

# PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Il concetto di diritto



# 1. Nozione e problemi: Il concetto di diritto

- Fuori dall'essenzialismo filosofico, la domanda «Che cos'è il diritto?» va tradotta nella forma: che cosa significa “diritto”?
- Il concetto di diritto è il **significato del termine «diritto»**, espresso da una definizione nominale, e non reale.
  - In prima battuta, è necessario disambiguare il termine, chiarendo se si stia trattando di diritto oggettivo (law) o di diritto soggettivo (right).
- Il rifiuto dell'essenzialismo filosofico: **i concetti non sono né veri né falsi** e non riproducono *direttamente* la realtà, **consistendo solo nel significato di termini che designano classi**.
  - La definizione «Il gatto è un felide di piccole dimensioni» non è né vera né falsa, ma, al più, fedele o infedele agli usi linguistici del termine «gatto».
  - Veri o falsi sono piuttosto gli asserti che affermano qualcosa su uno specifico gatto o sui gatti in generale, come «il mio gatto è bianco», oppure «i gatti sono di norma meno affettuosi dei cani».



# 1. Nozione e problemi: Il concetto di diritto

- Il significato di «diritto», diversamente da quelli di «sasso» o «gatto», non denota una classe di oggetti materiali. Ciò peraltro accade anche per molti altri concetti come «giustizia», «norma», «dignità umana» ecc.
- **Ma quando un concetto è un «buon» concetto? Nel caso del diritto, quando siamo in presenza di un concetto soddisfacente di diritto?**
  - I concetti non hanno un criterio di valutazione unico, meno che mai legato alla loro funzionalità alla costruzione di un linguaggio perfettamente idoneo a rappresentare la realtà empirica.
    - Non si dà né può darsi un concetto di diritto ottimale o perfetto in assoluto
    - Il concetto di diritto deve essere valutato in base alla diversa **funzione** dei discorsi in cui viene impiegato.
- Si potrebbe, ad esempio, tentare di **ricostruire il concetto di diritto per il senso comune** e/o secondo il linguaggio ordinario.
  - Si tenterebbe così di fornire una **definizione lessicale di «diritto»**.



# 1. Nozione e problemi: Il concetto di diritto

➤ Che cos'è il diritto → che cosa si intende per «diritto» secondo il senso comune e il linguaggio ordinario?

1. ?

2. ?

3. ?



# 1.1 Concetto e concezioni di diritto

## Concetto minimo di diritto

- Se si intende ricostruire la definizione lessicale del termine «diritto», si considera il **concetto di diritto** come un elemento semantico generalissimo che ricorre nella formulazione dei discorsi che parlano di diritto.
- Problema: vi sono molti discorsi diversi che parlano di diritto: i discorsi ordinari, i discorsi delle scienze empiriche (soprattutto le scienze sociali), i discorsi tecnico-giuridici svolti dai giuristi ecc.
- Vi è qualche elemento semantico comune tra le diverse accezioni del termine «diritto» in tutti questi discorsi?



# 1.1 Concetto e concezioni di diritto

## Concetto minimo di diritto

- Il senso comune e minimale del termine «diritto» in tutte le lingue (indicato dalla definizione **lessicale** di diritto) sembra ricomprendere l'area della **coazione organizzata e regolata**.
- Per «**coazione**» (o «coercizione») si intende non, direttamente, la forza fisica, bensì il **potere coercitivo**, ossia il **controllo esclusivo di tutti gli usi potenziali o attuali della forza fisica esplicabile socialmente** (si parla anche di «**monopolio**» della forza)
  - Tale potere coercitivo può certamente fondarsi su (o affiancarsi a) un consenso socialmente diffuso, ma si configura sempre come **un potere di far rispettare le norme giuridiche anche ricorrendo a sanzioni coattive**.
  - Norberto Bobbio afferma che un ordinamento giuridico è impensabile senza l'esercizio di un potere coercitivo, ma soggiunge che porre questo potere come fondamento ultimo di un ordine giuridico positivo non vuol dire ridurre il diritto alla forza, ma semplicemente riconoscere che **la forza è necessaria per la realizzazione del diritto**.
  - In questa prospettiva, la forza è strumento necessario per la realizzazione del diritto
    - Vi sono però altri autori, come Kelsen e Ross, che sostengono addirittura che la forza non è mero strumento, ma **oggetto** della regolamentazione giuridica, poiché il diritto non è che un complesso di norme che regolano l'esercizio della forza in una determinata società



# 1.1 Concetto e concezioni di diritto

## Concetto minimo di diritto

- Problema: nell'attuale fase storica, il diritto internazionale è veramente diritto?
- Il problema discende dal fatto che nel diritto internazionale **attuale** manca un apparato coercitivo in grado di applicare delle sanzioni organizzate in modo centrale e «monopolistico». (Vi sono casomai sanzioni decentrate o concertate da alcuni soggetti di diritto internazionale a danno di altri, come sanzioni economiche, rappresaglie, guerre ecc.).
  - V'è chi, come Alf Ross, nega l'autentico carattere giuridico del diritto internazionale il quale, difettando di un'autorità centrale e di un sistema coercitivo efficace, è un ordine convenzionale assimilabile alla morale o alle regole di cortesia.
  - Gli autori giuspositivisti, tra i quali Hans Kelsen, sostengono invece che il diritto internazionale è un diritto propriamente detto **se e nella misura in** cui trova riconoscimento nei diritti statali, i quali dispongono di apparati coercitivi in grado di far effettivamente osservare le sue norme (che però, formalmente, valgono solo in quanto incorporate o quantomeno richiamate dal diritto interno).



# 1.1 Concetto e concezioni di diritto

## Concetto minimo di diritto

- Il caso esemplare delle sentenze della Corte Penale Internazionale
- Le sentenze della CPI hanno un valore vincolante per le parti coinvolte nei procedimenti specifici. In altre parole, le decisioni della CPI sono obbligatorie per le persone condannate o assolte, e gli Stati che hanno ratificato lo Statuto di Roma sono tenuti a collaborare con la Corte, eseguendo le condanne e rispettando le decisioni.
  - La CPI non ha tuttavia un potere di coercizione diretto come un tribunale nazionale. **La sua efficacia dipende dalla cooperazione degli Stati**, quindi, sebbene le sentenze abbiano un valore vincolante, il loro effettivo impatto **dipende dalla volontà politica degli Stati membri** e dalla loro capacità di far rispettare le decisioni.
  - In sintesi, le sentenze della CPI sono vincolanti per i singoli imputati e per gli Stati che hanno aderito allo Statuto di Roma, ma la loro applicazione pratica dipende dalla cooperazione degli Stati. Non sono parte dello Statuto di Roma, tra gli altri, gli USA, la Russia, la Cina, l'India e Israele.





# 1.1 Concetto e concezioni di diritto

## il concetto minimo di diritto

- Il diritto come **pratica sociale** o impresa collettiva: sussiste solo se i suoi partecipanti hanno idee sufficientemente condivise su che cosa sia il diritto e sul fatto che vi sia un diritto vigente qui e ora.
- Un utile paragone: la pratica del saluto.
  - se non ci fosse una ragionevole convergenza su quali gesti o parole sono un saluto, l'azione di salutarsi non potrebbe esistere e la gente cesserebbe di salutarsi.
  - Allo stesso modo, anche la pratica giuridica sussiste solo se i suoi partecipanti capiscono più o meno nello stesso modo il senso complessivo di quello che fanno quando agiscono secondo il diritto e hanno idee sufficientemente comuni su che cosa sia il diritto.



# 1.1. Concetto e concezioni di diritto

- Il **concetto** come **nucleo minimo del significato della parola 'diritto'**: «**pratica sociale della coazione organizzata e regolata**».
- Le **concezioni** (idiosincratiche) del diritto, sono quelle che aggiungono a questo significato minimo degli elementi che **non tutti i parlanti condividono** (in ragione di diverse e più o meno esplicite/consapevoli posizioni epistemologiche, metaetiche, etico-politiche e/o metafisiche),
  - si esprimono spesso con ridefinizioni (o definizioni esplicative). Si hanno così:
    - Ridefinizioni del concetto di diritto **con intenti teoretico-descrittivi** (ad esempio, gli storici propongono una ridefinizione del diritto dalla denotazione molto ampia e varia, dunque tendenzialmente coincidente col concetto);
    - Ridefinizioni del concetto di diritto **con intenti pratico-prescrittivi** (ad esempio politici: es. diritto = mezzo di sfruttamento sociale).
    - Le ridefinizioni non possono innovare a piacimento il senso ordinario del termine «diritto», ma possono sperare di avere successo solo se vi introducono modifiche parziali, innovando e precisando il concetto di senso comune in modo da rimanere comprensibili.



# 1.1. Concetto e concezioni di diritto

- Jori e Pintore propongono un approccio 'illuministico' al concetto di diritto che richiede che le scelte fondamentali di ciascun giurista circa al concetto di diritto: 1) ci siano e siano rilevanti, 2) possano e debbano essere esplicitate, 3) possano e debbano essere coerenti tra loro e con le altre idee rilevanti di chi le sostiene
- Al contrario, molti operatori giuridici e perfino alcuni studiosi di diritto trovano comodo **non manifestare** nessuna opinione generale sul concetto di diritto né alcuna concezione del diritto, oppure professano nelle varie occasioni concetti o concezioni diversi e incoerenti onde poter sostenere senza impacci concettuali tutte quelle tesi specifiche che intendono sostenere di volta in volta.



# 1.1. Concetto e concezioni di diritto

- Per riassumere:
  - Il concetto di diritto è **l'elemento comune di significato** della parola «diritto», condiviso da tutti.
  - Gli elementi di significato della parola «diritto» condivisi **solo da alcuni** parlanti formano invece le diverse **concezioni** del diritto.
- Il concetto di diritto nella cultura giuridica attuale e nel senso comune: sono considerati giuridici **i fenomeni sociali della coazione applicata in modo organizzato e regolato**.
- L'**effettività** (attuale) e la **giustizia** come elementi esterni alla definizione di senso comune di «diritto».
  - Se il diritto può essere ingiusto o ineffettivo – e certamente può esserlo – allora giustizia ed effettività attuale non possono essere sue caratteristiche definitorie.
  - Si pensi ai diritti estinti, come il diritto romano, o al diritto della Germania del Terzo Reich o dell'Italia fascista.



## 2. Definizioni idiosincratiche di diritto

- Le diverse concezioni del diritto si equivalgono nel senso che una vale l'altra?
  - ▣ Secondo Glanville Williams sì: per questo autore, il problema del concetto di diritto è riducibile al problema di **scegliere** il senso in cui si preferisce usare la parola «diritto».
- **In realtà si ha sempre l'onere di precisare come mai si scelga proprio quel senso (o meglio, quella concezione del diritto)...**
  - ▣ ... pertanto le concezioni del diritto sono nientemeno che il **luogo concettuale in cui si trovano riassunte, raccolte e rese il più possibile coerenti le fondamentali tesi giuridiche di una cultura, di una corrente di pensiero o di una persona.**
    - Si tratta di tesi metodologiche, epistemologiche, metafisiche, teoriche ed etico-politiche



## 2. Definizioni idiosincratiche di diritto

- Le scelte che inducono a preferire una certa concezione del diritto vanno sempre **esplicitate e giustificate**, illustrando le ragioni che rendono una definizione opportuna e preferibile alle altre.
- Ad esempio, potremmo proporre una ridefinizione del termine «diritto» che includa come suo connotato indispensabile la giustizia, ma in questo modo saremmo costretti a escludere dalla denotazione del concetto tutti i diritti che consideriamo ingiusti.
  - In questa prospettiva, sarebbe perfino impossibile affermare qualcosa come «questo diritto è ingiusto», giacché se è ingiusto allora non è, per definizione, diritto.



### 3. Diritto vigente

- Quali sono le caratteristiche distintive della **vigenza** di un diritto?
- Per riconoscere che un dato diritto è vigente occorre essere giuristi?



### 3. Diritto vigente

- Quali sono le caratteristiche distintive della **vigenza** di un diritto?
- Per riconoscere che un diritto è vigente occorre essere giuristi?
  - No: tutti (almeno, tutti i capaci di intendere e volere) sanno qual è il diritto vigente, pur senza sapere troppo esattamente che cosa esso stabilisce.
  - Tutti fanno riferimento allo stesso diritto vigente quando vendono o comprano, quando danno o ricevono ordini dotati di autorità giuridica, quando circolano per strada a piedi o in auto, perfino quando cercano di nascondere i reati eventualmente commessi.





### 3. Diritto vigente

- Quando in una società vige un solo diritto, i consociati **individuano** il diritto vigente attraverso una serie di **indizi esterni e periferici**, il principale dei quali è la presenza di individui che si proclamano e agiscono come autorità giuridiche senza contraddirsi tra loro e senza essere seriamente contestati.
- il senso comune riconosce che il diritto è vigente dalla presenza di soggetti in uniforme, dai tribunali, ma prima ancora da una serie di osservazioni circa il modo *'normale'* (e in realtà *normato*) in cui le persone si comportano (ad esempio circolando in modo relativamente disciplinato con i propri veicoli, astenendosi in generale da violenze arbitrarie e da ogni turbativa dell'ordine pubblico ecc.). Da tale «normalità» discende la sicurezza-affidamento circa l'assenza di pericoli concreti e attuali che contraddistingue la vita degli individui in gran parte del mondo occidentale.
- Zone di assenza, totale o parziale, originaria o sopravvenuta, della vigenza di un diritto in grado di imporsi.
  - Es. Haiti, Libia, molte parti del Messico, periferie o quartieri estremamente degradati (come Nicetown, un quartiere di Filadelfia).

### 3. Diritto vigente

- Numerose **distopie** si basano sul collasso della vigenza di **qualsiasi** diritto a causa di eventi catastrofici:
  - The Road, un film del 2009 diretto da John Hillcoat, tratto dal romanzo di Cormac McCarthy La strada, pubblicato nel 2006.
- Crisi nell'individuazione di **un particolare diritto vigente**: più diritti che competono per la vigenza, come accade in caso di **guerra civile, invasione militare, controllo del territorio da parte di organizzazioni criminali ecc.**
  - Il senso comune riesce a individuare il diritto vigente solo quando di diritto in una società ce n'è uno solo.
  - Il caso delle norme personali del VI secolo (es. Lex Romana Burgundionum, Lex Romana Visigothorum etc.)



#### Assessed Control of Terrain in Ukraine and Main Russian Maneuver Axes as of October 6, 2024, 9:30 AM ET



\* Assessed Russian advances are areas where ISW assesses Russian forces have operated in or launched attacks against but do not control.



# 3. Diritto vigente

- Tre fasi distinte nell'accostamento al diritto vigente, le prime due delle quali appartengono al senso comune:
1. **Identificazione** dell'area del giuridico attraverso **un concetto di diritto di senso comune**;
  2. **Individuazione** del diritto vigente in una determinata società; appartiene al senso comune, e opera attraverso indizi esterni e periferici, il principale dei quali è la presenza di individui che si proclamano e agiscono come autorità giuridiche senza contraddirsi tra loro e senza essere seriamente contestati;
  3. **Determinazione** del diritto; appartiene al pensiero tecnico-giuridico e studia e precisa i criteri di auto-delimitazione e auto-definizione (fonti del diritto) del diritto vigente attraverso cui i giuristi sono in grado di dire quali sono le leggi in vigore rilevanti.



### 3. Diritto vigente

- Due riprove che la individuazione e determinazione del diritto vigente avvengono in questo modo complesso:
  1. Quando viene meno la situazione di presenza di un solo diritto la società entra in uno stato patologico e né il pensiero ordinario né quello tecnico-giuridico sanno più quale sia il diritto vigente.
  2. La misurazione della effettività del diritto ulteriore all'immediata esperienza di ciascuno è inutilizzabile come strumento per operare un giudizio di vigenza del diritto.