



Prof. G. Gometz, Cattedra di Filosofia del diritto - corsi 1, 3 e Informatica giuridica e Principi di Filosofia del diritto

PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Giurisprudenza

1. Nozione e problemi: Nozione di giurisprudenza



- La **giurisprudenza** è l'attività di chi si occupa del diritto in modo continuo e professionale.
 - ▣ Con lo stesso termine si designa anche il **prodotto di questa attività**, e quindi l'insieme dei diversi tipi di discorsi sul diritto, purché prodotti da giuristi.
 - ▣ Il **giurista** è una persona dotata di conoscenze specializzate o tecniche, apprese in studi specifici e comunque impegnata specificamente a trattare con il diritto
- Altri discorsi sul diritto non prodotti dai giuristi provengono dalla **sociologia del diritto**, la **storia del diritto**, la **criminologia**, la **psicologia giudiziaria**, la statistica applicata ai fenomeni giuridici ecc.
 - ▣ Differenze di **metodo** tra queste discipline.



2. Discorsi sul diritto

- Con l'espressione «giurisprudenza» talora non si intende ogni tipo di discorso sul diritto ma piuttosto si vuole parlare della giurisprudenza **giudiziaria** o, meno di frequente, della giurisprudenza **dottrinale**.
- La **giurisprudenza giudiziaria** (o «giurisprudenza», senza aggiunte) è insieme descrizione e applicazione del diritto.
- La giurisprudenza dottrinale o «**dottrina**» è descrizione del diritto prodotta da studiosi esperti che non rivestono particolare autorità giuridica.
- Giurisprudenza e dottrina come **fonti** del diritto: una questione che dipende dall'ordinamento giuridico considerato.



2. Discorsi sul diritto

- Creazione giurisprudenziale del diritto:
 - ▣ È diversa dalla creazione da parte del legislatore in quanto il giudice è **limitato** nella sua possibilità di intervento dalla necessità di attendere che una certa soluzione giuridica appaia nella decisione di un caso concreto sottoposto alla sua cognizione.
 - ▣ **La norma generale viene ricavata dalla decisione del caso concreto.** Nel caso delle corti al più alto livello può bastare una sola decisione.
 - ▣ Il giudice ha **l'obbligo giuridico di motivare**, il legislatore no.
 - ▣ La modifica del diritto da parte della giurisprudenza ha di solito l'aspetto di una **evoluzione lenta e continua**, piuttosto che di bruschi e anche radicali cambiamenti come avviene per la legislazione.



3. Metagiurisprudenza

- È il discorso che si occupa della giurisprudenza e si distingue tra **metagiurisprudenza descrittiva** e **prescrittiva**.
 - ▣ La **metagiurisprudenza descrittiva** è la descrizione di quello che i giuristi fanno (in un certo luogo e tempo).
 - ▣ La **metagiurisprudenza prescrittiva** prescrive, di solito ai giuristi, un modello di discorso giuridico.
 - Può proporre un modello nuovo oppure può proporre ai giuristi di fare quello che già fanno
- Spesso non è facile determinare la natura prescrittiva o descrittiva di un discorso sulla giurisprudenza.
 - ▣ Va infatti ricordato che la descrizione di un metodo ha sempre in sé un forte elemento di semplificazione e di **selezione** di quelli che si considerano gli atti giurisprudenziali giustificati e giustificabili.



3. Metagiurisprudenza

- Nell'ambiente giuridico occidentale contemporaneo si tende a parlare di **metodo giuridico positivo** e di **giuristi positivi** con chiaro riferimento alla **descrizione delle pratiche effettive dei giuristi** (gli studi sul metodo giuridico sarebbero insomma metagiurisprudenza descrittiva)
- C'è chi ritiene che tale metodo incorpori diversi elementi propri della concezione filosofica del diritto giuspositivistica, propensa a considerare la descrizione del diritto come una **scienza** propriamente detta.
 - Secondo questa impostazione, i giuristi oggi sarebbero oggi (prevalentemente e non sempre consapevolmente) giuspositivisti, e la giurisprudenza sarebbe già scientifica o potrebbe diventarlo senza dover adottare grandi mutamenti di metodo.
- C'è invece, specialmente tra i teorici critici, chi nega che la giurisprudenza sia veramente una scienza e afferma addirittura che si tratta piuttosto di **ideologia**: attività apparentemente scientifiche che svolgono la reale nascosta funzione di sostenere determinati interessi e valori.



4. Scienza del diritto

- È la **descrizione del diritto condotta con metodo scientifico**.
 - ▣ Secondo alcuni, la giurisprudenza dovrebbe contenere almeno una parte descrittiva che segua un metodo scientifico specifico adatto alla descrizione del diritto.
- In cosa consista tale metodo scientifico è oggetto di dibattito:
 - ▣ Per il **positivismo giuridico**, la scienza giuridica è una **scienza normativa** nel senso che si occupa della validità delle norme e delle norme solo in quanto valide, prescindendo dalla loro effettività.
 - La scienza giuridica normativa descrive i contenuti normativi elaborando sistemi classificatori di concetti giuridici (per questo è anche spesso chiamata **sistemica**).
 - Essa inoltre tratta le norme giuridiche come punto di partenza esclusivo e non discutibile a delle proprie descrizioni (per questo è anche chiamata **dogmatica**)



4. Scienza del diritto

- La scienza giuridica intesa secondo la concezione giuspositivista è spesso considerata dai suoi critici un elemento del formalismo dei giuristi (**formalismo scientifico**): i giuristi giuspositivisti sono accusati di omettere dalle loro descrizioni del diritto troppe cose che non andrebbero omesse in una descrizione scientifica (es. interessi diffusi, morale positiva, usanze, prassi, scopi, concezioni morali diffuse ecc.) e di immettervi cose che non vi andrebbero messe (es. norme giuridiche valide ma non effettive).
- Per il **realismo giuridico**, infatti, la scienza giuridica praticata dai giuristi non è affatto una scienza perché non è una descrizione di **fatti** e non spiega né **prevede** i comportamenti giuridici rilevanti, in primo luogo quelli dei giudici. La scienza giuridica, nella prospettiva realista, è una scienza **empirica** che ha ad oggetto le azioni e le opinioni dei giuristi e dei consociati (modello sociologico)



5. Dogmatica

- È uno speciale approccio alla giurisprudenza contraddistinto dal considerare le norme giuridiche come **dogmi**, oggetto di studio privilegiato e imprescindibile, **punto di partenza** e di arrivo per la elaborazione dei propri concetti, descrittivi appunto di norme e di qualificazioni normative.
- Secondo i **critici**, la scienza non può essere compatibile con il dogma, il quale non è altro che l'assunzione di tesi o punti di vista precostituiti, e come tali incompatibili con la nozione di scienza.
- Il giuspositivismo replica che la dogmatica è giustificata in quanto discorso scientifico che intende occuparsi solo di **descrizioni** di norme che, in quanto valide in un ordinamento giuridico positivo, sono da intendersi come i «dogmi» del giurista.



6. Sistema

- Un «**sistema**», in senso stretto, è qualunque insieme di proposizioni descrittive o prescrittive che abbiano relazioni di significato di tipo deduttivo.
 - ▣ una classificazione è un caso tipico di sistema
- nel diritto si distinguono innanzitutto i sistemi **inerenti alle norme** dai sistemi descrittivi **dottrinali**
 - Sistemi inerenti alle norme sono quelli che connettono le norme secondo un ordine o una classificazione, di solito per genere prossimo e differenza specifica.
 - Si pensi a un codice penale che «metta a sistema» le norme che riguardano i reati ripartendo quelle che riguardano le contravvenzioni da quelle che riguardano i delitti, ripartendo queste ultime norme in quelle che riguardano delitti contro il patrimonio, quelle che riguardano delitti contro la persona, queste ultime a loro volta in norme che riguardano delitti contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale ecc.
 - Sistemi dottrinali sono quelli che classificano i concetti teorici quali «negozio giuridico», «contratto», «compravendita» ecc.



7. Effettività: Effettività delle norme

- l'**effettività** di una **norma giuridica** è di solito intesa come la **generale osservanza della norma da parte dei suoi destinatari**.
 - ▣ Una norma è dunque effettiva quando solitamente non viene violata, ossia quando vi è una ricorrente conformità dei comportamenti rispetto al modello prescritto.
- Problema 1: **che cosa significa** che una norma viene osservata?
 - ▣ È sufficiente che non venga tenuto il comportamento di violazione (mera conformità tra frastico della norma e frastico delle asserzioni che descrivono i comportamenti dei consociati)?
 - ▣ è necessario, in più, che tale comportamento di violazione non sia tenuto **a causa** della norma, ossia per un **effetto psicologico e causale** rilevante nel contesto **sociologico**? (in tal caso, una norma non conosciuta non può essere effettiva)
 - ▣ oppure è necessario, piuttosto, che la violazione non venga commessa **in ragione** della norma, ossia per una relazione che rileva **nel contesto di giustificazione**?
- Problema 2: **quanti** comportamenti di violazione sono tollerabili perché si possa ancora dire che la norma, ciononostante, è effettiva?
 - ▣ La violazione palese conta quanto la violazione nascosta ai fini della rilevazione dell'effettività di una norma?



7. Effettività: Effettività degli ordinamenti

- Quando si può dire che un complesso di norme o un intero diritto sono o non sono effettivi?
 - ▣ Problema concettuale: **norme diverse** di uno stesso ordinamento possono avere **gradi di effettività molto differenti**. Comporre queste diverse effettività in un'effettività complessiva dell'ordinamento è difficile sia sul piano concettuale sia sul piano dell'accertamento dei fatti.
- Per questa ragione, Jori ritiene che l'identificazione e l'individuazione di senso comune del diritto si basino sulla sua **vigenza**, e non sulla sua effettività.



7. Effettività: L'effettività indiretta

- Si pone il problema di come accertare l'effettività di norme che non prescrivono comportamenti ma producono direttamente effetti giuridici, come le norme *costitutive*. Esempi:
 - ▣ Come accertare la osservanza/violazione di una norma che dispone la nullità dei contratti a certe condizioni?
 - ▣ Come accertare la osservanza/violazione di una norma che dispone che si diventa maggiorenni al compimento di una certa età?
 - ▣ Come accertare la osservanza/violazione di una norma che abroga una legge?
- si può in questi casi parlare di **effettività indiretta**, dicendo che la norma è effettiva **se i suoi effetti sono riconosciuti correttamente in ulteriori comportamenti giuridici**. Esempi:
 - ▣ Il contratto dichiarato nullo ai sensi di quella norma è trattato come improduttivo di effetti.
 - ▣ Il tabaccaio si rifiuta di vendere delle sigarette al minore.
 - ▣ Le norme previste dalla legge abrogata vengono di fatto ignorate.
- Le norme costitutive possono così essere considerate come **frammenti o parti di norme** nel loro complesso violabili.
 - ▣ ad esempio, la norma che dispone la nullità dei contratti a certe condizioni può essere considerata come frammento di una norma più ampia (e violabile) secondo cui le parti vincolate da un contratto non nullo devono adempiere ai propri obblighi contrattuali.

7. Effettività: Norme che hanno sia un'effettività diretta sia un'effettività indiretta



- Le **metanorme** (norme sulla produzione, modifica o abrogazione di altre norme) possono avere anche un'effettività indiretta oltre che una diretta.
 - ▣ è questo il caso delle norme procedurali come i regolamenti parlamentari, che disciplinano il comportamento dei membri di un Parlamento durante l'attività parlamentare, e come tali possono **essere più o meno direttamente efficaci** a seconda che i parlamentari li osservino o meno.
 - ▣ Vi è tuttavia anche una dimensione di **effettività indiretta** dei regolamenti parlamentari: essa si misura considerando la effettività o meno delle norme di legge emanate dal Parlamento attraverso l'osservanza di quei regolamenti.
- Effettività diretta e indiretta sono indipendenti
 - ▣ ad esempio, una norma procedurale inclusa nei regolamenti parlamentari può avere grande effettività diretta sui parlamentari ma scarsa effettività indiretta sui destinatari delle norme di legge da questi prodotte.



7. Effettività: Effettività ed efficacia

- per **efficacia** di una norma si intende la capacità della norma di raggiungere il proprio **fine** (ma la terminologia varia).
- Una norma può essere molto **effettiva** ma **inefficace**.
 - Ad esempio, la norma che impone un obbligo a certi esercenti di dotarsi di POS può essere molto effettiva, ossia generalmente osservata, e tuttavia poco efficace rispetto allo scopo di contrastare il fenomeno dell'evasione fiscale (perché, poniamo, è socialmente diffusa la prassi di pagare i commercianti in contanti senza richiedere scontrino fiscale).
 - Altro esempio: una norma penale può avere il fine di evitare che venga commesso il comportamento prevedendo sanzioni negative per chi lo ponga in essere. Tale norma può essere molto effettiva ma inefficace quando molti reati siano commessi ancorché regolarmente puniti. Si confrontino le seguenti norme:
 - «Se si uccide si deve essere puniti con la pena X»
 - «Non uccidere»

7. Effettività: Un problema della nozione di efficacia



- Qual è il fine di una norma?
 - ▣ Il fine coincide con la **ratio** delle norme? (giustificazione data a *posteriori* dall'interprete)
 - ▣ Il fine coincide con la **motivazione** della norma intesa come un'illustrazione esplicita e formale delle ragioni che muovono il legislatore a disporre ciò che sta disponendo?
 - comprende un'indicazione degli obiettivi di politica del diritto rispetto ai quali le leggi si pongono come strumento e di solito si trova espressa nei preamboli all'articolato delle leggi.
 - Con l'affermazione degli stati costituzionali di diritto, invero, il decisore politico democraticamente legittimato non si pone più come autorità suprema esente da qualunque onere di argomentazione e giustificazione, bensì, sempre più spesso, come potere: 1) sottoposto a vincoli normativi di ordine costituzionale, (ed eurounitario) o internazionale, 2) formalmente obbligato a esplicitare le ragioni di fatto e di diritto delle sue scelte (si pensi ai trattati fondativi dell'UE).

7. Effettività: Efficacia: rileva un solo scopo o più scopi?

- Se gli scopi sono formalmente dichiarati in modo sufficientemente determinato, diventa possibile sottoporre l'operato del decisore politico a un qualche **controllo di razionalità strumentale basato sull'efficacia delle leggi che ha prodotto.**
- Naturalmente, l'efficacia rispetto allo scopo esplicitato non è l'unico elemento su cui si basa un tale giudizio: nella giustificazione delle politiche pubbliche **non rileva mai un solo scopo isolatamente considerato, bensì più scopi sistemati in qualche equilibrio ritenuto soddisfacente.**
- Gli obiettivi di politica del diritto che vengono esplicitati in motivazione vengono **sempre perseguiti tenendo conto di altri elementi** non menzionati nella motivazione delle leggi ma che pure non si possono o vogliono trascurare: interessi sociali di vario tipo, vincoli di bilancio, costi di breve, medio e lungo termine, principi di diritto costituzionale, sovranazionale o internazionale di cui magari non ci avvediamo, almeno di primo acchito.



7. Effettività: La rilevazione dell'efficacia delle norme

- In generale, per valutare se una certa politica pubblica è risultata **efficace** oppure no ci si affida a vari riscontri forniti da quelle che consideriamo delle “**autorità epistemiche**” nazionali e internazionali: agenzie di valutazione, enti pubblici di ricerca, organizzazioni internazionali, comitati di esperti, uffici e tavoli tecnici costituiti ad hoc e altri soggetti pubblici o privati ritenuti in grado di fornire dati affidabili su certi indicatori considerati rilevanti.
- Grazie ai riscontri forniti da queste autorità epistemiche, **gli esperti delle materie su cui incidono le leggi possono spesso farsi un'idea piuttosto precisa e attendibile sulla loro efficacia, o possono comunque argomentare razionalmente i loro dissensi**. E così i **decisori politici** che si basano sui pareri di quegli esperti o direttamente sui rapporti di quelle autorità epistemiche.
- Ad esempio, per valutare se il RdC è stato efficace come politica di attivazione al lavoro si valutano i dati forniti da ISTAT sulla variazione del numero di beneficiari occupati, per valutare se una certa legge che criminalizza il discorso d'odio su internet è efficace si può istituire un comitato di esperti che si occupano di studiare i flussi di comunicazione digitalmente mediata per appurare se il discorso d'odio dei parlanti la lingua italiana diminuisce o no ecc.



7. Effettività: La rilevazione dell'efficacia delle norme

- Qui però ci imbattiamo in un problema, in materia di valutazione dell'efficacia delle leggi da parte **dei non esperti**: il comune cittadino è infatti di solito in grado di **fornire giudizi meramente impressionistici** sull'efficacia complessiva delle leggi e delle politiche pubbliche, giacché:
 - ▣ 1) si basa il più delle volte soltanto sulla sua **esperienza soggettiva, che è in vari sensi parziale**, e non su una qualche visione d'insieme e imparziale dei fenomeni esaminati;
 - ▣ 2) i suoi giudizi si affidano spesso a **resoconti inesatti o senz'altro mendaci provenienti da fonti tutt'altro che attendibili**, spesso reperite attraverso le euristiche algoritmicamente tendenziose dei media digitali, che oggi configurano gran parte dell'orizzonte informativo dei cittadini.

7. Effettività: Un altro senso di efficacia: efficacia giuridica di atti e fatti



- Si tratta dell'idoneità di un certo atto o fatto a produrre degli effetti giuridici (ossia la modifica di qualificazioni giuridiche di atti e situazioni).

8 Sociologia del diritto

- La sociologia del diritto è lo studio con metodo sociologico dei fenomeni giuridici, cioè la descrizione e spiegazione sociologica del diritto.
- si discute se la sociologia debba essere una scienza causale o non piuttosto una scienza dei significati delle azioni e degli eventi sociali.
- un'altra distinzione importante è quella tra sociologie globali e sociologie empiriche
 - ▣ le prime cercano di produrre una visione complessiva della società e del posto del diritto nella società .
 - un esempio è la concezione marxiana del diritto
 - ▣ Le sociologia empiriche tendono a evitare affermazioni generalissima difficili o impossibili da verificare e si occupano di descrivere specifici fatti giuridici e sociali