamente dal diritto umano. Una cosa simile avviene per il diritto islamico: c'è il diritto eterno/divino/naturale islamico e tutto ciò che non è determinato dal diritto islamico tradizionale, elaborato dalla scrittura del Corano fino all'anno 1100 circa, può essere deciso più o meno liberamente dal legislatore nazionale dello stato islamico. C'è libertà di scelta nel diritto umano perché la legge umana può anche essere una cattiva legge. In caso di conflitto tra le norme umane e quelle divine deve prevalere il diritto divino.

Tutto questo cambia con la lotta per le investiture. Chi decide in concreto se una norma è divina, naturale o se è una scelta del legislatore umano? Il Papa/la Chiesa pretende di interpretare ciò che è diritto divino. L'imperatore pretende di comandare ciò che è umano. Quindi la distinzione tra diritto naturale e diritto umano entra nei conflitti tra il potere temporale ed il potere spirituale. Solo la teologia (che fa capo ad un ufficio della Chiesa con al vertice il Papa) ci può dire cosa è divino. Ciò che è diritto umano lo decide l'imperatore. Nella modernità è forte l'idea che ciò che distingue l'uno dall'altro è la volontà, "voluntarismo".

Più sono gli strati e più diventa teso il rapporto tra diritto naturale e diritto positivo, e chi deve fare i conti con queste tensioni? I giudici. Già a Roma erano state create le magistrature, non è più il re a dispensare la giustizia, ma si avvale di giudici che appartengono alla sua corte. Si chiama "Corte costituzionale" perché queste funzioni nascono all'interno della corte del re. Sono le corti medievali a cercare e ad applicare ancora il diritto naturale (si cerca di evitare il diritto divino) ed il diritto umano (diritto dell'imperatore e delle città).

Lez. 8 20/10/2014 mattino

20-21 novembre a Vercelli seminario sulla tortura. Caso non incluso nel reader, ma rilevante (cosiddetto "ticking bomb"): la Corte Suprema di Israele riconobbe ai servizi segreti israeliani (Mossad) il diritto di sottoporre a istruttoria con metodi da tortura, coercizione fisica, un terrorista palestinese fermato prima che commettesse un attentato con un complice. La Corte suprema ha ritenuto non punibile la condotta degli appartenenti ai servizi segreti che avevano applicato strumenti di coercizione. Il convegno si occupa dei

profili storici e giuridici odierni della tortura, e del fatto che finora in Italia non si ritiene di fare entrare nel codice penale un divieto specifico di tortura.

Esame la prima settimana di gennaio. Consegna dell'elaborato anche prima di Natale.

Preappello scritto alla fine del corso per chi non presenta paper.

Elusione: da ludus, fare un gioco per rendere impossibile l'applicazione della norma. Legale e legittimo, aggira l'applicazione delle sanzioni.

Il diritto naturale nasce e si sviluppa nell'antichità; cresce nella religione, è Giustiniano il credente fa premettere una invocazione a Dio all'introduzione del Codice.

Il diritto naturale è anche nella Bibbia, nel Nuovo Testamento (San Paolo); domina il pensiero della filosofia politica e della filosofia del diritto a lungo. Nel medioevo viene però elaborato il pensiero del diritto naturale, vede il punto di arrivo; l'elaborazione di San Tommaso del diritto naturale lo carica di tante ragioni. Il diritto naturale sono i precetti della ragione divina conosciuta dalla ragione umana se guarda alla natura delle cose; sta nella natura delle cose una ragione divina conosciuta dall'essere umano. Questa elaborazione del diritto naturale attraverso la ragione avviene non solo nella filosofia cristiana (da sant'Agostino fino a san Tommaso), ma anche nelle fonti, nelle grandi codificazioni del diritto.

In tutte le fonti troviamo delle ragioni, dei fatti, qualcosa che ancora oggi produce degli effetti: leggiamo la storia perché nel presente del diritto e della sua filosofia possiamo sempre rinvenire delle tracce di quel passato. Barberis, che nasce come filosofo e non come storico, fa iniziare l'epoca moderna nel 1492 con la scoperta dell'America.

Cos'è la modernità? Oggi siamo nella post modernità, o alla fine della post modernità. Ciò che è contemporaneo è oggi, è il presente, quindi in un certo senso tutta la storia è contemporanea.

La modernità è un momento della storia nella quale comincia ad emergere la ragione che trasforma il diritto naturale in diritto razionale. Gli uomini razionalizzano il mondo che li circonda. Spesso si raccontano diverse scoperte scientifiche: invenzione della stampa; Leonardo e le sue invenzioni (vedi la Biblioteca Reale di Torino con la collezione di disegni); innovazioni. I tempi moderni sono i tempi nuovi; si cerca di scoprire il mistero delle innovazioni.

Mito di Prometeo: la pena eterna gli ricorda che è un uomo; il fuoco è la conoscenza, la coscienza; è uno dei quattro elementi della terra.

Oggi il fuoco è la ragione, ciò che alimenta la ragione, la luce che ci fa vedere le cose (idealismo). Materialmente è l'energia che è alla base delle nostre volontà e passioni. Dare il fuoco agli uomini vuol dire renderli partecipi alle ragioni divine.

Epoca di Leonardo precedente alla scoperta dell'America. La modernità comincia prima, con il Rinascimento (elemento di modernizzazione).

Barberis non ha letto Harold Berman, filosofo del diritto che ha scritto una storia delle rivoluzioni. Nell'ultimo millennio l'umanità ha visto una serie di rivoluzioni che hanno rivoluzionato il suo diritto. La prima delle rivoluzioni sarebbe la rivoluzione del diritto canonico e la costruzione giuridica dello Stato pontificio (che non sarebbe nato con una donazione di Pipino). A Roma si è costruito un potere insieme spirituale e temporale con diverse donazioni, già nel 500-600; ma diventa stato solo intorno al 1000-1100.

In quei tempi c'era la lotta delle investiture, del potere temporale e di quello spirituale; lotta tra imperatore e papa, nel cuore dell'Europa.

DICTATUS PAPAE

Il Papa detta a tutta la cristianità. In epoca romana chi detta è il dictator che interviene in tempi di emergenza. È una difesa del potere.

La Chiesa romana non ha bisogno della donazione di Pipino.

La divisione degli imperi aveva anche comportato la divisione della religione.

Il diritto di nominare e deporre i vescovi era stato contestato dall'imperatore. Gli imperatori

si arrogavano il diritto di nominare i vescovi. Nel diritto romano il pontifex maximus era una delle istituzioni sottoposte all'imperatore. Cesaropapismo: periodo che fa riferimento all'unione dei poteri, imperatore che pensava di essere anche Papa.

Potere legislativo del Papa: non conta più la legge antica, ma legge nuova, in relazione alle necessità dei tempi, trasforma la società, governa e trasforma la società.

Non è il popolo che può deporre l'imperatore, ma il Papa. La potestà spirituale sin da sant'Agostino pretende di essere superiore a quella temporale. Solo morale o anche giuridica?

Iniqui: non equi, imperatori che non riconoscono equità. Iniquità: forma particolare di ingiustizia, non è semplicemente la violazione della legge; rispetto della giustizia nella sua forma più rudimentale, equità. In certe materie, soprattutto attinenti alla fede, la giustizia è amministrata dalla Chiesa. Questo concetto è ripreso da Cicerone e Celso ("ius est ars aequi et boni"), concetto del diritto romano che ha radici greche. In Aristotele "epi eicheia": giustizia del caso, quando le leggi generali e astratte non sembrano offrire una soluzione giusta. Oggi tutto ciò che non è predeterminato dalla legge può essere deciso dal giudice secondo equità. L'equità è una fonte della giustizia naturale: guardando alle cose giusto è questo o quell'altro. L'imperatore che è iniquo diventa tiranno ed i sudditi non devono più essere fedeli: il Papa pretende di essere il controllore della fedeltà.

La fedeltà è anche un concetto giuridico, non è solo il giuramento del vassallo al principe tipico del regime feudale. È un legame organico, non solo contrattuale.

Art. 54 Cost.: tutti i cittadini devono essere fedeli alla Repubblica. Non è la semplice legalità o lealtà, ma qualcosa in più. Cosa dobbiamo fare per essere fedeli? Non cospirare, non fare lotta armata? Astenerci dal farla fuori? Difenderla (art. 52) in caso di pericolo? Non difesa militare ma difesa politica: dire in pubblico che la Repubblica è in pericolo, dare voce alle nostre preoccupazioni. Questo è il repubblicanesimo minimo: assumere ed adempiere tutti i doveri, in più difenderla discorsivamente; coraggio civico, coraggio almeno della parola. Diversa dalla fedeltà alla monarchia. L'art. 54 vuole un minimo di attività discorsiva per difendere la Repubblica ed i suoi valori e principi fondamentali.

CONCORDATO DI WORMS

È una sorta di armistizio tra impero e Chiesa cattolica. Si usa per la prima volta il termine concordato. Cessione del potere di nominare i vescovi. In Germania i vescovi possono essere eletti, ma solo quando tutti sono d'accordo; se non sono d'accordo il re può mettersi dalla parte più sana. Ingerenza del potere politico, temporale nelle scelte che costruiscono il potere spirituale. Questo in termini di diritto ecclesiastico è l'inizio del giurisdizionalismo dell'imperatore negli affari religiosi: quando c'è una lite su chi scegliere, decide l'imperatore.

DECRETUM GRATIANI

Codice pieno di definizioni nel segno della migliore filosofia scolastica.

Poco conosciuto, ma di straordinaria modernità.

Le nazioni nascono dentro i concili di Basilea, di Costanza dell'inizio del 1100: tentativi di ripristinare la collegialità nella Chiesa frantumata. Il concilio si divide in delegazioni di nazioni.

La nazione stessa come concetto giuridico nasce nel diritto canonico.

Attualità del diritto naturale nel sinodo sul cosa fare delle unioni omosessuali (1140-2014).

Lez. 9 20/10/2014 pomeriggio

Premodernità ed organizzazione della Chiesa in uno Stato pontificio, che è venuto meno nel 1870 e non è risorto con lo Stato del Vaticano: è un soggetto che si chiama Stato ma

gode di uno statuto giuridico particolare nel diritto internazionale. È equiparato a uno Stato ma non è uno Stato per la maggior parte degli internazionalisti.

Necessità di relazionarsi con la storia.

Costruzione dello Stato pontificio come prima delle grandi rivoluzioni di cui parla Berman. Riforma protestante: non è unitaria, movimento che investe una parte dell'Europa, genera una guerra e si conclude con la pace di Vestfalia. La riforma cambia il modo di vedere non solo la religione, ma anche il diritto; soprattutto cambia la cultura dei testi. I principi della riforma secondo Lutero sono tre: sola scrittura, sola grazia (uno dev'essere buon cristiano, non deve fare, mirare ad ottenerla con una buona opera finale), sola fide (importa la fede, non necessariamente il rito, il culto; fede si praticata in carità e anche in riti; rapporto diretto con Dio). Sola scrittura vuol dire che è il testo sacro che fa fede, non invece l'interpretazione del testo da parte del magistero della Chiesa cattolica: quello che conta è ciò che dice la Bibbia, non ciò che dicono i Papi. Bisogna tornare a leggere l'originale, non solo del Nuovo, ma anche dell'Antico Testamento. Questo porta alla maggiore sacralizzazione delle scritture stesse. Lutero traduce le scritture, prima la lettura era limitata ai sacerdoti. Un libro che può essere letto da tutti e la sua religione è più aperto alla democrazia (Max Weber, sociologo): qualche dubbio, il protestantesimo storico era contro le guerre di emancipazione delle masse dei contadini; fenomeno principalmente della borghesia. In Europa orientale vi sono più protestanti promotori di movimenti democratici. Se il sacro è la scrittura, e la scrittura può essere letta da tutti, non vi è ragione per escludere le donne dal sacerdozio: possiamo vedere un più alto tasso di emancipazione e di donne in politica nei paesi del nord che in quelli del sud Europa. Sacralizzare i testi rende poi possibile desiderare codici e scrivere costituzioni come se fossero scritture sacre. La "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" è scritta su una tavola di pietra come a suo tempo il decalogo. Sacralizzazione fortissima negli Stati Uniti, paese con forti correnti protestanti. Questo rifarsi ai testi ha effetti di razionalizzazione, ma con un residuo di irrazionalità (fede nella forza religiosa di un testo; cimelio, oggetto sacro). Il protestantesimo contribuisce, rafforza ciò che già la prima Scolastica aveva evidenziato, cioè la distinzione tra diritti in senso soggettivo e diritti in senso oggettivo. I diritti soggettivi si irrobustiscono in qualche modo, diventano diritti da riconoscere da tutti, diritti fondamentali per il mondo e la persona individuale, a partire dalla libertà di coscienza (bandiera del protestantesimo la libertà di coscienza individuale). Questo è stato ripreso in qualche modo da Hobbes: le leggi della natura sono imperfette perché vincolano l'uomo solo in coscienza. E quando si passa dallo stato di natura allo stato civile attraverso il contratto le leggi naturali non ci sono più, restano allo stato naturale, non vengono importate nello stato civile. Hobbes è un giusnaturalista in partenza e un giuspositivista in arrivo: alla fine devono prevalere le leggi civili su quelle naturali. Esiste ancora un diritto naturale, soprattutto il diritto alla sopravvivenza, esiste il legittimo diritto alla sopravvivenza. Dal diritto della natura al diritto della ragione, dal giusnaturalismo al giusrazionalismo: è un lento processo, inizia da Hobbes, prima forse da Grozio, e arriva almeno fino a Kant, Hegel.

Il terzo mutamento è la fine dell'unità politica del mondo con la fine dell'impero e l'universale sorgere degli Stati nazionali (Inghilterra, Francia, Spagna). Le gentes si trasformano in nazioni, lo Stato nazionale è l'eredità della modernità. Però parlare di un'unità politica che si frammenta nella modernità è discutibile: è già alla fine dell'impero romano, le codificazioni arrivano già alla fine dell'impero e non riescono a stabilizzare l'unità politica. Il Codex non ha avuto fortuna nei tre secoli successivi.

Alla fine Barberis mette le scoperte scientifiche, dimenticando del tutto le scoperte che hanno portato all'invenzione dell'arte militare. La modernità è caratterizzata anche dalla modernizzazione dell'apparato della violenza.

Oggi viviamo in un'epoca nella quale tutto questo sembra molto lontano, molti pensano che parlare di modernizzazione e modernità suoni un po' vecchio. Come è possibile che in

Europa si sia cercato di distruggere del tutto una religione, una delle più antiche, un popolo ebraico disperso e diffuso in tantissimi paesi; cioè vi sia stato un disegno di genocidio parietale messo in atto sistematicamente con l'uccisione di milioni di ebrei. Ci sono filosofi, soprattutto tedeschi (più vicini allo stato di malessere), che hanno puntato il dito contro la modernità: il secolo dei lumi, che spinge al massimo e porta a termine la vittoria del giusrazionalismo viene messo sul banco degli imputati: "voi avete messo in moto una macchina delle teste che ha potuto generare il genocidio". Nichilismo come tentativo di risposta alla modernità. Le accuse contro il nichilismo di avere portato ad Auschwitz. Negazione di tutti i valori. La modernità va studiata in modo critico.

PROCESSO A GESÙ

Vi fu un processo? Le fonti sono deboli, solo i Vangeli; non esiste referto archeologico (nemmeno la Sindone) che dimostri che Gesù Cristo sia realmente vissuto. I Vangeli sono testimoni "per sentito dire". Anche i Vangeli presentano versioni alquanto discordanti sul processo, se vi fu o meno.

Il racconto di Luca potrebbe essere interpretato come narrazione di un processo perché il sinedrio era un organo che oggi si può assimilare ad un'alta corte di giustizia (la nostra Corte costituzionale è composta da 15 giudici ed integrata da altri 15 giudici popolari; una corte normale funziona bene con al massimo 15 membri, l'ideale sarebbe 12. Oltre è difficile darsi ascolto vicendevolmente e che tutti parlino. È possibile quindi che all'interno di un organismo di 30 si formino dei gruppi e che vi sia chi parla per il gruppo. Istituzionalmente si passa da una corte ad un consiglio: organo collegiale rappresentativo del popolo, ma di un popolo suddiviso per gruppi politici, classi sociali, ceti.) Nel sinedrio erano in 70, numero tipico di un parlamento. La separazione delle funzioni di legislazione e di governo "gubernaculum" dalla giurisdizione "iuris dictio" è un qualcosa che si è fatta strada solo a partire dal 1000-1100-1200, è caratteristica cioè della modernità. Nel sinedrio non dobbiamo aspettarci di trovare un tribunale moderno, era un tribunale antico. Oggi non esiste più perché il tempio presso cui fu istituito fu distrutto ed il popolo si disperse nella diaspora.

Paragone con gli altri centri: ad Atene c'era l'areopago, il tribunale supremo; a Roma c'erano varie magistrature giudicanti, ad esempio il pretore.

C'è una sorta di processo, si conduce Gesù prima nel sinedrio poi davanti a Ponzio Pilato ed Erode (che non è riportato negli altri vangeli).

Gli viene fatta una domanda. Destra e sinistra sono stati interpretati come i due imperi. La destra di Dio rappresenta la parte dei giusti sulla terra.

Gli viene fatta un'altra domanda. La risposta viene presa come una confessione. Possiamo accettare che i processi davanti al sinedrio accettassero la confessione come prova. E con questo si chiude il giudizio, secondo il diritto penale moderno si ritiene consumato il reato di lesa maestà: non avere smentito ed avere implicitamente preteso di istituire un regno alternativo a quello di Erode. Pilato era solo luogotenente delegato dall'imperatore romano.

Successivamente sembra che il processo si svolga davanti a Pilato, come se la fase davanti al sinedrio fosse solo istruttoria.

Tre capi d'accusa mossi nei confronti di Gesù: sobillazione, istigazione all'evasione, lesa maestà.

Gesù arriva ad essere condannato a morte dal popolo ebraico. La shoah è stata da qualcuno giustificata moralmente come la giusta pena per avere giustiziato Gesù Cristo. Solo Luca lo dice, secondo altri vangeli non è stato il popolo. Dopo la fine della seconda guerra mondiale fu creato lo stato di Israele che si dotò di una Corte Suprema, che si presentò in continuità con l'organizzazione politica del popolo d'Israele colonizzata dai Romani ai tempi del processo a Gesù; continuità, successione giuridica. Vi furono dei pastori protestanti che chiesero alla Corte Suprema d'Israele la revisione del processo a

Gesù. Queste lettere non furono registrate come azioni giudiziarie perché manifestamente inammissibili e infondate. Ma il problema restava, ed è stato risolto in modo informale: il primo presidente della corte suprema ricercò tutte le fonti (vangeli, autore latino del 300; nulla era presente nelle fonti ebraiche). Secondo il presidente è possibile che un qualche processo si sia effettivamente svolto; ma la ricostruzione di quel processo è completamente difforme da tutte le regole del diritto processuale ebraico di quel tempo; ricostruisce dalla prassi del sinedrio tutta una serie di regole generali, i principi oggettivi del processo (dal giorno del processo troppo vicino al sabato, giorno di festa). Comunque vi sono stati in questo modo di procedere degli errori di procedura, e quindi secondo il diritto ebraico si sarebbe potuto annullare il processo. Ma non si sa se il processo sia avvenuto veramente o meno. Questa è una visione laica/ebraica dello stesso evento.

Cosa abbiamo imparato da quell'evento così narrato? Una disposizione della Costituzione fa implicito riferimento al processo a Gesù. La versione alternativa secondo Matteo fu che Pilato avesse pronunciato la condanna a morte, ma avesse poi proclamato un referendum sulla concessione della grazia, alla fine concessa a Barabba: ipotesi realistica dal punto di vista del diritto di allora. Oggi non è possibile, non è ammesso il referendum in materia di amnistia e indulto: il popolo non è capace di decidere, è forcaiolo; niente democrazia diretta sull'amnistia, qualsiasi popolo tende ad essere forcaiolo, la diplomazia è un modo per proteggere i popoli contro se stessi, perché altrimenti corrono in guerra. Ragionamento fortemente condizionato da ciò che è avvenuto. Il popolo che ha inneggiato a Hitler e a Mussolini ha sbagliato, ha prestato concorso al genocidio. Non è detto che il singolo sia cattivo e nell'insieme la massa sia buona, va già bene se la massa non è peggiore del singolo. La modernità proietta la moralità tutta nel singolo. Nel singolo nasce il dubbio: perché quelli di Auschwitz non si sono fermati. L'uomo in società ogni tanto si abbruttisce specialmente se la società non è buona.

Massime di esperienza di cui si tiene conto quando si applica il diritto, è la dimensione pratica/filosofica di ogni agire, di ogni decidere del giurista; ogni norma ha dei riferimenti di questo genere. L'amnistia richiede i 2/3 del parlamento: è stato rafforzato il dispositivo contro l'amnistia perché si temeva un'autoassoluzione dei parlamentari. Su tutte le forme di clemenza umana meglio non lasciare decidere al popolo né ad una maggioranza, ma trovare dei consensi ragionevoli, qualificati. Perché altrimenti si fanno troppe amnistie, troppi condoni. Valutazione delle conseguenze dell'agire del legislatore.

Che cos'è la verità? Si chiede Pilato.

Teorie della verità.

Teoria della corrispondenza: la verità è la corrispondenza tra ciò che percepisco soggettivamente e ciò che è oggettivamente; tra detto e fatto.

Teoria del consenso: la verità è una costruzione sociale fatta da discorsi tra chi se ne intende, è un intendiamoci su che cosa è vero o non è vero; la verità è una costruzione sociale, intersoggettiva; prevale la soggettività sull'oggettività. C'è chi direbbe che la verità non esiste, che è un concetto vecchio dell'800.

Esiste una verità nel mondo del diritto, nel mondo dei giuristi? Esiste una verità oggettiva o è solo qualcosa che nasce dalla convinzione del giudice o dall'accordo delle parti?

Lez. 10 22/10/2014

Cos'è il diritto moderno? Cos'è la filosofia della modernità? Questa filosofia è ancora oggi pensata dai filosofi. L'ultimo dei filosofi moderni potrebbe essere Habermas, ancora vivente, di Francoforte. La scuola di Francoforte, di sociologia e filosofia si occupava in modo critico dei problemi della sociologia, del positivismo sociologico – il giuspositivismo è solo una forma di positivismo, esistono anche altre scienze che hanno il loro positivismo. La filosofia moderna ha da un lato promosso i vari positivismi, e dall'altro ha cercato di

criticare e superare i positivismi attraverso dei metodi più critici. Questa è anche la scuola del pensiero critico. In epoca recente il momento più critico per il pensiero è stato il conflitto tra le generazioni sorto nel '68, momento nel quale in Germania assunse il massimo del riconoscimento la filosofia della scuola di Francoforte. Habermas, il suo massimo interprete, mantiene una certa fedeltà al pensiero della modernità: bisogna essere moderni nella critica. Capacità di critica che si deve sviluppare negli studi del diritto.

Bisogna sapere criticare delle norme, delle sentenze. Come si critica una legge? Come si critica una sentenza? Si contrappone un'opinione diversa? Per Hobbes la legge è la legge e si deve obbedirvi. Si può anche criticare la Costituzione, non si deve sacralizzarla (forse non è la più bella del mondo, alcune parti potrebbero essere riformate). C'è chi critica semplicemente per distruggere: le critiche distruttive. C'è anche la critica costruttiva. La critica non è il "no", è o un "sì" o un "no" motivato dicendo perché va bene (motivo concorrente) o non va bene e perché andrebbe riformata. Se si è contrari, si deve dire come farlo meglio. Gran parte della retorica, anche forense, si limita ad abbattere ma non a ricostruire. Nei termini della filosofia postmoderna il distruggere spesso prende il nome di decostruzione, è il metodo di questa filosofia che dietro le norme vede solo la forza, la sopraffazione, la violenza, l'imposizione, la costruzione di rapporti asimmetrici, il potere; dietro il diritto c'è il potere; non ci sono idee, conta la realtà; i discorsi sono armi. Chi decostruisce spesso ha difficoltà a e non sa ricostruire. Bisogna imparare dalla filosofia postmoderna ad usare ragionevolmente la nostra storia; il pensiero postmoderno può aiutare a ricostruire la modernità, non solo decostruire; vedere ciò che è oggi e vedere da che punti iniziali si è sviluppato, da che radici. Nel linguaggio della filosofia postmoderna non si parla tanto di storia ma di archeologia. Scavando tornare alle origini di ciò che è oggi. Altro concetto della filosofia postmoderna è la genealogia: tornare alle origini, ai momenti nei quali sono stati generati i fenomeni: ciò che è stato creato, è stato creato in gran parte per caso. La genealogia guarda ai casi, alle occasioni; è un pensiero in cui non si vede più una storia progettata da una forza divina.

Importanza del caso studiata da Darwin (epoca vittoriana, seconda metà del 1800): cosa c'entra la biologia con la filosofia? La filosofia si chiede anche da dove veniamo. Intuizione di Darwin: evolucionismo, si verificano delle mutazioni genetiche per casualità e poi con il passare delle generazioni hanno la meglio quelli che hanno delle mutazioni positive. Archeologia e genealogia sono termini che nascono quando la biologia inizia a scoprire la genetica e l'evoluzione, e la filosofia scopre il nichilismo, prima grande reazione critica alle filosofie della modernità. La modernità è un processo millenario di lenta modernizzazione, sempre diretta dalla ragione, dalla capacità dell'essere uomo di ragionare di più di una scimmia. Questo processo va avanti, secondo Berman, attraverso varie rivoluzioni: abbiamo visto le prime due: nascita stato pontificio/nascita diritto canonico; riforma di Lutero.

Altre rivoluzioni:

digitalizzazione

1989 rivoluzione silenziosa secondo qualcuno

1917 rivoluzione russa (Lenin teorizzatore della rivoluzione)

1911 rivoluzione cinese

rivoluzione industriale

1848 moti rivoluzionari in tutta Europa

1789 rivoluzione francese (rivoluzione dell'antico regime) – la più incisiva per la vita del diritto in Europa, l'ultima delle rivoluzioni che consolida la modernità

1650 circa rivoluzione inglese

rivoluzione copernicana

Le rivoluzioni sono cambiamenti di assetti, di potere, discontinuità ottenuta con la forza che può produrre anche sangue. Il nostro è un momento rivoluzionario? Dipende da cosa

si intende per rivoluzione e se la si desidera o non la si desidera: per il catastrofista è un momento di rivoluzione; per il leninista la rivoluzione operaia deve ancora venire. Non ci sono mutamenti nella società e nella politica, ma mutamenti nei saperi: la rivoluzione della digitalizzazione. Difficoltà a comprendere la società. Grandi vuoti di pensiero, molte cose avvengono senza che possiamo capire perché. Possiamo comprendere gran parte del nostro mondo guardando a questi momenti di discontinuità, in cui “la storia si mette a correre”.

La globalizzazione mette in crisi il concetto di luogo. Nella globalizzazione tutto può avvenire ovunque, nell'intero pianeta, nell'intero cosmo. Si parla di rivoluzione cosmopolitica, di crisi del pianeta.

La modernità non è che un periodo più o meno esteso che inizia prima (con le due prime rivoluzioni) e va avanti ma non sappiamo fino a quando. La fine della modernità è stato l'avvento del nichilismo? È avvenuta con Auschwitz? Non lo sappiamo, la filosofia non ha risposte a tutto.

La critica è un prodotto del ragionare, anche sulle questioni ultime della filosofia.

Il filosofo tedesco Kant (“Lezioni di logica”, del 1800) ha cercato di riassumere le domande ultime a cui la filosofia cerca di dare delle risposte (concatenate tra loro):

- che cosa posso sapere? Vuol dire che il sapere non è infinito, la ragione ha dei limiti, ci sono cose che non riusciamo a spiegarci.
- che cosa devo fare? La filosofia orienta il nostro agire, è all'origine della morale, cosa è bene fare, ed anche all'origine del diritto: cosa è giusto e ingiusto fare.
- che cosa mi è permesso sperare? Passiamo dalla cognizione, dall'azione alle emozioni, passioni. Le tre domande si concatenano, più risposte riesco a dare a queste e più mi avvicino alla quarta domanda che riassume in qualche modo e supera la triade precedente.
- che cosa è l'uomo? Domanda che si era posta l'umanesimo all'inizio della modernità. Non riguarda solo l'antropologia o la biologia, ma la filosofia.

Cosa c'entrano queste domande con il diritto? Capita al giurista di chiedersi “che cosa posso sapere”? Quando svolge attività istruttoria sia nella pubblica amministrazione, sia in un processo, sia in una procedura parlamentare nella quale si acquisiscono elementi di conoscenza utili per fare una buona legge. “Che cosa posso sapere io legislatore? Posso sapere cosa costa la mia legge e quanto denaro ho in cassa? Sì, posso saperlo”.

Il giudice: “cosa posso sapere di come è morta Yara”?

Cosa devo fare? Chi se lo chiede? Ad esempio un dirigente amministrativo, che si ritrova davanti a richieste di fare e di decidere.

Cosa devo fare di fronte ad un fascicolo? Saperlo leggere dall'ultima pagina e vedere cosa è stato fatto per ultimo, al limite leggere indietro.

Cosa mi è permesso sperare? In cosa sperano i giuristi? In termini filosofici il giurista può sperare di fare giustizia, magari commettendo illegalità (direbbe Bobbio)? Con un po' di realismo il giudice può sperare di fare bene il suo lavoro non rendendo troppe sentenze ingiuste. Va già bene se non sono ingiusto. Non fare ingiustizia è meno che fare giustizia. Speriamo di fare bene ma va già bene se non facciamo male. Studiare bene le leggi, rispettarle, ma riflettere anche nei casi in cui la risposta che ci dà la legge ci fa soffrire perché temiamo che sia ingiusta; sensibilità per gli effetti ingiusti delle nostre decisioni. Interrogare non solo il libro della legge, il fascicolo, le parti, ma anche ascoltare il cuore.

Che cosa è l'uomo? È un animale sociale. Già nel *Decretum Gratiani* gli uomini sono descritti come animali. Per Hobbes è “*homo homini lupus*”: l'uomo è un essere socievole, ma in società è un lupo. La società umana somiglia più a un branco di lupi che a un gregge di agnelli. Metafore già usate nella Bibbia. Hobbes ce l'ha con la Chiesa, con i pastori: trattano gli esseri umani come agnelli, invece sono cattivi come lupi, devono essere disciplinati, serve il Leviatano, essere mitologico che rappresenta lo Stato. Gli uomini cercano di autodisciplinarsi, di togliersi il lupo.

È una visione critica dell'uomo, la risposta di Hobbes a cosa è l'uomo. Anche il pessimismo ha questa visione dell'uomo cattivo, già prima di lui: nell'Antico Testamento il diluvio fu mandato da Dio perché gli uomini erano diventati cattivi. Hobbes era un pessimista antropologico, vedeva l'uomo cattivo. Dobbiamo chiederci cosa pensa ogni filosofo dell'uomo, che immagine ha. Altri vedono l'uomo in modo più buono (Nuovo Testamento, anche ai cattivi si deve perdonare; visione positiva). Sant'Agostino pensava che l'uomo è cattivo. Ottimisti: Kant, Rousseau. Pessimisti: Hegel, Hobbes. Rousseau aveva l'idea di un contratto sociale, non di soggezione come in Hobbes: pensava che si poteva rendere buono l'uomo tramite l'educazione ("Emilio"). Gli ottimisti sono spesso pedagogisti. Anche Habermas in fondo è ottimista, secondo lui si vive meglio se si è un po' ottimisti.

Più che cosa sia l'uomo ci si chiede come sia l'uomo. Tutto ancora da spiegare.

L'uomo di Kant può agire in modo morale perché libero. Per Kant l'illuminismo è l'emancipazione da uno stato di minorità di cui egli è responsabile. L'uomo è capace di costruirsi una libertà con limiti, non solo sua ma per tutti.

Ultima ora delle lezioni: esame su domande tratte da un elenco di 60 pubblicato entro il 1 novembre, 1 dicembre e l'ultima lezione.

GALILEO GALILEI

Figlio di fiorentino, ha vissuto a Pisa. Teoria aristotelico-tolemaica: il Sole ruota attorno alla Terra. Teoria copernicana: la Terra ruota attorno al Sole. L'Antico Testamento nella Genesi racconta che Dio creò la Terra e i pianeti (Bibbia scritta in ebraico/aramaico, poi greco e latino), e sembrava che la Terra fosse al centro della creazione divina. Galilei fu accusato di eresia. Ci fu una sentenza di condanna. Opinione probabile: suscettibile di prova. Ha commesso eresia ed ha tenuto un'opinione dichiarata eretica. Gli ordinano di abiurare e lo condannano al carcere. Una pena abbastanza mite per quei tempi.

È una sentenza che non piace perché è negata la libertà della scienza, non solo di manifestare il pensiero (nel libro c'erano i frutti delle sue ricerche). Nei "Dialoghi" ci sono tre persone: Simplicio difende la visione aristotelico-tolemaica; un giovane difende la versione copernicana; il terzo fa delle domande intelligenti ad entrambi; l'argomentazione della visione copernicana sembra più convincente. Galilei era già stato diffidato in un verbale una quindicina di anni prima, perciò il libro termina con la constatazione tra i tre che la questione è aperta e finché rimane aperta rimane preferibile tenere la dottrina tradizionale: autocensura nel libro. Il libro è stato censurato perché l'autocensura non era sufficientemente credibile. A Galilei viene addebitato l'eresia, l'errore, gli errori vengono puniti. Quello che dal punto di vista filosofico è più interessante è che nel processo non si riconosce un diritto all'errore, anche perché è quello che dobbiamo concedere alla Chiesa (ha aspettato più di quattrocento anni, addirittura l'accusatore fu santificato nel 1930). Il laico deve riconoscere anche alla Chiesa il diritto di riconoscere i propri errori. Questa sentenza andava annullata d'ufficio? Idea di fondo di verità. Che significato ha tale processo per una modernità che nasce con le grandi scoperte scientifiche? La Chiesa è stata sin dall'inizio un avversario delle scoperte scientifiche. Oggi la questione è in che relazione deve stare il sapere scientifico con la credenza religiosa? La scienza con la coscienza? Attorno a questa domanda il processo di Galilei ci insegna come focalizzare il problema dei rapporti tra scienza e religione, tra scienza e coscienza, tra verità scientifica e verità della morale/etica della Chiesa. Il momento attuale vede questo rapporto molto teso.

L'art. 18 Stat. Lav. aiuta a capire come si interpreta il principio lavoristico della Costituzione, o principio del lavoro.

Art. 1 Cost.: l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro.

Art. 3 Cost.: implicitamente si parla dei lavoratori

Art. 4 Cost.: diritto al lavoro e dovere di lavorare

Cos'è il lavoro? Secondo Hobbes senza lavoro non potremmo sopravvivere, né individualmente né collettivamente. Il lavoro è una fonte di ricchezza, ma anche una merce di scambio.

Quale lavoro è descritto nella Costituzione? Su quale lavoro si deve fondare la nostra Repubblica? (Leopolda: luogo di incontro nel quale si trovano le persone che la pensano come il Presidente del Consiglio. Stazione di Firenze che rievoca Leopoldo granduca di Toscana) Il jobs act è un disegno di legge delega (combinato disposto degli artt. 71 e 76 Cost.) che deve essere seguito da un d.lgs. Perché non viene utilizzato il decreto legge visto che c'è urgenza di creare posti di lavoro? Forse perché serve tempo per raggiungere un consenso politico. È una questione politica che si mescola ad una questione filosofica. Renzi dice che il lavoro è un qualcosa che si deve cercare. L'art. 4 Cost. presuppone un dovere di cercare un lavoro? Lavoro che mi viene dato o lavoro che devo cercarmi nella società? È un lavoro che può essere dipendente ma che può anche essere autonomo. Esiste anche una filosofia del lavoro: un sapere su cosa è il lavoro e cosa deve essere il lavoro. Leggendo la Costituzione e le notizie delle morti sul lavoro abbiamo immagini contrastanti: interpretazione del lavoro come qualcosa di sicuro, che serve a sopravvivere e non a morire. Visione del lavoro costruita in parte su norme costituzionali (artt. 35-36-37 Cost.). La Costituzione presenta un disegno generico del lavoro. Lavoro della ricostruzione? Lavoro generico? Ogni discorso normativo è generale e astratto, ma ha elementi di concretizzazione. Es. il lavoro sicuro è una concretizzazione dell'immagine del lavoro: oggi il lavoro deve essere più sicuro di quanto fosse nel 1947. Chi risarcisce i caduti sul lavoro? La questione diventa giuridica. Chi paga la sicurezza? È meglio che legiferi la Regione o lo Stato? Vediamo cosa vuol dire il diritto alla tutela del lavoro e alla sicurezza del lavoro, le sue ricadute normative. L'assemblea costituente si immaginava un lavoro socialista? Una repubblica dei lavoratori? Una promessa di socialismo come scrive J.P.Morgan? Si possono avere delle immagini divergenti: la Leopolda, la piazza. Probabilmente la nostra Costituzione o è vicina a una delle due o lascia aperta la questione. Per quanto riguarda l'art. 18 la Corte costituzionale, quando si cercava di farne oggetto di referendum, ha deciso che la reintegrazione nel posto di lavoro non è necessariamente garantita né dall'art. 35 né dall'art. 4 Cost.. Non è incostituzionale togliere l'art. 18, ma non toccarlo è più vicino alla visione dell'art. 4 Cost. che non toglierlo. Le posizioni politiche ora si avvicinano all'immagine della Costituzione, ora si allontanano. Sono visioni opposte di politica costituzionale. La filosofia ha una rilevanza sia per la conformazione ideologica delle posizioni politiche, sia per l'orientamento contenutistico delle interpretazioni delle garanzie della Costituzione, ma anche della carta sociale europea del Consiglio d'Europa.

Cos'è il lavoro dell'art. 4 Cost.? Marx ha un'idea del lavoro collegata a una teoria dell'economia politica. Che valore ha il lavoro? Vi sono vari termini per inquadrare il valore del lavoro. Sicuramente il lavoro ha un valore di scambio che si misura nella retribuzione (art. 36 Cost.). Il problema dal punto di vista della politica dei salari: in Europa si discute sui salari minimi, non sappiamo qual è la paga minima. Come si riesce a definire la paga giusta? Un modo per definirla è con il CCNL. Il problema è che spesso abbiamo dei lavori per i quali non esistono dei contratti e non esistono sindacati, o i sindacati non stabiliscono dei minimi o stabiliscono dei minimi inferiori. Dovrebbe allora intervenire il legislatore: la questione del minimo salariale si trova in molti programmi di governo dei paesi del nord Europa. Il valore di scambio del lavoro deve essere particolarmente protetto.

Art. 36 Cost.: la retribuzione deve essere proporzionata, adeguata alla quantità e alla

qualità. Deve anche essere sufficiente a garantire a sé e alla famiglia un'esistenza dignitosa: concetto di base della dignità. La Costituzione immagina quindi un lavoro che sia alla base di un'esistenza dignitosa. Il contrario di dignità è indigenza, miseria. È più facile mettersi d'accordo sulla negazione della dignità che dire cosa sia la dignità. Vi sono indicatori di violazione della dignità. Un indicatore è soggettivo, quando si è in tanti a sentire sdegno, indignarsi (indignados, movimento sociale che si ispira ad una filosofia post socialista del lavoro, una filosofia che impregna le rivendicazioni politiche ma che informa anche le leggi – le leggi si ispirano alle filosofie). Non basta fare riferimento al valore di scambio, ma anche al valore di uso. Che valore ha ciò che faccio per me stesso? Mi soddisfa il mio lavoro, per realizzare un mio progetto di vita? Dignità vuole anche dire potere decidere e scegliere secondo le proprie possibilità un lavoro secondo le proprie idee del lavoro e secondo i propri giudizi di valore d'uso del lavoro. Marx può essere utilizzato per interpretare la Costituzione: anche l'imprenditore realizza se stesso investendo dei capitali. Idea che ad ognuno venga data la possibilità di autorealizzazione: un lavoro non degradante, non schiavistico ma il più autonomo possibile. La dignità consiste nello scegliere come svolgere il proprio lavoro. La dignità ha un aspetto sia di uguaglianza sia di libertà. Esistono lavori particolarmente degradanti e la tutela dell'art. 35 Cost. riguarda in particolare questi. Nella Costituzione vi sono altri principi: principio di cultura, di democrazia, di dignità umana. Questi principi fondamentali hanno delle basi filosofiche che condizionano l'interpretazione. Per la filosofia del lavoro è utile anche ricordarsi gli insegnamenti della Bibbia sul lavoro. Cosa dice la Bibbia sul lavoro? Nella Genesi Dio riposa la domenica: Dio modello per l'uomo "imago dei", dopo la creazione la ricreazione. Problema attuale del lavoro domenicale, non affrontato dai giuslavoristi perché riguarda il lavoro autonomo. Nella Bibbia l'immagine del lavoro è sudore e sofferenza. Questo è uno dei grandi temi filosofici. Tutta la nostra vita politica è permeata da grandi controversie, dialettiche, Kant direbbe antagonismi.

HOBBS

Scritto nel 1668 dopo il ritorno in Inghilterra dall'esilio in Francia. "De cive" e "Leviatano" scritti in Francia, influenzati dai concetti di sovranità dei re francesi, di Bodin. Il re inglese era stato decapitato e Hobbes era stato accusato di essere troppo filomonarchico. Il contesto storico è importante perché la guerra civile, sua esperienza, si introduce nella sua filosofia. Che ruolo ha la guerra nel pensiero di Hobbes? Può esserci la guerra. Hobbes è nato nel 1588, quando l'Inghilterra sconfigge la Spagna, si passa dal domino spagnolo al dominio inglese, cambio d'epoca preceduto nel 1584 dall'inizio della colonizzazione inglese dell'America, Virginia; nel 1571 a Londra si crea la borsa valori. Epoca in cui ci creano le basi del primo capitalismo, precapitalismo inglese. Hobbes è figlio dei suoi tempi. Le sue opere sono del '600: c'è una guerra (soprattutto la "glorious revolution") a sfondo religioso. I puritani erano la parte oppressa emigrata negli Stati Uniti (ancora oggi molto puritani). In questo periodo tutta l'Europa si incendia: è la guerra dei Trent'anni che si conclude con la pace di Vestfalia (1648): l'ordine europeo trova una pace, che ha un forte elemento religioso perché è una pace tra i protestanti ed i cattolici. Principio giuridico "cuius regio, eius religio" della pace di Augusta del 1555, la base del cosiddetto sistema giurisdizionale, giurisdizionalismo: principio di costruzione del diritto pubblico seicentesco che consente la creazione della pace di Vestfalia, permette la creazione di stati sovrani con una propria religione di stato (statalizzazione della religione). Hobbes difendeva la religione anglicana come religione di stato, una religione protestante con elementi di cattolicesimo. Hobbes è un po' contro le righe, non era solo un precursore dei liberali, aveva anche questa venatura di difensore/simpatizzante dell'anglicanesimo. Nella sua filosofia esistono poi ideali matematici, giusrazionalismo sui generis: Hobbes era amico di Galilei. Il "Dialogo tra il filosofo e lo studente" ruota tutto attorno al ruolo della ragione; è forse il più bel manifesto del giusrazionalismo.

KANT

Abbiamo ricostruito le quattro domande di fondo della filosofia kantiana. La prima la lega molto a Hobbes. La domanda "cosa posso sapere?" implica la risposta "non posso sapere tutto e devo riflettere che posso anche non sapere". Ad esempio, cosa possiamo non sapere sugli organismi geneticamente modificati? Gli effetti che avranno sulle generazioni future. Allora si parlava della ragione e della necessità di avere leggi razionali; la modernità come progetto di razionalità. Oggi non si parla più di razionalità, si parla di ragionevolezza. Che differenza c'è tra razionalità e ragionevolezza? Criterio usato dalla Corte costituzionale per vedere se una legge rispetta il principio di uguaglianza o meno: la differenziazione delle regole deve fondarsi ragionevolmente su delle differenze. La razionalità tende a perfezionarsi; la ragionevolezza lascia aperta, se possibile, a margini di irrazionalità, riflette sui limiti della conoscibilità, aiuta a dire che fare quando non sappiamo, quando non veniamo a sapere. Se un giudice non riesce a istruire (nella sua istruttoria) una verità come deve decidere? In base ad equità se viene esplicitamente autorizzato, perché l'equità presuppone la conoscenza dei fatti. Se un giudice non riesce a dissipare i suoi dubbi in un processo penale applica la norma "in dubbio pro reo", precetto della ragionevolezza. Se siamo in un processo civile come deciderà? Deciderà sulla base delle regole che distribuiscono gli oneri della prova. Se non si riesce a stabilire, se ci sono dei dubbi abbiamo una situazione detta di "non liquet". Gran parte del ragionamento kantiano, della ragion pratica, è applicabile alla pratica dei giuristi (anche se Kant non voleva averne a che fare; conflitto della facoltà filosofica con quella giuridica). Kant era ottimista: non diceva che il progresso fosse necessario o inevitabile o fosse già avvenuto (Hegel, storia di necessario progresso di realizzazione dello spirito), il progresso è possibile oltre che desiderabile. Era ottimista perché aveva vissuto all'epoca di Federico il Grande. Progresso realizzato già nel '700 sotto Federico il Grande. Questi era interessato alla musica, alla pittura, all'arte, e aveva dovuto riconoscere la supremazia del governo delle leggi sul governo dei re; aveva cioè, nella mitologia di quel secolo, posto termine all'assolutismo: aveva approvato un Codice civile, ben prima di quello napoleonico. La codificazione (iniziata già nella seconda parte del '700) non è rivoluzionaria. Kant visse al tempo del codice: generale, prussiano, diritto, paese, cioè diritto generale del paese prussiano (prevalentemente codice civile con anche norme di diritto pubblico). Questo codice era stato scritto anche perché Federico il Grande aveva perso un processo (contro il mugnaio Arnold). Nel '700 nasce il mito del buon giudice che fa vincere lo stato di diritto anche contro i capricci del re e delle amministrazioni del re. Tutto questo è lo sfondo storico della filosofia del diritto di Kant.

Lez. 12 29/10/2014

Verbale di un'esecuzione di pena capitale, quella di Damiens. Siamo nel 1757, il "secolo dei lumi". Racconto con il quale il filosofo parigino Foucault inizia il suo libro "Sorvegliare e punire" (1975).

Questo è uno degli ultimi fatti del suo genere, perché poi pian piano cambia la legislazione, cambiano le regole delle pene e delle punizioni perché non se ne poteva più dei supplizi, degli spettacoli delle pene: le pene non saranno più pubbliche, si abolisce la gogna, si dà esecuzione alle pene in luoghi meno aperti al pubblico, si razionalizzano le pene capitali con macchine che mettono a morte; cambia del tutto il paesaggio delle pene; le pene diventano meno corporee, più chirurgiche; per la pena di morte è prescritta la presenza del medico al fine di minimizzare le sofferenze. Tutto il diritto penale si toglie molti dei suoi aspetti crudeli; la pena diventa meno visibile anche per diventare più efficace. Foucault chiama il libro "Sorvegliare e punire", antepone la sorveglianza alla

punizione, perché in quell'epoca si scopre il principio della prevenzione, si scopre anche che vi sono altri modi di rieducazione; bisogna organizzare la società in modo da avere più controllo effettivo sulle persone, sui corpi, affinché non delinquinano (più tardi chiamata prevenzione sociale). Soltanto pochi anni dopo un filosofo inglese che si intende di utilitarismo, Bentham, si occupa molto dell'efficienza del sistema delle pene, del sistema penitenziario: ha inventato il sistema del "panopticon" - le guardie sono tutte al centro e controllano tutta una serie di ali dove stanno le celle dei prigionieri → principio della sorveglianza, del controllo perfetto sui prigionieri; è un'innovazione di architettura penitenziaria, una razionalizzazione delle carceri. Tra il '700 e l'800 si razionalizzano le pene e il lavoro di Foucault mette in evidenza il fatto che l'attenzione si sposta dal corpo (pene meno corporee) all'animo, alla coscienza, si cerca cioè di disciplinare maggiormente non solo ciò che fanno i corpi, ma ciò che pensano gli esseri umani. Questo è un tentativo, una tendenza di razionalizzazione del sistema punitivo che noi come tale non abbiamo ancora ben interiorizzato perché noi siamo abituati a parlare del '700 come secolo che pone fine a spettacoli come quello di Damiens, a dire che tra il '700 e l'800 tutto migliora, diventa più mite, ma anche più efficiente. Più si riesce a sorvegliare meno si deve punire; il controllo aumenta. La modernità da questo punto di vista postmoderno è un momento non solo di razionalizzazione, ma anche di maggiore efficienza nelle forme di controllo sociale. L'800 è il secolo dei controlli; gli organi che hanno funzione di prevenzione dei reati sono le forze dell'ordine, la polizia. Nel 1821 in Alessandria si temeva la polizia segreta austriaca. Lo "stato di polizia" è un'invenzione austriaca di fine '700, in particolare dell'autore Sonnenfels (teorizzatore della polizia come tecnica di controllo della società). Questa è una lettura fatta ex post negli anni '70-'80 da Michelle Foucault, filosofo parigino più specializzato nella filosofia della politica che non nella filosofia del diritto. Ma l'argomento è profondamente giuridico perché il diritto penale è una parte fortissima del diritto. E ci fa ragionare sul rapporto tra diritto e forza.

BECCARIA

Fu il nonno di Manzoni, visse a Milano, non era un giurista ma scriveva libri illuminati e illuminanti, probabilmente aveva compiuto studi giuridici. "Dei delitti e delle pene" è del 1764.

Teorema generale secondo cui la pena deve essere:

- non violenza ma un atto di forza;
- pubblica, non necessariamente l'esecuzione, qui si riferisce al processo;
- pronta, il più presto possibile. Oggi la prontezza della pena è un problema perché il processo dura troppo. Per questo è stato addirittura riscritto l'art. 111 Cost.. La giustizia deve essere pronta, non veloce; il giudice non deve essere troppo veloce perché rischia di essere frettoloso; ma la giustizia non deve neanche durare troppo. Art. 111 Cost.: "La legge ne assicura la ragionevole durata": è il tempo necessario che il giudice deve prendersi per trovare la decisione più giusta; meglio, il processo non deve durare troppo, né troppo poco: dura troppo se il reato si prescrive, ma anche se un processo di primo grado penale supera i tre anni, uno di appello i due anni, in cassazione un anno (questa è all'incirca la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani). Le pene devono essere pronte: una volta comminate devono essere eseguite, e non che tra la sentenza di condanna e l'esecuzione passi un anno; l'esecuzione pronta presuppone anche non avere carceri sovraffollate;
- necessaria: anche l'esecuzione della pena deve essere necessaria. Ci sono molti delitti bagatellari (es. primo furto in un supermercato di oggetto di scarso valore) che potrebbero non essere puniti;
- minima delle possibili: le pene devono essere miti, non massime ma minime. Beccaria non dice che devono essere umane e come vanno commisurate;

- proporzionata al delitto: per un delitto grave una pena più grave che per un delitto meno grave. Ad esempio, a pari valore economico si potrebbe stabilire una pena per il furto ed una più grave per la frode operata da un funzionario pubblico. Le leggi penali non stabiliscono una pena, ma dei minimi e dei massimi per consentire al giudice di stabilire discrezionalmente la pena proporzionale al delitto (“tariffari” delle pene). Sulla proporzionalità delle pene i professori giuspenalisti raramente fanno studi empirici e buone meditazioni su come misurarla;
- dettata dalle leggi: l'art. 25 Cost. enuncia il principio fondamentale del diritto penale oggettivo, “nulla poena sine lege”, il diritto fondamentale del cittadino a non essere punito senza una legge entrata in vigore prima che il fatto sia stato commesso; Leggi frutto dello spirito dei popoli.

“La grandezza delle pene deve essere relativa allo stato della nazione”: lo stato della nazione dipende dalla civiltà. Ci sono nel '700 nazioni civili (pene più miti) e nazioni barbare (pene più crudeli). Per Beccaria deve esistere una sorta di civiltà delle pene. In Iran una ragazza è stata impiccata per un fatto che in Italia sarebbe stato considerato “legittima difesa” o “eccesso di legittima difesa”, ma comunque non punito con la pena di morte, considerate anche le attenuanti. Il concetto di “attenuante” viene da una filosofia, una tradizione illuminista. Il Papa si è espresso sull'ergastolo come “una pena di morte nascosta”: pena di morte perché non ammette un reinserimento del detenuto nella società, non toglie la vita biologica ma toglie la vita sociale, rende non più spontanea la vita sociale; nascosta perché avviene in carcere nel quale tutto ciò che è la vita del prigioniero è visto, non si sono spazi di ritiro, il domicilio del prigioniero può essere perquisito in qualunque momento; il prigioniero non può essere visto dalla società, può avere visite, ha un diritto allo studio, ma spesso mancano i libri.

Beccaria accusa le leggi del suo tempo di essere barbare. Le barbarie nelle leggi vengono dai paesi del Nord o dall'Oriente. La civiltà è una conquista dell'Occidente perché ha avuto la religione cristiana (possibile interpretazione).

Le convenzioni fattizie sono i costumi, mores, le etiche.

C'è una duplice introduzione: una che si rivolge a tutti i lettori, ad un pubblico generale ed universale; e poi c'è un'introduzione vera a propria che fa riferimento ai suoi personaggi di riferimento come il presidente di Montesquieu.

Beccaria fa riferimento al vivere in un continuo stato di guerra: ha letto Hobbes o qualcuno che ha letto Hobbes. Questo spiega anche perché per Beccaria sono così importanti le leggi positive, umane: è la ragione umana che deve riscrivere il sistema del diritto penale.

Discussione tra una squadra a difesa della pena di morte ed una squadra a difesa dalla pena di morte di Bin Laden. Può essere sufficiente l'ergastolo? La pena di morte è inutile: è stato ucciso Bin Laden, oggi abbiamo l'ISIS. L'effetto deterrente è nullo: nei paesi dove esiste la pena di morte il numero di morti per reati è statisticamente più alto che negli Stati dove non esiste. Forse era meglio fare un processo a Bin Laden, ma forse per ragioni (ciniche) di sicurezza è stato ucciso subito. Allo stato attuale del diritto positivo ucciderlo incontra dei dubbi di diritto positivo. Beccaria chiederebbe, argomenterebbe in tema di utilità della pena di morte. Serve alle vittime vedere morire il carnefice? Vogliono sentirsi bene vedendo morire il carnefice? Nel diritto islamico esiste il diritto alla vendetta, ma noi lo consideriamo barbaro. Più si celebra la morte altrui più cala il valore della vita; più si degrada una persona più gli si nega la dignità dell'uomo, e se la si nega a lui è facile negarla anche ad altri. “Occhio per occhio” è una giustizia molto antica: è ancora giusta oggi? È un po' un'idea di una società che non farà più progressi, tornare alla pena di morte significa rinunciare all'idea di progresso. Altra prospettiva emersa è quella della prevenzione sociale, i peggiori crimini devono essere puniti. C'è anche chi dice che non è stata una condanna a morte senza processo ma un atto di legittima difesa contro un terrorista che continuava a programmare e organizzare attentati: diritto all'autodifesa, se non c'è altro mezzo per difendersi si può uccidere un altro. È più facile legittimare la morte

di Bin Laden come atto di legittima difesa che non in base a un processo. La pena di morte è una cosa di altri tempi ed avrebbe dimostrato l'inferiorità civile degli Stati Uniti. Nel nostro ordinamento la pena di morte era consentita solo in tempi di guerra, poi è stata abolita dal codice penale militare in tempi di guerra e di pace. Molti in Italia vorrebbero la pena di morte, e questo ci spinge ancora di più a riflettere realisticamente sui costi e benefici della pena di morte. C'è chi dice che tutte le religioni hanno un potenziale di violenza. Sicuramente c'è qualcosa da fare: a differenza di quella islamica, quella cristiana ha imparato che la pena di morte è una aberratio, un peccato. La Chiesa che ha ammesso la pena di morte, Calvino che ha favorito che si bruciasse. Bruciare pena per la falsa coscienza degli eretici, la decapitazione era la pena per attentati all'ordine pubblico, al re. Queste religioni hanno imparato presto la necessità di fare a meno della pena di morte, hanno imparato che la dignità dell'uomo, che deriva dall'immagine di Dio, va difesa contro ogni altro essere umano; che non c'è diritto dell'uomo sulla vita di un altro uomo. Questo è un apprendimento della religione che troviamo anche nel buddismo e in altre religioni. Forse la nostra generazione o la prossima vedrà la totale abolizione mondiale della pena di morte. Si sono fatti grandi passi avanti nella lotta mondiale alla pena di morte (parte della politica estera italiana fin dagli anni '70). Tema che resta acceso. Il buon filosofo non dissimula le passioni, ma le regola e cerca di tradurle in buone parole, magari in una certa scenografia parlando con il corpo; ma c'è un limite, cioè quando le parole diventano armi, diventa violenza sul diritto di altri di parlare. Argomentazione pacata. Beccaria ha vissuto in un momento in cui gli venivano spontanei "attacchi di idealismo", tradotti in parole bellissime. "Guerra della nazione con un cittadino": chiunque è pacifista giuridico e chiunque crede che il diritto deve servire la pace, e che il lavoro del giurista sia aiutare a litigare con le parole e non con le spade, si fa influenzare da questa frase di Beccaria.

Lez. 13 03/11/2014

KANT

Abbiamo visto le quattro domande kantiane.

Che cosa possiamo sapere? Non possiamo sapere tutto, ma possiamo sapere qualcosa utilizzando la nostra ragione. E la prima grande opera di Kant è "La critica della ragion pura", pubblicata all'età di 57 anni. Aveva una vita molto rigorosa e disciplinata: si svegliava ogni mattina alle cinque, e fino alle otto preparava le lezioni; dalle otto alle tredici teneva le lezioni (fino a venti ore alla settimana); alle tredici pranzava, cioè invitava qualcuno con cui parlare, in genere amici o colleghi (colazione di lavoro filosofico); si dedicava a studi/letture fino alle diciannove; dalle diciannove alle venti usciva di casa per passeggiare; alle venti cenava in modo leggero ed alle ventidue andava a dormire.

La "Critica della ragion pura" (1781) è seguita poi dalla "Fondazione della metafisica dei costumi" (1785), dalla "Critica della ragion pratica" (1788) e dalla "Critica della capacità di giudizio" (che chiude la trilogia).

Queste tre grandi critiche filosofiche precedono l'opera della "Metafisica dei costumi", quella che interessa ai giuristi: è sostanzialmente alla conclusione del suo percorso filosofico che ci viene dato un abbozzo della filosofia del diritto e di filosofia dello stato. Kant non lavorava solo su temi di filosofia, ma anche su temi che oggi diremmo di politica; non si è mai occupato di temi di diritto positivo "stretto", e a questo si deve anche la premessa che lui dà nella "Introduzione alla dottrina del diritto". Qui Kant risponde alla domanda "che cos'è la dottrina del diritto", e distingue varie figure di persone e di saperi; soprattutto distingue la giurisprudenza dalla scienza del diritto: una cosa è la sola conoscenza delle leggi, la scienza giuridica, un'altra è la giurisprudenza, la conoscenza delle applicazioni delle leggi, di chi conosce veramente bene ciò che decidono i giudici, le

leggi interpretate dai giudici. All'università si tende a studiare un po' di più il diritto astratto che quello vivente; e talvolta si parla di scienze giuridiche, altre di giurisprudenza.

Oggi in verità la scienza giuridica non è più quella di cui parla (in modo un po' dispregiativo) Kant: oggi si direbbe che la scienza giuridica deve includere la prudenza, deve conoscere la dottrina (giurisprudenza) e i testi delle leggi. Molti contestano comunque il carattere di scientificità del diritto, dicono che il diritto non è una scienza, quello che conta è solo la prudenza.

Il giureconsulto con la domanda "cos'è il diritto?" è messo sempre in difficoltà. Egli può sempre rispondere cosa è diritto e cosa non è diritto, ma ha difficoltà a rispondere cosa sia il diritto, ha bisogno di uno che lo aiuti, uno che rifletta, che ragioni sopra: questo è il compito del filosofo. Il giureconsulto è il pratico: quello che si definirebbe giuspositivista, sa dire qual è il diritto, ma non sa dire cos'è il diritto. A questa domanda risponde quella che Kant chiama poi la filosofia del diritto: il termine vero e proprio di "filosofia del diritto" nasce così, cioè da una situazione in cui ci sono tanti giuristi che sanno tutto del diritto tranne che cos'è il diritto, il che è un po' paradossale e anche ridicolo. Kant infatti a pranzo non invitava mai giuristi, gente troppo noiosa, che non sa veramente ragionare, non sa parlare con un filosofo. All'inizio avevamo detto che la filosofia del diritto deve nascere da un dialogo tra filosofi e giuristi positivi: per Kant quel dialogo non si può avere, è solo il positivista che può avere la giusta idea del diritto, i giuristi stessi non ci arrivano; questo è un po' il frutto del Secolo dei Lumi, è l'autoesaltazione dei filosofi, ma è espressione di quei tempi, che oggi sono passati. Oggi viceversa i giuristi pensano di poter fare filosofia, e di non dover interrogare i filosofi; a quell'epoca era l'opposto.

Per capire Kant è necessario fare alcune premesse filosofiche.

Cosa vuol dire metafisica dei costumi? Cos'è la metafisica? È la scienza dei primi principi di ciò che l'uomo può conoscere, degli inizi della conoscenza. Ma fino a che punto è possibile alla ragione umana comprendere i primi principi? Nella "Critica della ragion pura" Kant riconosce che la metafisica è diventato campo di battaglia di controversie infinite. Il tentativo del filosofo è porre fine alle controversie e trovare una base razionale del pensiero, della ragione: Kant lo fa attraverso la formulazione di giudizi sintetici, a priori, e analitici, a posteriori, ma riflettendo soprattutto su quelli a priori. Kant distingue giudizi sintetici e giudizi analitici. Quando oggi si parla di "filosofia analitica del diritto" questa deriva da una terminologia kantiana. Che cosa è in particolare la metafisica dei costumi? Ciò che sta dietro alla fisica? Costume: *sitte* (in tedesco) – *mos* (in latino) – *ethos* (in greco); da questi derivano le parole "morale" e "etica", per alcuni sono sinonimi, per altri (Hegel ad esempio) sono cose distinte.

Per Kant è possibile trattare e sviluppare una metafisica dei costumi in modo scientifico: in cosa consiste la scientificità di questa dottrina della ragione che sta alla base dei nostri costumi, della nostra etica? La ragione è capace di criticare, diventa in qualche modo autoriflessiva, è capace di pensare i presupposti del sapere e riflettere le condizioni del sapere stesso.

"L'antica filosofia greca si divideva in tre parti: fisica, etica e logica. Codesta partizione è del tutto conforme alla natura della cosa e non vi è nulla da correggerci, ma solo da aggiungervi il suo principio, sia per assicurarne in tal modo la sua completezza, sia per poter determinare correttamente le necessarie sottosezioni. Qualsiasi conoscenza razionale è o materiale, e allora riguarda un qualche oggetto, o formale, e allora si occupa esclusivamente della forma dell'intelletto e della ragione stessa, nonché delle regole del pensare in generale, senza distinzione di oggetti. La filosofia formale si chiama logica, ma la materiale che ha a che fare con oggetti e con leggi determinate a cui è sottoposta si divide a sua volta in due: tali leggi infatti o sono leggi della natura, o leggi della libertà. La scienza delle prime si chiama fisica, quella delle seconde è l'etica." Kant ci offre qui un sistema: c'è una fisica e poi un'etica che in qualche modo precede il diritto. Qui viene fuori un concetto filosofico di cosa debba essere diritto: per Kant il diritto serve alla libertà.

Questo concetto di libertà ha a che fare con la cultura degli esseri umani ed è l'opposto della necessità che ha a che fare con la natura degli esseri umani e delle cose. Le scienze della natura sono specificazione della fisica; le scienze della cultura sono quelle che chiama metafisica dei costumi.

“La fisica ha dunque una parte empirica ma anche una parte razionale; lo stesso l'etica. La parte empirica potrebbe assumere il nome di antropologia pratica mentre la razionale potrebbe chiamarsi morale propriamente detta.” Qui vediamo un'altra distinzione, vediamo che distingue le cose in categorie. Il filosofo ma anche il giurista deve sapere categorizzare (ad esempio categorizzare i soggetti giuridici). Quello che è stato preso da Kant è l'attenzione al linguaggio: il centro della sua giornata è il pranzo in cui invita delle persone con cui parlare; queste sono le sue ricerche empiriche di riflessione sulle parole. Kant era figlio di un artigiano e di una madre vagamente religiosa, pietista (variante del protestantesimo): è dalla madre che gli viene l'impulso di dedicarsi agli studi, ma viene dal protestantesimo il rito del pranzo. Nella vita di Lutero era importante riunire attorno a un tavolo le persone, farle mangiare e parlare; sono famosi i dialoghi del tavolo di Lutero perché derivano da una sua idea dell'eucarestia, cioè che non sia solo il prete a bere e a mangiare ma che sia tutta la comunità; mangiando insieme si riproduceva in qualche modo una situazione di comunità religiosa. Questo era uno dei momenti in cui si poteva, attraverso il dialogo, arrivare a chiarirsi i concetti, purificarsi il linguaggio. Da Kant si sviluppa un filone di pensiero filosofico fino al famoso “linguistic turn” nel '900: è il filosofo austriaco Wittgenstein a focalizzare l'interesse dei filosofi sulla lingua e sul linguaggio. Il medium del diritto è il linguaggio; il diritto sono discorsi, se vogliamo. Anche questo si trova nell'impianto filosofico della filosofia del diritto di Kant. Però il fortissimo richiamo alla libertà della filosofia kantiana non a tutti piace e quindi non tutti la riconoscono come fondamentale.

La nostra Costituzione riconosce un principio fondamentale di libertà? C'è chi dice che la nostra Costituzione non è sufficientemente liberale: J.P.Morgan (agenzia di rating) raccomanda di cancellare dalla Costituzione tutte le garanzie dei diritti sociali perché non è una Costituzione sufficientemente liberale e non è capace di fare competere il nostro paese a livello globale. È una critica che ha buone ragioni, ma si può obiettare che la nostra Costituzione ha degli elementi liberali che conviene vedere, prima di dire che non è sufficientemente liberale. Qual è il concetto di libertà della nostra Costituzione? I liberali sono sempre e ovunque politicamente una minoranza; i partiti liberali sono sempre stati una minoranza, non sono mai stati partiti di massa. I grandi liberali dell'epoca dello Statuto Albertino (es. Benedetto Croce), del periodo tra le due guerre, a partire dal governo Giolitti erano stati l'élite che aveva formato lo Stato italiano: erano fortemente rappresentati nel parlamento sabauda e poi in quello italiano perché esisteva un sistema elettorale ristretto, che favoriva i liberali; questo è cambiato con il fascismo e nell'assemblea costituente c'erano pochissimi liberali. Da questo alcuni accusano la Costituzione di essere diventata anacronistica (fuori dal tempo), demodè: questi dicono che c'erano pochissimi liberali nell'assemblea costituente ed essendo una minoranza la Costituzione (opera dei democristiani e dei comunisti) non poteva essere liberale; oggi i democristiani sono spariti, i comunisti sono cambiati o comunque sono stati sconfitti dal 1989, e quindi la Costituzione è anacronistica.

Art. 3 Cost.: l'uguaglianza formale si può interpretare come uguale libertà. Secondo qualcuno il secondo comma contiene un mandato di socialismo: non è corretto, la libertà nella sintassi precede l'uguaglianza perché viene prima dell'uguaglianza.

Art. 4 Cost.: riguardo al lavoro esiste un dovere, ma è riconosciuta una libertà di scelta; scelta libera. Persino le disposizioni che sembrano più rivoluzionarie, più socialiste hanno forti elementi di libertà

Art. 1: parla del lavoro libero; la pari dignità implica la dignità di chi è libero.

Esiste una formula kantiana della dignità dell'uomo: essa consiste nel non essere

degradato a mero oggetto dell'agire degli altri. Colui che non riconosciamo come soggetto ma trattiamo come semplice oggetto; chi viene degradato da soggetto ad oggetto. Questa è una bellissima formula kantiana che esprime il concetto di pari dignità sociale; dignità sociale presupponente la libertà.

Art. 2 Cost.: i primi diritti sono i diritti di libertà del singolo e delle formazioni sociali, e nelle formazioni sociali. È possibile di nuovo un'interpretazione liberale dell'articolo.

Art. 1 Cost.: è possibile una sua interpretazione liberale? La sovranità del popolo dipende da come si interpreta il popolo: è qualcosa di più della somma dei cittadini? La sovranità è qualcosa di più della somma delle dignità dei singoli cittadini? Allora è una teoria comunitarista della sovranità e del concetto di popolo. Però è anche possibile dare un'interpretazione individualista/liberalista: sovranità implica massima libertà politica; diamo così di nuovo un'interpretazione kantiana.

“Il diritto è dunque l'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà”: è il famoso concetto filosofico del diritto di Kant. È anche il concetto di diritto che usa la nostra Costituzione? Ci sono opinioni contrastanti in merito: possiamo dire che la questione è controversa, che nell'interpretazione della nostra Costituzione abbiamo posizioni più o meno liberali/liberaliste, e posizioni più sociali/socialiste.

C'è libertà nella nostra Costituzione, la prima parte inizia con i diritti di libertà che nel nostro sistema precedono i diritti sociali. Se in un testo una cosa precede sistematicamente un'altra si può ricavarne non una gerarchia giuridica, ma una gerarchia assiologica, di valori: la libertà può ogni tanto prevalere sull'eguaglianza sostanziale, ciò che viene prima può prevalere su quello che viene dopo. Quando facciamo un elenco mettiamo al primo posto ciò che è più importante o che ha più valore. E allora se si mettono dei bilanciamenti, quello che mettiamo al primo posto non DEVE pesare di più, ma PUO' pesare di più. Se leggiamo così l'art. 3 Cost. comma 2 è possibile una lettura liberale della nostra Costituzione. Questa lettura liberale è però controversa: molti dicono che, essendo i padri costituenti più socialisti e cattolici, la Costituzione va interpretata in un'accezione più sociale che liberale (nel dubbio optare per un'interpretazione sociale). A questo si può obiettare che la nazione è un po' cambiata: siamo in Europa, nella NATO, siamo amici degli Stati Uniti e dell'Inghilterra, siamo diventati un pochino più liberali tutti quanti, in particolare dopo il 1989; non siamo schiavi delle filosofie meno liberali dei padri costituenti, è possibile interpretare la Costituzione anche con una filosofia più liberale, ossia accentuare nell'interpretazione gli elementi liberali e attribuire loro un valore maggiore. Questa è una certa qualità di elasticità della Costituzione. In passato era necessario interpretare la Costituzione in modo più affine al pensiero sociale/socialista; oggi può essere più corretto interpretarla in modo più affine ad un pensiero liberale, più aperto alla libertà.

Ma questa libertà di Kant è completa? Da dove deriva questo concetto di libertà? È un tema complicato, una domanda filosofica. La libertà di Kant è un principio di ragione a priori: la libertà genera ragione; è importante legare ad ogni libertà la sua genesi, la sua genealogia, la sua derivazione dall'Illuminismo. La libertà deriva da una autoliberazione del pensiero. È possibile sapere qualcosa, ma è anche un dovere culturale chiedere. Questa libertà è collegata ad un'idea di autonomia intellettuale, e corrisponde ad un dovere morale di esercitare la propria libertà culturale. Questo è un dovere che ognuno di noi ha verso se stesso: ognuno deve a se stesso lo studio, la domanda, la critica, la libertà. Questo è il messaggio di Kant, detto con chiarezza insuperabile. Oggi si direbbe che la libertà è il frutto di una pratica di liberazione intellettuale.

Questo non piace e Kant viene criticato perché ritenuto troppo ottimista, tende ad una ragione troppo astratta; tanti giudizi sintetici astratti, non è sufficientemente realista. Kant scrive questa teoria della libertà e la metafisica dei costumi fondata sulla libertà verso la fine del '700 nella quale la Francia fa un tentativo di liberazione. Chi sono le vittime della

rivoluzione francese? Vittime i re, Kant non rimpiange di certo i re tiranni, si augura che i re siano repubblicani, servitori come Federico il Grande. E infatti nell'Europa del nord abbiamo ancora delle monarchie: in Svezia, in Danimarca, in Olanda, in Norvegia, in Spagna, nel Regno Unito abbiamo monarchie repubblicane in senso kantiano. Il pensiero di Kant è sicuramente influenzato dalla rivoluzione francese; sicuramente esistono legami tra Kant e Rousseau. Ma Kant va oltre: vuole prevenire in qualche modo gli eccessi della rivoluzione francese, l'arbitrio. L'arbitrio del singolo, del privato è garantito, non l'arbitrio del monarca che diventa capriccioso, tiranno degli altri. Sicuramente abbiamo paura dell'arbitrio, che sia la volontà a governarci. Oggi non ci fidiamo certo della nostra volontà, per Kant invece c'è l'idea di un equilibrio tra ragione e volontà, che la ragione riesca in qualche modo ad addomesticare l'arbitrio. L'arbitrio è la fonte del ritenere bene e male, sapere giudicare il peso, il valore di una cosa, ma è una qualità del singolo, del soggetto libero, non del sovrano, di chi governa. Questo consente a Kant di riflettere su una costruzione che distingue lo Stato dalla società. Troviamo più "pactum unionis" che "pactum subiectionis", e soprattutto troviamo dei patti federativi. Kant è uno dei pochi filosofi della politica e del diritto che ha un progetto di federalismo per tutta l'umanità: la risposta agli eccessi della rivoluzione francese è un progetto federalista.

Le vittime della rivoluzione francese non sono stati solo i monarchi, anche molti rivoluzionari, la nobiltà, ma soprattutto il clero. Nell' '800 esisteva ancora una censura di Kant in parte gestita dallo stato, in parte chiesta dalla Chiesa. Ancora oggi la Chiesa non ha un rapporto disteso con il pensiero di Kant. Ci sono stati in Italia neokantiani ma per lo più erano laici, non cattolici. Il Sillabo (1864) censura il concetto di libertà: "non c'è libertà senza limite" dice la dottrina sociale, è pericolosa l'astrattezza della libertà in Kant perché porta alla libertà di coscienza e poi magari alla libertà di scegliersi dio o anche di abbandonare dio, la libertà dell'ateismo che poi ha portato, per la Chiesa, addirittura al neonazismo, l'abbandono della religione. Per molti Kant è troppo laico, il che non è completamente vero perché c'è una teologia, una filosofia della religione.

Altre vittime della rivoluzione francese sono le nazioni diverse dalla Francia in cui è stata esportata. In Alba hanno cercato di proclamare una repubblica nel 1796, adottando una costituzione democratica. Nel 1797 in Liguria è nata la Repubblica ligure (prima era una repubblica aristocratica). È stato Napoleone ad esportare la rivoluzione e la costituzione in Italia.

Kant elenca gli strumenti per la pace perpetua.

Dopo la battaglia di Marengo è stata firmata una pace non perpetua, una pace per prendere tempo, per raccogliere nuove forze e tornare alla carica, alla conquista, proseguire la guerra.

Esisteva all'epoca la possibilità di acquistare Stati mediante negozi giuridici tra privati.

Se vediamo la storia dell'unità d'Italia troviamo alcuni preliminari che si sono dati Austria, Francia e Italia che corrispondono ancora a questi schemi.

Dei tre articoli definitivi per la pace perpetua abbiamo a mala pena realizzato la prima condizione, la costituzione repubblicana. La federazione di liberi Stati forse esiste in Europa. Il diritto cosmopolitico è confutato a Lampedusa. Non siamo kantiani.

Questa è la reazione agli effetti che la rivoluzione francese aveva sull'ordine mondiale. Vediamo che deve fare parte della filosofia del diritto una filosofia del diritto internazionale.

Lez. 14 05/11/2014

Kant era nato a Königsberg, oggi Kaliningrad, exclave russa sul mar Baltico, tra Polonia e Lituania; era la capitale della Prussia dell'est.

HEGEL

Nato a Stoccarda, nella Germania del sud, poi chiamato a Berlino, capitale della Prussia. Hegel, da giovane, guardava con favore alla rivoluzione francese, come tutti quelli del Württemberg, land in cui ancora oggi i liberali sono forti e c'è una tradizione laica e liberale, e ancora oggi si studia nelle università (ci sono tre grandi università nel Württemberg: Freiburg, Tübingen, Heidelberg; valle del Reno, più vicina a Stoccarda). Hegel studia a Tübingen, si entusiasma alla filosofia e alla filosofia politica, e si occupa molto della vita costituzionale del Württemberg. Questo è un paese nel quale c'è un re che però deve scendere a patti con la borghesia rivoluzionaria; nel 1818 questa monarchia regionale deve accettare una costituzione. Nella storia parliamo dell'epoca del costituzionalismo.

Inizio del costituzionalismo moderno, costituzionalismo scritto (secondo qualcuno iniziato già con la "glorious revolution"):

1776: la costituzione della Virginia è la prima ad essere considerata moderna perché dichiara diritti ed organizza poteri, e dichiara come principio fondamentale la sovranità popolare.

1787: gli Stati americani si trasformano in Stati Uniti da una confederazione di 13 Stati che avevano delle costituzioni, gli statuti delle colonie che diventarono delle costituzioni di Stati che aspiravano all'indipendenza.

1789: la Francia scrive la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo", e approva i primi articoli relativi delle istituzioni organizzative per organizzare la monarchia costituzionale; 1791: prima costituzione della monarchia costituzionale (forma di governo monarchia costituzionale); 1793: costituzione repubblicana giacobina (forma di governo assembleare); 1795 costituzione del direttorio, composto da 5 membri, su idea dell'abate Sieyès (forma di governo direttoriale); 1799 forma di governo consolare; 1801 impero; 1808 annessione dello stato pontificio.

1795: Napoleone fa scrivere la prima costituzione a Bologna; 1796-1797-1798: poi la Cisalpina, la Cispadana, la Repubblica ligure, la Repubblica romana, il tentativo della Repubblica di Alba; 1801: si crea una Repubblica Italiana con una costituzione, che diventa poi Regno d'Italia.

Napoleone riesce ad esportare la costituzione in Olanda e in Spagna

1812: costituzione di Cadice, che ha un'eco nella costituzione siciliana

1815: congresso di Vienna: vengono restaurate le monarchie, la ex Repubblica Ligure viene annessa al Regno di Sardegna e Sicilia.

Il re sabaudo aveva delle ambizioni di ingrandire il proprio Regno: prima tappa la Repubblica Ligure.

Nel 1820 la Cittadella di Alessandria era la più grande d'Europa ed era controllata militarmente dal re sabaudo perché faceva parte del regno di Sardegna; ma le truppe sabaude erano deboli. Al congresso di Vienna era stata fatta la Santa Alleanza con la quale i re e gli imperatori d'Europa avevano promesso di aiutarci a reprimere i moti rivoluzionari e costituzionali (la costituzione non era ben vista dalla monarchia). La Santa Alleanza era l'imperatore austriaco, il re della Prussia, lo zar russo. Nel 1820 a Napoli scoppia la rivoluzione con Murat (ultimo dei sostenitori di Napoleone), ultimo rigurgito della rivoluzione. I moti sono detti carbonari, dalla carboneria (associazione segreta), detta anche massoneria.

Alla prima caduta di Napoleone (Lipsia, 1814) e al suo esilio all'isola d'Elba molti italiani avevano dei bellissimi progetti e pensavano di fare grande Napoleone in modo che potesse fare grande l'Italia, un nuovo impero romano; nel 1821 il progetto era già ridimensionato e si parlava della repubblica d'Ausonia: era un progetto di federazione italiana.

1820: si accendono i primi moti, Murat cerca di governare Napoli e il generale Pepe marcia sullo Stato Pontificio. A Napoli dichiarano di adottare la costituzione di Cadice, che

non era stata cassata dalla Santa Alleanza, pensando che non desse preoccupazioni visto che prevedeva comunque una monarchia costituzionale. La cosa però non era piaciuta soprattutto al Papa e all'Austria, e la Santa Alleanza doveva garantire anche la monarchia dello Stato Pontificio.

Qualche mese dopo (1821) in cittadella ad Alessandria viene issata la bandiera della federazione italiana: c'è l'idea che il Piemonte e gli altri territori già liberati (regno di Napoli, parte dello Stato Pontificio, alcuni moti in Lombardia) costruissero la federazione italiana, ed in nome della federazione italiana la guarnigione della cittadella promulga la costituzione spagnola. Il re Vittorio Emanuele I è a Moncalieri, riunisce il governo, cerca di salvare la monarchia con una costituzione: essendo egli molto conservatore, la costituzione spagnola non andava bene, quella siciliana nemmeno. Allora scrive una costituzione in due soli articoli, un editto: scrive che sarà adottata per il Regno di Sardegna la costituzione del Regno Unito con due modifiche: alla successione al trono si applica la legge salica (succedono solo i maschi, non le femmine); la religione di Stato non è quella anglicana, ma quella cattolica. Idea geniale perché, a differenza dei napoletani, adottava una costituzione non scritta: il massimo della rivoluzione con il minor numero di mezzi, soprattutto il massimo della rivoluzione per avere il massimo della conservazione. Troppo geniale per la Santa Alleanza che non capisce e invia il conte di San Marzano a Moncalieri: il re quindi brucia l'editto di proclamazione, quindi, ormai compromesso, abdica in favore del fratello Carlo Felice, assente da Torino. È reggente allora il figlio di Vittorio Emanuele I, Carlo Alberto, che si precipita a Torino e dal palazzo Carignano promulga la costituzione spagnola. Dopo dieci giorni Carlo Felice da Modane ritira il provvedimento del nipote.

Il costituzionalismo fa parte della storia dei nostri luoghi. Dal 1820 al 1822 ci sono questi grandi moti carbonari per una federazione italiana. A Firenze ci partecipa Joussef, fondatore dell'antologia italiana, esponente della Firenze borghese; questi ambienti cercavano di attrarre Giacomo Leopardi. Questo è l'anno della filosofia del diritto di Hegel. Nel 1830-1835 arriva un'altra ondata. Nel 1830 in Francia si fa una costituzione che fa eleggere a re il duca di Orleans e marca il passaggio ad un costituzionalismo monarchico nel quale il re viene sostanzialmente tagliato fuori dalla politica, è neutralizzato.

1830: costituzione liberale in Belgio. Nello Stato Pontificio tra Bologna, Reggio e Modena scoppiano i moti antiaustriaci (tra gli insorti ricordiamo Ciro Menotti) e si costituiscono le province unite d'Italia che si danno una costituzione. Le province unite non erano un'invenzione italiana, esistevano già in Olanda (era la forma politica su cui si era costruito il regno). Dietro quest'ondata rivoluzionaria c'era comunque Mazzini, a Ginevra, che aveva una rete di professori e intellettuali che scrivevano anche dei progetti di costituzione.

1848: furono scritte cinque costituzioni in Italia, ma sopravvisse solo lo Statuto Albertino. Lo Statuto Albertino diventa costituzione, senza essere chiamata costituzione, con l'unificazione italiana.

Hegel è nel bel mezzo di questi moti che avvengono di qua e di là delle Alpi; anche nei cantoni svizzeri si fanno costituzioni. La costituzione della Baviera è del 1818, quella del Württemberg del 1819: sono le prime costituzioni, dopo il congresso di Vienna, che mettono in moto la domanda di costituzioni. Da allora l'epoca che va dal 1815 al 1848 viene chiamata dagli storici l'epoca del costituzionalismo: tutti vogliono avere costituzioni che garantiscano diritti, che prendano un po' l'eredità delle rivoluzioni, consolidano in qualche modo l'emancipazione della borghesia.

Anche Hegel in un primo tempo si mette ad analizzare e a criticare i moti costituzionalisti tedeschi e soprattutto quelli del Württemberg. E da lì derivano degli scritti di Hegel sulla costituzione, una riflessione sulle costituzioni, che cercano di sottoporre il re al rispetto delle regole del diritto, che cercano di costituzionalizzare le monarchie. La risposta alla Santa Alleanza e alla restaurazione è il tentativo di arrivare lo stesso a una qualche

soggezione del re al diritto, che il re rispetti il diritto della nazione. È questo lo spirito di quei tempi: espressione inventata da Hegel. A lui dobbiamo una filosofia della storia, più forte di quella di Kant.

La filosofia della storia di Hegel riprende il concetto di dialettica: cerca di narrare il suo tempo, ciò che è avvenuto con queste grandi discontinuità e novità delle rivoluzioni americana e soprattutto francese.

È un idealista, cerca di leggere nella storia un qualche progresso che deriva da idee che chiama con il termine spirito, "geist". Cos'è lo spirito? Lo spirito è un qualcosa che si muove, è la dinamica del mondo che si spiega e si riconduce ad una dinamica dello spirito. Per il giurista la dinamica delle fonti del diritto, la dinamica delle costituzioni che si riconduce ad una dinamica dello spirito, a delle idee che muovono.

La filosofia di Hegel si divide in logica, natura e spirito. Alla logica (tesi) si contrappone spesso la natura (tema tipico dell'epoca romantica) e l'uno e l'altro si fondono nello spirito. Lo spirito soggettivo della logica con lo spirito oggettivo della natura si fondono, si supera l'antitesi, il contrasto, nella sintesi dello spirito assoluto. E nella filosofia del diritto Hegel si interroga sullo spirito oggettivo, perché il diritto è un qualcosa che ha una sua oggettività, ha carne e ossa. Anche lo Stato assume la forma di una persona giuridica: nell'800 i giuristi cominciano a pensare lo Stato come una persona riprendendo l'immagine di Hobbes; lo Stato è una persona giuridica costruita dal diritto. Il diritto costruisce lo Stato: è l'idea dei giuristi dell'800, idea che si riflette e converge con la filosofia di Hegel. Idea che lo Stato è un organismo non naturale ma artificiale, o meglio, ha un elemento di costruzione logica e un elemento di natura (territorio e popolo). La sintesi è che è una persona giuridica dotata di propri diritti e doveri. Questa idea giuridica della dottrina ottocentesca ha delle analogie, delle radici filosofiche in Hegel. La sua filosofia del diritto è lo spirito dei giuristi del suo tempo. Oggi quando usiamo il termine "hegelismo" parliamo di una filosofia che fa paura: in Italia fu la filosofia dominante della fine Ottocento-prima metà Novecento che maggiormente influenzò il fascismo. È chiaro che è una filosofia che con la metafora del corpo dello Stato si presta ad esaltare la forza dello Stato, lo Stato di potenza: per molti ciò che alla fine dell'Ottocento viene fuori dall'industrializzazione, dall'imperialismo è l'immagine di uno Stato che da persona giuridica diventa una sorta di superuomo, uno stato di potenza. Molti esaltano il monopolio della forza legittima (come definito da Max Weber nel 1820). Lo Stato viene ammirato per la sua forza, per molti viene divinizzato, soprattutto dai liberali: "non c'è libertà senza autorità, e l'autorità sia dello Stato, sia la massima autorità, superiore a quella del Papa". Ed è da questo che viene la frase centrale della filosofia di Hegel: "ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale". La frase è scritta nella prefazione della filosofia del diritto del 1820. Hegel è un idealista che combina le idee con la realtà, cerca di leggere nella realtà l'avverarsi delle idee, e nelle idee delle proiezioni della realtà. Persino la repubblica platonica non è altro che una proiezione del modo etico di vivere dei Greci. All'inizio del diritto stanno i principi dell'etica e della morale, ed è in questo contesto che egli inserisce la frase "ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale". Ciò che è razionale, del mondo delle idee si avvera nella realtà, muove il modo attraverso il quale l'uomo trasforma il mondo. E ciò che è il mondo, la realtà è (pertanto) razionale. È un motto ambiguo, si può mettere l'accento sulla prima parte o sulla seconda. Dicendo "ciò che è reale è razionale" posso intendere che tutto ciò che esiste avrà una ragion d'esistere, e perciò è bene che esista e che continui ad esistere, e che la sua conservazione sia il nostro dovere – pensiero del conservatore/reazionario, della destra hegeliana che porta al fascismo e al nazismo. "Ciò che è razionale è reale": possiamo leggere che ciò che abbiamo in testa prima o poi diventa realtà, si fa strada nella realtà, la nostra realtà è condizionata dai nostri pensieri, non solo nella percezione ma anche nelle nostre azioni, tutto ciò che è artefatto nasce da idee che dirigono il nostro agire - idealismo della sinistra, "deve avverarsi in qualche modo", proprio perché ci sono delle idee all'opera nella storia dell'umanità si registra un

progresso. E questo lo possiamo leggere nel diritto: nel corso dei secoli le leggi sono migliorate, il diritto ha aiutato l'umanità a fare qualche progresso. Domanda retorica: "volete tornare a vivere nel 1820 o vi piace vivere oggi?" - "Preferite vivere nel 1943 o oggi?" Il 1943 è la confutazione della tesi del progresso di Hegel, è stato per la destra hegeliana il momento in cui cominciavano a dubitare di se stessi.

Vediamo qui una struttura del libro, leggibile ma non di facile lettura. Questi sono solo i lineamenti, le linee che marcano la struttura, il sapere del filosofo sul diritto. La struttura è tricotomica:

TESI Diritto astratto: proprietà, contratto, illecito (diritto nella sua corporeità, le istituzioni che si studiavano per prime nell'800; sono le istituzioni principali del diritto civile)

ANTITESI Moralità: dolo/colpa, intenzioni/benessere, bene/coscienza (il dolo e la colpa sono sostanzialmente gli elementi di imputabilità delle azioni nel diritto penale. Sono istituzioni della moralità in parte costituite dal diritto penale, in parte dallo Stato sociale, in parte dall'educazione; il bene e la coscienza sono le istanze ultime della moralità, del giudizio morale)

SINTESI Eticità (costumi): famiglia, società civile, Stato (le istituzioni dell'eticità si suddividono ulteriormente nella famiglia (matrimonio, patrimonio, educazione), società civile (sistema dei bisogni, cura della giustizia, polizia), stato (diritto interno, diritto esterno (internazionale), storia del mondo))

In Hegel troviamo sempre tesi, antitesi e sintesi. La sintesi supera tesi e antitesi. Al diritto si contrappone la moralità.

Hegel delinea le strutture create dal diritto nella realtà della nostra vita. C'è il diritto da un lato e c'è la morale dall'altro, ma poi nella costruzione del diritto pubblico si sintetizzano in istituzioni che passano dalla famiglia (oggi si direbbe una agenzia di valori, eticità), alla società civile, allo Stato. Questo è il sistema della filosofia del diritto, è un tentativo di pensare il tutto, tutta la realtà nella sua relazione con le norme del diritto e le norme della morale. È una cosa molto difficile da comprendere e molto difficile da leggere. Il mondo è troppo grande per essere compreso in una singola testa: chi giammai può conoscerlo tutto? Questi grandi filosofi: Kant dopo 57 anni, anche Hegel ci ha messo molto tempo.

Questo spiega anche un po' l'ottimismo: ragionando bene si può mettere insieme un sistema, si può trovare nelle cose e nelle idee un ordine. Quella di Hegel è anche una filosofia dell'ordine, esiste nella natura e nelle idee un certo ordine. Questo pensiero ha fortemente influenzato l'istituzionalismo: il nostro mondo è un insieme di istituzioni, è una delle idee che uno può ricavare dalla lettura di Hegel. Gran parte del pensiero giuridico istituzionalista è stato scritto da pensatori come Santi Romano che hanno letto Hegel.

Hegel dice che la filosofia deve mettere insieme le idee con la realtà, deve "comprendere ciò che è, perché ciò che è, è la ragione". Questo non vuol dire che realtà e idee sono la stessa cosa, ma nella realtà possiamo vedere idee impresse, così come nelle idee si imprimono delle realtà. Il diritto ha a che fare non con l'essere, ma con il dover essere, dover essere che consiste in comandi che qualcuno produce, questi comandi sono una realtà nella quale si esprimono delle idee; quindi il diritto è a cavallo tra essere e dover essere.

Secondo Hegel lo Stato non può essere un'utopia, noi dobbiamo guardare allo Stato così com'è e cercare di comprendere quali sono le norme che lo hanno costruito, e le idee che sono alla base degli atti normativi che vogliono costruirlo. Dobbiamo conoscere e riconoscere nello Stato le forze ideali e materiali che lo hanno costruito (hegelismo, pericoloso come lo sono gli "ismi": kantismo, gramscismo,..). La frase di Hegel si presta ad interpretazioni troppo di destra o troppo di sinistra.

"Hic Rodus hic saltus". Vediamo ciò che nella realtà è ragionevole. La storia di ciascuno è intessuta nella storia di tutti, collettiva. Per Hegel c'è l'individuo nella moralità, ma c'è anche una dimensione di comunità (gli hegelisti sono spesso comunitaristi; questo lo contrappone a Kant, più individualista). È importante il peso della storia, perché per

comprendere ciò che è, e perché ciò che è, è ragione, bisogna conoscere la storia. Bisogna sempre chiedersi “perché?”, “perché le cose sono così?” Allora c'è una causa che può essere anche una ragione per cui le cose sono così come sono; la causa può essere una ragione, non sempre, può essere anche un crimine.

Si potrebbe anche leggere in Hegel “chi non vede la ragione se ne faccia una ragione”: la forza viene presa come argomento, si impone e chi ha un pensiero diverso deve farsene una ragione (cinismo).

Hegel non è né solo giuspositivista né solo giusnaturalista. Leggendo lo schema all'inizio sta il diritto positivo, segue il diritto naturale (la natura dell'uomo); la sintesi sono le istituzioni (istituzionalismo, o anche realismo), sicuramente un superamento tanto del giuspositivismo quanto del giusnaturalismo. L'istituzionalismo e il giusrealismo potrebbero essere letti come seguito della filosofia hegeliana.

A quel tempo a Berlino (1821) si discute se la Prussia faccia bene a darsi un codice civile come aveva fatto la Francia con Napoleone, che i re non avevano osato abrogare. La controversia in Germania fu tra due giuristi, Thibaut e Savigny, provenienti da famiglie francesi di ugonotti rifugiatesi in Germania. Savigny era contro la codificazione del diritto tedesco perché i Tedeschi avevano un po' di diritto romano ed il diritto delle buone consuetudini germaniche (non scritte); Thibaut diceva che dovevano farsi un codice come i Francesi. Hegel cerca una terza via: sembra dare ragione a Thibaut dicendo che non si può negare un codice a una nazione civile, però si avvicina a Savigny scrivendo che devono solo codificare le loro consuetudini, non scrivere un codice nuovo per una nuova società, non importare la rivoluzione (sarebbe stato impossibile in Germania avere una rivoluzione come in Italia). Gli Inglesi chiamano questo un “restatement”: è una collezione di diritto di common law, sviluppato dai giudici, tradotto in un codice; non è fatto dal legislatore, ma dai giuristi. Per Hegel quindi codificazione sì, non rivoluzionaria ma restaurativa, anche lui era figlio del proprio tempo. Il giovane Hegel aveva qualche simpatia per la rivoluzione; quello vecchio, di Berlino, era realista, aveva una posizione di mediazione: nel dubbio mantenere gli ordini, restaurare ordini, trovare equilibri nelle istituzioni. Questo era Hegel: non un rivoluzionario né un mero reazionario.

Questa filosofia ha avuto una lunga eco. Siccome qualcuno pensa che nazismo e fascismo siano colpa dei filosofi, e Gentile, filosofo di riferimento del fascismo era un hegeliano, questo ha fatto sì che nessuno leggesse più Gentile né Hegel. I testi vanno invece letti, sono semmai gli hegelisti a dover rispondere dell'uso che ne è stato fatto della sua filosofia. Hegel non è stato solo letto a destra, è stato letto anche a sinistra: è stato letto molto bene ed attentamente da Marx che scrive nel 1843 (prima dell'ultima ondata rivoluzionaria) una critica della filosofia del diritto di Hegel. Marx è molto sarcastico: c'è una frase che i marxisti hanno spesso opposto a tutte le filosofie diverse da quella ufficiale dei paesi del cosiddetto “socialismo reale”. I filosofi hanno dato diverse interpretazioni del mondo, ma quello che conta è cambiarlo: una cosa è stare nella torre d'avorio e guardare il mondo, un'altra cosa è fare la rivoluzione sul serio, trovare delle idee che guidino una trasformazione radicale del mondo. Hegel è considerato il filosofo della borghesia, Marx invece il filosofo degli operai. Per il neomarxista gli Stati sono le multinazionali, il capitale, il petrolio; non sono le idee a cambiare il modello ma gli interessi materiali.

La filosofia del materialismo storico è la filosofia che si oppone all'idealismo. Per la filosofia marxista lo Stato è destinato a morire e il diritto è solo una sovrastruttura della società capitalista. Il diritto civile con il primo istituto, quello della proprietà, non è altro che il diritto del capitalismo; le norme e le istituzioni giuridiche sono solo delle sovrastrutture nelle quali si rispecchia la forza del capitale. Le idee sono delle ideologie al servizio degli interessi dei potenti, del capitale; non esistono idee, solo ideologie per il materialismo; ed ogni materia ha la sua idea che la serve → critica radicale marxiana/marxista del diritto.

Ma la stessa critica, soprattutto da parte del marxismo/leninismo, ha portato a ridurre il diritto; a rendere la classe operaia affrancata dal rispetto del diritto e delle leggi; a dire che

è legge ciò che vuole il partito che rappresenta la classe operaia. Questo materialismo ha portato ai gulag, ai processi di Stalin, alla rivoluzione culturale di Mao. Questa è stata la teoria marxista contro cui hanno protestato anche molti marxiani (l'euromarxismo degli anni '70 rileggeva il giovane Marx, quello prima del 1848, e fa più riferimento a quello). La teoria della sovrastruttura è stata poi sviluppata soprattutto da Hengels che ad esempio polemizza con l'idea di un diritto al lavoro: è un'invenzione socialdemocratica; i diritti sociali sono invenzioni socialdemocratiche dei revisionisti. Marx era stato critico con i diritti sociali, ma probabilmente oggi non vi sarebbe contrario. C'è un giovane Marx che è stato esaltato soprattutto nel '68 dagli autori di quegli anni, dalla filosofia politica e giuridica parigina. Poi vi sono stati dei marxisti che hanno sviluppato teorie del diritto e della costituzione, ad esempio Lassalle (giurista, uno dei padri della socialdemocrazia tedesca). Lassalle polemizzò con il mito delle costituzioni come era andato avanti dal 1789 fino al 1848, definendole solo dei pezzi di carta, privi di forza; forza sono le armi, IL partito (ha costituito il partito politico più antico d'Europa).

Lez. 15 12/11/2014

Hegel non si è occupato solo della costituzione del Württemberg, ma anche della costituzione della Germania nel 1802 (che allora era un residuo del Sacro Romano Impero, impero sgretolato appena Napoleone l'aveva attaccato). Fu uno dei primi a difendere l'idea di una Germania unita, unita anche attraverso una costituzione. Dobbiamo a Hegel l'idea che le costituzioni servono soprattutto anche a integrare la politica e il diritto di una comunità; integrare la società nello Stato; integrare l'unità politica di un paese. La Germania era già molto frammentata, aveva un conflitto nord (conservatore, modello per il Regno di Sardegna) - sud (liberale, influenzato dalla rivoluzione francese). Parallelismo tra la storia costituzionale e la filosofia giuridica della Germania e dell'Italia, che spiega perché sin dall'unità d'Italia i filosofi hanno sempre guardato molto verso la Germania: sostanzialmente chi voleva diventare professore, soprattutto di diritto pubblico, doveva conoscere non solo la Francia, ma anche la Germania (modello di unità) e l'Inghilterra (modello di economia e di costituzione flessibile). L'Italia aveva lo Statuto Albertino, non una costituzione, e ci voleva un po' di "spirito inglese" per dire che quello Statuto poteva valere come costituzione per l'intero Regno d'Italia. Ci fu chi disse che per effetto dei plebisciti il Regno d'Italia era cosa diversa dal Regno di Sardegna, era un nuovo soggetto politico, un nuovo Stato, e quindi lo Statuto Albertino era diventata una costituzione nuova (costituzione flessibile).

Il principio per Hegel era usare il diritto e la costituzione come strumento per creare una unità. La costituzione e il diritto rispecchiano, e in qualche modo creano, conservano e perfezionano l'unità dello Stato nazionale.

Le idee hegeliane sono poi state criticate, e alla critica marxista andrebbe aggiunta quella di Antonio Gramsci. La filosofia della prassi gramsciana esalta molto la storia, cerca di andare oltre la metafisica che si trova ancora in Hegel, esalta il materialismo storico, soprattutto l'aggettivo "storico". Per Gramsci le leggi diventano strumento della politica, ma la politica non può semplicemente decretare, le leggi devono essere precedute dal costume, le leggi possono soltanto sanzionare il costume. Questo vuol dire che per rivoluzionare una società non basta cambiare qualche legge, ma bisogna rivoluzionare i costumi. Questo è forse l'insegnamento più illuminante ed importante del pensiero di Gramsci: alla domanda tipica del pensiero leninista, "che fare?", Gramsci risponde che, se si vuole la rivoluzione, bisogna agire sui costumi. Per lui è fondamentale l'idea della classe dirigente: per avere una rivoluzione occorre che si formi una classe dirigente che la porti a termine, in grado di mutare effettivamente i costumi dell'intera società a partire dalla classe operaia. Per Gramsci la classe dirigente si trova nella direzione del partito. Gli intellettuali

devono essere organici, amalgamarsi con la classe dirigente, interloquire. Governo e parlamento (se la forma di governo è parlamentare), o corte (se la forma di governo è aristocratica). Ma ci sono anche politici fuori dalle istituzioni: i capi di partito, i membri delle direzioni del partito. Questa è la nuova realtà: verso la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento si organizzano i partiti politici e sono i capi di partito che pretendono di formare la classe dirigente, e che cercano di realizzare dei progetti di società (liberali, socialisti, popolari,...). È questo il soggetto che fa, che produce il diritto; e questa classe dirigente crea dei rapporti di potere per cui Gramsci è famoso per il concetto di egemonia, ed è uno dei marxisti più letti in tutto il mondo. Abbiamo noi nel nostro mondo delle egemonie? Per qualcuno gli USA e la Cina sono forze egemoni, egemonie statali a livello internazionale. Esistono altre forme di egemonia. Sono i capitali dell'industria? Le religioni? Le multinazionali, il complesso industrial-militare? Oggi l'egemonia è del potere finanziario, dei banchieri che mettono a rischio di fallimento gli Stati. È importante cercare di applicare queste teorie al presente: c'è chi dice che oggi esistono ancora delle forme di egemonia e che pertanto bisogna leggere Gramsci per comprendere meglio questo potere (soprattutto teorie economiche e teorie di sociologia politica). In Gramsci troviamo un'attenta analisi dei rapporti di forza: chi oggi comanda il denaro comanda il mondo, ha una forza. La novità e attualità è il passaggio dall'economia industriale all'economia finanziaria, si parla anche di "creditocracy". Le multinazionali sono forti nella misura in cui sono intrecciate/alleate con i poteri della finanza. Quello che a noi interessa filosoficamente è l'esaltazione dell'elemento della forza: il materialismo oppone all'idealismo un grande interesse per la realtà delle forze. Ricordiamo i simboli della sovranità: spada (forza militare), moneta, bandiera (oggi molto simbolica), toga.

Da dove viene l'esaltazione della forza? Questa è già un tratto della storia del Romanticismo, e il tardo Romanticismo viene in qualche modo superato da un altro filosofo tedesco, Nietzsche (il nichilismo). Per Nietzsche il superuomo è al di sopra della morale, entra in conflitto con il conformismo, la società, gli dei: il superuomo è un eroe che prende il posto di Dio. Nietzsche fa paura ai deboli perché esalta la forza e sta dalla parte dei forti; fa paura ai religiosi che dicono che bisogna stare con i deboli. È stato abusato dal fascismo e dal nazismo. Come sempre bisogna distinguere il mito/immagine di Nietzsche dalla persona reale e dal suo pensiero, e bisogna leggerlo. Nietzsche parla poco del diritto, ma ha un'idea di giustizia in cui non c'è spazio per il diritto, la giustizia può essere fatta anche da sé. Egli propugna la liberazione dell'uomo, l'emancipazione dai costumi e dalla morale borghese opprimente e deprimente: sotto questo profilo oggi molti leggono Nietzsche per liberarsi da tutto ciò che li deprime; per questo oggi esiste un nichilismo giuridico. Ma tutto questo si capisce solo se si focalizza il concetto più importante trattato da Nietzsche, e che dopo di lui ha pervaso tutti i discorsi dei giuristi: il concetto di valore. Fino a Nietzsche di valori si parla sostanzialmente solo in economia; si parla del bene e del male, ma non si associa loro la nozione di valore. Il suo "Al di là del bene e del male" e la "Genealogia della morale" sono scritti programmatici di una forte critica dei valori della società del suo tempo. Nella gerarchia dei valori il valore della liberazione è il valore più importante. Nietzsche introduce nel discorso filosofico il concetto di valori, e dopo di lui in tutte le filosofie del diritto troviamo grandi discorsi sui valori: sono discorsi da filosofia del diritto più che del diritto stesso, ma ultimamente anche il diritto, diritto positivo, comincia a introdurre nei testi il discorso dei valori. Il riferimento è al Trattato sull'Unione Europea.

Art. 2 TUE: "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, ..." È la tavola dei valori dell'UE. Questo termine ha creato grandi problemi ai filosofi del diritto ed anche ai giuristi. Per qualcuno questa dichiarazione non è diritto positivo, non è giuridica, è solo una constatazione. C'è anche chi reagisce in modo scettico a questa innovazione del linguaggio delle fonti del diritto. E c'è chi dice che dopo un secolo da Nietzsche questi valori sono penetrati nel diritto. Cosa sono "valori"? Rimandiamo il discorso alla fine del corso perché comunque tutti i dibattiti della filosofia del diritto del Novecento girano attorno

a queste questioni. Per ora può essere sufficiente dire che i valori nella società non hanno a che fare con il singolo ma anche con la società, e i valori nella società hanno a che fare più con la cultura che con l'economia e la politica. Gramsci direbbe che il diritto dipende dai costumi o dalla cultura, nella misura in cui il diritto stesso è una forma di cultura, non può che esservi spazio anche per valori. Abbiamo inquadrato cosa sono i valori: sono fenomeni di cultura, cose che abbiamo nella testa ma forse anche nelle nostre istituzioni, ed hanno a che fare con i nostri giudizi sul bene e sul male, e con le nostre scelte di agire. Il diritto probabilmente ha a che fare con i valori, ma come ha a che fare, che ruoli abbiano i valori nel diritto è cosa alquanto incerta ed oggetto di riflessione filosofica.

I giuristi si chiedono cosa è il diritto; quelli che studiano giurisprudenza alla fine degli studi non sanno rispondere perché non entrano in contatto con la realtà: studiano il diritto "law in the books", nei libri, studiano tante leggi, ma con questo non sanno cosa è il diritto. Cosa è realmente il diritto? È qualcosa che viene realizzato dai giuristi, è uno dei vari modi per risolvere conflitti sociali; non è l'unico, vi sono altri modi come il denaro o il potere. Il diritto è qualcosa di diverso che ci chiede due atteggiamenti, ascoltare e guardare. Ascoltare: il diritto diventa realtà nel lavoro dei giuristi e il lavoro dei giuristi è quello di ascoltare: "audiatur et altera pars", si ascolti anche l'altra parte. Bisogna ascoltare quello che dice uno e quello che dice l'altro, spesso la verità si trova in mezzo. Guardare: il giurista guarda che cosa vuole la gente. Ricordiamo la domanda con cui si esamina ogni caso giuridico: "chi vuole, che cosa, da chi, su quale base normativa". Questo significa che bisogna guardare bene la realtà, i soggetti, gli oggetti, gli interessi oltre che le norme. Il diritto richiede poi disciplina, i giuristi devono essere molto disciplinati; e forse richiede anche una certa qualità umana, una certa civiltà. "Jurisprudential realism": è una filosofia del diritto che si è formata alla fine dell'Ottocento/inizio del Novecento negli USA, per poi migrare nei paesi scandinavi → il diritto richiede anche dal giurista che si dedichi alla causa, che cerchi di realizzare il diritto perché gli piace realizzare il diritto, o perché ama il diritto. Massima "politica è sesso, diritto è amore": quello che è importante è distinguere le cose, nella realtà del diritto spesso abbiamo momenti politici, ma quel che conta è l'amore che il giurista ci mette nel proprio lavoro, nel guardare e nell'ascoltare. Qui c'è un'idea del diritto che è cosa diversa dalla legge, il diritto ha a che fare con le esigenze di giustizia del caso, è quella giustizia che il giurista vuole rendere al caso. Questa è una delle teorie realiste del diritto che studieremo.

CORTE COSTITUZIONALE CONTRO CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Questa sentenza ci illustra quanto possano i giudici mettersi al servizio della giustizia, quanto possono essi stessi autocomprendere ciò che fanno come servizio d'amore; e quanto considerare il diritto come amore può creare anche conflitti tra giuristi ed in particolare tra giudici. Una delle esperienze di massima ingiustizia del secolo scorso furono le ingiustizie del regime nazista; non solo la shoah, furono commessi anche altri tipi di ingiustizia: gli eccidi operati dalle truppe tedesche in ritirata; l'internamento dei militari italiani che, rimasti senza ordini dopo la fuga del re del settembre 1943, sceglievano di non arruolarsi nelle forze della RSI, in campi di concentramento e campi di lavoro in Germania, dove rimasero fino alla fine della seconda guerra mondiale. Di questi militari internati oggi ne sono ancora viventi circa centomila. Questi non furono mai risarciti per la loro condizione di prigioniero di guerra in violazione delle regole del diritto di guerra allora vigente (che vietava di schiavizzare i prigionieri di guerra). All'inizio degli anni '60 fu stipulato tra Italia e Germania un trattato in base al quale l'Italia ricevette 40000000 lire a titolo di risarcimento di tutte le ingiustizie subite dalle truppe tedesche. Sin da allora è controverso se con questo trattato l'Italia abbia rinunciato a qualsiasi altro risarcimento per i propri cittadini nei confronti della RFT. Fatti analoghi sono avvenuti in Grecia. Negli anni '90 dopo la riunificazione la Germania decide di risarcire tutti coloro che erano stati costretti a lavori forzati nei campi di lavoro tranne i prigionieri di guerra (italiani, russi e

polacchi). Per questo motivo e per gli eccidi le vittime ed in parte i discendenti delle vittime hanno iniziato delle cause per chiedere il risarcimento dei danni, vuoi alle ditte tedesche per le quali lavoravano, vuoi direttamente alla Germania le cui autorità avevano disposto la perpetrazione di quei fatti. In questi giudizi la RFT ha chiesto che fossero dichiarate inammissibili in virtù del principio dell'immunità degli Stati: gli Stati, come anche i loro governanti, godono di immunità giurisdizionale, cioè non sono assoggettabili alla giurisdizione di altri Stati qualora si discutano questioni relative all'esercizio dei poteri di sovranità. Nel rispetto della sovranità degli Stati è stata riconosciuta l'immunità degli Stati, e poi anche regolata da trattati. È sorta quindi una questione controversa: l'immunità degli Stati vieta di fare il processo alla Germania per quei fatti? La Corte di Cassazione italiana e quella greca hanno ritenuto che l'immunità degli Stati non può coprire dei fatti che oggi sono considerati reati contro l'umanità (vedi i principi del Tribunale di Norimberga). Secondo i principi del Tribunale di Norimberga e secondo il diritto odierno di guerra questi reati devono essere perseguiti e nessuno può eccepirne l'immunità. Per la Germania questo deve valere solo per i fatti successivi alla seconda guerra mondiale invocando il principio di non retroattività e dicendo che nel 1943 era ancora riconosciuta pienamente l'immunità degli Stati anche per fatti così tremendi. Contro le sentenze della Corte di Cassazione la Germania ha fatto ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia (con sede all'Aia), che ha dato ragione alla Germania dicendo che finora non si è creata una norma consuetudinaria internazionale (non esistono trattati internazionali retroattivi) che ammette una deroga al principio dell'immunità degli Stati in caso di violazione in massa dei diritti umani, in occasione di reati contro l'umanità; ma ha aggiunto che moralmente la Germania sarebbe tenuta a rivedere i patti degli anni Sessanta o comunque ad organizzare una indennità o rinegoziare una soluzione ragionevole per le vittime. Essendo un dovere morale la Germania non si sentiva obbligata. Tutto sembrava finito con la sentenza della CIG, senonché gli avvocati si sono di nuovo rivolti al tribunale di Firenze (competente per materia, soprattutto per gli eccidi di Sant'Anna di Stazzema commessi da truppe tedesche, per i quali c'è una responsabilità non solo di quelli che avevano sparato, ma anche dello Stato): questo ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione se negare la propria giurisdizione e non occuparsi proprio di queste domande di risarcimento sia una violazione del diritto dei cittadini interessati ad adire il giudice (art. 24 Cost.: "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi"). Le vittime sostenevano che chi subisce dei massacri, deportazioni, ecc. ha diritto al risarcimento dei propri danni, ed in virtù dell'art. 24 Cost. ha diritto di agire in giudizio. La Corte Costituzionale, in questa sentenza, sostanzialmente condivide questa posizione: è vero che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute"; è vero che esiste una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta in base alla quale vi è un'immunità degli Stati per tutti gli atti di esercizio della propria sovranità ("acta iure gestionis"); questo è stato accertato senza alcun dubbio dalla CIG in virtù dello statuto delle Nazioni Unite che l'Italia ha firmato; questa sentenza va riconosciuta in linea di principio, ma quella norma, così come interpretata dalla CIG, in questo caso non può applicarsi perché l'art. 10 comma 1 si applica e garantisce il conformarsi dell'ordinamento giuridico italiano solo a consuetudini internazionali che non collidono con i principi supremi dell'ordinamento stesso. Principi supremi sono il rispetto dei diritti umani ed uno di questi è il diritto ad agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost. Nessuno può usare le norme consuetudinarie internazionali, siano esse recenti o precedenti la nascita della Repubblica, se l'applicazione si risolve in una violazione del diritto di agire in giudizio per ottenere un risarcimento dei danni per violazioni di diritti umani elementari come il diritto alla vita, il diritto alla dignità, la libertà del lavoro (tutti negati sia nel caso degli eccidi, sia nel caso delle deportazioni).

Cosa c'entra questo con la filosofia del diritto? C'entra in quanto abbiamo a che fare con fatti di massima ingiustizia che hanno indotto i giudici italiani a interpretare il diritto

internazionale consuetudinario in modo restrittivo e a fare prevalere il diritto nazionale dei diritti sul diritto internazionale dei diritti; e a fare prevalere una sentenza di un giudice costituzionale italiano su una sentenza della CIG. Qui c'entra la questione giuspositivismo/giusnaturalismo, ma in un modo molto complicato. Innanzitutto, questa sentenza è coperta dal diritto costituzionale positivo italiano? Si potrebbe dire che si fa un'interpretazione riduttiva dell'art. 10 comma 1: si riduce il primato del diritto internazionale sul diritto nazionale – l'Italia, in questa sentenza, si considera superiore alla comunità internazionale. Questa potrebbe essere solo una questione di interpretazione del diritto costituzionale italiano; ma siamo sicuri che i diritti costituzionali italiani debbano sempre e ovunque, quando si tratta di difendere diritti umani, prevalere su tutto il resto del diritto internazionale? Questo è il primo dubbio che si pone il giurista positivista. Secondariamente, quali sono le conseguenze di questa sentenza? Mai finora si è avuto un caso in cui una corte costituzionale nazionale ha deliberatamente deciso di vietare l'esecuzione di una sentenza della CIG. Quali altre domande possono derivare da questa constatazione? Che cosa si può chiedere il giurista in generale, ed il filosofo del diritto in particolare?

Se un soggetto non rispetta la sentenza di un giudice, lo Stato utilizza la forza legittima (mediante gli organi di pubblica sicurezza), di cui ha il monopolio, per farla rispettare. Cosa succede invece se uno Stato non rispetta una sentenza della CIG? La CIG è l'organo dell'ONU che esercita il potere giurisdizionale; poi c'è il Consiglio di Sicurezza che si occupa di fare eseguire le sentenze, che quindi dovrà occuparsi dell'Italia. Il Consiglio di Sicurezza è composto da cinque membri permanenti (USA, Russia, Regno Unito, Francia, Cina: sono i paesi che hanno armi nucleari – di distruzione globale; la sicurezza della Terra è rimessa nelle loro mani) con potere di veto, e dieci membri non permanenti. L'Italia non ne fa parte, ma appartenendo all'UE potrebbe appoggiarsi al Regno Unito e alla Francia; di sicuro non agli Stati Uniti perché sono interessati a difendere l'immunità degli Stati, devono difendere i loro militari perché dovrebbero altrimenti rispondere di tutti i misfatti dei propri militari in tutto il mondo. La Russia non è amica dell'Italia. Della Francia e del Regno Unito forse solo la prima è amica dell'Italia. Probabilmente quindi il Consiglio di sicurezza potrebbe disporre delle sanzioni contro l'Italia, ad esempio economiche. Al momento non è stato chiesto il suo intervento, ma prima o poi succederà. Se il Consiglio di sicurezza decide delle sanzioni, l'Italia può decidere di non rispettarle perché tutte le autorità italiane devono rispettare il diritto di agire in giudizio riconosciuto perfino dalla Corte Costituzionale. Il conflitto probabilmente andrà avanti e la Germania potrebbe di nuovo rivolgersi alla CIG per denunciare la violazione da parte dell'Italia degli obblighi internazionali, con una conseguente sentenza di accertamento della violazione del rispetto degli obblighi. Allora la Corte Costituzionale sarà nuovamente interpellata dal tribunale di Firenze per dichiarare incostituzionale la legge di autorizzazione alla ratifica del trattato delle Nazioni Unite nella parte in cui obbliga anche a rispettare questa seconda sentenza. Il tutto va avanti in una spirale senza fine. Questo non va bene per il diritto perché si innescherà un conflitto permanente tra ONU e Italia, mentre lo scopo del diritto è risolvere i conflitti, non causarli; e perché il diritto non vive solo di giustizia, ma anche di certezza. Allo stato attuale è difficile prevedere come si concluderà la vertenza, sicuramente la soluzione politica sarà la più saggia, ma i nostri politici sono così saggi?

“Fiat iustitia, pereat mundus”: fatta giustizia, il mondo perirà (fine del mondo). Perché c'è il rischio della fine del mondo? Perché si rischia che la comunità internazionale non riesca più a fare rispettare le sentenze della CIG; ed è messo in discussione il primato del diritto internazionale. Rischia di morire il diritto internazionale, e di conseguenza il mondo muore di guerra. “Quando hai diritto, non sempre conviene vincere in giudizio”: ci sono dei limiti alla giustizia, si può fare molto ma alla fine è forse meglio fermarsi.

In questo caso è forte il rischio che il conflitto vada avanti, e nel frattempo le vittime moriranno (“soluzione biologica”, implicazione cinica della controversia).

Lez. 16 17/11/2014

Recupero (forse) il 17 dicembre: ore 15-16 prova intermedia, ore 16-19 per la discussione del paper.

Convegno sulla tortura a Vercelli il 20 novembre e a Torino il 21, che può essere argomento di una relazione.

Ecco alcuni concetti, lemmi da inserire in un dizionario della filosofia del diritto:

- forza (rapporti di) – monopolio della forza legittima (che caratterizza la sovranità dello Stato) - forza di legge (art. 134 Cost: la Corte Costituzionale sindacica la legittimità degli atti avente forza di legge) - forze di PS - forze armate;
- Stato: popolo, sovranità, territorio;
- rivoluzione;
- validità – efficacia – vigenza (concetti di filosofia analitica);
- giusnaturalismo – giuspositivismo – giusrealismo – costituzionalismo (concetto del mondo della filosofia del diritto e della storia);
- modernità – contemporaneità – jurisprudence (secondo Barberis)

È importante il concetto di interpretazione del diritto: processo intellettuale (genus) attraverso il quale il giudice (secondo elemento) trae da una disposizione una norma. Questi termini necessitano di ulteriori precisazioni. Il processo intellettuale ha a che fare con la capacità di intendere e di volere, forse più con la prima che con la seconda: per qualcuno è più una questione dell'intendere (cognizione, cognitivismo), per altri c'è anche un elemento di volizione. L'interpretazione è una specie di processo intellettuale (genus comune). L'interpretazione è solo un'attività dei giuristi? Una cosa è l'interpretazione in senso generale, comune: si possono interpretare comportamenti, immagini, le opere dell'uomo, ma anche ciò che è la natura, i suoi fenomeni (es. Galilei). Tutto è soggettivo nell'interpretazione? Sicuramente non c'è interpretazione senza interprete, ma ciò che si dichiara come interpretazione pretende comunque di essere tendenzialmente condiviso da tutti. Le interpretazioni possono essere vere o errate? Chi studia le interpretazioni? Chi studia storia dell'arte? Qualsiasi persona? I testi sono oggetto privilegiato di interpretazione professionale, e questa professionalità si fonda su studi superiori, universitari; è una capacità che si sviluppa e si perfeziona all'università. Cosa fanno gli interpreti dei testi classici? Lavorano sul significato – significante. Il significante può anche essere solo un segno, un testo, un oggetto che significa qualcosa; e un testo è un insieme di parole che vengono scritte con lettere (simboli) o pronunciate con fonemi. L'interpretazione avviene su materiali, che per i giuristi sono per lo più su scritture; non esclusivamente perché in tribunale si ascolta → udienza: si ascoltano le parti, il giudice relatore, i testimoni, e per comprendere ciò che hanno detto i testimoni si interpretano le testimonianze, si cerca di attribuire un significato a quanto detto dal testimone. E abbiamo in comune questa arte dell'interpretazione con le altre scienze, soprattutto con le scienze umane, ma in qualche modo anche con le scienze "dure"; la triade delle scienze si divide in scienze "dure" o naturali (interpretano fenomeni naturali), scienze umanistiche, scienze sociali (economia, giurisprudenza, scienze politiche, sociologia, ecc.; interpretano fatti sociali, comportamenti): hanno diversi oggetti e forse anche diverse tecniche di interpretazione. La scienza più vicina a quella giuridica nell'utilizzo della tecnica dell'interpretazione è la teologia, che interpreta le parole delle sacre scritture. La teologia è la scienza che ha maggiormente sviluppato l'arte dell'interpretazione, di un'interpretazione che segue delle proprie regole e che crea una pluralità di significati; e all'inizio della storia dell'umanità il diritto non era ben separato dalla religione, l'interpretazione del diritto fu anche opera dei profeti, dei religiosi. Succede ancora oggi nel diritto islamico: esistono

delle particolari autorità che interpretano, i capostipiti delle quattro scuole di interpretazione del diritto islamico; e ancora oggi le interpretazioni del diritto islamico, e in particolare della sharia, avvengono in istituzioni particolari, “sharia courts” (giudici appositi), o nelle università (es. nella moschea di Al-Azhar del Cairo). Sono anche religiosi ma anche tecnici: il diritto islamico non è religione, ha separato la funzione dell'interpretazione del diritto dalla semplice interpretazione del Corano.

L'interpretazione è un qualcosa che, prima dei giuristi, i filologi ed i teologi sanno fare particolarmente bene; quindi non dobbiamo ritenerci superiori, ma possiamo dire che la specificità dell'interpretazione giuridica consiste nella specificità dei significanti e dei significati: i significanti sono le scritture giuridiche, le “fonti del diritto” che contengono disposizioni se sono scritte, se non sono scritte sono consuetudini, usi. E come si interpretano le consuetudini? Sono comportamenti che si vedono. Come accerto una consuetudine? Servono dei testimoni o degli esperti; la consuetudine può essere descritta in descrizioni che possono essere conservate ad esempio presso la Camera di Commercio; sono descrizioni e non prescrizioni, quindi non disposizioni ma semmai posizioni. Cos'è una norma? È ciò che si ricava dalla disposizione mediante interpretazione, ma non solo. Il significato normativo di una disposizione è riassumibile in una prescrizione, un precetto: deve avere come contenuto un operatore deontico e un oggetto. L'oggetto di una norma è un comportamento, una condotta. Il principio è “sempre e ovunque non uccidere”, la regola è “se Tizio uccide intenzionalmente Caio deve essere punito con una pena ...” È una riformulazione del significato che si ricava dal significante mediante interpretazione. Tutto ciò funziona secondo regole. L'interpretazione giuridica si distingue dall'interpretazione comune per il tipo di significante ed il tipo di significato, non necessariamente per quello che nella teoria semiotica si chiama anche referente o interprete. L'interpretazione giuridica può essere oggetto di una professione, ma tutti possono interpretare le leggi, ai cittadini non è vietato interpretare una legge. Non ci sono solo i giudici, abbiamo più figure professionali che producono interpretazioni secondo regole che conferiscono poteri di interpretazione.

Il giudice può interpretare la legge quando è sorta una controversia, è soggetto alla legge (art. 101 Cost.) ma può interpretarla. Questo è la formulazione di una norma: il giudice può interpretare la legge. Ma dove è scritto che può interpretarla? Nella rivoluzione francese e in quella russa era vietato interpretare la legge, bisognava chiedere il permesso all'autore della legge, il parlamento (istituto chiamato “référé législatif”). I primi codici civili cercavano di vietare ai giudici di interpretare la legge, ma non ci sono riusciti. Perché non è possibile vietare l'interpretazione di una legge? Perché non è possibile che la legge preveda tutto (solo Dio prevede tutto, ma siccome il diritto non è più divino e la legge non è più di Dio non può prevedere tutto). In alcuni casi il giudice può interpretare, in altri non può. Oggi si direbbe che è impossibile ordinare al giudice solo di applicare una legge senza interpretarla, è impossibile applicare la sanzione “se a allora b” senza verificare sulla base di una interpretazione della disposizione A la norma a; non c'è applicazione senza interpretazione. È impossibile sostituire i giudici con dei robot: i computer sono programmabili, ma laddove abbiamo leggi generali e astratte non possiamo programmare tutte le condotte, né tanto meno tutte le applicazioni delle leggi. È quindi impossibile vietare al giudice di interpretare la legge, se la legge è generale e astratta. L'interpretazione del giudice è preceduta in udienza dalle interpretazioni delle parti e dei loro difensori. Le sentenze sono costituite da due parti:

- “ritenuto in fatto”, relativa al fatto, cioè tutti i fatti non controversi e tutte le interpretazioni delle leggi date dalle parti;
- “considerato in diritto”, relativa all'interpretazione della legge da parte del giudice.

Questa è soltanto una parte del mondo dell'interpretazione dei giuristi. Si può lavorare da giurista nelle amministrazioni e nelle imprese, esistono delle interpretazioni nella PA. Nella PA la circolare è l'atto amministrativo degli uffici superiori che impone l'interpretazione di

una legge o di una fonte del diritto a tutti gli uffici inferiori; questa garantisce l'uniformità dell'interpretazione della legge nella PA perché la PA deve trattare tutti i cittadini in modo uguale (principio di uguaglianza). Si discute nelle lezioni di diritto costituzionale se le circolari del CSM siano addirittura fonti secondarie: secondo il CSM sarebbero addirittura fonti secondarie del diritto perché la magistratura è un ordine autonomo e non c'è una vera e propria gerarchia.

Abbiamo visto che esistono delle sentenze che contengono interpretazioni, e circolari che contengono interpretazioni. Esistono persino delle leggi che contengono interpretazioni, chiamate "interpretazioni autentiche" perché è il legislatore che con una legge nuova interpreta quello che ha voluto dire con una legge precedente. Sono leggi di interpretazione autentica, molto problematiche e tutte soggette ad una serie di limiti concretizzati dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare il divieto di irragionevole retroattività. Questi sono i fenomeni giuridici dell'interpretazione d'autorità delle leggi.

Chiunque legge una legge la interpreta, anche i cittadini interpretano leggi. (Le leggi si obbediscono, o non si obbediscono, o si eludono. Chi è l'artefice dell'elusione? I cittadini, magari anche i loro consiglieri, cioè gli avvocati, che devono sapere consigliare delle condotte che non sono vietate e magari raggiungono lo stesso l'obiettivo che la legge non avrebbe voluto che si realizzasse.)

"PRELEGGI"

Sono fonti che hanno cercato di stabilire delle regole vincolanti, non si sa bene se solo per i giudici o anche per gli amministratori o anche per il legislatore stesso (sono atti aventi forza di legge e quindi possono venire contraddette da successivi atti).

L'interpretazione è una fonte del diritto? No, ha ad oggetto le fonti del diritto. Ci interessa il Capo II che parla dell'applicazione della legge in generale. Interpretazione del termine "legge in generale" presente al Capo II, e del termine "leggi e regolamenti" all'art. 10. Il legislatore è stato impreciso? Il Capo II si riferisce solo alle fonti primarie? No, si applica a più fonti, forse solo alle fonti scritte, ma già il termine "legge in generale" necessita di un'interpretazione. Come si interpretano le preleggi? Con i metodi di interpretazione prescritti dalle preleggi, perché queste rientrano nella categoria "legge in generale"? Forse. Può una fonte del diritto autodisciplinarsi? Forse solo la Costituzione. Forse è un problema logico, si rischia il paradosso.

Art. 12 "preleggi": secondo qualcuno qui è permessa solo l'interpretazione letterale, quindi sono vietate le altre. L'articolo però parla di "applicazione" della legge, non di "interpretazione": non distingue l'applicazione dall'interpretazione dell'art. 12, è l'applicazione che fa il senso. Però il senso non può che essere quello fatto palese dal significato: cioè se l'applicazione dà il senso, il senso dato dall'applicazione non deve divergere dal significato delle parole trovate tramite interpretazione. Cosa vuol dire "palese"? Il senso e il significato dell'art. 12 comma 1 è palese? L'opposto di palese è oscuro, e si cerca di essere non oscuri usando tante parole: per la precisione, *rectius*; le scritture dei magistrati e degli avvocati sono così lunghe perché cercano sempre la precisione con tante parole. Più parole si utilizzano, più sforzi richiede la loro interpretazione perché più difficile diventa la loro connessione. La legge più chiara è quella che usa tante parole o poche parole? Le leggi fatte di poche parole lasciano più spazio all'interprete. Napoleone scrisse circa trecento lettere al giorno, e scrisse anche costituzioni e leggi: sapeva perfettamente che quando doveva scrivere costituzioni e leggi doveva usare poche parole (la costituzione deve essere corta e oscura, enigmatica, perché così sembra più un comando, i comandi sono brevi perché più facili da memorizzare). Le direttive e i regolamenti dell'UE sono l'opposto.

L'art. 12 è breve e quindi dovrebbe essere chiaro. Tra i criteri che si possono usare per l'interpretazione c'è il "significato proprio delle parole": cos'è? Cos'è il significato proprio delle parole "significato proprio delle parole"? Si applica l'art. 12 all'art. 12. È il significato

proprio delle parole, il che è verissimo ma non ci dice niente. Sono le parole che hanno dei significati? Chi decide sui significati? Dalle teorie della comunicazione sappiamo che uno è il significato che attribuisce alla parola scritta o pronunciata l'autore, un altro è il significato che attribuisce colui che riceve la comunicazione. Quale dei due è IL significato? Quello dell'autore secondo l'intenzione del legislatore, per capire la quale dobbiamo leggere gli atti del procedimento legislativo (a partire dalla motivazione del ddl governativo fino ai lavori preparatori delle commissioni, le discussioni, gli emendamenti posti, la motivazione dell'atto di rinvio presidenziale alle Camere perché riapprovassero la disposizione). Ma poi troveremmo che nei lavori parlamentari c'è l'interpretazione dei diversi partiti. Si potrebbe dire che tutto ciò è deciso ex post dall'interprete, "che cosa avrebbe ragionevolmente inteso il legislatore", e si passa quindi dal significato soggettivo al significato oggettivo. Si potrebbe dire che per le leggi recenti conviene effettivamente consultare per primi tutti i lavori preparatori, che sono elencati sul fondo della G.U., in una nota redazionale. Ma quando è finita la legislatura, quando è finito il primo ciclo delle applicazioni delle interpretazioni (circa una generazione, cioè venti/venticinque anni, considerato che i processi durano cinque/dieci anni), alla lunga prevale il significato oggettivo, ciò che il legislatore ragionevolmente può aver voluto – cioè una storicizzazione dell'intenzione del legislatore. La connessione delle parole della legge è una cosa, ma se la legge in generale riguarda tutte le fonti, scritte e non scritte, bisogna fare riferimento a tutto l'ordinamento, a tutti i contesti normativi della disposizione che si interpreta, anche alle intenzioni del legislatore in tutti questi contesti. E se la legge è un insieme di norme che la società, il popolo dà a se stesso, dobbiamo sentire non solo il legislatore ma tutto il popolo. Questo slabbra completamente il significato dell'art. 12, e la sua applicazione a se stesso genera paradossi.

Lez. 17 19/11/2014

Esame intermedio: scritto di 60 minuti, con due o tre domande a scelta da una rosa di cinque o sei + orale.

Per chi presenta una relazione (15.000-20.000 caratteri): è possibile la partecipazione all'esame intermedio, anche rispondendo solo ad una o due domande. Consegna della relazione entro 8 giorni dall'appello in cui si discute: formato cartaceo + elettronico.

La fonte del diritto che cerca di prescrivere come interpretare la legge è l'art. 12 delle "preleggi". L'interpretazione è un'arte che utilizza determinati argomenti. Barberis nel manuale distingue tre tipi di argomenti che si utilizzano nell'interpretazione: l'argomento letterale, l'argomento sistematico, l'argomento teleologico.

Argomento teleologico: la parola "teleologico" va interpretata. Il primo criterio è quello letterale: teleologia viene dal greco "telos", cioè fine, scopo, fine che la persona intende realizzare. Per realizzare uno scopo ho bisogno di un mezzo, c'è una relazione tra fine e mezzo, tra scopo e mezzo. Si può discutere se scopo e fine siano la stessa cosa. Uno può avere degli scopi, ma c'è anche l'idea che gli scopi siano qualcosa di oggettivo; che una condotta abbia oggettivamente degli scopi perché non il singolo, ma tutti le attribuiscono un certo scopo. "Teleologico" è un altro modo per interpretare il terzo degli elementi del primo comma dell'art. 12 preleggi: l'intenzione del legislatore. Questa frase suona molto soggettiva: come si ricostruisce l'intenzione del legislatore? Conoscendo i lavori preparatori della legge, disciplinati dagli artt. 70 ss. Cost.: iniziativa, discussione, deliberazione (con eventuali emendamenti), votazione finale, integrazione dell'efficacia con atto di promulgazione e firma o eventuale rinvio alle Camere; tutti questi atti sono preparati da discussioni, verbalizzati (resoconti stenografici). L'intenzione del legislatore si evince con la ricostruzione della genealogia o genesi della legge; ma prima della legge

non c'è il nulla, magari ci sono leggi vecchie, o regolamenti, o consuetudini, o sentenze che hanno fatto diritto. Quindi si potrebbe anche dire che l'intenzione del legislatore era di fare fuori il vecchio diritto, e allora la ricostruzione diventa più complessa, non basta leggere le carte del procedimento, bisogna anche leggere le vecchie carte, il vecchio diritto che è stato innovato. Qualcuno dice che l'intenzione non è solo qualcosa che sta nei lavori preparatori del legislatore, perché il "legislatore" è un parlamento che ha una legislatura che finisce. Le intenzioni del legislatore devono sempre essere quelle originali? Gli Americani in parte dicono di sì ("original intent"), specialmente in riferimento alla loro costituzione: l'interpretazione delle leggi deve sempre premiare l'intento originale del legislatore in carne e ossa. Quelli che invece parlano di teleologia dicono che non conta necessariamente la volontà del legislatore, anche perché non è uno: è difficile capire l'intenzione con cui è stata approvata; ci può essere una eterogenesi dei fini o degli scopi, ci possono essere più intenzioni, anche eterogenee tra di loro. E quindi si dice che non ha senso cercare un senso soggettivo, bisogna necessariamente costruire un senso oggettivo, non l'intenzione del legislatore ma l'intenzione della legge. La domanda frequente è "che cosa può ragionevolmente avere voluto dire il legislatore?", soprattutto di fronte a testi vecchi come i codici, che furono scritti in epoca fascista. Dopo diverse generazioni è difficile risalire alle intenzioni soggettive, più passa il tempo e più si deve cercare un senso oggettivo; più si affievolisce la memoria delle intenzioni del legislatore, più è legittimo chiedersi che cosa può avere ragionevolmente inteso o voluto intendere.

Questo significa che ciò che è la volontà iniziale con il tempo viene sostituita da una ragione: la ragione si oggettivizza con il decorrere del tempo, e anche con il decorrere della vita delle interpretazioni (perché le leggi sono dei libri aperti che si leggono e si interpretano giorno per giorno). Teleologici sono i criteri che fanno riferimento e cercano di estendere il significato dell'interpretazione dell'intenzione del legislatore.

Criterio sistematico: fa riferimento alla "connessione delle parole" nell'art. 12. Sistema è un qualcosa di più di una semplice connessione, sistema sono tante parole connesse tra loro. Alla prima proposizione dell'art. 12 è connessa la seconda proposizione. Si decide mediante un'altra disposizione che si applica in modo analogico: una disposizione che non disciplina il nostro caso, ma un caso che consideriamo simile, e siccome il principio di uguaglianza giustifica ed impone di trattare casi simili in modo simile, possiamo applicare questa disposizione per analogia al nostro caso. Es. del segnale di divieto di introdurre biciclette nelle stazioni ferroviarie. Questa è l'interpretazione analogica di una disposizione; poi da una pluralità di disposizioni si possono desumere non per "analogia legis", ma per "analogia iuris" altre norme (anche dall'intero sistema del diritto). Anche questo è un modo sistematico di vedere il diritto o di interpretare il diritto. Il problema di fondo è che lo stesso concetto di interpretazione ha una serie di ambiguità, di doppi significati. Sappiamo che ogni parola spesso ha più di un significato; i nostri linguaggi utilizzano parole solo apparentemente chiare. Il problema della vaghezza e dell'ambiguità del linguaggio è il problema che deve affrontare chi interpreta una legge, noi ci limitiamo all'interpretazione della parola "interpretazione" dell'art. 12. L'art. 12 non utilizza il termine interpretazione se non nel titolo dell'articolo. La titolazione può essere ufficiale (decisa dal legislatore) o non ufficiale (decisa dall'amministrazione o peggio dal professore). Se leggo nel titolo dell'art. 12 "interpretazione delle leggi" vuol dire che quello che la disposizione del primo comma non disciplina solo l'applicazione, ma anche l'interpretazione.

Il secondo comma dell'art. 12 è solo applicazione o anche interpretazione? Ci sono diverse opinioni: per qualcuno è solo applicazione delle norme (applicazione analogica), per altri è anche interpretazione (interpretazione analogica). C'è chi dice che in caso di analogia iuris è un'interpretazione del diritto intero, c'è chi dice invece che è soltanto un'applicazione di una norma che l'interprete ha inventato. L'art. 12 è formulato in termini non chiari, e lo stesso concetto di interpretazione è variamente interpretabile.

Nel linguaggio comune si può dire che l'interpretazione esprime sempre due significati:

uno dinamico (indica un'attività) e uno statico (indica un prodotto); per questo l'interpretazione può essere considerata la norma stessa, cioè il prodotto dell'applicazione della disposizione. Interpretazione quindi come attività e prodotto: I filosofi del diritto parlano dell'attività, i giuristi come i professori di diritto costituzionale o diritto privato intendono il prodotto. L'attività dell'interpretazione può essere fatta dai giudici (interpretazione giurisprudenziale), dai professori (interpretazione dottrinale – la dottrina è un insieme di interpretazioni, o interpretazione scientifica), dalla PA (interpretazione amministrativa o ufficiale), dal legislatore (interpretazione autentica).

L'interpretazione dei professori (dottrinale) si differenzia da quella dei giudici, avvocati, procuratori (interpretazione forense) per la qualità del caso. Il giudice attribuisce un senso, un significato ad una disposizione di una legge per risolvere un caso, per arrivare ad una applicazione della disposizione o *rectius* della norma ad un caso specifico (per questo è stata inventata la formula del sillogismo giuridico: la premessa maggiore è la norma, la premessa minore è il fatto, la conclusione logica è l'applicazione della conseguenza giuridica prevista dalla norma. Nell'applicazione c'è un'idea della forza. Non c'è applicazione di diritto senza interpretazione del diritto). I professori, invece, quando interpretano diritto fanno discorsi più o meno astratti, con casi ipotetici dei quali non si deve verificare i fatti. Il professore “dialoga” con il giudice. Il professore può leggere la legge ed immaginarsi dei casi per i quali serve interpretare la legge, e può quindi anticipare nella testa futuri casi di controversie. Il professore preconfeziona, fa un'attività di preinterpretazione, prima interpretazione, però muovendosi sempre nel mondo dei casi ipotetici; cerca di anticipare i giudici, dicendo come interpretare la legge in un determinato caso. Poi vengono gli avvocati, i procuratori, i giudici di primo, secondo e ultimo grado, abbiamo una sentenza che interpreta la legge tirandone fuori una norma che applica al caso concreto: a questo punto si dice anche che il diritto comincia a vivere. Si parla di giurisprudenza costante dei giudici della Corte di Cassazione quando almeno due precedenti interpretano nello stesso modo la stessa disposizione, o anche di diritto vivente, secondo il gergo della Corte Costituzionale. Il professore non guarda solo alle leggi, ma anche al diritto vivente, e anche a tutto quello che producono i singoli avvocati ed i singoli giudici, osserva il formarsi della giurisprudenza, e ogni tanto critica l'interpretazione degli avvocati e dei giudici. Anche il diritto vivente può e deve essere criticato perché il diritto vivente non condiviso dai professori non può diventare diritto consuetudinario, manca la “*communis opinio doctorum*” che trasforma una consuetudine giurisprudenziale in vero e proprio diritto. Senza i professori saremmo nel *common law*; “*law in the books*” vs “*law in the action*”. I professori pretendono di incidere sul “*law in the action*”. Ma è segno dei tempi che incidono sempre di meno, e qualcuno interpreta questo dicendo che il diritto globale è una via di mezzo tra *civil law* e *common law*.

Questo discorso non è secondario quando arriviamo alle teorie dell'interpretazione: queste sono le discussioni che hanno fatto giuristi e filosofi su che cosa, che valore abbia l'interpretazione. Ci sono teorie più ottimiste e teorie più scettiche; teorie più favorevoli ai giudici e teorie meno favorevoli; teorie descrittive (si limitano a dire “si interpreta così”) e teorie prescrittive (vorrebbero dire come si deve interpretare). Gli scettici dicono che le parole del diritto sono tutte ambigue e vaghe, si può dire sempre tutto ed il contrario di tutto, giuristi come Azzecagarbugli. Per gli scettici radicali la legge è niente, il giudice e la sua sentenza è tutto (in America Hughes, Chief Justice, un giudice della Corte suprema, diceva che “*constitution is what the judges say it is*”: non è la legge che parla quando parla il giudice (come diceva Montesquieu “*bouche de la loi*”), quando parla il giudice dice cosa è il diritto. Questo è difficilmente compatibile con la disposizione della Costituzione italiana che dice che il giudice è soggetto alla legge). La teoria scettica dice che la legge è niente, l'interpretazione è tutto; e che il diritto è creato dal giudice, non dalla legge.

Una visione più moderata dice che la legge disegna un orto ed i giudici sono come cervi che devono mangiare e digerire nell'orto. Il numero delle interpretazioni possibili delle leggi

non è tendenzialmente illimitato ma limitato, quindi il giudice è libero di scegliere tra più interpretazioni possibili. Questa è la versione della scuola tedesca del cosiddetto "diritto libero" (fine Ottocento-inizi Novecento). La legge, il legislatore con le sue parole mette dei paletti ma non riesce mai a comandare il giudice, che è sempre libero di interpretare, e alla fine il diritto vivente è quello che maggiormente conta. Il vero diritto è il diritto vivente: non la legge fatta in parlamento, ma legge vivente dei giudici. Ogni interpretazione è creativa di diritto. Teorie emerse alla fine dell'Ottocento, vedi il nichilismo, la crisi dei valori. Non c'è verità, o meglio, l'unica interpretazione vera è quella decisa dal giudice → decisionismo.

A queste teorie se ne sono opposte altre, in parte settecentesche, in parte ottocentesche, e sono quelle del formalismo interpretativo: queste dicono che l'interpretazione si deve svolgere secondo regole tecniche, l'interpretazione deve essere metodica ed ubbidire ad una metodologia. Il ceto dei giuristi che interpretano è un ceto di artigiani che hanno delle regole tecniche. Ogni legge ha in ogni caso sempre e solo UN'interpretazione giusta. Questa è l'idea che tutta la giustizia è fatta per trovare la decisione giusta. Questo formalismo interpretativo è diffuso nella prassi, soprattutto è qualcosa in cui credono spesso certi giudici (se non ci credessero non sarebbero tecnici, ma politici). Questa scuola ha avuto varianti in Inghilterra e negli Stati Uniti. Dworkin, professore di filosofia del diritto all'università di Oxford: la sua teoria dice che, se lo leggiamo bene, il diritto ha per ogni caso una risposta giusta ("one right answer").

La terza teoria è una via di mezzo cercando di prendere qualcosa dall'una e qualcosa dall'altra: è la teoria mista prodotta dal professore Hart. La teoria dice che ogni disposizione del legislatore ha una pluralità di significati, alcuni sono chiari e certi; in alcuni casi l'interpretazione è facile, in altri casi diventa difficile. Hart dice che i concetti, le proposizioni del diritto scritto hanno un nucleo di significati certi, chiari, ed attorno a questo nucleo c'è una cerchia per i quali "forse sì, forse no". In altre parole, ad alcuni casi la legge si applica certamente, poi vi sono casi per i quali è più difficile dire "sì" o "no", bisogna rifletterci, interrogarsi (anche sull'intenzione del legislatore). La riflessione richiede un'argomentazione più complessa, questi sono casi detti "hard cases". La teoria mista sostiene che nel diritto vi sono norme di facile applicazione e norme di difficile applicazione. "Core" e "penumbra". È forse la teoria che ci fa lavorare meglio.

CASO DELLA "TICKING BOMB"

Caso di estrema attualità visto l'attentato di ieri in una sinagoga a Gerusalemme. Qual è la novità della notizia? È il primo nella storia dello Stato di Israele. I due attentatori sono cittadini israeliani di origine palestinese. Gerusalemme è rivendicata come capitale dallo Stato di Israele, ma in base alle risoluzioni dell'ONU dovrebbe avere uno statuto particolare, e secondo la volontà della Santa Sede dovrebbe addirittura essere trasformata in una sorta di "Roma città aperta", una città a statuto internazionale. L'attentato trasforma la latente e ben visibile conflittualità tra lo Stato di Israele ed i cittadini della Striscia di Gaza organizzati nel movimento politico Hamas. Ciò che all'inizio dell'anno era una guerra asimmetrica tra Hamas e le forze armate dello Stato di Israele è stato apparentemente chiuso da un armistizio, seguito però da singoli fatti nei quali singoli palestinesi hanno aggredito singoli cittadini israeliani. Non è più una guerra tra forze armate organizzate, ma tra individui. Questa guerra asimmetrica è stata iniziata da Hamas con il lancio di missili sulla popolazione civile. Dal punto di vista del diritto internazionale bellico il bombardamento di civili è manifesto crimine di guerra. La risposta israeliana non è stata tenera, con i bombardamenti di obiettivi militari, secondo quanto dichiarato, ma siccome una parte dei lanciamissili erano collocati, contro la volontà delle Nazioni Unite, in scuole e ospedali allestiti dalla Croce Rossa, vi sono stati bombardamenti anche di questi edifici con tantissime vittime civili. Vi sono stati probabilmente anche crimini di guerra da parte israeliana. In una guerra asimmetrica di uno Stato contro una armata che occupa un

territorio che non è riconosciuto come Stato, entrambe le parti devono comunque rispettare le regole della guerra; e soprattutto nei bombardamenti chi è in una situazione di superiorità di armi ha un maggiore dovere di precisione/proporzionalità negli interventi armati. Sotto questo profilo la reazione di Israele è stata criticata dall'Occidente perché eccessiva. A questi fatti non è seguita una reazione visibile della comunità internazionale: questa ha chiesto e si è dimostrata disponibile a partecipare ad una ricerca della verità e alla verifica delle responsabilità in sede internazionale, ma Israele ha rifiutato anche perché dispone di una Corte suprema abbastanza indipendente e vigile. Gli Israeliani dicono che possono garantire la proporzionalità degli interventi, e che hanno procedure di prevenzione di crimini di guerra: esiste un meccanismo di documentazione di tutti i comandi militari, dall'alto fino in basso, reso accessibile sia alle commissioni parlamentari che ai giudici in caso di indagini giudiziarie (così in Italia non è garantito). Israele ha sviluppato queste forme di responsabilità anche perché nella penultima guerra nella Striscia di Gaza era stata minacciata una messa in stato di accusa davanti alla CIG per crimini di guerra.

Nello stato attuale di guerra asimmetrica i reati evidenti sono stati commessi da Hamas. Hamas nel suo statuto di movimento politico dichiara suo dovere distruggere lo Stato di Israele, e non solo lo Stato, ma anche di cacciare la popolazione; in alcuni passi c'è la negazione dell'olocausto. Da quando esistono queste organizzazioni islamiche radicali? In Egitto i Fratelli musulmani si sono costituiti nel 1925; è un partito islamico che ha quasi cento anni, e da sempre nega la shoah. Se un religioso ebraico viene ucciso nella propria sinagoga ritorna in memoria ciò che è successo ai tempi dell'olocausto. Gli Israeliani leggono gli atti di guerra individuale come una prosecuzione della guerra contro gli ebrei iniziata dal regime nazista. Dal punto di vista dell'analisi politica i fatti di quest'anno si possono interpretare come una volontà non solo di sterminio, ma di genocidio. Ora sostanzialmente non si può più parlare di una guerra di liberazione, ma, dal punto di vista palestinese, di una guerra che ha come obiettivo l'eliminazione fisica del nemico interno. È una guerra civile di una religione contro un'altra, guerra incivile religiosa. Questi fatti sono successi quest'anno, ma alcuni considerano che la guerra sia iniziata alcuni anni fa: qualcuno fa riferimento all'attentato alle Torri del 2001 e a fatti precedenti al 2001 come il caso della "ticking bomb". La novità di questi attentati terroristici, rispetto a quelli degli anni Settanta, è l'uso del proprio corpo per attuarli (è un tipo di guerra inventata in Giappone).

Il "rubrum" all'inizio della sentenza individua il soggetto della sentenza (dobbiamo sempre chiederci "chi giudica su quale base giuridica"). Giudica la Corte Suprema di Israele con presidente Barak (autore di diversi libri di filosofia del diritto, l'ultimo sul principio di proporzionalità). Facts: ritenuto in fatto. Held: considerato in diritto. Prima la premessa minore, poi la premessa maggiore, poi la conclusione: è il ragionamento pratico della sentenza, prima si ricostruisce la premessa empirica e poi la premessa normativa.

Pressione fisica moderata: non è waterboarding. L'oggetto del giudizio è una direttiva che autorizza i servizi segreti ad utilizzare la forza per coercire informazioni, se la violenza è necessaria per salvare una vita. Il ragionamento di chi ha scritto la direttiva è che, visto che la vita vale più dei dolori, non è sproporzionato, anzi è giusto che qualcuno subisca un po' di violenza per salvare una vita. La Corte dice che i servizi segreti non possono essere autorizzati ad usare tali metodi, ma ha tenuto conto che in casi di "necessaria difesa" il diritto penale può giustificare e qualificare come non punibili tali comportamenti. Il caso al quale si è pensato concretamente è stato quello di due terroristi entrati nello Stato di Israele imbottiti di esplosivi. I servizi segreti ne avevano intercettato uno e sapevano che erano due, quindi gli agenti hanno cercato di usare la forza per ottenere dal terrorista un'informazione su dove si trovava l'altro terrorista. La Corte ha stabilito che in questo caso non è punibile l'agente. Dal punto di vista della qualificazione giuridica dei fatti ciò che si fa in questa situazione è sostanzialmente una tortura: il terrorista viene torturato per avere un'informazione al fine di salvare vite. Ma abbiamo noi dei dei diritti fondamentali?

Nella Carta fondamentale dei diritti dell'UE c'è un divieto di tortura, che riproduce da una convenzione internazionale. E si potrebbe dire che nel diritto internazionale esiste una norma di "ius cogens", cioè che non dipende dalla volontà degli Stati rispettarla o no, ma che vincola tutti gli Stati a non usare la tortura. Divieto assoluto di torturare, che si dice essere diritto assoluto: non si può torturare neanche un presunto terrorista. È un caso dall'interpretazione non facile.

Lez. 18 24/11/2014

Abbiamo tre traduzioni americane per il concetto di politica:

- *politics*: azione, lotta per il potere (concetto machiavellico), per la costruzione del potere; fase ascendente (oggetto – dinamica);
- *policies*: indirizzi politici elaborati da coloro che detengono il potere; fase discendente, prodotto di scelte (concetto aristotelico: ricerca di di ciò che è bene per tutti) (oggetto – dinamica);
- *polity*: comunità politica, la polis, la forma nella quale si trova, la politeia; per qualcuno costituzione politica, lo stato della nostra comunità politica; ciò che integra, tiene unita la comunità politica; oggi la chiamiamo Stato (soggetto – statica).

Nella Costituzione il termine "politico" si trova nell'art. 95: "il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo", "mantiene l'unità di indirizzo politico" → è il concetto di politica di Aristotele (anche nell'art. 117: ripartizione delle politiche tra Stato e Regioni). Nell'art. 49 Cost.: "tutti i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale" → concetto machiavellico in partenza ed aristotelico alla fine, cioè competizione per il potere tra i partiti purché alla fine vengano fuori delle politiche. Esiste una politica nazionale? La politica nazionale è anche l'insieme delle politiche che vengono determinate sulla base di una lotta politica. Il fine della competizione politica dovrebbe essere la produzione di policies: questa idea corrisponde a un principio, che si realizza attraverso gli organi appositi, nel Parlamento i partiti si parlano. Oggi c'è la crisi dei partiti e del parlamentarismo: l'art. 49 è forse troppo idealista perché promette troppo "Aristotele" come idea e nasconde troppo "Machiavelli" come realtà?

L'art. 1 Cost. enuncia il principio supremo della sovranità popolare. Cos'è il popolo? Polity, una comunità? La democrazia è il potere del popolo, che lo esercita "nelle forme e nei limiti". Le forme di democrazia sono: rappresentativa (i partiti presentano liste alle elezioni), diretta, partecipativa (i cittadini partecipano alla democrazia; i partiti sono partecipati dai cittadini: in un partito democratico i poteri politici spettano ai cittadini).

Nella repubblica di Weimar il costituzionalista tedesco Leibholz sosteneva che i partiti sono uno strumento di democrazia diretta perché dirigono la democrazia e consentono di attribuire alle elezioni non solo la scelta di Tizio o Caio a parlamentare e a presidente del consiglio dei ministri, ma sono anche plebisciti su programmi elettorali: "vogliamo questa o quella politica" (aristotelica). Fino al giorno prima delle elezioni le politiche sono descritte nei programmi, che possono essere acclusi agli statuti o alle liste. Si attribuisce all'elezione una funzione di indirizzo politico, di scelta non solo machiavellica tra "chi" mi governa, ma anche "come" voglio essere governato (tentativo di equilibrare Machiavelli con Aristotele): così le elezioni diventano democrazia diretta del popolo che approva o rigetta progetti politici (così è avvenuto nella storia italiana fino alla fine della DC, con partiti fortemente ideologizzati dai loro programmi). La democrazia è un mix delle varie forme. Il popolo di cui all'art. 1 Cost. va interpretato alla luce del Titolo IV della prima parte della Costituzione: il popolo è la somma dei cittadini e nulla di più (per il liberale, individualista sono i cittadini il sostrato del popolo). Si potrebbe obiettare che è una

somma, quindi anche massa di cittadini che si articola in partiti (art. 49 Cost.), che sono rappresentazioni di come crediamo vuole essere il popolo, disegnano un'immagine del popolo. Anche questa è un'interpretazione sistematica. Se colleghiamo l'art. 1 con l'art. 48 viene fuori un'interpretazione liberale; se colleghiamo l'art. 1 con l'art. 49 c'è una volontà di aggregazione politica, di comunità politica, e allora c'è un'aggregazione (di idee, desideri comuni) che va al di là della semplice somma. Volendo si può aggiungere l'art. 50: i singoli cittadini possono rivolgere petizioni → l'offerta politica è affidata ai partiti, la domanda politica è in ultima analisi dei singoli cittadini. Art. 51: c'è l'idea che bisognerebbe poter accedere anche individualmente alle cariche elettive, idea che è un po' in tensione con l'art. 49 (liste bloccate, ammissione di sole liste e non candidature individuali alle elezioni). Tutti questi diritti sono ingredienti di un modello di politica, dobbiamo metterli tutti insieme per avere, mediante un'interpretazione sistematica, una idea normativa del popolo e della politica. In questa idea della politica non c'è solo Machiavelli né solo Aristotele, ci sono entrambi; non c'è solo liberalismo politico (Kant), c'è anche un po' di organicismo, quanto meno l'organicismo dei partiti. Questi sono solo alcune esercitazioni di interpretazione sistematica.

Quando parliamo di interpretazione abbiamo vari strumenti di interpretazione. L'art. 12 "preleggi" ci fornisce tre tipi di argomenti: letterale, sistematico, teleologico (intenzione del legislatore, che può essere soggettiva o anche oggettiva; può essere storica, può sbiadire nel tempo lasciando spazio all'interprete di scoprire una ragione oggettiva della legge, non tanto la motivazione del legislatore). Gli argomenti dell'art. 12, con lo sviluppo dell'arte dell'interpretazione, si sono arricchiti ulteriormente: c'è chi dice che sono quattro (lettera, sistema, intenzione storica e ragione oggettiva); c'è chi cerca di distinguere ulteriormente sia gli argomenti letterali sia gli argomenti sistematici e anche quelli teleologici. Vediamoli uno alla volta. Si dice che i significati sono sempre più d'uno e si può distinguere il significato più letterale, più vicino alla lettera, da un significato più lontano dalla lettera, e infine da un significato incompatibile, non attribuibile alla lettera. Su questo le posizioni dei teorici del diritto sono controverse. C'è anche chi dice che non si può dire che un significato è più o meno vicino alla lettera, ma si può solo dire che è coperto dalla lettera o contro la lettera (ha questo significato o non ha questo significato). C'è chi dice che vi può essere un uso allegorico, figurativo della lettera, es. popolo come somma di cittadini, o popolo come nazione vivente; oppure, popolo sono solo cittadini aventi diritti di voto; oppure, popolo sono anche i bambini. Nel medioevo c'era la nobiltà, il clero e il popolo (era la classe meno abbiente); ai tempi di Roma il popolo era rappresentato dai tribuni.

Il dizionario ci offre più significati per la parola "popolo". Facendo l'analisi filologica scopriamo che ciò che sembra chiaro non lo è affatto. Chi dice "in claris non fit interpretatio" (se la frase è chiara non devo interpretarla, basta applicarla) è convinto della sua interpretazione e vuole reprimere il dubbio altrui retoricamente (tipico della retorica). Spesso c'è bisogno di indagare sul senso della norma, perché spesso la norma, presa in modo letterale, fa ridere, spesso il legislatore si esprime male, in modo oscuro, e anche le parole che "prima facie" sono chiare, in casi concreti diventano difficili. Il legislatore che scrive la legge è sempre convinto che sia chiara; il professore comincia ad esporre dei dubbi e a risolverli con delle interpretazioni ragionevoli; la prassi poi trova altri dubbi.

(Brocardo: massima di saggezza giuridica medievale, perché nel medioevo era stato rispolverato il diritto romano, utilizzando le massime del diritto romano si modernizzava e si razionalizzava il diritto. Velocizza la memoria)

Argomento letterale: fino a che punto la lettera è un limite alla creatività dell'interpretazione? Possiamo con l'interpretazione deformare il testo per fargli dire quello che vogliamo, o esiste un limite? Per qualcuno la lettera comunque un limite lo pone, e questo limite è tanto più importante quanto coincide con una precisa volontà del legislatore: se il legislatore dice che "è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà" (art. 13 Cost.) è chiaro il significato? Queste

persone sono ad esempio i carcerati, i soggetti sottoposti a misure cautelari o a ricoveri coatti. Rinchiudere in una cella è una violenza fisica? No, è una restrizione di libertà. Non farlo uscire nemmeno una volta al giorno per prendere aria, è ancora violenza fisica? Difficile a dirsi. Tenere una persona in custodia cautelare affinché un giorno confessi è legittimo? No, ma è una restrizione di libertà. Quando la custodia cautelare diventa violenza fisica? Non è facile dirlo, pertanto l'art. 13 parla di limiti fissati dalla legge, limiti oltre i quali si può presumere che la carcerazione preventiva diventi una sorta di violenza. Sono limiti generali e astratti, ma molto dipende dalle condizioni psicofisiche concrete del soggetto: età, stato di salute, tipo di vita di relazione. Fino a che punto la custodia cautelare non diventa una sorta di tortura bianca? Come si può tutelare il cittadino? Su questo riflettono gli avvocati; è un problema che richiede un'interpretazione letterale, ma a un certo punto anche teleologica. Il legislatore può stabilire limiti massimi della carcerazione preventiva di centocinquant'anni? Formalmente, letteralmente si potrebbe dire di sì; ma in pratica chi è rinchiuso, sapendo che potrebbe esserlo per centocinquant'anni, confesserebbe il primo giorno. Bisogna chiedersi il senso del limite massimo della carcerazione preventiva. I penalisti fanno delle teorie, delle interpretazioni che cercano di individuare le ragioni di questo obbligo di stabilire questi limiti massimi: ad es. il limite massimo non può durare quanto la pena massima per il reato per cui è indagato (limite massimo relativo). Il legislatore è andato oltre perché la prevenzione deve avere un costo minore della repressione, la metà. Ma questo è problematico perché nella realtà più uno è "già dentro" più il PM e il giudice potrebbero tendere a considerarlo colpevole, perché altrimenti lo Stato dovrebbe risarcirlo. Qui vediamo che l'interpretazione del limite massimo è influenzata da dati di fatto, da consuetudini. E questa è la ragione per cui i limiti massimi devono essere tali che la carcerazione preventiva sia minima per non pregiudicare la persona. Vediamo che si passa dall'argomento letterale ad un'interpretazione sistematica e alla fine teleologica. La ratio dell'art. 13 comma 5 è impedire che il fatto della custodia pregiudichi la situazione dell'imputato; forse la ratio è anche che non subisca il tutto come violenza fisica o morale che lo costringa a cantare. Esistono interpretazioni estensive (tanti casi) e restrittive (pochi casi) del campo di applicazione di una norma. In questi interstizi lavorano i giuristi, che sono gli artefici di queste interpretazioni. È persino possibile applicare una disposizione oltre il limite della sua lettera, cioè è possibile l'interpretazione analogica, così come è possibile anche un'interpretazione restrittiva oltre la lettera. Ad es., avevamo dei privilegi per le neomamme in termini di astensione dal lavoro (legislazione che faceva riferimento alla mamma, alla donna), estesi contro la lettera anche al padre. Esempio di interpretazione restrittiva (riduzione teleologica o dissociazione: restringe l'applicazione): l'art. 660 c.p. punisce le molestie che avvengono mediante telefono; la molestia tramite posta elettronica, inviata con il telefono, è una molestia che avviene tramite telefono? La giurisprudenza inizialmente ha detto no: si sono distinte le molestie sincrone (in diretta al telefono) da quelle asincrone, sono molestie e quindi punibili sono le prime (riduzione teleologica operata dalla Cassazione, che diceva che le molestie telefoniche sono a diretto impatto sui nervi, sulla persona). La legislazione poi è andata oltre ed ha previsto la molestia anche tramite e-mail. Questi sono esempi di come l'interprete può ampliare o restringere l'applicazione contro la lettera.

Lez. 19 26/11/2014

Torniamo sui tre o meglio quattro criteri dell'interpretazione: argomento letterale, argomento sistematico, intenzioni del legislatore + argomento teleologico (non menzionato, ma implicato in tutti e tre: il senso oggettivo è qualcosa di attribuibile alla lettera, sia ricavabile dal sistema, sia attribuibile alle intenzioni soggettive del legislatore. In

filosofia una tricotomia è spesso superabile da un quarto elemento, che li supera, incamera tutti e tre). Vediamo l'interpretazione sistematica del concetto di repubblica. Art. 1 Cost.: l'Italia è una repubblica (qualificazione giuridica dell'Italia). Art. 139: forma repubblicana. Cos'è la repubblica? Se l'Italia è una repubblica vuol dire che l'Italia SIA inderogabilmente una repubblica (indicativo forma di massificazione dell'imperativo, forma più rigida). Interpretazione letterale sistematica: la repubblica è qualcosa che ha a che fare con una forma, altrimenti non la si può ridurre anche ad aggettivo (forma repubblicana). Ma forma di cosa? Negli artt. 1 e 139 il termine è usato come una forma di Stato (genus proximus): è un principio caratteristico della forma di Stato. C'è chi interpreta la norma nascosta dietro il termine repubblica solo come una regola, secondo cui è vietato fare tornare la monarchia (interpretazione riduttiva, questo è il contenuto minimo dell'art. 139). Il termine "repubblica" si trova in altre disposizioni e vige l'argomento della costanza: lo stesso termine usato in un testo legislativo è da presumere che abbia sempre lo stesso significato, e quindi per intenderlo, o meglio per ricostruire le intenzioni del legislatore che l'ha usato, dobbiamo leggere tutte le disposizioni in cui il termine è usato. Art. 54: "i cittadini devono essere fedeli alla Repubblica" → sono infedeli i traditori, quelli che vogliono la monarchia, i servizi segreti che fanno terrorismo, le spie al servizio di altri paesi. Fedeltà cioè rapporto di affezione e di fiducia, legame interiore, legame di fedeltà, volere bene alla repubblica: chi è fedele non agisce contro il bene della Repubblica, non tradisce i valori della Repubblica. Questo è l'argomento della costanza: devo mettere insieme tutti i pezzi di un puzzle per cominciare a capire che cosa vuol dire un concetto di tale astrattezza, sicuramente anche filosofico. Il Presidente della Repubblica rappresenta l'unità nazionale, quindi la Repubblica è anche qualcosa che unisce, che deve unire. L'interpretazione sistematica va ancora al di là: può recuperare anche dei contesti, perché "repubblica" è un concetto utilizzato non solo dai giuristi, anche dai filosofi e dagli scienziati della politica. È Machiavelli che rielabora ed introduce il concetto di repubblica, lo riabilita. Il riferimento del concetto di repubblica sono le repubbliche italiane medievali, la res publica romana. Esistono repubbliche aristocratiche e democratiche: è ciò che unisce le due forme di stato diverse da quella monarchica. Così Machiavelli dopo due secoli affronta e supera Dante. (La repubblica fiorentina ha posto fine all'egemonia della repubblica di Pisa. Fu Machiavelli che pose fine militarmente. Repubblica ha nel linguaggio comune e nella letteratura comune un significato particolare, storico.) Nella repubblica c'è qualcosa che va oltre la semplice opposizione alla monarchia. Etimologicamente repubblica viene da "res publica". A quei tempi c'è chi diceva che era la cosa del popolo (res populica)(etimologia politica). Non è proprio così, il pubblico si oppone al privato. Che lo Stato abbia una forma repubblicana vuol dire che la politica aristotelicamente realizzi il bene comune di tutti e non invece i beni singolari privati. Da questo si può arrivare ad una interpretazione del principio di repubblica un po' più impegnativo: il re poteva fare quello che voleva e gli piaceva dell'Italia; invece, nella repubblica c'è qualcuno che deve badare alla cosa pubblica, che deve pensare alla cosa pubblica, e che deve anteporre la cosa pubblica alla sua cosa privata. Se questo è il significato del principio repubblicano allora le cariche pubbliche devono essere gestite con un particolare onore repubblicano e con una particolare disciplina che distingue la vita pubblica dalla vita privata; soprattutto non posso fare prevalere i miei interessi privati sugli interessi pubblici. Il principio repubblicano che viene dalla filosofia politica, se viene scritto nell'art. 1 e 139 e in tanti altri articoli della Costituzione, acquista un significato più ampio. Allora l'interpretazione sistematica passa dallo studio delle parole allo studio delle cose. Quali sono le regole della Costituzione che garantiscono l'essere repubblicano del nostro Stato? Solo il Presidente? No, lo garantiscono tutti i titolari di cariche pubbliche per effetto dell'art. 54. Gli art. 65, 66, 67 stabiliscono delle norme sulle incompatibilità a presidio della realizzazione di un sistema giuridico in cui venga premiata la ricerca dell'interesse pubblico comune su quello privato. Per questo ad esempio il titolare di un'impresa che

svolge servizi pubblici non può diventare sindaco, perché il controllore (sindaco, rappresentante dell'ente pubblico comune) non può essere identico al controllato: è interesse pubblico che il servizio venga svolto, e svolto bene. Questo è un modo di garantire la preminenza della cosa pubblica sulle cose private. Es. di interpretazione di norme di principio che si ricavano dalla lettura dei testi, ma nei quali l'interpretazione sistematica ad un certo punto passa dall'analisi dei testi all'analisi delle cose. Serve inoltre per evitare delle antinomie (contrastanti tra norme): il *nomos* contro il *nomos* produce l'antinomia. L'ordinamento giuridico è un insieme ordinato di norme se non esistono in esso delle contraddizioni: non si può dire "è vietato uccidere" e poi "è permesso uccidere". Quando due disposizioni producono due norme che dicono l'esatto contrario si annullano a vicenda, sono entrambe inutilizzabili perché non sappiamo quale scegliere. Da questo dovere di coerenza di ogni sistema giuridico, di ogni insieme di norme deve derivare un tipo di interpretazione che chiamiamo sistematica, che cerca di prevenire le antinomie. La capacità di "fare sistema" richiede la capacità di superare, risolvere le antinomie. Esistono delle regole di conflitto o regole di preferenza per evitare conflitti tra fonti del diritto: criterio gerarchico (la fonte superiore prevale sulla fonte inferiore), cronologico (la fonte posteriore prevale su quella anteriore), specialità (la fonte speciale prevale su quella generale; criterio della competenza). Allo stesso modo bisogna evitare antinomie tra le norme: una delle tecniche di interpretazione, sviluppatasi nell'ultimo secolo, è la formulazione della norma adeguandola ad altre norme che provengono da fonti superiori → interpretazione adeguatrice. Es. le norme del legislatore non devono contraddire le norme che ricaviamo dalla Costituzione, e quindi bisogna cercare se è possibile attribuire alla legge un senso che la renda conforme alle norme della Costituzione (è l'interpretazione fatta dall'avvocato, dal giudice, dalla Corte Costituzionale). Inoltre l'ordinamento nazionale deve riconoscere un primato dell'ordinamento dell'UE, e allora dobbiamo interpretare le nostre leggi anche in conformità con le norme del diritto dell'UE. Ancora, le leggi e le fonti primarie devono essere conformi all'ordinamento internazionale (art. 117 e 10 comma 1 Cost.; ordinamento internazionale pattizio e consuetudinario). L'interpretazione sistematica non si ferma alla legge, ma guarda tutto l'ordinamento e guarda anche tutti gli ordinamenti in cui si integra il nostro ordinamento: l'ordinamento dell'UE (28 Stati), del Consiglio d'Europa (47 Stati, che hanno firmato la Convenzione europea per i diritti dell'uomo e altre duecento circa), dell'ONU (193 Stati riconosciuti; le Nazioni Unite promuovono convenzioni internazionali ed hanno organizzazioni internazionali che fanno capo all'organizzazione madre). Poi ci sono interpretazioni adeguatrici del diritto dell'UE rispetto al diritto internazionale. Poi ci sono interpretazioni adeguatrici delle fonti secondarie rispetto alle fonti primarie (per interpretare il regolamento conviene leggersi la legge che lo autorizza). Il sistema non è quello della legge "X", ma è quello di tutto l'ordinamento e degli ordinamenti nei quali si inserisce l'ordinamento nazionale. Con "interpretazione sistematica" si intende la capacità di connettere tutto, creare sistemi.

Se le interpretazioni (letterale, sistematica e aderente alla volontà del legislatore) danno norme diverse, se i criteri confliggono tra di loro, quale deve prevalere? L'art. 12 stabilisce una gerarchia? I più dicono che non si può stabilire una gerarchia. Qualcuno dice che se la lettera esprime una intenzione chiara del legislatore, due devono prevalere sul resto (se poi non quadra nel sistema, probabilmente ci sarà una norma costituzionale che contrasta). L'interprete deve comunque essere fedele alla Costituzione e ai suoi principi: il nostro legislatore è democratico e quindi rispettare le intenzioni originali del legislatore (la volontà politica di chi è stato eletto democraticamente). Il giudice è soggetto alla legge democratica: ci sono stati molti tentativi di magistrati di piegare delle leggi fatte da una o dall'altra maggioranza politica; ma democrazia vuole che si rispetti la maggioranza, anche se non ci piace, anche se la soluzione non ci sembra giusta. Il giudice con l'interpretazione può addolcire le leggi, ma non deve prendere il posto del legislatore. Spesso il legislatore però non fa bene il suo lavoro, spesso non riesce a prevedere bene tutto. In questi casi il

giudice ha una discrezionalità nell'interpretazione. Si dice anche che i criteri di interpretazione sono interscambiabili: sicuramente il migliore interprete è quello che li utilizza tutti e quattro, ma quale peso dare è una discrezionalità del giudice. Questo vuol dire che i criteri sono sommabili, abbiamo una pluralità di argomenti o "topoi", da "topos" (luogo). Si può parlare ancora dell'argomento a contrario: se il silenzio della disposizione non è una svista, ma è voluto, vuol dire che ciò che è indicato nella norma va inteso così, non si estende per analogia. C'è anche l'argomento a fortiori, "a maggior ragione".

Queste tecniche di interpretazione sono state discusse già alla fine del Settecento ma soprattutto nell'Ottocento, i cosiddetti "canoni dell'interpretazione" (indicandone quattro e non tre). Canonizzati da Savigny, giusromanista tedesco dell'Ottocento. Nata nell'Ottocento la discussione su come interpretare va avanti fino ad oggi, lo sviluppo delle tecniche dell'interpretazione si riflette nella filosofia del Novecento in un interesse particolare per tutti questi problemi di interpretazione. Da un lato la filosofia è caratterizzata dal "linguistic turn", da una svolta verso la linguistica, l'autore che maggiormente rappresenta questa svolta è il filosofo viennese Wittgenstein. A Vienna cercano di ricostruire la logica dalle sue basi linguistiche, distinguendo le cose dai pensieri (sono spesso immagini, modelli) e dai segni (sono parole e proposizioni). Wittgenstein scrive un libro pieno di definizioni e cerca di dare il massimo all'analisi di questo triangolo cose-pensieri- segni. Questa svolta linguistica ha portato la filosofia a sviluppare fortemente gli approcci analitici, e soprattutto nel mondo anglosassone si è sviluppata la filosofia analitica, contrapposta da Barberis alla continentale europea. Tutta la filosofia è critica del linguaggio, capacità di analizzare ciò che diciamo e come si relazionano le proposizioni con i fatti: è un tentativo di massimizzazione della logica, della massima razionalità. Si deve tacere su quello che non si conosce. Questa potrebbe essere una massima del buon legislatore, ed allora le nostre leggi sono iper lacunose e iper imperfette (scetticismo interpretativo).

L'opposto è la filosofia e l'approccio dell'ermeneutica (dal greco, vuol dire interpretare). Esistono già ai tempi di Platone e di Aristotele delle teorie dell'interpretazione, ma il termine è più recente, settecentesco. Esiste una ermeneutica filologica, teologica (tecniche di interpretazione della Bibbia: i teologi cercano di leggere la parola di Dio, lo spirito divino), filosofica. Il termine migra dalla filologia e dalla teologia alla filosofia del tedesco Dilthey, fine Ottocento: l'ermeneutica serve a comprendere i testi, che va al di là della somma delle tecniche di interpretazione per comprendere l'insieme. L'ermeneutica è un modo di affrontare il problema dell'immensità incommensurabile, del tutto di cui la norma è parte. Come vedere il bosco se vediamo i singoli alberi (le norme)? Il bosco è qualcosa di più, che ha uno spirito. Dilthey difende le scienze dello spirito dalle scienze della natura: dobbiamo comprendere lo spirito (è post hegeliano) e l'ermeneutica ci aiuta. L'ermeneutica è stata poi sviluppata da due filosofi tedeschi, Heidegger e Gadamer. Per Heidegger l'ermeneutica è il metodo di comprendere la nostra esistenza ("dasein"), il nostro "essere qui" nel mondo. "Noi e il mondo" è il tema della riflessione ermeneutica di Heidegger. L'allievo Gadamer (che cercò di resistere intellettualmente al nazismo) scrive il libro "Verità e metodo". Riprende l'ermeneutica perché nella parola c'è anche una radice, "Ermes", il messaggero degli dei, che porta il messaggio degli dei agli uomini, ossia lo spirito della sacra scrittura. Hermes ci porta le spiegazioni divine della nostra esistenza, lo spirito che può essere divino e magari esistere anche senza dio. Non possiamo scindere del tutto il diritto dal tutto e dalla comprensione del tutto. Non c'è giurista che non abbia una implicita filosofia: mentre interpreta si relaziona con il mondo e mette nelle sue interpretazioni le sue credenze del mondo. Vi è sotto, prima e a prescindere dal lavoro del giurista sempre una qualche verità più ampia, difficile da afferrare. Cos'è quindi il metodo dell'ermeneutica? L'ermeneutica probabilmente non ha un metodo, riconosce che esiste un pluralismo di metodi: tutti i mezzi sono legittimi se ci portano alla comprensione della verità. Gadamer ha criticato nei giuristi il sillogismo giuridico. Passiamo dall'ermeneutica

filosofica all'ermeneutica giuridica. Prima posizione, radicale: non si fa prima la norma, poi il caso e la conclusio. Il giurista, quando si trova di fronte ai casi e alle domande di giustizia, intuitivamente vuole un certo dispositivo della sentenza, solo poi guarda al fatto e infine alla norma. Attenuiamo questa posizione radicale: dalla conclusio non si arriva alla norma, non si rovescia il sillogismo giudiziale del tutto, ma è vero che spesso si guarda prima al caso e poi si cerca la norma (si premia anche un po' l'interpretazione sistematica, bisogna conoscere l'insieme per trovare la norma giusta). I giudici in camera di consiglio discutono e poi decidono il dispositivo, e successivamente scrivono il "ritenuto in fatto" e il "considerato in diritto". Ma questo non è ermeneutica, l'ermeneutica è qualcosa di più, pretende dal giudice di più: quando ricostruisce il fatto e ricostruisce la norma pretende di guardare ora al fatto ma poi anche alla norma, e di guardare dalla norma al fatto e dal fatto alla norma. E questo "girare" viene da una filosofia che dice che il tutto sta rispetto alle parti in una relazione che si comprende solo per varie tappe di riflessione. C'è sempre una precomprensione del fatto: si ha una prima idea di cosa sia successo e di cosa debba succedere; e poi si verificano i fatti e le norme insieme. Ci si relaziona al tutto, ma siccome non si può vedere il tutto con uno sguardo, bisogna tornare alle parti, vedere nelle parti il ruolo di parte di un tutto, e nel tutto vedere l'insieme delle parti. Questo processo si chiama circolo ermeneutico (più correttamente spirale): si cerca sempre di vedere il sistema e di collocare il caso nel sistema, passando per gli elementi del sistema, ed il sistema viene sempre ricostruito "facendo un puzzle" degli elementi. Il problema è che i singoli pezzi del puzzle cambiano posizione e forma attraverso l'interpretazione sistematica; e, viceversa, il sistema, come insieme di puzzle, cambia anche configurazione in base ai singoli pezzi del puzzle. L'ermeneutica cerca sempre di costruire una immagine del tutto e di focalizzare le singole norme, ma non riesce mai a vederci bene e a vedere in modo perfetto il tutto. Siccome non possiamo vedere il tutto, né esaminare al microscopio le singole norme giuridiche, ma vedere le parti e l'insieme relazionarsi reciprocamente, bisogna stare attenti alla precomprensione. Il giudice arriva sempre con un bagaglio di studi e di casi, vede una cosa nuova e deve stare attento alla misura in cui ciò che vede è condizionato dalle immagini che ha già in testa, la sua precomprensione; deve capire che affrontando il caso questa precomprensione può mutare, può evolversi, il diritto nella testa del giurista cambia con ogni caso nuovo. Siccome ogni caso è nuovo cambia anche l'insieme e cambiano le strutture attraverso le quali interpreta il caso. Quindi il risultato della precomprensione è che se posso rendermi conto della mia precomprensione posso criticarmi, posso correggere il mio pregiudizio, far sì che il giudizio non sia un pregiudizio.

L'ermeneutica, se se ne fa un uso critico, può indurci ed aiutarci ad essere autocritici sulla percezione dei fatti ed anche sulla interpretazione dei principi. L'ermeneutica può anche essere uno strumento per controllare le ideologie. Fa parte della precomprensione non soltanto l'esperienza della nostra quotidianità, ma anche l'ideologia. L'ermeneutica ha portato, negli anni Cinquanta, un po' a relativizzare; se praticata bene si avvicina al relativismo: le verità sono sempre relative, ma Gadamer direbbe che sono verità.

MARBURY V. MADISON

È un caso storico nel quale si è affermata la supremazia gerarchica della costituzione sulle leggi e si è affermato anche il potere del giudice di disapplicare una legge incostituzionale. Il controllo di costituzionalità ex art. 134 Cost. ha una radice storica in questo caso.

1776 dichiarazione di indipendenza

1787 costituzione americana, trasformazione da una confederazione di tredici colonie orientali (East Coast) ad una federazione di Stati (contestualità con la rivoluzione francese nel vecchio mondo)

Questo è uno dei primi casi dall'entrata in vigore della costituzione. C'è una corte suprema che emana le sue prime sentenze. Gli Stati Uniti hanno una costituzione federale che stabilisce quali sono i poteri e gli organi delle federazione; tutto ciò che non è conferito alla

federazione è di competenza degli Stati. La Corte si è trovata di fronte ad un'amministrazione (governo) presieduto da un presidente che può fare delle nomine, anche di giudici. La costituzione americana è nata sull'idea di separazione di poteri che si trovava sviluppata nel libro francese "Lo spirito delle leggi" di Montesquieu. Il capitolo di questo che tratta della separazione dei poteri è intitolato "Della costituzione dell'Inghilterra": abbiamo la realtà costituzionale inglese, Montesquieu la analizza e la teorizza nella teoria della separazione dei poteri. Nella costituzione statunitense si cerca di organizzare al meglio i tre poteri con un sistema di "checks and balances": i poteri devono controllarsi a vicenda e controbilanciarsi, devono trovarsi in una situazione di equilibrio in cui nessun potere sovrasta gli altri. Il principio della separazione dei poteri è che è meglio avere i poteri separati che non avere un potere che domina gli altri e con ciò tutto. È un principio di tutte le costituzioni: se i poteri sono divisi un potere può frenare e controllare l'altro, e se si controllano tra di loro non possono controllare troppo i cittadini; non compromettere la libertà. È una pratica costituzionale liberale: separare per proteggere meglio la libertà dei cittadini.

Il giudice Marshall presiede la Corte in riferimento al caso di Marbury, nominato giudice di pace federale dal presidente uscente Adams (insieme a tutti quelli che poteva nominare, "midnight judges"), che non riceve la notifica della nomina (è molto frequente che le amministrazioni dei governi uscenti negli ultimi minuti dell'esercizio del potere facciano l'opposto del repubblicanesimo, cioè gli affari privati), e l'amministrazione del neo presidente Jefferson si rifiuta di consegnarla. Un'interpretazione della legge federale dava ragione a Marbury, ma questa legge era andata al di là della competenza federale, aveva disciplinato troppo, era in contrasto con quanto prevedeva la stessa costituzione. La costituzione non permetteva al legislatore di prevedere un ricorso alla Corte Suprema in questioni come questa (questione di giustizia amministrativa). La Corte Suprema aveva ricevuto dalla costituzione la competenza di risolvere controversie tra gli Stati membri e la federazione, controversie che riguardavano relazioni estere, conflitti tra poteri, ma non questioni di giustizia amministrativa. La Corte Suprema ha allora preso l'occasione per affermare un suo potere di giudicare la legge: la legge federale, che darebbe ragione a Marbury, è in contrasto con la costituzione. È affermato per la prima volta il diritto di controllare la costituzionalità delle leggi. Il giudice comincia a verificare l'incostituzionalità della legge: il popolo si è dato una costituzione, e per volontà del popolo la costituzione deve prevalere sulle leggi. Il legislatore non può porre nel nulla ciò che ha voluto il popolo da cui è stato eletto. La sovraordinazione delle costituzioni su tutte le altre leggi è una regola stabilita da un giudice, non dalla costituzione stessa: è il giudice che fa dire che la costituzione deve prevalere sulle leggi (interpretazione sistematica molto coraggiosa), ma soprattutto dice che deve essere la Corte Suprema il giudice che possa decidere che la costituzione prevale sulle leggi e che possa di conseguenza disapplicare una legge incostituzionale. Secondo il principio generale di separazione dei poteri il giudice è soggetto alla legge, dopo la sentenza Marbury il giudice non è più soggetto alla legge incostituzionale, tutti i giudici possono disapplicare la legge incostituzionale. Questo dà alla Suprema Corte un potere molto forte, cioè i giudici, utilizzando la costituzione, si sono eletti a guardiani della costituzione ed hanno costruito una norma di competenza della costituzione secondo la quale qualsiasi giudice, di fronte ad una legge in contrasto con la costituzione, può disapplicare la legge. Nella rivoluzione francese i giudici non avrebbero potuto farlo: il giudice, in caso di conflitto di una legge con la costituzione, doveva chiedere al legislatore, al parlamento ("référé législatif") che poteva cambiare la legge.

In questo caso vengono fuori questioni fondamentali per i rapporti tra i giudici ed i legislatori in una democrazia retta da una costituzione democratica. Questi problemi, che la sentenza del caso Marbury v. Madison ha risolto in favore del controllo di costituzionalità delle leggi da parte dei giudici, da noi sono stati risolti in favore del controllo della sola Corte Costituzionale. In altri paesi la situazione è ancora diversa: in Olanda e in Inghilterra

i giudici non possono mettere in dubbio la legge, devono sempre applicarla. C'è chi dice che in questi due paesi il legislatore e la democrazia valgono di più che negli Stati Uniti o in Italia, dove ci sono giudici costituzionali. I Francesi nel Novecento hanno a lungo detto che non volevano il controllo di costituzionalità perché avevano paura del governo dei giudici. Quello che hanno fatto i giudici americani è ancora oggi considerato il peccato originario del malessere della democrazia. È un problema di filosofia politica, ma anche di filosofia del diritto.

Lez. 20 01/12/2014

I prossimi mercoledì inizio anticipato alle 12.30, e il lunedì fine lezione alle 18.

Ripasso sull'elenco delle domande l'ultima (mercoledì) o la penultima lezione (lunedì).

Ci resta da affrontare il paradigma del costituzionalismo, del diritto negli ordinamenti giuridici post-bellici. Alla fine del corso analizzeremo il concetto di diritto, in particolare quello di Robert Alexy (uno dei massimi rappresentanti del costituzionalismo oggi), e cercheremo di scoprire il suo concetto di filosofia del diritto.

Ecco alcuni lemmi da inserire in un ABC della filosofia del diritto, caratterizzati dal fatto che molti di essi si possono trasformare in "ismi":

- analogia: termine tecnico della teoria dell'interpretazione.
- autonomia: facoltà o capacità di un soggetto privato o pubblico di regolarsi ed agire secondo una propria volontà libera. Autonomia economica/autarchia, autonomia etica, autonomia privata/pubblica. È un concetto che si presta ad essere idealizzato: è una parola che possiamo proiettare sulla realtà, ma è fortemente ancorata al mondo delle idee, e pertanto si presta ad essere trasformato in "autonomismo" (lo Stato delle autonomie, principio sancito dall'art. 5 Cost.);
- autorità: qualità e posizione di un'istituzione o di una singola persona legittimata da atti di riconoscimento e di attribuzione di competenza ad esercitare poteri di comando che pretendono subordinazione da un soggetto giuridico per poter realizzare determinati scopi comuni. È un termine difficile da definire, ha a che fare con i sentimenti: "autorità" è qualcosa che si sente o si crede di sentire. È un concetto che deriva dal diritto romano, diffuso nel diritto canonico e ripreso da Hobbes: "auctoritas non veritas facit legem". Hobbes difende la monarchia: il re in più del parlamento ha l'autorità, il potere dello Stato. Hobbes è il teorico dello Stato: il re rappresenta con la sua autorità meglio lo Stato, soprattutto se ha salvato la nostra vita dalla guerra di tutti contro tutti. Il concetto di auctoritas fonda una filosofia politica che si riflette nella filosofia del diritto perché la legge è un prodotto della volontà politica, e in quella situazione giovava più al re che al parlamento (il parlamento inglese non poteva fare leggi contro la volontà del re. Era un corpo composito: la House of Commons rappresentava la borghesia, i ceti bassi; la House of Lords la baronia temporale e spirituale. Il re poteva sempre bloccare la legislazione). Oggi anche nel diritto italiano vediamo spesso l'uso del termine autorità: governativa, civile, ecclesiastica, militare, ... Questo è un linguaggio che costruisce ed esalta il potere. È un fenomeno della realtà che può essere esaltato con idee → autoritarismo: fenomeno che caratterizza il nostro Novecento e forse tutta la storia dell'unità d'Italia (secondo Giuliano Amato il liberalismo aveva sempre dei tratti autoritari perché per i liberali ci vogliono comunque delle autorità che governino un popolo immaturo e non ancora capace di governare se stesso; i dirigenti del partito comunista dicevano che la dittatura del partito era necessaria perché il popolo non poteva autogovernarsi). La dittatura del partito ha preso la forma di Stato e di governo sovietica (socialismo reale), del fascismo (governo del

PNF), del regime nazista (dal 1933 governato dalla dittatura del capo, leader del principale partito di massa). Nella storia repubblicana italiana c'è di nuovo una dittatura, quella dei partiti, della classe politica formata dall'insieme dei partiti (crisi della prima Repubblica, tangentopoli). Non c'è solo l'autoritarismo: nel 1968 gli studenti ed in Italia più gli operai cercavano di realizzare delle idee antiautoritarie (antiautoritarismo);

- azione: filosofia generale italiana, c'era anche un partito d'azione → azionismo
- bioetica
- cittadinanza
- costituzionalismo
- democrazia
- dignità
- diritti
- efficacia/efficienza
- eguaglianza
- ermeneutica: su questa è appena uscito un libro di Gianni Vattimo ed è in corso un dibattito sulla rinascita;
- forza
- felicità/diritto alla felicità (in trattati giuridici)
- giustizia → giustizialismo
- governance
- istituzione → istituzionalismo
- lavoro → lavorismo
- libertà → liberalismo/libertarismo/liberismo
- metodo (concetto della teoria del diritto)
- moderno → modernismo
- natura → giusnaturalismo
- norma → normativismo
- politica
- positività → positivismo
- postmoderno
- potere
- realtà → realismo
- ragionevolezza
- rivoluzione → rivoluzionarismo
- scienza → scientismo
- sillogismo giuridico
- Stato: organizzazione politica dotata di un popolo, un territorio e una sovranità → etatismo (da etat), Stato forte
- valore/filosofia dei valori
- validità (concetto della filosofia analitica)
- verità (tema classico della filosofia e della filosofia del diritto)

Partiamo dal concetto di verità per spiegare cos'è il costituzionalismo. Con "costituzionalismo" parliamo tradizionalmente della storia di idee, storia che ha a che fare con la storia dello Stato e la storia delle rivoluzioni costituzionali dello Stato moderno. Le rivoluzioni costituzionali (momenti terminali della storia moderna) sono state la rivoluzione americana e la rivoluzione francese, che hanno perfezionato la modernità dello Stato moderno. Abbiamo già visto questo parlando del principio del repubblicanesimo e del principio della democrazia. La democrazia nasce forse ad Atene, ma secondo i nostri concetti non era vera democrazia perché non potevano votare le donne, né i meteci.

L'idea della democrazia si fa strada con la formulazione del principio della sovranità popolare, scritto nell'art. 1 Cost. Il nostro costituzionalismo inizia nel 1776 con la dichiarazione di indipendenza di Thomas Jefferson (uno dei padri costituenti, fondatore del partito democratico – antifederalista). “Riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali” (da Dio/creatore: verità forse anche religiosa), “che essi sono stati dotati dal loro creatore di alcuni diritti inalienabili, che tra questi diritti sono la vita, libertà, e il perseguimento della felicità” (Dio ci ha regalato la vita e solo Dio ce la può prendere). Felicità come ricchezza? Troppo materialista. La felicità è uno stato dell'anima, è serenità. E la felicità pubblica consiste nella ricchezza delle nazioni (Smith)? Alcuni dicono che è la ricchezza materiale e spirituale. L'art. 4 Cost. riecheggia questa ricerca della felicità: il progresso materiale e spirituale a cui ciascuno di noi deve contribuire. Metafora dello Stato come una nave: lo Stato come la nave ha bisogno di un governatore che deve governare, dirigere, definire la direzione, l'indirizzo politico, il navigatore; è una nave che si muove e con essa si muove tutta una comunità verso il porto sicuro, dove sia possibile la felicità. La metafora è usata anche nella ecclesiologia: il pastore porta la comunità ecclesiale nel porto della serenità religiosa della vita eterna. È un linguaggio che, secondo i postmoderni, si può decostruire in termini prevalentemente religiosi. Vita e felicità sono valori, ma hanno radici fortemente religiose; religione dei diritti e della dignità umana, sulla quale si fonda. “Che per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati”: l'autorità dei governi deriva dal consenso del popolo che presuppone una unità di valori, che sottende un consenso sulla direzione che la nave deve prendere (una democrazia che ha un indirizzo, che si fonda su valori). “Ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare tali fini, è diritto del popolo modificarla o distruggerla”: democrazia è dove i cittadini possono cacciare i loro governanti; distruggere il governo e crearne uno nuovo non è semplicemente eleggere un nuovo governo, ma anche riorganizzare un nuovo governo. Questa è l'idea anglosassone e americana, già di Cromwell nel '600, della costituzione come “instrument of government”: documento che disciplina l'organizzazione del governo; strumento giuridico scritto; rifare la costituzione è diritto del popolo. “Creare un nuovo governo che ponga le sue fondamenta su tali principi e organizzi i suoi poteri nella forma che al popolo sembri più probabile possa portare sicurezza e felicità”: sicurezza e felicità sotto un governo costituzionale, retto sulla base di norme stabilite da un potere costituente democratico. Il costituzionalismo nasce così, con una pretesa di democrazia. C'è invece chi ritiene che il costituzionalismo che nasce dalla rivoluzione statunitense e viene ripreso dalla costituzione francese sia sostanzialmente liberale più che democratico: è vero che la dichiarazione parla di libertà e felicità, ma anche di libertà e sicurezza, quindi il costituzionalismo statunitense delle origini non è necessariamente liberale. È un'interpretazione liberale che vuole che tutte le costituzioni servano sostanzialmente a conservare la libertà e la proprietà. Questo è un pensiero presente in molte filosofie politiche inglesi: “liberty and property” è la formula borghese del costituzionalismo liberale, formula che si fa strada in Inghilterra alla fine del Settecento, in Francia più nell'Ottocento (tanto è vero che la rivoluzione statunitense precede quella francese). E l'art. 16 della “Dichiarazione dei diritti dell'uomo” del 1789 diventa il manifesto del costituzionalismo inteso come idea di una buona costituzione. La Dichiarazione precedette la costituzione francese così come la dichiarazione di indipendenza precedette la costituzione statunitense. L'articolo definisce in negativo la costituzione: la costituzione deve avere tre parti: prima della garanzia dei diritti e della separazione dei poteri si ha il principio che la buona costituzione debba avere uno e l'altro. Infatti le costituzioni sono costituite da tre elementi: principi fondamentali, diritti e poteri. Questo è un concetto un po' diverso da quello della costituzione americana e della dichiarazione di indipendenza del 1776 perché in questa la costituzione ha solo una parte, quella relativa ai poteri (infatti nella costituzione statunitense i diritti sono scritti in un emendamento finale); l'idea

americana e inglese è che la costituzione debba essere solo uno strumento, e che dalla buona separazione dei poteri discende già la garanzia dei diritti di libertà. L'idea francese è che ci voglia una parte relativa ai diritti e una parte relativa ai poteri, ci vogliono entrambe, ed è ancora meglio dichiarare prima dei principi fondamentali tanto per l'una quanto per l'altra. Il concetto francese di costituzione è più ampio e completo di quello statunitense perché l'America si era già fatta una nuova società, aveva fondato delle società nelle carte istitutive delle colonie che erano costituzioni simili a statuti societari (dove troviamo garanzie di diritti fondamentali). Nel 1776 si trattava solo di unire società già nuove, fondate su orders, chapters, statutes. La costituzione dell'Unione poteva essere solo una costituzione di poteri federali perché la società c'era già; e l'emendamento era soltanto la descrizione di un comune denominatore di diritti, già garantiti nelle colonie. Cosa ben diversa in Francia che, con la rivoluzione, non ruppe i rapporti con la terra colonizzatrice, era già indipendente ma aveva una società caratterizzata da quello che Tocqueville chiamò "ancient regime".

Il costituzionalismo è quindi un insieme di idee che, sin dalla sua origine, cerca di indicare cos'è una costituzione buona. L'art. 16 Dichiarazione indica una preferenza: in primo piano i diritti, solo in secondo piano i poteri. La stessa separazione dei poteri è uno strumento di garanzia dei diritti. Chi garantisce meglio i diritti di libertà? Il potere giudiziario (terzo). Chi garantisce meglio i diritti sociali? Il potere esecutivo (secondo).

Questa è la "teoria degli status" elaborata da Georg Jellinek (fine Ottocento). Tra i diritti fondamentali possiamo distinguere

- diritti di libertà: il prototipo è l'art. 13 Cost. - libertà personale, libertà di decidere cosa fare del proprio corpo e libertà da arresti arbitrari e illegittimi. Ha un contenuto negativo: non essere arrestati arbitrariamente. Status negativus. Diritti con cui un soggetto pretende da un altro soggetto giuridico un non fare.
- diritti sociali: hanno per oggetto delle prestazioni. Status positivus. Diritti che sostengono pretese di fare.
- diritti attivi o potestativi: status activus. Diritti esercitando i quali il soggetto produce degli atti giuridici vincolanti per altri soggetti, in particolare per soggetti pubblici, atti dai quali discende un dovere dei soggetti pubblici. Si distinguono in processualis e politicus. Processualis: diritto di agire in giudizio, di decidere di produrre un atto di citazione in giudizio che obbliga un altro soggetto a comparire davanti al giudice che deve decidere la controversia; diritto di difendersi davanti al giudice. Politicus: diritto di voto, di candidatura, di essere contato con il proprio voto, di essere messo in caso di candidatura su delle schede, di essere reso partecipe di procedimenti elettorali. Sono importanti per la democrazia e lo stato di diritto.
- doveri: insieme delle posizioni passive. Art. 2 Cost.: doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Status negativus.

È una distinzione analitica che però ha anche il valore di un'interpretazione della storia del costituzionalismo. I primi diritti storici furono i diritti di libertà ("habeas corpus" nella Magna Charta del 1215). Poi vennero di diritti sociali: il diritto al lavoro si rivendica già nella rivoluzione francese e compare nella costituzione francese del 1848. E i diritti politici sono già settecenteschi, per quanto molti non avessero il diritto di accedere ad un giudice statale, ma solo al proprietario o al vescovo (intermediari). È solo con la rivoluzione francese che viene proclamato per tutti il diritto di accesso ad un giudice. Ed i diritti politici, la democrazia è una conquista, in Europa, del Novecento: Repubblica di Weimar (1919-1933), Repubblica italiana (1946), Repubblica austriaca (dopo la prima guerra mondiale). La democratizzazione è un frutto in Europa soltanto del Novecento. In America, invece, già alla fine dell'Ottocento la formula della democrazia di Abraham Lincoln dice "government of the people, by the people and for the people": governo del popolo, tramite il popolo che lo esercita direttamente e nell'interesse del popolo.

Lez. 21 03/12/2014

Nel suo genere il costituzionalismo è un insieme di idee, teorie, dottrine, che si caratterizza da altre dottrine, altri "ismi" (gli "ismi" sono movimenti di pensiero; invece un concetto come quello di "validità" attiene alla teoria del diritto, è un concetto della scuola analitica che vuole ridurre la filosofia all'analisi dei suoi concetti). Lemmi che si possono trasformare in "ismi". Non necessariamente hanno una valutazione negativa (autoritarismo sì, ma positivismo no). L'"ismo" è una corrente di pensiero, sono idee che muovono l'azione, che dicono come agire, spesso sono idee etiche perché contengono un giudizio sul bene e sul male (posizioni, atteggiamenti collegabili all'etica). Si usa per rafforzare, dare un peso alla cosa nel suo filosofeggiare. Gli "ismi" hanno, dal punto di vista dei giuristi, potenziali normativi: "è un bene che in questi tempi vi sia ancora un'autorità, che resti un'autorità" → autoritarismo, cioè trasformazione graduale nell'idea di un buon ordine, di un qualcosa di buono che si deve costruire. Il tutto diventa così un discorso normativo, che ruota attorno ad un principio che da morale/etico si trasforma in un principio anche giuridico: non vi può essere costituzione se non si costruisce una qualche autorità, e lo Stato è la massima autorità e l'autoritarismo si trasforma in "etatismo" (idea che ispira non solo i giuristi, ma anche i politici). L'opposto è il liberalismo: "abbiamo già troppo Stato, vogliamo meno Stato". Sono ideologie che ispirano partiti, e le lotte politiche che la Costituzione magari vuole arbitrare/pacificare dicendo: è pacifico che vi debba essere libertà nella società, ma è altrettanto pacifico che ci debba essere una qualche autorità (è il pensiero di Giuliano Amato, giudice costituzionale; pensiero governante). Bisogna avere il massimo di libertà magari con la massima autorità. In teoria sembrano incompatibili; nella pratica è possibile conciliarli, mediare, fare in modo che vi sia libertà e autorità. Abbiamo dei principi, anche normativi, che coesistono nella Costituzione e si traducono in vari bilanciamenti: del legislatore (nel Parlamento si parlano i fautori del liberalismo e quelli dell'autoritarismo, fanno delle leggi che sono mediazioni, spesso asimmetriche, che conservano i principi ma tendono a un bilanciamento dei principi). Ad esempio sulla bilancia della giustizia ogni tanto prevale la libertà, ogni tanto l'autorità (quando si esalta il principio della sicurezza: esaltazione dell'azione delle forze di ps). C'è un principio di sicurezza anche nella Costituzione, idea di come realizzare la sicurezza. Anche i padri costituenti hanno operato dei bilanciamenti nelle disposizioni della Costituzione. Art. 13 Cost.: l'autorità di ps può restringere la libertà → massima libertà con un minimo di autorità, le garanzie sono la legge (deve indicare tassativamente i casi di necessità ed urgenza) e il giudice (che deve controllare la polizia).

Caso Stefano Cucchi (fonte Amnesty International): arrestato per detenzione di sostanze stupefacenti; portato davanti al giudice il giorno dopo l'arresto per la convalida dell'arresto (che lo convalida, ma vuole rivederlo dopo una settimana perché non era in buona forma, aveva dei segni di lesioni, ematomi, e non riusciva a parlare); non ha potuto parlare con l'avvocato ed i familiari; già magro, ha iniziato lo sciopero della fame ed è morto dopo circa una settimana. Sono stati processati i medici perché non è possibile che uno muoia in carcere per fame (esistono norme che autorizzano a costringere il prigioniero ad alimentarsi). Si è svolto il processo ai medici e ad alcune delle guardie della polizia penitenziaria: sono stati assolti, probabilmente vi sono stati maltrattamenti (probabilmente già in caserma), ma non si è capito a chi imputarli. Per la valutazione delle responsabilità c'è un problema particolare: la responsabilità è non solo dei poliziotti, ma del giudice e del PM (che controlla la polizia giudiziaria, lo stesso soggetto che decide sull'azione penale. In questo caso c'è un conflitto di interesse). Il giudice deve interrogare e non accontentarsi di banali spiegazioni. Responsabilità non solo morale ma giuridica del giudice, voluta dalla Costituzione: il giudice deve essere garante dei diritti di libertà. Questo è uno dei problemi tecnici, in materia di discussione sull'introduzione del reato di tortura, che andrebbe

affrontato con urgenza. Il giudice in casi come questi si trova a giudicare una pretesa punitiva ed una pretesa di indagine dell'autorità, e dall'altro lato un cittadino che vuole riavere la sua libertà; deve cercare di fare coesistere l'uno e l'altro, deve interpretare le leggi che in parte danno potere all'autorità, in parte proteggono i diritti dell'imputato. E nell'interpretazione di queste leggi e dei fatti anche il giudice opera dei bilanciamenti. Sicuramente un giudice che si imbatte in un ematoma di un imputato per spaccio di droga (no rissa, no violenza), incensurato, deve prendere questo fatto molto più sul serio perché deve prendere i diritti sul serio. Questo giudice probabilmente avrà avuto dei problemi di coscienza e sarà stato contestato, ed ancora più di lui il PM, il superiore gerarchico della polizia giudiziaria. Il problema è che non sappiamo a chi imputare l'abuso del potere. La corresponsabilità del PM e del GIP è da omissione di controllo. Le indagini (es. interrogare i colleghi degli agenti coinvolti) andavano fatte subito, non dopo la morte.

Quello che importa è che anche in casi come questo una cosa sono le regole dettate dalla legge (in questi casi Costituzione e cpp non dicono molto, le regole non sono chiare), un'altra i principi: i principi si bilanciano, le regole si applicano o si disapplicano. Per i principi e le norme di principio le cose sono diverse: si possono attuare di più, di meno o per nulla (si sacrificano i principi e si violano le disposizioni da cui ricaviamo i principi stessi). Spesso le disposizioni che esprimono le norme di principio sono più o meno chiare. Spesso uno stesso caso coinvolge più principi: che fare? Dobbiamo bilanciare, verificare innanzitutto se sono coinvolti, se le fattispecie, gli interessi garantiti dai principi sono toccati o meno. In questo caso c'è un problema di libertà ed un problema di sicurezza. E bisogna vedere se la decisione è proporzionata: in genere le decisioni sono asimmetriche, danno qualcosa di più all'uno e di meno all'altra. Bisogna vedere se a fronte di un sacrificio parziale di un principio vi sono benefici sufficienti dall'altro lato. Per qualsiasi decisione che si prende secondo norme che implicano anche principi si può sempre fare un test di proporzionalità.

Il test della proporzionalità si è sviluppato nella giurisprudenza amministrativa tedesca della fine dell'Ottocento (da quegli stessi giudici prussiani che sostenevano che ci fossero delle leggi a cui dovesse obbedire anche l'imperatore; radice storica del costituzionalismo: il sovrano è vincolato al rispetto quanto meno delle disposizioni della costituzione). I provvedimenti di pubblica sicurezza devono essere proporzionati, cioè devono proseguire, tendere a realizzare un interesse pubblico (ad es. sicurezza); concretamente è la sicurezza che non commetta altri reati, non inquina le prove, non si dia alla fuga. Vale anche per la polizia amministrativa (ad es. salute - divieto di fumo). Individuazione dell'interesse pubblico, che spesso si desume dalla ratio della legge, dall'interpretazione teleologica. I criteri sono:

- idoneità: ciò che è comandato dal poliziotto è idoneo a garantire la salute? A raggiungere questo obiettivo? Ogni tanto i provvedimenti di polizia non sono minimamente idonei: si comanda qualcosa giusto per comandare, ma non si sa effettivamente come realizzare l'interesse pubblico. Almeno astrattamente il provvedimento deve essere idoneo a raggiungere lo scopo;
- necessarietà: si interroga sulla misura del provvedimento. Spesso le autorità prendono delle misure smisurate. Per verificare se è davvero necessario il provvedimento ci si deve chiedere: esiste un altro mezzo più mite che raggiunge lo scopo, realizza l'interesse con eguale certezza? Ad es. il divieto di fumo è considerato il mezzo più mite, in assenza di spazi attrezzati;
- proporzionalità in senso stretto: si ha quando i sacrifici imposti a un principio giuridico interessato dal provvedimento sono in una relazione ragionevole con i benefici ottenuti (i sacrifici non sono troppo esorbitanti).

Il principio di proporzionalità esige di rendere giustizia ad ogni caso. Il principio di bilanciamento vieta di sacrificare principi del tutto. La proporzionalità spesso impone di differenziare le regole, oppure di prevedere delle "clausole di equità": "in casi

eccezionali...". Il principio di proporzionalità è stato recepito nel diritto dell'UE e da lì sta penetrando sia nella giurisprudenza amministrativa che in quella costituzionale (la proporzionalità è un aspetto inseparabile dalla ragionevolezza). Questo non è solo un modo di usare norme che esprimono principi per trovare decisioni giuste, adatte alle esigenze dei casi singoli; ma è anche un fenomeno più generale che ha a che fare con il nostro modo di vedere il diritto.

Il costituzionalismo è partito storicamente da una considerazione delle costituzioni e della loro bontà. Insieme di idee sulla costituzione e su cosa rende una costituzione buona. Abbiamo letto, come documenti storici del costituzionalismo, la Dichiarazione di indipendenza americana del 1776 e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 (art. 16). L'idea della buona costituzione è libertà assicurata e poteri divisi. Una costituzione che ha dei deficit nell'assicurazione della garanzia dei diritti o nella separazione dei poteri, non è una buona costituzione; oggi, in riferimento a certe costituzioni africane e asiatiche, sono dette "costituzioni senza costituzionalismo" (recano il nome di costituzione, ma non hanno la sostanza del costituzionalismo). Un costituzionalista del Novecento, Loewenstein, ha coniugato il termine di "costituzione semantica": costituzioni che intendono il bene, ben sapendo che nulla di ciò che apparentemente prescrivono è realtà; sono costituzioni che promettono tanto e mantengono poco. Il costituzionalismo, come idea che ispira l'azione, si può trovare nei padri costituenti, ma anche tra quelli che interpretano ed applicano la costituzione e il diritto, cioè tra i legislatori e nella giurisprudenza. Anche una brutta legge può ricevere una buona interpretazione. Il criterio della qualità/bontà è l'idea del costituzionalismo. Questa idea ha radici antiche: il costituzionalismo era la speranza di porre fine alla tirannide, a quello che è stato chiamato "assolutismo". Alla monarchia assoluta, presente fino al Settecento, nella storia è stata contrapposta la monarchia costituzionale ottocentesca, risultato del costituzionalismo. Si ritiene che il costituzionalismo sia nato in Inghilterra, dove è così ben radicato nelle tradizioni da non avere bisogno di una costituzione scritta. È una costituzione che si fonda su consuetudini e convenzioni costituzionali: ad es. tutti convengono che la regina non deve entrare in politica, deve rappresentare simbolicamente l'unità del regno, "regna ma non governa"; addirittura quando va in parlamento a parlare legge un foglio scritto dal primo ministro. Costituzionalismo che si fonda su regole e principi, la "rule of law" (contrapposta alla "rule of man"), governo delle leggi. Questa è la norma fondamentale del Regno Unito, che non è scritta in nessuna costituzione: è tacita, implicita, è naturale che sia così. Gli Inglesi hanno comunque sviluppato per primi i principi: "habeas corpus" principio costituzionale già risalente alla Magna Charta Libertatum. Il costituzionalismo inglese delle origini poi è ben presto diventato "liberal", come il costituzionalismo del Settecento e Ottocento: anche la formulazione dell'art. 16 "Dichiarazione dei diritti dell'uomo" è suscettibile di una interpretazione liberale (prima vengono i diritti, poi i poteri; la separazione dei poteri è funzionale alla tutela dei diritti). Il costituzionalismo si arricchisce nel tempo, si allunga la lista dei diritti; gli storici parlano di generazioni di diritti: prima generazione i diritti di libertà, seconda generazione i diritti sociali, terza generazione i diritti politici; qualcuno parla anche di diritti di quarta e quinta generazione. Nel momento in cui si riconosce uguaglianza politica, si democratizza il costituzionalismo, si passa dalla monarchia costituzionale alla democrazia costituzionale: sviluppo che parte dalla rivoluzione francese o più correttamente dal 1848 e arriva alle rivoluzioni russa e tedesca e fino al secondo dopoguerra. Samuel Huntington ha parlato di "ondate della democratizzazione" nella storia. Dopo la seconda guerra mondiale questo fenomeno, analizzato soprattutto dagli storici del pensiero politico, comincia ad arrivare nelle riflessioni dei filosofi del diritto.

Il costituzionalismo è un pensiero moderno, per quanto si possa dire che vi sono elementi premoderni e l'americano McIlwain dica che esiste già un costituzionalismo degli antichi. Gli Americani sono coloni e figli della rivoluzione inglese, per il costituzionalismo cercano radici più lontane. Nella cultura giuridica del Regno Unito ciò che noi chiamiamo

costituzionalismo è chiamato “rule of law”: la regola della legge, del diritto. In Germania arriva come “Stato di diritto”, ma per il costituzionalismo moderno è solo una parte. Lo “Stato di diritto” è un principio che va coniugato con la democrazia: non c'è l'uno senza l'altra. La “rule of law” ha radici nel governo delle leggi: Platone e Aristotele, quindi c'è un costituzionalismo degli antichi si possono leggere questi testi come contributi al costituzionalismo. È un punto di partenza: la modernità ha più idealismo, e sono i principi ad essere il sale della modernità e del suo costituzionalismo.

DWORKIN

Ha insegnato a lungo ad Oxford. Non ha vissuto tanto in Inghilterra, è piuttosto un americano. Raccolta di saggi intitolata “I diritti sul serio”, che non nasce tanto ad Oxford, quanto soprattutto nel post '68 americano (avvenuto non solo in Europa, ma anche negli Stati Uniti). I diritti difesi soprattutto negli anni '60 e '70 (ed ancora oggi al centro dell'attenzione) erano i “civil rights” (“civil rights and liberty movements”, tra gli eroi ricordiamo M.L.King). Questo libro cerca di dare buoni argomenti ai difensori dei “civil rights”. Non erano solo i neri a pretendere diritti (es. accesso ai bus), ma anche le donne (aborto, in Italia anche il divorzio). La Corte Suprema nel caso “Roe vs Wade” (1973) dichiarò incostituzionale il divieto dell'aborto per violazione del diritto alla privacy, che non era scritto nei dieci emendamenti ma poteva essere estratto con un'interpretazione chiamata negli anni '70 in Italia “interpretazione evolutiva”: questi sono diritti rispetto ai quali è maturata la coscienza giuridica del popolo. I diritti dei neri e delle donne erano sempre stati ignorati. Questi diritti furono tirati fuori con un'interpretazione della costituzione del 1787. Questo è percepito da alcuni come una rivoluzione dei giudici. E Dworkin è il professore che maggiormente infiamma questa rivoluzione. Quello che il libro tira fuori è l'attenzione ai principi, il messaggio è “non fatevi imprigionare quando giudicate sui diritti con l'idea che il diritto sia una somma di regole, il diritto non è fatto solo di regole (se a allora b), è fatto anche di principi che non sono solo norme morali, ma anche giuridiche. Alla base della costituzione esistono principi fondamentali che in parte “traducono” la morale. E siccome i principi della morale (“mores”) possono cambiare nel tempo, può anche cambiare/evolversi l'interpretazione dei principi giuridici. Più vecchio è un testo, più si può dare spazio alla dialettica dei principi, più ha responsabilità l'interprete a rendere un'interpretazione del testo adeguata ai tempi e alla società in cui si trova. Il discorso sui principi e sui bilanciamenti viene reso popolare negli anni '70-'80 prima negli Stati Uniti, e poi arriva in Europa, ma si è sviluppato sulla base di una costituzione vecchia, che aveva messo i diritti in un emendamento perché non aveva problema ad ammettere un diritto naturale dei diritti fondamentali. Dworkin è accusato di essere un nuovo giusnaturalista, e si mette a discutere con le filosofie più analitiche, soprattutto con Hart, giuspositivisti. Dworkin distingue tra “moral rights” e “legal rights”, ha una teoria dell'interpretazione secondo cui vi può essere solo un'interpretazione giusta; sviluppa quest'idea del bilanciamento. Ed è il primo Dworkin quello che è stato più letto e recepito in Europa dal cosiddetto neocostituzionalismo. Barberis mette tra i neocostituzionalisti Luigi Ferraioli, sostenitore della scuola della filosofia analitica del diritto, che ha scritto il libro “Principia iuris” (pieno di simboli e di formule logiche; si sta cominciando a leggerlo). L'autore a cui attribuire meglio il termine neocostituzionalista è forse Robert Alexy, che aveva studiato la logica analitica sviluppata nell'Ottocento da Frege (Frege era il riferimento della logica che cerca di rilanciare l'analisi del linguaggio e della logica giuridica; che ritiene che la filosofia del diritto debba razionalizzare il più possibile l'uso del diritto; e che la razionalizzazione, anche dell'uso dei principi, è un contributo alla prevedibilità del potere stesso dei giudici). In un primo libro Alexy aveva scritto che quello che fanno i giuristi non è tanto diverso da quello che fanno i filosofi, cioè fanno discorsi; e che i discorsi dei giuristi sono solo discorsi speciali rispetto ai discorsi dei filosofi: da questo deriva la teoria del discorso speciale. Gli argomenti che utilizzano i giuristi sono

sostanzialmente un modo di argomentare molto vicino alle argomentazioni nei discorsi dei filosofi, soprattutto quando trattano le questioni pratiche della morale. Un'intuizione trasformata poi in una teoria, simile a quella di Dworkin. Dworkin dice che i giudici utilizzano la filosofia del loro tempo. Aveva dato un nome al suo giudice che si arma delle armi dei filosofi, Ercole: perché è un lavoro da superuomo, bisogna veramente avere una super cultura per essere un buon giudice (hanno una piena visione dei dati). Non tutti i giudici possono essere Ercole, i migliori sono quelli delle Corti, l'aristocrazia dei giudici. I giudici della Corte Suprema sono otto, sono questi i supereroi. Nella cultura statunitense esistono ricerche sui singoli giudici, su ciò che pensano. Il senato chiede all'associazione degli avvocati (American Bar Association) un parere scritto sul candidato, il quale viene poi interrogato con domande che cercano di costruire il profilo di cosa dovrebbe sapere un giudice; i giudici vengono nominati dal presidente dopo essere stati esaminati dal senato. Se un candidato ha un punto debole o ideologie strane o posizioni troppo politiche è scartato. Ci sono grandi attese in questi giudici che sappiano il più possibile, che siano il più possibile saggi, anche perché hanno una carica vitalizia. Questa è l'idea del giudice dei principi, e l'idea dei principi del giudice, il contesto costituzionale nel quale è nata l'idea di costituzionalismo ("living constitution", costituzione che vive nella giurisprudenza soprattutto della Corte Suprema). Alexy ha fatto ricerche analoghe sulla giurisprudenza della corte costituzionale tedesca ed ha analizzato soprattutto come usano i giudici i diritti fondamentali, e quale è la teoria dei giudici della corte costituzionale in materia di diritti fondamentali. Questa teoria gli è servita per sviluppare una teoria dell'interpretazione del diritto e della costituzione che gli italiani considerano neocostituzionalista dello stesso diritto. Nel libro "Il concetto del diritto" Alexy cerca di rispondere a Hart, e definisce il diritto in base a due riflessioni (diritto inteso come intero ordinamento o diritto inteso come singola norma). Diritto inteso come norma è quella norma

- prodotta nel rispetto delle norme sulla produzione delle fonti del diritto (costituzione in senso formale, presupposto perché si possa dire che la norma è diritto)
- non manifestamente ingiusta (su questo ci deve essere un consenso minimo)
- non manifestamente inefficace (deve essere efficace e seguita, deve avere una chance minima essere rispettata, altrimenti è lettera morta).

Le leggi razziali sono norme che, a ragion veduta, tutti concordano nel considerare massimamente ingiuste (Radbruch). Auschwitz insegna che non può esistere un diritto manifestamente ingiusto. Sono casi estremi, nella normalità il diritto è il diritto positivo validamente prodotto. Vi sono però problemi di ingiustizia, di immoralità o di inefficacia nei quali bisogna correggere. Questo è un tipico esempio di un concetto da costituzionalismo perché utilizza la costituzione formale (come norma sulla produzione delle norme), i principi costituzionali più alti (per dire quando uno dei principi è completamente sacrificato; è un minimo di idealismo costituzionale) ed un minimo di realismo (realismo costituzionale). Non è giusnaturalismo, è una scuola analitica del diritto che arriva ad un diritto postpositivo (c'è qualcosa da aggiungere). Il positivismo come lo aveva studiato Bobbio in realtà oggi non lo sostiene più nessuno. Zagrebelsky sostiene che, per la definizione di ciò che è diritto, vi può giocare un ruolo la giustizia: le leggi sulle quali tutti siamo d'accordo che sono ingiuste non sono leggi, sono addirittura inesistenti (sono sempre una violazione del principio di uguaglianza). La sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale (la sentenza della CIG e la norma internazionale che ci obbliga a rispettarla è incostituzionale perché viola il diritto di adire il giudice garantito dalla nostra Costituzione) può essere anche letta come applicazione di questo pensiero: è troppo ingiusto che le vittime del nazismo non possano rivolgersi al giudice. Negare nei casi di ingiustizia il diritto di ricorrere al giudice è anch'essa ingiustizia.

Il costituzionalismo si fa forza con principi che in qualche modo precedono i diritti e i poteri. Le costituzioni hanno sempre una parte di principi fondamentali, una parte di diritti e una parte dei poteri. Anche la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è una dichiarazione

di principi costituzionali della costituzione della comunità internazionale.

I principi sono dodici (i primi quattro li desumiamo dalla Carta di Nizza):

- dignità
- libertà
- eguaglianza
- cultura (una costituzione parziale della cultura)
- lavoro (dovrebbe essere la base della costituzione economica)
- solidarietà

Su questi sei principi la nostra Costituzione vuole fondare la società. È impossibile volerne uno senza garantire tutti gli altri. Sono complessi.

Principi che informano la Costituzione dei poteri:

- repubblica
- democrazia
- Stato di diritto
- costituzionalità (necessità di garantire sia la rigidità della Costituzione, sia la possibilità di una sua revisione)
- autonomie (uno Stato articolato riconosce autonomie territoriali. No federale)
- integrazione in comunità sovranazionali e internazionali (il supremo valore è la ricerca della pace oltre che della giustizia).

Nel diritto costituzionale questi principi devono essere tenuti in equilibrio. I partiti politici possono essere partigiani di uno o dell'altro, avere indirizzi diversi su come realizzarli, ma nessuno dei partiti può negare alcuno dei principi. E quando si fanno le leggi questi principi giocano un ruolo preminente nel controllo di costituzionalità delle leggi.

La filosofia del neocostituzionalismo è una filosofia che è sorta in una storia costituzionale che è iniziata con lo sviluppo della giustizia costituzionale (Marbury vs Madison 1803).

Lez. 22 10/12/2014

Il paper vale 2/3 da discutere all'esame orale.

Il filosofo tedesco Kirchmann alla fine dell'Ottocento diceva "una parola del legislatore ed intere biblioteche giuridiche devono andare al macero" → se cambia la legge, il libro invecchia e diventa inutile. Questa ironia è nata nell'epoca del giuspositivismo. Diversamente la pensano i giusnaturalisti: i libri di diritto naturale potrebbero avere ancora valore, anche se la natura dell'uomo potrebbe cambiare (non diventa cattivo, ma si crea qualcosa che incide sulla sua natura, es. clonazione, lettura del pensiero); poi cambiano i costumi (es. omosessualità), cambia il diritto di famiglia. Ricordiamo il concetto di diritto di Alexy: ad una base di positivismo (norma prodotta nel rispetto delle norme di produzione delle fonti) si aggiunge un minimo di giusnaturalismo (la norma non deve essere ingiusta) ed un minimo di realismo (la norma deve essere rispettata). Il giusrealismo guarda e studia la realtà: può capitare che una sentenza di un giudice rivoluzioni il diritto e che sia da riscrivere il libro. Kirchmann era un giusrealista che disprezzava i giuspositivisti.

Perché la biblioteca non butta i vecchi libri? I vecchi libri c'entrano con l'interpretazione per vedere come si è evoluta. L'interpretazione non è statica, può essere evolutiva, mutare nel tempo. I vecchi libri di diritto coloniale possono interessare non solo agli storici, ma anche ai giuristi di oggi. Oggi più che di colonialismo si parla di neocolonialismo. Esiste una colonizzazione statunitense? Non hanno colonizzato territori proprio perché erano colonie. Per comprendere il diritto statunitense è utile conoscere il diritto coloniale. Magari gli Stati Uniti sono così come sono perché sono nati come colonie. Francia, Italia e Regno Unito hanno colonizzato. Quali sono le istituzioni che ancora oggi ci permettono di vedere i legami tra la Gran Bretagna e le ex colonie? Il Commonwealth è un'organizzazione di Stati

ex colonie dipendenti in passato dal Regno Unito: India, Canada, Australia, Nuova Zelanda; paesi di common law, colonizzazione giuridica del mondo. Francia: Francophonie, unione di tutti gli Stati che hanno in comune la lingua francese, come il Cameroun e la Costa d'Avorio (ancora oggi fortemente influenzati dal diritto francese). Spagna: tutto il sud America tranne il Brasile, tutta l'America centrale, il Sahara del sud. Portogallo: Brasile, ancora oggi c'è uno stretto legame tra diritto portoghese e diritto brasiliano; Angola, Mozambico. Germania: Namibia. Olanda: Sudafrica.

Colonialismo/colonizzazione: vi sono rapporti di egemonia. La colonizzazione di territori produce rapporti asimmetrici di dominio, di egemonia. Un territorio domina un altro territorio. Vi sono anche stati socialisti come l'Unione Sovietica che egemonizzava altri Stati: c'erano degli Stati che erano più avanti nel cammino della rivoluzione che dovevano aiutare quelli meno sviluppati. Cuba è uno degli ultimi stati di "soviet law". Cina: è una forza colonizzatrice, Mongolia, Birmania; ha cercato di espandere il dominio verso l'Asia sudorientale (Vietnam, Cambogia, Laos: paesi ancora formalmente indipendenti).

Il colonialismo è un fenomeno che non riguarda solo gli Stati, nella società globale riguarda anche i poteri privati: il mercato colonizza, le multinazionali colonizzano. I mercati stesso sono oggetto di colonizzazione. Conquistare un mercato è come conquistare uno Stato, ma i soggetti sono le società di capitali.

Come è nato il colonialismo? Gli Stati degli Stati Uniti furono fondati dai Padri Pellegrini, che facevano delle società.

Come si relaziona il diritto con la società? Il diritto serve anche alla società. "Ubi societas ibi ius". Il diritto ha una funzione sociale. Le norme sono proposizioni prescrittive che hanno la caratteristica di essere generali e astratte. Il cittadino si sente bene con il diritto perché si sente protetto, tutelato, sicuro (art. 16 Cost. "assicurati i diritti"), garantito. La funzione principale del diritto dal punto di vista del giuspositivismo è che il diritto posto venga applicato e fatto rispettare: promette che ciò che deve essere ci sia; genera delle aspettative e garantisce aspettative di certe condotte. Certezza del diritto: facciamo affidamento. Il giuspositivista è come il tecnico di questa sicurezza. La prima funzione è la stabilizzazione di aspettative: noi ci comportiamo in un certo modo perché ci aspettiamo che gli altri si comportino in un altro o allo stesso modo (es. circolazione sulla strada). Il realista ci dice che non tutti si comportano come si dovrebbero comportare normativamente; una cosa è ciò che è scritto nelle leggi, un'altra cosa quello che è scritto nelle consuetudini.

Il diritto organizza anche e crea quello che i sociologi chiamano istituzioni: famiglia, facoltà,... Istituti giuridici per i positivisti, istituzioni per i realisti. Come stabilizza il diritto nella vita della società? Il diritto non è una istituzione irenistica (da Irene, dea della pace). Il diritto serve a litigare in modo civile invece che in modo barbaro. Ha una funzione di regolazione di conflitti. È una tecnica, un'arte. Il legislatore cerca di canalizzare questi conflitti, che in ultima analisi spetta al mondo forense. Abbiamo meno conflitti nelle strade, nelle case e nella società. L'uomo riesce sempre a litigare su qualcosa, almeno cerchiamo delle forme civili per controllare i litigi. C'è chi dice che il diritto serve anche a disciplinare la società. Si può vedere l'effetto disciplinante delle norme giuridiche (es. tutti in coda per il pagamento della TASI). Il diritto istituisce spazi di libertà ma può anche ridurli, può dettare anche procedure: es. la disciplina dei dipendenti pubblici (art. 54 Cost.), e tra questi quella delle forze armate. Non abbiamo una società militarizzata, ma il diritto è uno strumento di controllo sociale: cerchiamo persino di controllare/addomesticare i più potenti della società, i capitalisti (l'attività privata è subordinata a fini sociali, art. 41 Cost.; espropriazione per il bene pubblico, art. 42 Cost.). Il diritto ha sempre due facce: sicurezza e giustizia: della sicurezza ci parlano i giuspositivisti, della giustizia anche i giusnaturalisti. Il diritto serve a produrre un ordine giusto: c'è l'idea che il diritto possa anche trasformare la società (es. legge per aggravare le pene per corruzione dopo i fatti di "mafia capitale" - giustizia correttiva). È possibile con il diritto cambiare la società? Dobbiamo riflettere sui

problemi della convivenza sociale. Come può intervenire il diritto, il diritto della carota e diritto della frusta. Es. del fenomeno dell'immigrazione e degli sbarchi: già disciplinata dalle leggi che disciplinano l'immigrazione e dalle leggi che disciplinano le forze armate, potrebbe essere ridotta disdicendo la convenzione internazionale sui rifugiati (rimozione del problema, invece che soluzione), ma l'Italia non l'ha mai fatto, anche per ragioni di cultura costituzionale. I giuristi spesso sono consulenti dei politici di turno. Dobbiamo sempre chiederci "che cosa si può fare per raggiungere quell'obiettivo?".

Quale funzione ha la società per il diritto. La società formula domande di politiche per il diritto (input del diritto), a cui cerca di dare delle risposte. La società concorre a produrre le leggi, a produrre il diritto. Al concetto di legalità si affianca il concetto di legittimità. La legittimità è un concetto sociologico, ha a che fare con la legittimazione. La società si interroga non solo sulla giustizia del diritto, ma anche sulla legittimazione del diritto. Troviamo questi termini, ad esempio, nel mondo della giustizia quando andiamo ad agire in giudizio: il giudice si interroga sulla legittimazione ad agire (lo è solo il soggetto interessato titolare del diritto). Non solo le persone sono legittimate. Il nostro Parlamento è legittimo? La legittimazione del Parlamento è l'elezione: è considerato illegittimo perché le elezioni si sono svolte in applicazione di norme di una legge dichiarata incostituzionale. M5S: l'illegittimità costituzionale deve colpire tutti gli atti compiuti sulla base di essa. Per gli altri vige un principio generale del diritto di continuità degli atti e continuità degli organi: se un atto è stato prodotto sulla base di una legge dichiarata successivamente incostituzionale, quell'atto è comunque valido, ancorché illegittimo, fino a quando non sarà annullato (solo il Parlamento potrà annullarlo). Questo è stato accennato nella stessa sentenza della Corte Costituzionale: il Parlamento è pienamente legittimato anche a modificare la legge elettorale dichiarata parzialmente incostituzionale. È un concetto di legittimità giuridica. Per il M5S il Parlamento è moralmente illegittimo. Quando si dice "è illegittimo", lo è moralmente o giuridicamente? Il costituzionalismo fatica ancora di più perché dice che qui l'illegittimità costituzionale è derivata da un principio supremo della nostra Costituzione, il principio di uguaglianza. Il premio di maggioranza violava il principio di uguaglianza del voto, è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevedeva una soglia minima oltre la quale attribuire il premio. Questo per molti non delegittima del tutto il Parlamento a legiferare. Altra cosa è se il Parlamento, eletto sulla base di una legge dichiarata incostituzionale, debba avere la possibilità di fare una riforma della Costituzione. Una modifica per coprire le magagne sarebbe immorale, sarebbe violato lo spirito della Costituzione, l'art. 138 Cost.. Il Parlamento può continuare ad esistere ma non può fare finta di niente, ed il suo potere di revisione della Costituzione dovrebbe essere ristretto. Per qualcuno dovrebbe limitarsi alla legislazione ordinaria. Altro problema è la legittimità degli atti del Parlamento. Problema dei rapporti tra la società e il diritto.

Il diritto garantisce sicurezza alla società e un ordine giusto, ma la società agisce anche sulla legittimazione e sulla legittimità del diritto stesso. Vi sono regimi e forme di governo illegittimi, momenti di crisi di legittimità e di legittimazione di un regime. La nomina di Mussolini a Presidente del Consiglio dei Ministri (1922) fu legittima? Il positivista dice sì, anche se fu una scelta immorale. Il giusnaturalista direbbe che nominare un delinquente è illegittimo. Marcia di Roma: era antigiusuridica perché i fascisti erano armati, furono commessi omicidi politici e l'obiettivo dichiarato era l'occupazione dei locali nei quali si svolgeva l'attività di governo. Oggi per prendere il potere si dovrebbe occupare la Rai e l'aeroporto (obiettivi strategici). Un re che decide sotto minaccia credibile della piazza non è libero di intendere e volere in quel momento; gli atti viziati da minaccia, coercizione fisica o grave inganno sono illegittimi e possono essere dichiarati nulli in un tribunale. Sostanzialmente l'instaurazione del regime avvenne in modo illegittimo (anche se molti costituzionalisti, come Santi Romano, pensano che sia stato legittimo). Vediamo che il diritto ha a che fare con società e con le forze della società, che possono incidere sulla legittimità. "Ex facto oritur ius": dal fatto può nascere il diritto, ma non dalla forza, dalla

semplice coercizione, dall'inganno. Altrimenti dovremmo dire che la mafia è un ordinamento giuridico, come sostiene Santi Romano.

C'è un ultimo aspetto che riguarda il diritto e la società, e riguarda la forza delle idee, il ruolo delle idee; soprattutto delle idee che si mettono insieme per diventare ideologie. Il tema è trattato per primo dal filosofo inglese Francis Bacon (1620, "idola"): sono grandi pregiudizi nella società, idea che vi sia una "tribus", una tribù, il foro, il teatro, il mercato, luoghi che producono idola, divinazione di immagini. Nell'Ottocento l'ideologia viene considerata soprattutto da Marx una coscienza manipolata, falsata; è una percezione errata di una realtà, o sono idee che non ci fanno vedere la realtà. Poi nel Novecento si studiano i "pregiudizi": i pregiudizi collettivi o individuali spesso sono prodotti da ideologie che vivono nella società. Si è detto soprattutto nel '68 che la sociologia e la filosofia devono aiutare a superare le ideologie. Alla fine del Novecento si è detto che è stato il secolo delle ideologie: cerchiamo di venirci fuori, di fare una filosofia senza metafisica, cerchiamo di riflettere su come nascono le ideologie e dove nascono. Le ideologie hanno delle determinanti psicologiche e sociologiche; sono modi di pensiero collettivi spesso stereotipati; condizionano il nostro modo di produrre ed applicare diritto. La filosofia del diritto deve aiutarci a criticare le ideologie, ad emanciparci da certe ideologie. Le ideologie possono influire sulla legislazione, possono agire sulla testa dei legislatori: stereotipi, idee non bene riflettute. Es. ideologie politiche: il liberismo è considerato una ideologia, idea che il mercato come tale produca il bene; il comunismo perché non c'è mai stato un comunismo reale, l'idea non si è mai realizzata. Quando si leggono frasi come "comunque", "in attesa" (es. "riforma Del Rio") siamo di fronte a leggi ideologiche. Quando leggiamo "finti" principi siamo di fronte a leggi in chiave ideologica. Alcune disposizioni degli statuti delle Regioni ordinarie e molte disposizioni degli statuti delle province sono ideologiche: quando si dice che il Comune serve alla partecipazione dei cittadini, per molti è solo una ideologia visto che la partecipazione non ha luogo. Si parla anche di "leggi simboliche". Spesso la legislazione si impregna di ideologie. Spesso l'azione della pubblica amministrazione è turbata dalle ideologie dei funzionari: "ma l'abbiamo sempre fatto così...", si fanno guidare dai pregiudizi. Anche i giudici e soprattutto i giuristi rischiano di farsi guidare da ideologie. Si accusano le Procure della Repubblica di essere state sedotte da ideologie politiche sostenute dalla magistratura democratica: es. che il magistrato debba rappresentare il popolo come se fosse una rappresentanza politica; "ciò serve al popolo", spesso credono di fare del bene e, accecati dall'ideologia, non vedono la realtà e che in realtà fanno male. Molti giudici si fanno guidare da teorie della società: un giudice penale che per tutta la vita ha solo a che fare con clienti (parola che deriva da una ideologia di mercato) rischia di essere fortemente condizionato da questa esperienza e di conoscere già l'imputato prima di averlo interrogato. Da questo derivano delle ideologie: l'idea che la povertà spinga a delinquere; l'idea che le mamme ogni tanto vadano in depressione ed aggrediscano i propri figli (può essere esperienza ma anche ideologia). Anche i professori sono ideologizzati: a loro la scienza chiede di riflettere sui propri pregiudizi, e di interrogarsi se i propri giudizi sono condizionati da pregiudizi e ideologie; discutere le idee e trovare riscontri alle idee. Chi si lascia sedurre dalle ideologie viola il dovere di imparzialità (art. 97 Cost.). C'è un dovere di oggettività.

CASO ENGLARO

In questo caso rivelare il suo nome potrebbe violare il diritto alla segretezza della sua coscienza: se è vero che ha detto di volere... è un fatto privato e normalmente un fatto privato non dovrebbe essere discusso in pubblico se non anonimizzandolo (ad es. parlando del caso di Tizia). Beppino Englaro aveva chiesto al giudice di interrompere l'alimentazione artificiale della figlia, con la motivazione che fosse volontà della figlia non restare in uno stato vegetativo permanente. Il problema del giudizio era l'accertamento della volontà perché la dichiarazione di Eluana, detta in occasione dell'incidente accaduto

ad un amico, aveva bisogno di essere interpretata: giammai voglio finire così (dichiarazione di volontà permanente), almeno oggi non voglio essere al suo posto (dichiarazione di volontà momentanea). E se nel frattempo avesse cambiato opinione, se avesse voluto rivedere la sua posizione? La volontà non deve essere dichiarata nel momento concreto? Diversamente, nel caso Welby questi aveva il dominio di quello che voleva, fino all'ultimo poteva dare un comando di fermarsi. La dichiarazione di Eluana era stata data molti anni prima. Il padre aveva un interesse economico? Voleva non dovere più curarla? Voleva uno scoop giornalistico? Voleva fare carriera politica sfruttando il caso? C'è una volontà reale, ma, più va avanti il tempo, più diventa una finzione della stessa volontà. Il caso è stato molto complicato dai giornalisti e dai politici. Ad un certo punto i giudici hanno deciso di autorizzare il distacco, ma il Parlamento ha detto che spettava a lui deciderlo. I parlamentari hanno fatto ricorso alla Corte Costituzionale per sospendere la sentenza. Il Governo aveva preparato un dl che il Presidente della Repubblica non avrebbe firmato. Se non lo può decidere il legislatore, non può deciderlo nemmeno il giudice, lo decide il papà, il medico o la persona curante. Il problema è la responsabilità non solo civile ma anche penale della decisione. Come è da qualificare l'interruzione dell'alimentazione e idratazione di una persona che ha espresso il desiderio di non essere alimentata? È un trattamento sanitario coercitivo senza il consenso del paziente? È una terapia o il mantenimento normale delle funzioni corporee? Per alcuni ogni azione di un medico o infermiere è sicuramente un trattamento se finalizzato a cure o ad evitare dolori o a prolungare la vita. Per altri (es. Balduzzi) non è terapia, non è sanità, ma è cura, è famiglia, è socialità. Una persona può rifiutarsi di essere trattato e anche lasciarsi morire per mancanza di cure. I trattamenti sanitari sono assolutamente liberi. Il togliere l'alimentazione e l'idratazione secondo alcuni medici causava forti dolori "pre mortem": l'interruzione comportava una sorta di maltrattamento, quindi da una eutanasia passiva si passava ad un'eutanasia attiva? Si può parlare di eutanasia? "Eutanasia" è un brutto concetto perché di per sé valuta: "dolce morte", meglio morto che troppo sofferente. È una questione e decisione travagliata, ma deve prenderla l'interessato personalmente, è una decisione di coscienza. Ma viene accettata? Un ordinamento basato sulla dignità dell'uomo riconosce una libera volontà di autodeterminazione. La dignità forse non ha bisogno di una legge. Il legislatore potrebbe disciplinare le forme nelle quali consentire per prevenire degli abusi. È sicuramente bene avere una legge, ma finché non c'è una legge come ci si comporta? Si rispetta la volontà o non si rispetta la volontà?