L’origine della tgd viene fatta risalire a un saggio di ***MERCKEL*** “*relazione della filosofia del diritto con la scienza del diritto positivo e con la sua parte generale”* del 1847. Nel 1926 nel primo numero di una rivista bilingue **KELSEN** esplicita la nascita della tgd secondo la sua personale concezione del diritto, la concezione normativistica. Nella tgd il diritto riflette su se stesso ma al contrario della filosofia del diritto intende assicurare l’autonomia della scienza giuridica dalle altre discipline come filosofia morale o la teologia. Il modello è quello delle scienze esatte come la matematica o la geometria, **costruire sulla base di alcuni presupposti un insieme di conseguenze connesse logicamente che costituiscono il contenuto della disciplina.** All’origine si ebbe un approccio enciclopedico che doveva riuscire a collegare ogni aspetto del diritto in Italia fu l’approccio seguito da Filomusi Guelfi uno studioso del XIX SEC. Il conflitto con la filosofia era dovuto all’inclusione di elementi, valutazioni e valori filosofici che erano esterni al diritto. Seguì la polemica con la teoria dell’istituzione di Santi Romano il quale vedeva la nascita del diritto dalla società quindi da qualcosa che diritto non era. La polemica nasceva in quanto l’apertura alla società rendeva labili i confini tra diritto e sociologia come poi si dimostrò in studi successivi. Il tentativo di includere la norma giuridica in altri processi era probabilmente dovuto all’insoddisfazione di tenere il diritto al di fuori dello spazio e del tempo così come preteso dalla concezione normativistica. Il sottrarre il diritto alla storia si era già manifestato in passato (teoria del diritto naturale o dell’origine divina del diritto) ponendo il diritto in posizione di superiorità rispetto alle vicende storiche in modo da renderlo più duraturo rispetto all’applicazione del momento, si tentava di scalfire la centralità della norma per evitare una eccessiva separazione del diritto dalla storia. Oggi la tgd e la concezione normativistica vivono un momento di crisi dovuto agli avvenimenti storici del XX SEC. Le ideologie radicali e totalitarie hanno evidenziato la difficoltà del diritto di essere davvero indipendente, il processo di Norimberga è un esempio lampante, i vincitori che processano i vinti, evidenziava come il diritto non poteva appoggiarsi solo sulla neutralità della norma, non potesse restare fuori dalla storia. Gli sviluppi della tgd hanno risolto il problema con la filosofia del diritto che lo stesso **KELSEN** ha considerato come utile strumento di controllo nel confronto con il diritto positivo. Questo avvicinamento lasciava spazio per problemi con correnti ideologiche presenti nel mondo del diritto, ne consideriamo un paio. La prima in relazione allo spazio ad opera dei comparatisti. Essi sostengono che in Italia i concetti del diritto non sono frutto di una elaborazione neutra prodotta dal diritto stesso ma sono il risultato di una cultura sedimentata, una concezione del diritto occidentale che può comprendere sia il civil law che il common law ma che non comprende una mole considerevole di altri ordinamenti basti pensare al diritto asiatico o a quello islamico. D’altronde la tgd è una concezione occidentale del diritto ed è normale che vi siano concezioni che non sono comprese all’interno di essa. Le teorie dello stato costituzionale hanno tentato di collocare le norme all’interno di determinati ordinamenti costituzionali, non erano norme da cui nascevano altre norme ma erano principi, valori che le norme avrebbero potuto esprimere ma che erano oggetto di interpretazione dei giudici costituzionali, l’importanza non era data dalla norma ma dall’interpretazione. L’interpretazione non si risolveva in una sentenza secondo lo schema di **KELSEN** era qualcosa di più e di diverso, un’interpretazione che si trovava in relazione con altre norme e altre decisioni, avvicinando il civil law al common law. Queste teorie hanno rotto ogni possibile unità del diritto legate a patti, equilibri e accordi. Le costituzioni nate nel secondo dopoguerra sono state chiamate convenzionali perché riflettevano l’accordo fra forze politiche e sociali differenti. In Italia ad esempio è frutto dell’accordo tra modi di pensare diversi (comunisti, cattolici, socialisti, liberali), un patto e una mediazione non soltanto di idee politiche ma anche di valori differenti. Questo rapporto era così integrato che resisteva ad ogni tentativo di costruzione di una tgd. **KELSEN** non negava il percorso formativo del diritto dalla società, egli stesso teorizzava che prima di acquisire la sua autonomia il diritto fosse prigioniero della religione o della società, per questo fu accusato di liberismo, collegò la nascita del diritto alla formazione dell’individuo. Quanto più l’uomo si separava da rapporti che lo legavano al gruppo, a comportamenti, religione tanto più acquisiva una soggettività necessaria alla costruzione di un sistema normativistico. Un percorso che non sono state solo epoche che si sono succedute, ma un intreccio di elementi che venivano valorizzati e altri no. La separatezza dell’individuo dal gruppo fa parte della cultura giuridica occidentale ed è estranea ad altre culture giuridiche. Guardando i percorsi storici del diritto possiamo chiarire il ruolo da esso avuto nello sviluppo delle altre discipline, basti pensare che le università in Europa ma soprattutto in Italia hanno legato la loro nascita allo studio del diritto. La distinzione delle scienze sviluppatesi rapidamente soprattutto negli ultimi 2 secoli, legate alle esigenze didattiche, ha creato vari problemi tanto che si è avvertita la necessità delle codificazioni che non solo hanno tentato di ordinare in modo coerente le norme giuridiche ma sulla base delle comuni differenze tutto l’insieme del mondo del diritto. La valutazione storica del diritto mette in crisi argomenti su cui si basava la tgd come il rapporto tra diritto e non diritto, la distinzione della norma giuridica da altre norme, la costrizione come elemento essenziale viene oggi scalfito dal diritto soft che la globalizzazione e la società odierna tende ad introdurre. Elemento essenziale nella costruzione del discorso giuridico moderno è il diritto romano i cui elementi concettuali costituiscono la traccia attraverso cui si svilupperà il discorso giuridico. L’ipotesi che il diritto moderno sia frutto dell’innesto di istituzioni germaniche nella tradizione dell’ordinamento romano è stata oggetto di profonda revisione. Certamente alcuni istituti germanici hanno avuto lunga vita e qualcuno si è integrato ma il peso del diritto romano era notevole, basti pensare al breviarium di Alarico del 506 durante il dominio della Gallia molto diffuso oltralpe ma poco conosciuto in Italia. Carlo Magno ad esempio invitava i suoi giuristi a leggere romanam legem, riteneva lo studio del diritto romano essenziale per comprendere nuove situazioni difficili che si ponevano in essere. La produzione culturale giuridica sviluppatasi attraverso la glossa, esprime quanto attraverso queste annotazioni si ritenesse necessario salvaguardare un patrimonio culturale considerato essenziale per la crescita, la vita sociale ed il progresso. Dalla glossa si arrivò alle summe, al tentativo di assumere attorno ad argomenti consimili una serie di elementi trattazioni e decisioni. Infine si è pervenuti al commento, alla necessità di sviluppare il diritto attraverso il commento del diritto. Quindi c’è una continuità culturale profonda che pervade tutto il diritto non solo in occidente. L’incidenza maggiore del diritto romano è relativa al diritto privato più che a quello pubblico, ma esso ha dimostrato la capacità di adeguarsi alle modificazioni della realtà sociale. La fondamentale separazione fra pubblico e privato costituiva una premessa essenziale per una crescita della cultura giuridica e della sua penetrazione nei vari spazi della società. Questa formazione storica non riesce ad illustrarci un margine che oggi potrebbe avere la tgd, essa non può ridursi alla storia del diritto ma deve includere i rapporti del diritto con altre discipline. La tgd esprime diverse esigenze, esplorare i confini dati dagli incrementi di nuovi spazi di regolamentazione giuridica ma anche l’esigenza di collegamento tra i vari rami del diritto. Potrebbe essere considerata la teoria della zona di frontiera tra il diritto e il non diritto, zona di frontiera tra le varie partizioni del diritto. E’ questa la teoria di **LODOVICO BARASSI** che tentava di studiare una serie di istituti ai margini tra il diritto pubblico e quello privato. La zona di confine è considerata una parte del territorio nel quale possono valere regole diverse che non valgono nella rimanente parte di territorio. L’effetto del confine indica un ambito che deve essere oggetto di studio e che può essere oggetto di studio della tgd. Il confine non è il limes, è qualcosa di dinamico come la frontiera del far west. I confini tra diritto e non diritto, tra pubblico e privato, diritto della navigazione o dei trasporti sono confini in continua modificazione. Da qui l’esigenza di uno studio basato su regole più generali che possano assicurare il collegamento di nozioni e concetti necessari allo sviluppo della scienza. Considerare la tgd come studio delle zone di confine del diritto e dei diritti significa rinunciare ad alcune ambizioni che ne hanno caratterizzato la nascita ma probabilmente ne assicura la sopravvivenza in modo proficuo. La velocità dei cambiamenti nell’attuale società globalizzata consente una serie di implicazioni per il diritto, ogni cambiamento presuppone un adattamento del diritto, pensiamo alla nascita del diritto della navigazione o aeronavigazione o del neonato diritto informatico, situazioni nuove che tendono ad essere regolate dal diritto. La tgd mantiene così una sua utilità scientifica, non più all’insegna della separatezza del diritto dalle restanti discipline ma tutelando il collegamento tra il diritto e ciò che diritto non è, tra il diritto e le altre discipline scientifiche e con i vari rami del diritto stesso.

Di tgd se ne possono fare molte, essa riflette una molteplicità di approcci al diritto, partiamo ad esempio dalla teoria del diritto naturale. L’idea di un rapporto tra natura e diritto è antica, i filosofi greci investigavano contemporaneamente uomo e natura, non distinguevano la filosofia e la scienza ed anche il diritto risentiva di questo collegamento profondo per cui esso dipendeva dalla scienza. Platone nel dilemma se una azione è giusta perché piace agli dei o piace agli dei perché è giusta opta per la seconda ipotesi che è la base del giusnaturalismo mentre la prima è la base del giuspositivismo. Aristotele distingue chiaramente il diritto phisikon dal diritto nomikon. Il diritto nomikon è proprio della polis, della città-stato, il diritto phisikon è un diritto comune a tutti gli uomini. Prima di Aristotele l’uomo sociale è tale in quanto partecipe della polis anche se si ha consapevolezza che non tutti gli uomini ne fanno parte e quindi la possibilità di leggi e regole che valgano per tutti. L’influenza greca era molto forte presso i romani soprattutto nell’epoca repubblicana avanzata e questi pensieri rielaborati portano a distinguere lo ius naturale cioè un diritto che riguarda tutti gli essseri animati dallo ius gentium il diritto che riguarda tutti gli uomini e dallo ius civile il diritto di ogni ordinamento, di ogni città stato. Questa suddivisione viene superata da Gaio il quale considera la naturalis ratio una ragione naturale che riguarda il diritto di tutti gli uomini in pratica include nello ius naturale lo ius gentium. Di Gaio è giusto ricordare che è l’autore dell’unica opera di giurisprudenza romana classica pervenuta ai giorni nostri senza il tramite di compilazioni che ne abbiano potuto alterare il significato. L’opera di recupero fu guidata da **SAVIGNY** fondatore della scuola storica del diritto. La concezione che l’umanità si accompagni al diritto è strettamente collegata alla cultura romana sia repubblicana che dell’Impero. Nel Medioevo si ha una revisione dovuta al predominio del cristianesimo che influenza tutta la cultura, l’ipotesi di una natura distinta da Dio è impossibile per cui **ACCURSIO** (giurista e glossatore XIII SEC) spiega il diritto naturale come il diritto presente nella legge mosaica o nei vangeli, non esiste diritto naturale al di fuori dei libri sacri. L’operazione di **ACCURSIO** riflette un’esigenza già presente in un’epistola di Paolo che riconosce che vi sono regole che anche i pagani possono rispettare nel tentativo di attutire le distanze tra il mondo cristiano, ebraico e ciò che resta fuori. Il decreto **GRAZIANO** (fondamentale raccolta di fonti di diritto canonico) ripete ciò che aveva già detto Accursio. Il Medioevo è anche riflessione, rielaborazione e **San Tommaso** ad esempio prova a mediare tra la visione greco-romana e la visione cristiana. La definizione della **lex naturalis** (che è posta dall’uomo e qualora entrasse in contrasto con il diritto naturale sarebbe da considerare corruptio legis)inizia ad affiorare un collegamento tra diritto naturale e ragione. Il rapporto tra diritto e natura è mutevole perché nel tempo cambia la nozione di natura, alle volte esclude l’uomo, altre lo include ma è anche qualcosa a cui l’uomo partecipa. Nel Medioevo era quasi impensabile un diritto naturale che escludesse il messaggio divino, quel diritto a cui si doveva adeguare il resto del diritto. La peculiarità del diritto naturale è l’affermare una tgd in cui esiste qualcosa di legato alla natura che prevale su tutto il resto. Grozio giurista olandese del XVII secolo considerato il padre del giusnaturalismo moderno comincia a prospettare la necessità di un diritto naturale anche se non ci fosse Dio, un diritto che procede dall’uomo, ex lumini ratione ossia dall’illuminazione della ragione. Il lume della ragione contiene in sé anche il diritto, esprime l’esigenza di un diritto naturale che vale per tutti gli uomini e che può entrare in polemica perfino con il papato e la chiesa. Il Rinascimento congiunge una riflessione approfondita sull’uomo ad un interesse fortissimo per la natura, viaggi e scoperte di nuove terre, materiali e perfino prodotti alimentari. Si ha quindi un’esigenza di approfondimento della scienza ma anche di libertà maggiori e centralità dell’uomo nell’universo. Tutto questo riguarda anche il diritto, si ha l’esigenza di un diritto che riguardi il mondo nel suo complesso, un diritto che riguardi tutti gli uomini senza che siano gli uomini a stabilire in che modo. L’origine politica del mondo moderno che possiamo fissare con la dichiarazione dei diritti della Virginia del giugno 1776 ha una necessità di riferimento al diritto naturale. La dichiarazione afferma l’esigenza di tutelare i diritti di persone che si trovano lontano dalla madrepatria, che ad essa dovrebbero pagare delle tasse senza venire rappresentati e poter quindi decidere l’uso di queste tasse. Afferma inoltre il principio che i sudditi, cittadini titolari di diritti, nel momento che si distaccano dalla madrepatria per formare un nuovo stato automaticamente si riferiscono a un diritto naturale che riguarda tutti gli uomini. Questa dichiarazione afferma l’uguaglianza, la libertà e l’indipendenza di tutti gli uomini come un diritto naturale. La carta della Pennsylvania anch’essa del 1776 afferma che ogni governo è impegnato a tutelare e attuare i diritti naturali dell’individuo. Il contatto con la rivoluzione francese del 1789 è molto stretto nella dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino troviamo l’affermazione: “*lo scopo di ogni associazione è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell’uomo”.* Questo impatto così forte ha condizionato la costruzione degli ordinamenti giuridici contemporanei permettendo che ancora ai giorni nostri sopravvivano i discorsi sul diritto naturale. E’ un diritto naturale diverso da quello concepito da San Tommaso ad esempio, la natura ha finito per razionalizzarsi, un’uguaglianza dell’uomo e dei diritti intorno ad esso inesistenti all’origine dei discorsi sul diritto naturale. Questa evoluzione del diritto naturale equivale a dire che il diritto naturale vale in generale per tutti gli ordinamenti, o che quantomeno può essere presente in ogni ordinamento e poi finisce per collegarsi ed esprimere una determinata cultura o una determinata sensibilità giuridica. **GIORGIO DEL VECCHIO** uno degli ultimi teorici del diritto naturale in Italia morto nel 1970 prova a considerare diritti naturali i principi generali del diritto. Un diritto naturale non si sostanzia in norme determinate in modo netto ma lascia ampi margini di interpretazione e **DEL VECCHIO** vede un’espressione del diritto naturale nei principi generali dell’ordinamento presenti nell’art.12 delle preleggi del codice civile. Si collega quindi il diritto naturale ai principi e valori dell’ordinamento, a quella parte di norme giuridiche più generica. Il discorso si complica nell’intreccio con altri approcci complessivi al diritto. Le implicazioni fra diritto naturale e giustizia l’idea di una giustizia distinta dal diritto. Il diritto naturale espressione di una giustizia che il diritto positivo non sempre comprende. Una contrapposizione tra diritto positivo e giustizia che il diritto naturale tenderebbe a interpretare. **Radbruch** giurista tedesco della prima metà del XX SEC. Contrappone la genericità della giustizia del diritto naturale alla precisione del diritto positivo che assicura la certezza del diritto. Nel momento in cui il diritto della giustizia si distacca dal diritto positivo quest’ultimo può esprimere ingiustizia. Il diritto ingiusto ad un certo punto non è più diritto. La teoria di **Radbruch** contrastavano con lo ius quia iussum di **KELSEN**, il contrasto fra spirito e lettera della legge emerse a causa degli omicidi commessi dai soldati della DDR che esercitavano il controllo sul muro di Berlino. Si discusse in particolare sulla obbligatorietà dell’esecuzione degli ordini gerarchici. Radbruch sosteneva che laddove la legge scritta sia incompatibile con principi di giustizia ad un livello intollerabile o che sia stata posta in aperto contrasto al principio di uguaglianza che è il fondamento di tutta la giustizia essa deve essere disapplicata dal giudice.  **DEL VECCHIO** insisteva sulla deducibilità del diritto naturale dai principi generali dell’ordinamento ma in essi sono spesso inclusi valori di un’epoca, di una cultura di una società. Se il diritto naturale finisce con l’integrare questi valori esso non è più un diritto di tutti gli uomini, l’approccio storicistico trasforma il diritto naturale da ius gentium in un diritto legato ad un determinato contesto storico politico e sociale.

**VOLONTARISMO GIURIDICO**

Il diritto naturale non ha influenzato solamente la tgd ma anche la stessa normazione positiva. E’ sufficiente pensare ai diritti umani, essi non sono percepiti direttamente ma sono il frutto di una sedimentazione culturale e giuridica che viene espressa in enunciati positivi. Vi è poi un approccio al diritto che si pone il problema della volontà. La volontà coglie un aspetto fondamentale del diritto, la costrizione. L’idea che la norma giuridica implichi costrizione, implichi obbligo si basa sulla volontà. Chi ha insistito in modo più elaborato sull’influenza della volontà nel diritto è **FERNANDO TONNIES** un sociologo del diritto vissuto tra la seconda metà dell’800 e la prima del 900. Egli insiste sul primato della volontà nella formazione del diritto e distingue 2 momenti essenziali della volontà nel rapporto giuridico: il comando (la volontà del comando) e il consenso (volontà del destinatario). Il discorso della volontà implica il concetto di libertà. Se vi è libertà nella volontà vi è una libertà nel comando e nel consenso. L’importanza della volontà fin dal diritto romano Modestino affermava che la virtù della legge era di imperare vietare permettere e punire e al di fuori di questi comportamenti non esiste il diritto **Ulpiano** focalizza la volontà affermando che ciò che piace al principe ha vigore di legge, quindi c’è bisogno di una volontà perché sia espressa la norma giuridica. Oggigiorno sembra una ovvietà ma allora non lo era affatto. Le implicazioni non riguardano solamente il collegamento tra volontà e libertà nella manifestazione di volontà tra chi comanda e chi obbedisce. Si possono individuare 2 correnti di pensiero, l’imperativismo legato alla volontà espressa nel comando e il contrattualismo espresso nel consenso. Il discorso sull’imperativismo ha avuto molti sviluppi, da sottolineare la teoria della sovranità di **BODIN** nel XVI SEC. Che nel cercare di fare chiarezza in una elaborazione dei glossatori e di altri circa la sovranità individua la sovranità come potenza assoluta e perpetua, avente il diritto di dare le leggi senza che vi sia bisogno di consenso. La volontà espressa dal consenso trova applicazione nelle teorie contrattualistiche presenti essenzialmente nel diritto privato. Un contratto come incontro di volontà tra il venditore e l’acquirente offre un’immagine eccezionale per costruire un sistema di legittimazione del diritto. Il collegamento tra le teorie del comando come consenso con quelle della volontà come comando le troviamo nell’elaborazione della sovranità ad opera di **TOMMASO HOBBES** 17SEC. Nel libro “il leviatano” immagina gli uomini firmano un contratto con il mostro marino affinchè li protegga dagli homini lupus in cambio della loro libertà. Il potere enorme che ne deriva è rappresentato già in copertina dalla spada che è il potere temporale retta in una mano e il pastorale simbolo del potere religioso stretta nell’altra, per **HOBBES** i 2 poteri non vanno scissi. Il contratto in questo caso legittima l’autorità del comando. Fra le teorie contrattualistiche ricordiamo però **ROUSSEAU** autore del contratto sociale o **LOCKE** ipotesi di contratti tra gli uomini per la distribuzione del potere, Rousseau intendeva mantenere il comando esclusivamente alla collettività mentre **LOCKE MONTESQUIEU** ed altri prevedevano forme mediate di distribuzione dei poteri. Il discorso sul consenso sposta l’attenzione della manifestazione della volontà da chi comanda a chi è comandato. Il discorso sulla volontà ha implicazioni forti nell’interpretazione. L’interpretazione è un’elaborazione giuridica che tenta di distaccare il comando dalla volontà che l’ha espresso. In passato si negava la possibilità di interpretazione perché ci si riferiva sempre alla volontà come comando espressa da un unico soggetto, quindi si considerava impossibile l’interpretazione da parte di terzi, l’unica interpretazione ammissibile era da parte di chi ha fatto la legge, quella che viene definita interpretazione autentica. Anche Beccaria giurista del XVIII SEC. autore tra l’altro “dei delitti e delle pene” negava la possibilità di interpretazione all’infuori di chi emanava la norma giuridica. I tempi sono cambiati ed oggi è comunemente accettata l’idea che ogni disposizione giuridica possa avere differenti interpretazioni. Riconoscendo la validità delle differenti interpretazioni si ha bisogno di qualcos’altro perché il comando sia effettivamente in grado di condizionare la volontà del destinatario della norma giuridica. **AUSTIN** XIX SEC sostiene che la sanzione aumenti la forza della prescrittività della norma giuridica, senza di esso la volontà espressa dal comando non ha sufficiente forza per essere attuata. Essa però non riesce a risolvere da sola il rapporto tra la volontà di chi comanda e di chi è comandato come dimostrato dalle norme senza sanzione presenti in tutti gli ordinamenti. Non è sufficiente la sanzione perché la manifestazione di volontà ha implicazioni in base a chi la volontà manifesta, e a chi deve recepire quella manifestazione. Pensiamo alla volontà di un tiranno o alla volontà del parlamento. Non si può considerare giuridica la manifestazione di volontà di un rapinatore che intima “la borsa o la vita”.

**LA SCUOLA STORICA DEL DIRITTO**

La scuola storica del diritto nasce in Germania, la specificità tedesca risale ai tempi di **TACITO** quindi intorno all’anno 100 dce alla sua monografia etnografica sugli usi costumi pratiche religiose delle popolazioni germaniche. Il suo è stato un lavoro eccezionale non solo per la costruzione della storia tedesca ma perché offre un punto di vista diverso sul medioevo. Esso è generalmente visto come la fine della civiltà romana ma è anche il momento della vittoria germanica, un popolo più primitivo certamente ma che portava in dote determinate tradizioni e valori tali da proporre una lettura differente della storia. Alla fine del XVIIISEC i principi e le verità dell’Illuminismo vengono messe in discussione, il sentimento del passato, della storia, viene riproposto come occasione per rivedere tutto il discorso sul diritto. **SAVIGNY** fondatore della scuola storica del diritto, in contrapposizione con il giusnaturalismo, afferma l’evoluzione dell’uomo, il suo dipendere da vicende e circostanze tanto da esprimere il rifiuto di decidere dei principi ab aeterno. La natura umana muta insieme ai suoi valori con il trascorrere del tempo ed insieme ad essa il diritto muta. **DONELLO** XVISEC autore dei commentari al diritto civile, avvertiva l’esigenza di non essere condizionato da *GIULIANO O GIUSTINIANO* nello studio del diritto ma di analizzare la situazione nel momento attuale. Con **SAVIGNY** non è più l’uomo al centro dell’universo giuridico, non è l’uomo a fare il diritto tramite accordi o contratti, il diritto lo fa l’uomo associato. E’ la società a creare il diritto ed esso rappresenta un elemento di sopravvivenza della società stessa. Questi sono gli elementi fondamentali dell’approccio della scuola storica del diritto. La creazione del diritto è opera della collettività, un gruppo di uomini che però non significa la somma dei singoli, la collettività vive di vita propria, un organismo vivente nel pieno della tradizione germanica brillantemente illustrata da **TACITO.** Il popolo è una grande famiglia fondato su affinità fisiche e spirituali che prevale sui singoli, è il sentirsi parte del tutto, di intimamente collegato al gruppo. **PUCHTA** che prenderà la cattedra di **SAVIGNY** in seguito alla sua nomina a ministro insiste maggiormente sugli elementi spirituali, la nascita del diritto legata alle 3 fasi di vita dei popoli: la fase dell’innocenza, del pluralismo e della scientificità nelle prime due fasi il popolo è il protagonista della nascita del diritto consuetudinario, l’ultima fase è propria dello studioso del diritto, il giurista. Il diritto quindi non è volontà del singolo o dei singoli legati insieme, è qualche cosa di ereditato dal gruppo e contestualmente trasmesso aggiustato dalla storia. Per questo motivo **SAVIGNY** in primis polemizza con le codificazioni che grande successo stavano riscuotendo, si pensi ad esempio al codice Napoleone. Il tentativo di riforma politica che intendeva modificare i rapporti fondamentali ereditati dalla società feudale, una serie di giuramenti di obblighi che vincolavano tutti in una vicendevole difesa era espresso dalla codificazione. Il venir meno di questi obblighi derivanti dalla rete di rapporti consolidatisi nei secoli rende il principe effettivamente sovrano che cerca di dare un senso al proprio potere non più personale ma generato dalla creazione di uno stato autonomo. Un potere che non ha bisogno della legittimazione di Dio ma che si legittima da sé, l’espressione dell’assolutismo illuminato in cui il sovrano diventa un elemento di un meccanismo più grande. Lo stato impersonale richiedeva sul piano del diritto la codificazione, il sottrarre la gestione del diritto ad ogni potere interno o feudatario affermandolo al livello centrale e ponendo tutti i sudditi su uno stesso piano, tutti obbligati da determinate leggi che valevano per tutti. Per **SAVIGNY**  la legge non era al primo piano, la consuetudine doveva essere al primo piano, essa era espressione del popolo che costruiva il diritto con i suoi comportamenti ripetuti nel tempo. La scuola storica percepiva i mutamenti del tempo e l’esigenza di adeguare il diritto ai tempi e per questo introduceva accanto alla consuetudine l’autorictas doctorum il giurista. Egli nell’analizzare i rapporti giuridici e le leggi produceva diritto ma questa produzione si affiancava ed era condizionata dalla consuetudine. Essi potevano interpretare la consuetudine in quanto interpreti del popolo, il legislatore completava l’elenco delle fonti del diritto. **PUCHTA** ha sostenuto fortemente il giurista come ruolo creativo del diritto ma distingueva l’attività di interpretazione, analisi e commenti logici che producevano un diritto le cui premesse erano già poste dalla consuetudine dall’attività scientifica logica e deduttiva che si limitava a gettare le basi per una successiva creazione del diritto. Questo contesto di interpretazione diventa centrale per la scuola storica, si ha una interpretazione storica necessariamente diacronica che permette di scorgere l’evoluzione e le dinamiche ma anche un’interpretazione sistematica tendenzialmente sincronica, un collegamento logico tendente ad eliminare le possibili antinomie. Questo percorso di formazione del diritto seguita ad avere influssi ancora oggi per cui non si può dire che vi sono orientamenti odierni che prescindano dalle riflessioni scaturite dalla scuola storica del diritto.

**SOCIOLOGISMO GIURIDICO**

La scuola storica interessandosi alla formazione del diritto ad opera della collettività ha tracciato il solco per lo studio del rapporto tra società e diritto. Si sono intersecati il diritto con le analisi di sociologia e si è cominciato a studiare la sociologia tramite il diritto ma soprattutto ad utilizzare per il diritto gli strumenti della sociologia. Essa è una corrente di pensiero che affronta una regione di confine tra due discipline, vi sono diverse scuole, il socialismo giuridico tedesco di **MAX WEBER, ERLICH** il socialismo giuridico francesi di **DURKEIM, HAURIOU** ma anche italiano iniziato da **PARETO** ma sviluppatosi con **BONFANTI** e **SANTI ROMANO.** L’elemento sicuramente ricorrente in tutte le diverse correnti è il rapporto da diritto e società, il brocardo ***ubi societas ibi ius*** emerge di continuo nella riflessione del socialismo giuridico. La società ancora una volta non è la somma di individui, la società è una realtà a sé stante che si muove con logiche proprie, si compone di altre società e di altri gruppi, impossibile determinare l’apporto del singolo all’andamento della società, il collegamento tra la società e il diritto non è più dovuto alla consuetudine ma al costume. Per **ERLICH** (morto nel 1922) ad esempio il costume è diritto spontaneo indipendentemente dall’essere riconosciuto come tale dal diritto positivo. **GURVITCH** XXSEC afferma che il diritto nasce come le forme attraverso cui la società si controlla, controlla se stessa. Se il gruppo genera diritto da sé, qual è il rapporto dello stato con il diritto? L’antistatalismo è ricorrente nel socialismo giuridico. Il socialismo giuridico ha origine antiche, già **ALTHUSIUS** nel 1603 ha cercato di mostrare l’origine sociale del diritto, dalla famiglia alla società e come esso sia stato recepito dagli ordinamenti degli stati ha indotto a proporre un nuovo sistema di fonti del diritto una delle quali era appunto il costume. Il costume come fonte del diritto anticipa di fatto la costruzione di un diritto sociale. In questo il socialismo giuridico si differenzia dalla scuola storica a cui tra l’altro è largamente debitore. Per la scuola storica il tempo nel suo decorso era un elemento fondamentale per la formazione della consuetudine, un diritto formato nel tempo. La sociologia del diritto valorizza la dimensione sincronica, la società forma immediatamente il diritto. Per la scuola storica il giurista era l’interprete del popolo che formava il diritto, nella sociologia del diritto **POUND** afferma che il diritto non è costituito solo da norme ma anche e soprattutto dal complesso di valori bisogni e interessi espressi dalla società la cui interpretazione spetta al giudice. L’analisi sociologica deve influenzare la soluzione delle questioni giuridiche, il diritto è visto come ricerca di equilibrio degli interessi. La convergenza con lo storicismo è sempre il percorso della storia, lo storicismo valuta il passato, la sociologia giuridica l’analisi della società attuale, un’analisi sincronica. Tuttavia non si può analizzare nessuna realtà senza tener conto della storia, non si comprende il significato di un rapporto consolidatosi nel tempo o il significato di una determinata consuetudine. La stessa nozione di consuetudine, un comportamento costante e uniforme tenuto dai consociati con la convinzione che sia doveroso o moralmente giusto, esprime la sintesi di due differenti riflessioni di pensiero. Un elemento fondamentale del socialismo giuridico è la questione dell’interesse. Nasce probabilmente nel diritto romano, stare in mezzo era collegato al concetto di danno e risarcimento del danno. Per reintegrare il patrimonio del danneggiato, bisogna porre una valutazione dell’interesse. L’interesse è quindi qualcosa che viene presunto o ricostruito. La nozione di interesse collegato al danno dal diritto romano arriva al Medioevo dove per interesse sono considerate omnes utilitates tutti i vantaggi che devono derivare dal risarcimento. Con il trascorrere del tempo l’interesse si manifesta sempre più nel linguaggio e già **GUICCIARDINI** e **BOTERO** propongono una dimensione dell’interesse più generale, l’interesse della città o dello stato. Un interesse che non ha un soggetto preciso e un danno quantificabile, un qualcosa di più astratto. La costruzione della ragion di stato, iniziata da **MACHIAVELLI** sviluppata dapprima da **GUICCIARDINI** e più compiutamente da **BOTERO** è legata alla costruzione dell’interesse. Questo approdo al discorso dell’interesse è legato alla confluenza dell’elaborazione della scuola sociologica e della scuola storica del diritto. Questa opera di bilanciamento degli interessi posta in essere dai giudici e dai giuristi tende a diventare una dimensione creativa del diritto secondo la teoria del diritto libero, della formazione spontanea del diritto da parte dei giudici. L’influenza di queste dottrine si è perpetuata ai giorni nostri, vi sono tentativi di affermare uno spazio nuovo per una formazione spontanea del diritto che spontanea non è. Trova legittimazione da parte dei giudici e dei magistrati con il riferimento all’interesse, ma è una mediazione di interessi, una mediazione che è manifestazione di volontà di chi decide quale interesse debba prevalere.

**IL POSITIVISMO GIURIDICO**

Parlare di positivismo rispetto al diritto significa parlare di significati alternativi al diritto naturale, collegamenti del diritto alla morale, giustizia ai valori. Il positivismo giuridico è un modo di analizzare il diritto che è vicino alle scienze empiriche avendo come oggetto gli esseri viventi ed essendo formato da linguaggi formalizzati. Occorre precisare la distanza che esiste tra il diritto positivo e il positivismo giuridico, lo ius positum il diritto posto nella realtà è concretamente valutabile ma fa necessariamente parte delle esperienze e delle relazioni umane mentre il positivismo giuridico tende a collocarsi al di fuori della storia. **ARISTOTELE** distingueva il diritto naturale dal diritto della polis, tale distinzione viene ripresa da **SAN TOMMASO D’AQUINO** secondo cui può dirsi diritto positivo ciò che viene dalla volontà umana. Il discorso sul positivismo giuridico si intreccia con il volontarismo. Lo studioso svedese **OLIVECRONA** XXSEC rileva i collegamenti tra il diritto positivo e il diritto naturale: il diritto positivo è una dichiarazione di volontà di un potere forte anche il diritto naturale fa riferimento alla volontà. L’alternativa tra il diritto positivo e il diritto naturale si colloca nel rapporto tra l’essere e il dover essere. L’essere esprimerebbe il diritto, il dover essere la morale. Distaccandosi dalla morale il diritto diverrebbe diritto positivo esso si configura alternativo alla morale e al diritto naturale quindi come norma un insieme di regole che insieme concorrono a disciplinare la vita organizzata. La tgd nella concezione normativistica prende a modello le scienze esatte come la geometria e la matematica. La gamma del positivismo giuridico si allarga e si pone il problema del collegamento con il positivismo filosofico. Esso è una risposta all’astrattezza, all’idealismo, al romanticismo accusati di distaccarsi dalla realtà, il positivismo filosofico ripropone il valore dell’esperienza da cui la filosofia tende a distaccarsi: il riferimento alla conoscenza empirica si configura nel pensiero dei grandi filosofi positivisti, soprattutto francesi quali **SAINT SIMON E COMTE.** Si riconoscono i 3 stadi della conoscenza umana: lo stadio teologico in cui si vede dio da tutte le parti, la natura si spiega attraverso il riferimento a dio; lo stadio metafisico che tenta di superare la natura rispetto a qualche cosa di esterno ad essa; lo stadio positivo, la capacità di affrontare e studiare la natura. Il positivismo filosofico collegandosi alla scienza ne recepisce un’idea di progresso. Lo stesso non avviene nel positivismo giuridico perché il riferimento alla scienza è un riferimento limitato. Il diritto disciplina se stesso e si distanzia da ciò che non è diritto, quindi il progresso e lo sviluppo della scienza è certamente rilevante per il diritto positivo ma non è acquisito come un valore interno al positivismo giuridico. L’autonomia del diritto mantiene un riferimento con la scienza ma trova in se stessa la legittimazione come scienza ed è nel mantenimento di questo spazio proprio che il positivismo giuridico tende a includere la concezione normativistica del diritto. Inoltre vi è il rapporto con la storia che il diritto positivo tende ad accettare e la concezione normativistica ad espungere. Altri orientamenti transitano nell’elaborazione del positivismo giuridico pensiamo ad esempio al concetto dell’uomo in astratto, l’uomo a cui ci si riferisce non è l’uomo concreto ma l’uomo come detentore di bisogni e di diritti, destinatario di obblighi, questo soggetto astratto consente l’astrattezza e la generalità della norma giuridica. Un riferimento obbligatorio è dovuto alla cultura, essa apparentemente sembra qualcosa di molto astratto in grado di esprimere un collegamento con la spiritualità dell’individuo, un qualcosa in connessione con l’insieme dei valori spirituali del gruppo. Questa è una riflessione recepita da trattazioni antropologiche che hanno affrontato il tema della cultura. Si è cercato di elaborare una nozione di cultura legata all’uomo della polis, all’uomo nel gruppo, quindi la cultura è una cultura della società. Questa apparente forzatura, il comprimere la cultura all’interno del gruppo, corrisponde ad altre esigenze come ad esempio il linguaggio. La base della comunicazione, l’accordo sull’uso dei vocaboli che permettono alle persone di intendersi è circoscritta, non esiste un’unica lingua e questo finisce per diversificare le culture. L’insieme dei valori assunti a base dell’essere, che includono il diritto e che sono anche espressi dal diritto finiscono col fare riferimento ad un determinato gruppo di uomini e non all’uomo astratto. Vediamo così un collegamento tra il positivismo giuridico e il sociologismo giuridico, non possiamo immaginare una cultura se non nell’ambito di un linguaggio, una tradizione, qualcosa che accomuna un determinato gruppo e separa da altri, accomunare e separare. Il diritto positivo è l’immagine di tutto ciò, il diritto positivo italiano è differente da quello francese ma è differente anche all’interno dello stesso territorio italiano, il diritto di Marsala città nella quale ho abitato per lunghi anni è diverso da quello di Palermo o di Roma perché l’insieme delle norme comunali sono differenti, così come comportamenti ammessi in una località possono essere vietati in un’altra. L’esempio delle zone con i diversi colori per contrastare il covid è quanto mai calzante ad esempio. La cultura tende a fare riferimento a una determinata società, è considerata il modo migliore per risolvere i problemi di esistenza di un determinato gruppo e quindi vi è nella cultura l’espressione di una totalità di valori e da questi valori si finisce con l’affermare l’imposizione normativa. Il diritto riflette normativamente una determinata cultura e nelle teorie di **HABERMAS** e altri sociologi del diritto tedeschi, arriva a valorizzare la cultura della memoria il diritto costituzionale soprattutto riflette la memoria storica di un popolo e da tutto questo nasce un diritto positivo. Questa concretezza è messa in discussione da tante teorie antropologiche e sociologiche che mostrano come l’etnia, la nazione e il gruppo sono costruzioni concettuali che l’uomo costruisce riferendosi a valori di carattere universale. L’uomo come soggetto comune che può assumere vesti differenti, nazioni o colori differenti è legato ad un discorso universale di culture che già i greci avevano percepito all’epoca sofistica. La cultura è universale, l’Unesco parla di patrimonio culturale dell’umanità. L’idea di una umanità come insieme di tutti gli uomini implica una cultura, un linguaggio comune qualche cosa già perseguito in passato, **A. MAGNO**, obbligava ad esempio i suoi ufficiali a sposare donne persiane nel tentativo di dare unità ad un sistema politico, al cosmopolitismo di un impero. L’impero romano con l’editto di **CARACALLA** che attribuiva la cittadinanza a tutti i sudditi dell’impero impose una forma di eguaglianza. L’idea di totalità ci accompagna da secoli ma è negata dal positivismo giuridico. Esso attraverso il discorso sulla cultura legittima una separazione progressiva del diritto.

**POLITICA E DIRITTO**

Parlando di politica e di diritto si avverte la presenza di un’antinomia: ci si riferisce ad un insieme di regole e comportamenti differenti ma contemporaneamente si percepiscono i collegamenti esistenti. Per meglio comprendere facciamo riferimento al potere, che differenza c’è tra il potere giuridico e quello politico? Se pensiamo al potere giuridico pensiamo al potere dei giudici ma anche a quello degli avvocati che concludono gli accordi ma pensiamo anche a qualche cosa che condiziona un po’ tutto, la cultura giuridica. Pensiamo all’audience televisiva realizzata dai servizi su eclatanti processi penali, la presenza di generi letterari legati alle vicende giudiziarie illustra come la cultura del diritto sia influente in relazione al potere giuridico. Esso non è solamente espressione di chi ha competenze istituzionali, di chi svolge determinate funzioni, è anche un’espressione culturale. Il potere politico si esprime in modo diverso, i leader e le autorità politiche si basano su un’altra dinamica, sono legati a un discorso differente e particolare come è il discorso politico. Il suo argomentare pur così diverso da quello giuridico è altrettanto efficace nel creare consenso. La distinzione all’interno degli ordinamenti giuridici statali è netta, tanto che facciamo riferimento al parlamentare come espressione del potere politico al giudice come espressione del potere giuridico. Il rapporto tra i 2 poteri è stato regolato in modo differente in vari contesti, ad esempio in Inghilterra l’affermarsi della monarchia è avvenuta con un’autorità già forte e il potere giudiziario ha subito acquistato autonomia perché si è rivelato essenziale all’affermazione della monarchia stessa. In Inghilterra vi era una sovrapposizione di popolazioni differenti (celti, danesi, normanni romani) che avevano creato un sistema di società che si regolava in modo differente nei vari contesti. Per rendere unitario il potere monarchico i sovrani hanno inviato i funzionari (che poi erano dei giudici) ad applicare i diritti nei vari contesti e quindi mediare tra i vari ordinamenti giuridici. I giudici non andavano ad affermare un loro codice ma a mediare e a consentire il massimo di unità nei confronti della corona. Lo stare decisis è il principio che ha consentito l’unità del diritto, una determinata questione risolta in un determinato contesto faceva legge per le future situazioni simili. Il giudice fissava i principi a cui attenersi. Questa peculiarità del common law ha permesso alla monarchia inglese di realizzare l’unità del popolo affermando una forte autonomia dei giudici. Il potere monarchico ha quindi 2 limiti, il parlamento che legifera ma anche i giudici che non solo le applicano ma attraverso lo stare decisis regolano situazioni nuove. In Francia la società feudale molto forte ha opposto strenua resistenza all’affermarsi della monarchia, i sovrani hanno avuto bisogno di legisti e esperti del diritto che teorizzassero la monarchia assoluta. E’ stata un’operazione culturale che ha sì dato un potere ai legisti ma un potere utilizzato dalla monarchia e quindi dalla politica. Vi erano leggi fondamentali che però il sovrano poteva interpretare a suo piacere. Il cambiamento si è avuto con la rivoluzione francese del 1789, dietro i discorsi politici vi era una cultura che vedeva la società senza diritto come l’età dell’oro. In Inghilterra **HOBBES** teorizzava che la società umana era selvaggia e necessitava di ordine, in Francia **ROUSSEAU** con l’Illuminismo e la contemporanea rivoluzione mitizzava una società libera da leggi uno stato che si colloca al di sopra della società ma che nessita di limitazioni. Tra i vari sviluppi della rivoluzione troviamo il codice Napoleone del 1804 attualmente ancora in vigore che afferma il primato politico e colloca tutto il diritto nell’ambito del diritto privato. Uno schema simile al corpus iuris civilis del diritto romano, molte riflessioni e precetti sul diritto privato e minime relative al diritto pubblico. Da queste analisi possiamo dedurre come in Inghilterra lo stare decisis non solo ha affermato l’autonomia dei giudici ma soprattutto l’autonomia del diritto che essi hanno creato nei confronti dello stato. Tramite il precedente giudiziario fissa dei principi generali che vanno al di là del caso singolo, questo aspetto differenzia profondamente gli ordinamenti anglosassoni da quelli dell’Europa continentale. In Fancia lo stato è posto al centro: in seguito alla rivoluzione il popolo vota la legge, esprime la sua volontà producendo diritto che il giudice dovrà applicare, non terrà conto degli sviluppi futuri ma del caso specifico. Questa dicotomia ha finito per modificarsi col tempo, vi è stato un reciproco avvicinamento in seguito al primo conflitto mondiale e all’affermazione dello stato interventista e sociale. La costruzione dello stato sociale più corposa si è avuta nell’intervallo tra le 2 guerre, particolarmente dalla costituzione di *Weimar.* In Inghilterra gli interventi dello stato hanno comportato un aumento delle leggi, il parlamento regolava più cose, quindi l’autonomia dei giudici di produrre diritto si è notevolmente ridotta. Anche in Francia vi è stato un aumento della legislazione che ha comportato un allargamento della giustizia e dei giudici che seguivano questa molteplicità di produzione legislativa che lo stato sociale comportava. Inoltre la tradizione americana rappresentava un momento di ulteriore avvicinamento, la costituzione votata dai rappresentanti del popolo che si poneva al di sopra della legge ordinaria e quindi aveva una necessità di regolazione e tutela giuridica della sua attuazione ad opera di magistrature ordinarie e speciali. La nascita delle corte costituzionali ha appunto rappresentato il connubio tra politica e diritto, un tentativo di sintesi. Apparentemente potrebbe sembrare che rappresenti il primato del diritto sulla politica, essendo una corte che ragiona con criteri apparentemente giuridici, i giudici hanno la toga ma la pronuncia è essenzialmente politica, le decisioni incidono sulla politica, valuta le leggi fatte dal parlamento e i criteri che applica non sono solamente giuridici ma anche politici. Le costituzioni regolano tutto, non solo i rapporti tra organi dello stato, non si limitano a declinare i diritti dei singoli o dei gruppi ma regolano anche materie come l’economia. E’ quindi la politica ad essere nuovamente valutata, oltre il parlamento che è l’espressione del potere politico, è un potere che arriva al di sopra. Le vicende della politica e del diritto hanno subito dei cambiamenti ma hanno mantenuto la valenza culturale, oggi non sono solo le corti costituzionali a mediare tra diritto e politica, vi sono giudici che in determinati contesti non si limitano a interpretare la legge tenendo conto della volontà del legislatore, la interpretano tenendo conto dell’andamento del tempo. E’ quello che oggi viene definito diritto mite: la trasposizione del potere politico affermato da chi era stato democraticamente eletto e che si risolve in una riaffermazione del governo del diritto, il diritto è già posto e i titolari del potere giuridico sono abilitati a decidere dell’avvenire.

**LA TEORIA PURA DEL DIRITTO**

Quella che **KELSEN** ha chiamato teoria pura del diritto viene comunemente indicata come teoria formale del diritto, ove per forma non si intende la forma esteriore ma la concezione generale e universale della forma. **STAMMLER** già prima di **KELSEN** aveva indicato nella forma una universalità incondizionata, un qualcosa che rendeva possibile il pensiero giuridico che ne poneva le condizioni. Quindi formale significava condizionante del sistema giuridico nell’elaborazione kelseniana. Già **KANT** sosteneva l’idea che il diritto fosse determinabile soltanto a priori, formalmente, risolvendosi nell’esistenza esterna della libertà, quale forma della relazione tra gli arbitri degli individui. Il problema dell’a priori giuridico (per indicare che non dipende dall’esperienza) fu elevato a problema fondamentale della scienza del diritto. La ricerca dell’universale logico come momento formale, distinto da ogni elemento empirico, divenne uno degli aspetti principali delle correnti di pensiero in contrapposizione alle correnti giusnaturalistiche o empiriche del positivismo. La penetrazione di queste correnti filosofiche nella scienza del diritto permise lo sviluppo delle dottrine definite pure in quanto distaccate dalle esperienze storiche. Il formalismo kelseniano muove una netta distinzione fra la sfera dell’essere e quella del dover essere. La sfera dell’essere è quella della realtà empirica mentre quella del dover essere quella di cui si occupano le scienze normative dove egli colloca la scienza del diritto. Per **KELSEN** la norma giuridica è un giudizio ipotetico, una struttura logico-formale che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante (imputazione) da una conseguenza condizionata. Intorno a questo rapporto si snoda il diritto positivo, la teoria generale del diritto come teoria dei valori che condizionano l’analisi del diritto stesso. La dottrina pura del diritto, vuole essere una teoria del diritto positivo in generale, ha fini conoscitivi e mira a porsi come scienza oggettiva del diritto. Essa descrive il suo oggetto con proposizioni di dover essere e si concreta nell’esame dei concetti fondamentali di norma, sanzione, illecito, ordinamento, stato riducendo il concetto di giustizia dal punto di vista giuridico ad una mera verificazione della conformità di un fatto ad una norma che funziona da schema qualificativo. Nella costruzione kelseniana le norme giuridiche non sono in disordine e non sono regolate solamente da principi già individuati dal diritto romano come gerarchia, specialità o cronologia, accanto ad essi vi sono dinamiche che evidenziano la formazione per gradi del diritto. Pensiamo al giudice che emette una sentenza, può emetterla in base ad una legge che lo autorizza ad emetterla, la legge può essere emessa in base ad una votazione del parlamento, o secondo la costituzione che a sua volta è stata espressa da un’assemblea costituente andando avanti con una serie di condizionamenti dell’attività normativa del giudice. Si arriva ad un punto in cui si avverte l’esigenza di una norma non scritta che rappresenti il punto di partenza, il vertice della piramide da cui tutte le norme discendono. Questa è una norma ipotetica chiamata norma madre o norma fondamentale, non è un sovrano che ha preso il potere, è una norma ipotizzata che identifica la giuridicità di tutte le altre norme. La norma fondamentale viene indicata da **KELSEN** come assunzione ipotetica non dimostrata alla base del diritto positivo, esso esiste perché vi è questa norma ipotetica. Questa costruzione facilita la comprensione di un ordinamento che per quanto complesso non può che essere unitario. Le norme di un ordinamento non stanno tute nello stesso piano, vi sono norme superiori e norme inferiori, le inferiori derivano dalle superiori risalendo la scala gerarchica arriveremo alla norma fondamentale. Le leggi ordinarie eseguiscono la costituzione e producono i regolamenti, essi eseguiscono le leggi ordinarie e producono i comportamenti ad essi conformi. Tutte le fasi di un ordinamento sono al contempo produttive ed esecutive ad esclusione del grado più alto appunto la norma fondamentale che è solo produttiva e il grado più basso che sono gli atti esecutivi. Ci si potrebbe chiedere su cosa si basa la norma fondamentale, essa ha la stessa funzione dei postulati in un sistema scientifico, posti per convenzione o evidenza. Non ha un fondamento, se lo avesse non sarebbe più la norma fondamentale, ve ne sarebbe una di rango superiore. Ogni sistema ha un inizio, domandarsi cosa vi sia prima, per saperlo bisognerebbe uscire dal sistema. Un discorso a parte merita il discorso sulle lacune, esse non possono essere contemplate nella teoria pura in quanto non essendo elementi giuridici non posso essere presenti. Le lacune hanno accompagnato fin dall’antichità il diritto, la gamma dei comportamenti umani è troppo vasta per pensare che il diritto possa considerarli tutti. I giuristi si sono posti il problema di come risolvere le lacune. **KELSEN** contesta l’esistenza delle lacune perché ammetterne l’esistenza significa misurare il diritto con qualcosa che diritto non è. E’ l’ordinamento stesso che deve risolvere il problema del diritto. Vicino all’elaborazione kelseniana riguardo al concetto del diritto vi è anche **HART** giurista inglese del XXSEC **KELSEN** contesta la nozione del diritto di **AUSTIN** che vede nel diritto il comando di un sovrano rivolto ad alcuni che abitualmente obbediscono, un sovrano esterno un comando quindi l’imperatività del diritto e dei soggetti che abitualmente obbediscono. Una simile concezione urta contro il tentativo di costruire una teoria pura del diritto basandosi solo su di esso. **HART** contesta il modello del comando basato sul timore della sanzione perché nel concetto di diritto includiamo una serie di norme che non contengono comandi e che sono necessarie al diritto stesso. **HART** distingue le norme primarie che sono quelle che impongono obblighi dalle norme secondarie che possono essere norme di variazione ossia le norme che modificano e consentono ai vari soggetti del diritto di modificare la propria posizione giuridica. Vi sono norme che impongono obblighi e norme che consentono la presenza di questi obblighi, vi sono norme di riconoscimento che distinguono ciò che è diritto da ciò che non è diritto e anche queste sono norme che non sono comandi, che non hanno sanzioni. Le norme che **HART** indica come secondarie sono essenziali per la produzione delle norme primarie. L’elaborazione ad opera di **KELSEN** ha avuto una forte influenza nella prima metà del XXSEC poi ha cominciato a declinare. Vi sono stati indirizzi di critica molto diversi, alcuni hanno integrato il discorso kelseniano con altri elementi come ad esempio **SANTI ROMANO** nella teoria dell’*ISTITUZIONE,* in cui considera fondamentale l’organizzazione altre sono state posizioni contestative di tutto il discorso di **KELSEN**

**PRINCIPI, VALORI E TEORIA DELLO STATO COSTITUZIONALE**

L’opposizione più consistente alla teoria kelseniana si sviluppa sulla base di alcune riflessioni del giudice **DWORKIN** un giudice statunitense che ha insistito sulla necessità di non considerare il diritto un insieme di norme giuridiche ma qualcosa che contiene anche principi. Il discorso si colloca nell’ambito del common law, **DWORKIN** rileva un avvicinamento tra common law e civil law, esso tende a realizzarsi attraverso l’applicazione di principi e politiche questo significa che se nel risolvere un caso concreto non trova un precedente o una norma precisa deve comunque attuare il diritto e trovare delle regole da applicare secondo valutazioni che non sono i principi desumibili dall’ordinamento ma il risultato di un’esigenza che si misura nel rapporto con la società al di fuori del diritto, secondo politiche del diritto o sociali, esigenze di giustizia. Attraverso la normazione del caso concreto sono possibili i mutamenti, revoche deliberate da chi pone in essere il diritto attraverso la sentenza. Per **KELSEN** la sentenza è una norma giuridica, il giudice applicando una norma pone in essere un’altra norma che contiene un obbligo e che deve essere attuata. **DWORKIN** perviene a dire che la sentenza può riflettere non tanto norme ma principi che sono sopra o sotto di esse soggiacenti o trascendenti e che quindi sono qualcosa di diverso dalle norme giuridiche. Per **KELSEN** ma anche per le tradizionali teorie dell’interpretazione, i principi risolvevano le lacune. I principi estrapolati dalle norme altro non erano che norme più generali ed astratte che consentivano applicazioni differenti ma i principi a cui si riferisce **DWORKIN** non sono desunti dall’ordinamento, vengono posti dal giudice che esprime istanze sociali, esigenze di giustizia che consentono la crescita del diritto e l’adeguamento alle esigenze della società, così facendo il giudice si fa interprete della società. Negli USA è questo il ruolo della Corte Suprema che grande influenza ha avuto nello sviluppo costituzionale del paese. In Italia e in Germania l’istanza di risolvere questioni complesse attraverso l’operatore del diritto ha trovato terreno fertile che il diritto si formi attraverso principi e non norme si è collegato alla teoria dello stato costituzionale. Questa teoria diviene una tgd con la valorizzazione degli ordinamenti costituzionali nati dopo la 2 guerra mondiale. Essi riprendono in parte l’esperienza della costituzione di *WEIMAR* cioè la teoria dello stato sociale. Ordinamenti costituzionali che non affermano semplicemente il rapporto tra il cittadino e lo stato, in quanto le vecchie costituzioni tutelavano come cittadini solo i borghesi, i facoltosi, i colti. Il cittadino di *WEIMAR* è anche il proletario, il lavoratore tendenzialmente escluso o fortemente limitato dalle vecchie costituzioni. La costruzione dello stato sociale, la tutela delle libertà sindacali, del diritto di sciopero etc significa la possibilità di mediare per il tramite di queste organizzazioni il rapporto del cittadino con lo stato e la possibilità nuova di esprimere interessi e potenzialità politiche differenti. L’avvento del nazismo ha gettato un’ombra sull’esperienza weimeriana, nella costituzione si è tentato di vedere un facilitare l’ascesa del partito nazista al potere. Le costituzioni nate dopo il conflitto sono caratterizzate dalla lunghezza, indicativa di tutta una serie di obiettivi sociali, votata da un’assemblea costituente alla quale partecipavano anche partiti di massa. Per questo motivo le disposizioni costituzionali anche quando sono molto generiche sono considerate vincolanti, non sono per l’operatore giuridico ma per la società stessa, un patto sociale da interpretare in continuazione. La presenza della corte costituzionale incaricata di valutare la corrispondenza delle leggi alla costituzione ha ancor di più affermato la centralità della costituzione. La costituzione è diventata una sorta di norma fondamentale ma a differenza di questa essa esiste realmente ed afferma una serie di principi e valori vincolanti. I principi non erano solo principi ma anche valori e divenivano il diritto mite secondo la definizione di **ZAGREBELSKY** giudice costituzionale per una decina di anni. Parlare di diritto mite evidenzia come la teoria dello stato costituzionale voglia esser considerata una tgd, il diritto mite non rifletteva altro che la necessaria adesione ai principi e valori della costituzione. Il tentativo di distinguere il diritto dagli obblighi che non sono giuridici viene così frustrato dall’affermazione che principi e valori della carta costituzionale necessitano di adesione.

**EPISTEMOLOGIA DEL DIRITTO**

Lo studio del diritto è antichissimo e la mole di studi molto estesa tanto che tende a legittimarsi quasi autonomamente anzi ha avuto un ruolo propulsivo verso altre discipline. Come altre discipline anche il diritto è stato oggetto di studi epistemologici, si è cercato di vedere nel diritto e nelle teorie giuridiche le forme della produzione scientifica del diritto. Rispetto al diritto l’attenzione è stata posta su alcuni ostacoli epistemologici, cioè agli impedimenti creati dalla scienza giuridica. Nel diritto tendono a restare nascosti e ne sono stati individuati 3, *una falsa trasparenza legata alla vetustà del diritto,* alla sua presenza nella società che ha fatto maturare la convinzione che il diritto sia il riflesso di qualche cosa di prodotto dalla società stessa. Vi sono alcuni istituti giuridici che esprimono particolarmente questo rapporto basta pensare alla consuetudine, il ripetere un comportamento da parte di un gruppo, ecco che la società diventa diritto. La problematica analizzata da **SANTI ROMANO** della produzione spontanea del diritto ubi societas ubi ius riflette un topos, un luogo comune, che però costituisce appunto un ostacolo epistemologico perché questo inveramento del diritto attraverso la società potrebbe estendersi anche dove questo riflesso non c’è più. Un altro ostacolo epistemologico è *l’idealismo ottimistico* che pervade il diritto: la condivisione di nozioni astratte ma largamente condivise come ad esempio il bene comune hanno creato le basi per costruire tutta una serie di teorie che ad esempio hanno legittimato l’assolutismo monarchico, la ragion di stato etc. l’ultimo ma non meno importante ostacolo epistemologico è il *mito della specializzazione*, il rapporto tra specializzazione e coerenza. La specializzazione avrebbe riflesso al diritto l’applicazione della teoria sociologica della divisione del lavoro, la partizione delle scienze rispecchia la necessità di divisione del lavoro. Per il diritto questo vale meno, la divisione ad esempio tra pubblico e privato sono confini che il diritto pone in essere non già una necessità di divisione del lavoro. Il discorso sulla specializzazione soffre un limite fondamentale, la sostanziale unità delle scienze sociali che derivano tutte dalla medesima origine. L’uomo primitivo non distingueva il precetto religioso da quello giuridico, così il diritto come la morale derivano dalla teologia in quanto l’uomo è condizionato dalla natura che è vista come molto forte, molto condizionante e quindi nessuna cosa può essere spiegata senza riferimento a qualcosa che tutto condiziona, in particolare la vita e il pensiero dell’uomo. Da questa concezione che permette lo sviluppo del pensiero teologico, nascono altre discipline sociali, tra cui il diritto, che finisce per affrancarsi da questo rapporto con una divinità che lo pone in essere. La separazione delle branche del diritto urta quindi contro l’origine comune che riguarda tutte le scienze sociali. Il percorso che ottiene maggiori coerenze quello di restringere gli ambiti di applicazione crea una situazione in cui la spiegazione scientifica non è descrizione della natura ma di un’elaborazione teorica consolidata. Una chiave di lettura degli ostacoli epistemologici della scienza giuridica è il ricorrente ricorso alla metafora nella tradizione giuridica. Nel diritto è largamente usata, pensiamo ad esempio al ramo della famiglia o al ramo dell’impresa, vi sono altre metafore che cercano di convincere, di influenzare i comportamenti famosa è ad esempio la metafora di Menenio Agrippa che convinse la plebe a tornare la centro di Roma asserendo che tra plebe e patriziato vi era un rapporto come la mente ed il corpo e che l’una era necessaria per l’altra, una rottura significava la morte. Questa metafora antropomorfa è stata largamente utilizzata in ambito politico ma anche nell’ambito del diritto è stata ricorrente. Vi sono metafore espressive indirizzate a suscitare emozioni, sgomento come nel rapporto con l’infinito **SENOFANE** *di Colofone* già nel V SEC A.C. teorizzò che la divinità potesse raffigurarsi con l’eternità di una sfera, lo sgomento dell’infinito collegato alla regolarità della sfera. Una metafora presente nel codice civile è il divieto di patto leonino che esclude dalla partecipazione agli utili o alle perdite uno o più soci. La regola esprime la manifesta ingiustizia di un accordo nel quale ad una parte siano riservati i benefici mentre all’altra parte siano riservate le eventuali conseguenze negative. Essa è riassunta nel brocardo cuius commoda, eius et incommoda (chi trae vantaggio deve sopportarne anche i pesi). La consapevolezza della presenza della metafora fu presente nella scuola bolognese del diritto **BARTOLO** *da Sassoferrato* XIV SEC, autore di una serie di passaggi decisivi dal diritto romano a quello medioevale, diceva che: l’università (nozione di collettività del tempo) è qualcosa di finto messo a posto come se fosse vero. La metafora è appunto il “come se” che sostituisce “l’è”. Il discorso della metafora era fondamentale per la costruzione del diritto, convincere attraverso il ragionamento ma anche attraverso l’emozione i destinatari dell’obbligo giuridico. Un “come se” che poi diventa “è”, riconoscere un insieme di uomini come se fosse uno quindi come una persona del diritto. Può la persona giuridica che non è l’uomo delinquere? **LUIGI XIV** nel 1670 puniva le città francesi responsabili di determinati comportamenti anche se la maggior parte dei cittadini obbedivano. Considerare la persona giuridica come soggetto di diritto (ovvero la collettività dei cittadini) quindi capace di azioni e omissioni rifletteva le azioni e omissioni dei soggetti presenti all’interno di questa universitas, ebbene queste azioni potevano essere giudicate collettivamente come se fosse un solo uomo. Nei rapporti internazionali gli stati si comportano a dimensione antropomorfica, lo stato può delinquere e può quindi essere esposto alle punizioni previste dall’ordinamento internazionale ovvero la rappresaglia.

**ORDINAMENTO GIURIDICO E SISTEMA**

Nella tradizione del diritto è frequente il richiamo al sistema, la nozione di ordinamento viene identificata con il sistema. Nella letteratura giuridica il sistema è una totalità ordinata in cui vi sono soggetti differenti in rapporto tra loro e con l’insieme, con il tutto. Ciascuno degli elementi ha un rapporto con il tutto ordinato, questo modo di ragionare ha riguardato la scienza ma anche la filosofia separare una serie di argomenti per poi riconnetterli attraverso un ordine o un equilibrio. Se l’ordinamento viene considerato sistema vi sarà un rapporto di compatibilità fra le norme che ne fanno parte e l’ordinamento nel suo complesso. Già **KELSEN** distingueva tra sistema statico e dinamico. Nel sistema statico le norme sono connesse rispetto al loro contenuto, quindi non possono contrastare fra di loro, un sistema deduttivo in cui da una norma generale posta al vertice della piramide derivano le altre. Nel sistema dinamico il centro non è un principio desunto dalle norme ma è l’autorità che le pone. L’esempio più semplice è probabilmente l’ordinamento teocratico, il dio che esprime la volontà e tutto l’ordinamento giuridico ruota attorno ad esso. **KELSEN** nella sua elaborazione utilizza entrambe le dimensioni sistemiche, sia la statica che la dinamica. La teoria pura rende la norma madre il centro del sistema giuridico, la sua indeterminatezza le consente la possibilità dinamica di cambiamento. Gli irrigidimenti sistemi non servono solo ai giudici o agli avvocati per dare delle sicurezze in generale, l’esigenza di approfondimento tende a legittimare nella scienza l’irrigidimento di una serie di nozioni, un irrigidimento provvisorio in attesa di nuove variazioni. Il problema del sistema vede il tentativo di coniugare esigenza di stabilità con l’esigenza di tener conto della molteplicità dei cambiamenti. Nella cultura occidentale era radicato il concetto che l’ordine non fosse una costruzione solo dell’uomo ma esistesse in natura. Sotto il profilo filosofico l’idea di considerare sistema un insieme di pensiero ponderato e organizzato riflette il tentativo di umanizzare il discorso di un sistema e staccarlo dalle implicazioni naturali. Nel diritto **KELSEN** insiste sul carattere autopoietico (cioè la capacità del sistema complesso di mantenere la sua unità attraverso le interazioni dei suoi componenti) del sistema: esso è un prodotto umano, è un soggetto umano il creatore della norma, tuttavia la forza del sistema è che una volta creato vive di vita propria. Il discorso sul sistema tocca altri aspetti che riguardano il diritto come il senso comune, l’opinione diffusa non ha anch’esso un carattere sistemico? Nel discorso del sistema c’è l’esigenza di stabilizzare degli equilibri, li possiamo considerare proprio perché non sono continuamente mobili, hanno una dimensione stabile ed è questo l’elemento che caratterizza il diritto. La concezione normativistica non ha senso se le norme cambiano troppo rapidamente. Il discorso sul sistema s’intreccia con l’ordine, l’equilibrio ma anche la stabilità non resta quindi al di fuori del tempo e dello spazio, si colloca in un determinato tempo. La teoria sistemica di **LUHMANN** distingue il sistema dall’ambiente che è esterno ad esso che però in qualche modo lo condiziona; il sistema tende ad autoriprodursi diventando di fatto l’ambiente del neosistema che a sua volta produrrà un sottosistema. Questa moltiplicazione sistemica metterebbe in discussione le basi della teoria sistemica dell’ordinamento giuridico. L’autopoiesi del diritto nella sua applicazione concreta nell’aula di un tribunale creerebbe un sistema tra ciò che è dentro giudice, parti in causa e ciò che è fuori leggi, sistema giuridico, società etc…se in questo sistema entrano anche i valori che alle norme sono connessi o che determinano le norme come gran parte del diritto costituzionale, vi è la possibilità concreta di creare un imperialismo giudiziario in cui il giudice estrae continuamente valori, può o non può collegarsi ad altri giudici e la dinamica del diritto basato su criteri di ordine ed equilibrio duraturo essere messo in discussione. Per Bobbio vi sono 3 significati di sistemi nel diritto:

concezione deduttiva: attraverso il ragionamento possiamo dedurre ed affermare alcuni principi generali e creare un sistema giuridico metodo induttivo: esso parte dalle singole norme, verificando omogeneità o la disomogeneità, ciò che le accomuna o le diversifica si costruiscono classificazioni. Queste 2 concezioni riguardano più lo studio del diritto che la sua applicazione, infine Bobbio propone un metodo attraverso un processo di esclusione delle incompatibilità delle norme. Distinguere le norme compatibili con le altre e con il sistema nel suo complesso avrebbe il vantaggio di maggior equilibrio e a rendere rigide le partizioni sistematiche.

**COERENZA E COMPLETEZZA DELL’ORDINAMENTO**

Non solo nella tgd ma in tutti i rami del diritto si tenta di vedere la concezione sistemica dell’ordinamento giuridico come una totalità ordinata in cui vi è un rapporto di compatibilità fra le parti e il tutto, fra le norme e l’ordinamento. Tale tentativo si fonda su 2 principi strettamente collegati fra loro: coerenza e completezza dell’ordinamento giuridico. L’elaborazione giuridica si è soffermata sulla nozione delle antinomie. L’antinomia è l’incompatibilità tra 2 norme. E’ una relazione che esiste se entrambe le norme sono presenti nello stesso ordinamento e hanno lo stesso ambito di validità: non possono essere accettate dall’ordinamento giuridico. E’ un discorso antico, già presente nel Digesto giustiniano del 533. Giustiniano esclude che nel diritto romano vi siano antinomie ed infatti per secoli è stato considerato quasi esente. Possono esserci antinomie anche nei principi? Se una norma vieta un comportamento e un’altra lo consente esse sono in contrasto senza ombra di dubbio ma la norma che si ispira al principio di uguaglianza e una che si ispira alla libertà possono essere in contrasto fra di loro. Nella costituzione italiana sono affermati valori in contrasto fra loro. Tendenzialmente si tende ad escludere i principi, le norme per essere incompatibili devono riguardare norme e comportamenti, non principi generali. I criteri per risolvere le antinomie sono noti fin dall’antichità il criterio cronologico ad esempio ci dice che la legge successiva deroga la precedente quindi si tiene conto della data di emissione della norma. Un altro criterio è quello gerarchico la legge costituzionale prevale su quella ordinaria che a sua volta prevale sui regolamenti esso è stato teorizzato dai giuristi romani la legge superiore prevale sulla legge inferiore un altro principio è quello di specialità ovvero la legge speciale prevale sulla norma generale vi è poi il criterio di competenza nel caso di 2 norme che disciplinano una fattispecie in modo diverso prevale quella emanata dall’ente di competenza. Tuttavia il tentativo di eliminare le antinomie ha dei limiti. Nel caso di 2 norme giuridiche emanate lo stesso giorno, entrambe leggi ordinarie entrambe norme generali e contrastanti non possiamo applicare nessuno di questi criteri per il superamento delle antinomie. Dal principio di coerenza dell’ordinamento scaturiscono obblighi che però non sono esplicitati, la coerenza non si configura come un obbligo per i soggetti ma finisce per essere scontata alla stregua di un dogma che condiziona ma non obbliga. Il rapporto tra coerenza e completezza si basa sul rapporto tra ordinamento e norme. La completezza prevede la mancanza di altre norme. Per **CARNELUTTI** la coerenza è una incompiutezza dell’ordinamento che egli definisce per esuberanza quando vi sono più norme del necessario che finivano per contrapporsi fra loro o per deficienza quando mancano norme che vietano o permettano. Per **SAVIGNY** le problematiche della coerenza e completezza implicavano l’esclusione della norma che vieta ciò che un’altra permette ma implicava anche la completezza dell’ordinamento. La completezza in certe epoche è diventata un discorso fondamentale e tutt’oggi ha un suo peso, molti codici di procedura prevedono il reato di denegata giustizia cioè l’obbligo del giudice di applicare il diritto nel presupposto che la norma esiste, che l’ordinamento è completo. In caso di denegata giustizia in Inghilterra ma anche in Sicilia era possibile appellarsi al re. La completezza dell’ordinamento si basa sull’esclusione delle lacune. **KELSEN** insorgeva contro il discorso sulle lacune. Come si fa a giudicare l’incompletezza se non facendo riferimento ad un altro ordinamento? Nel momento che si ammette la presenza di una lacuna significa applicare qualcosa di esterno al diritto o a quell’ordinamento. Questo discorso si è forse risolto con la teoria generale della norma esclusiva cioè con il principio che tutto ciò che non è vietato è ammesso. Non vi è lacuna dove non vi è la norma. **DONATI** ne “il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico” si trova davanti un problema che pare insormontabile una successione al trono in una monarchia costituzionale che non ne regolava le forme. Egli risolse dicendo che nessuno. La scuola del diritto libero ha sviluppato una polemica contro la completezza che per loro equivaleva alla statualità del diritto perché solo lo stato poteva assicurare la completezza con artifizi quali il ricorso ai principi generali, alle analogie. Proprio la difficolta di accertare la completezza era un elemento che legittimava la critica alla concezione statuale. In realtà tutta la critica sulla completezza e al discorso delle lacune si basa sull’ipotesi che affermare la lacuna significa fare riferimento a una concezione ideale dell’ordinamento. Una ricostruzione che tende ad evitare la norma generale esclusiva è considerare le lacune interne al sistema e riferire il discorso della completezza attraverso il discorso sulla formazione del diritto. Posto che vi sono materie non regolate dal diritto come l’ordinamento si integra? Attraverso l’eterointegrazione e autointegrazione. L’eterointegrazione le risolve attraverso ordinament diversi o fonti diverse. L’art.10 della costituzione ad esempio stabilisce che l’ordinamento si conforma al diritto internazionale. Il codice austriaco del 1812 faceva riferimento al diritto naturale in mancanza di una norma specifica ma vi sono riferimenti alla consuetudine ad esempio che riguarda materie non regolate dalla legge, ammessa dall’ordinamento italiano può essere una forma di eterointegrazione ma essendo prevista dall’ordinamento finisce per essere una fonte di produzione e anche qui si riflette il collegamento tra la completezza e lo stato. Il dibattito sulla consuetudine e sui suoi elementi: elemento formale, elemento materiale e quello psicologico, ripetere un comportamento con la convinzione di rispettare la legge è stato più volte contestato sia da **BOBBIO** che da **KELSEN**. Il principio che si compia l’azione con l’idea di applicare una norma è una forma di autodifesa dell’ordinamento: l’ordinamento non può essere creato dai soggetti. L’autointegrazione si basa su 2 strumenti fondamentali analogia e principi generali del diritto. L’analogia è legata alla somiglianza delle, la possibilità di applicare una norma differente a un caso simile. In questo momento che in una fattispecie si applica una norma diversa si pone in essere una norma che prima non esisteva e si integra l’ordinamento tramite l’analogia. L’analogia si suddivide in analogia legis basata su una valutazione razionale della somiglianza mentre l’analogia juris riguarda il sistema, è qualche cosa desunta complessivamente dal sistema collegandosi alla teoria di interpretazione estensiva della legge. I confini sono labili, la legge penale non ammette le analogie ma si supplisce con l’applicazione estensiva e la differenza è minima. I principi generali del diritto pongono un problema più complesso poiché si considerano anche politiche legislative, tradizioni scientifiche oltre le norme per cui comprendono una serie di elementi estranei all’ordinamento stesso. **BETTI** sosteneva che i principi generali avessero un contenuto assiologico eccessivo e difficilmente potranno essere considerati una forma di autointegrazione. **CRISAFULLI** invece sosteneva che i principi generali sono norme giuridiche, riflettono qualche cosa che è presente, devono essere estratti dalle norme e quindi hanno in sé la funzione di regolare un caso, il giudice può applicarli. Questa forma di integrazione apre a una serie di problemi. Il progresso tecnologico sempre più veloce ponendo situazioni nuove che la produzione normativa fatica a regolamentare. Questo inseguimento dei mutamenti sociali nonostante la produzione normativa cresca aumenta il margine dell’autointegrazione. Cresce quindi la possibilità per i giudici di decidere tramite applicazione dei principi. Ponendo il diritto come insieme di principi e valori e mettendo in discussione il diritto come insieme di norme tende a crescere l’importanza dei responsa prudentum (responsi dei giuristi)

**LA CODIFICAZIONE**

La tgd ha tentato di trovare all’interno del diritto le ragioni del suo essere e voler affrancare quanto più possibile il diritto e il suo studio da altre discipline. Per far questo sia **KELSEN** che coloro che hanno teorizzato e studiato la tgd si sono serviti di strumenti già predisposti in passato. Gli sviluppi della cultura giuridica antecedenti la nascita della tgd hanno condizionato la tgd. Un momento che ha condizionato lo sviluppo culturale del diritto è stata la codificazione. Codex richiama una parte del codice giustiniano, la raccolta delle costituzioni imperiali a partire da Adriano, ma è usata per indicare un accorpamento di leggi, un volume che contiene disposizioni giuridiche. Questo processo di accorpamento e di coordinare le norme giuridiche ha preso l’avvio alla fine del XVIII SEC. E’ un processo di tecnicizzazione e tutta la tgd si basa sull’assunto della tecnicizzazione del diritto, esso si spiega da sé, per mezzo delle norme e attraverso l’analisi delle norme. Questo percorso ha tentato di deresponsabilizzare i giuristi da scelte politiche in quanto il diritto tendeva a separarsi dal soggetto che lo pone in essere. Il codice era un insieme di norme e non prevedendo altro assicurava la tecnicizzazione ma anche la separatezza del diritto, riesce ad esprimere un rapporto di ordine e di unità che ne assicura la comprensione. La codificazione ha accentuato la separazione delle materie giuridiche, l’individuazione degli ambiti del diritto, della specificazione delle varie forme è stata alimentata dalla codificazione dal momento che ad esempio tutte le norme del diritto penale si trovavano accorpate. La codificazione ha espresso istanze di superamento del particolarismo giuridico e cioè di una mancanza di unità. La Francia del XVIISEC pur essendo uno stato unitario era regolata secondo diversi diritti. Si avvertiva l’esigenza di un unico diritto in tutto lo stato. Anche in una Germania l’applicazione dei diritti era differenziata, cercare di assicurare l’unità a questi diritti fu un impegno politico soprattutto dei sovrani dell’Europa continentale che dovevano eliminare i privilegi feudali per affermare lo stato assoluto. La codificazione ha rappresentato il programma politico per quanto riguarda il diritto dell’assolutismo illuminato. Un assolutismo fortemente influenzato dalle idee illuministiche che trasformava lo stato in uno stato di polizia che pensava al bene dei sudditi. Il cameralismo tedesco era la disciplina che esprimeva questa istanza, una disciplina che riusciva a spiegare scientificamente la ragion di stato, spiegava il meccanismo di funzionamento della cosa pubblica, del potere. Riusciva appunto ad organizzare in modo scientifico il potere comportando anche la nascita di discipline necessarie al governo dello stato come ad esempio la statistica. Nella Francia di *LUIGI XIV* il re sole, le istanze dell’illuminismo ponevano l’esigenza di organizzare il governo e fu istituita la figura del luogotenente generale di polizia. La nozione di polizia comprende la politica, governo dello stato e il tentativo di razionalizzare procede insieme alle nuov*e valutazioni sulla funzione dello stato e dei rapporti politici complessivi. Questa esigenza di razionalizzazione portò quindi alla codificazione. I 3 riferimenti principali dell’assolutismo illuminato sono* *Federico II di Prussia, Maria Teresa d’Austria e il figlio Giuseppe II* e tutti portarono avanti un programma di codificazione. Le ostilità contro di essa non mancarono da parte di tutti coloro che dalla difficoltà del diritto traevano vantaggi, avvocati giuristi ma soprattutto i notai. Il processo di codificazione però andava avanti e di pari passo si andava formando lo stato-persona separandosi dal sovrano. FEDERICO II si dichiarava il primo servitore dello stato, uno stato artificiale creato dall’uomo, l’artificialità di un ordine per cui il sovrano era legittimato dallo stato che egli stesso governava e le leggi avevano bisogno di entrare in un meccanismo nuovo creato dal sovrano illuminato. Si ripropone la teoria della sovranità per cui essa non si reggeva solo su qualcuno che emanava le leggi e poteva cambiarle ma anche sull’obbedienza volontaria. Dietro questo esprimersi dell’assolutismo illuminato vi erano anche i discorsi di **HOBBES** ad esempio come *autorictas non veritas facem legem* la legge non viene dalla verità ma dal potere e quindi se l’autorictas si esprime attraverso la legge non necessita di legittimazione ulteriore né diviniità, né altro. Il concetto di autorità secondo **MOMMSEN** XIXSEC si affermò nel diritto romano poiché in greco non se ne trova traccia, per la democrazia ateniese probabilmente l’autorità derivava dalla capacità di convincere propria degli oratori nell’agorà.  **HOBBES** invece vedeva sintesi di ragione e potere, un potere che convince e quindi facilita l’obbedienza volontaria. Nell’assolutismo illuminato si realizza una interpositio autorictas poteri che si autolegittimano uno con l’altro: *Federico II* trova legittimazione nel ruolo di ingranaggio dello stato e lo stato trae legittimazione dalla tradizione e dalla continuità dinastica. Lo stato sviluppa la sua architettura e la codificazione servirà a garantire un diritto certo e universale, valido per tutti. Non vi è più un diritto per i nobili e uno per i plebei ma tutti i sudditi cominciano ad avere rilevanza giuridica. La codificazione esprime questa esigenza di ordine, la veritas della ragion di stato espressa dall’autorictas è una verità che si costruisce attraverso la ragion di stato. La ragion di stato esprimeva una conoscenza che il sovrano doveva possedere non perché educato ad essa ma perché egli doveva concretamente conoscere le necessità dei sudditi in modo da porvi rimedio. Si teorizza il potere dello stato di sapere tutto dei sudditi e si sviluppa la polizia nel senso moderno. La codificazione chiarisce gli obblighi dei sudditi, semplifica e unisce al tempo stesso governanti e governati, il principe anche grazie a nuove materie come la statistica conosce i bisogni dei sudditi e le norme occorrenti per soddisfarli. La codificazione ha un impatto notevole sulla tgd perché contribuisce ad alimentare la separatezza del diritto con l’economia, la filosofia e la politica.

**LA CODIFICAZIONE COSTITUZIONALE**

Mentre la codificazione tramite la tecnicizzazione del diritto ha legittimato la tgd la codificazione costituzionale ne ha messo in discussione alcuni fondamenti. La codificazione dei rapporti politici avrebbe tecnicizzato la professione giuridica e deresponsabilizzato i giuristi. Il rapporto politico difficilmente controllabile dal diritto a causa della sua fluidità, pieno di non detti, di sfumature nel momento in cui si è tentato di regolarizzarne per iscritto i rapporti politici ha espresso un allargamento delle materie regolate dal diritto e della possibilità di valutare comportamenti sociali per mezzo del diritto. Le ideologie politiche hanno influenzato tanto la codificazione che la costituzionalizzazione. L’ideologia liberale ha influenzato a lungo le carte costituzionali tanto che il codice Napoleone del 1804 rifletteva proprio il programma liberale l’uguaglianza di fronte alla legge. Al codice Napoleone si rifaceva il codice civile del 1865. L’ideologia socialista ha influenzato anch’essa sia la codificazione civilistica che le disposizioni costituzionali, nel momento di valutare la posizione di svantaggio dei poveri o dei lavoratori ad esempio, ecco la configurazione di determinati soggetti. Anche altre ideologie hanno influenzato le carte costituzionali, ideologie che sentivano la necessità di disciplinare i settori intermedi tra lo stato e il cittadino. Questi collegamenti sono l’espressione del tentativo di affermare il primato del diritto nei confronti della politica configurando come rapporto giuridico la relazione del potere politico con i vari soggetti. La storia ci illustra l’evoluzione avutasi a partire dalla nascita degli U.S.A. ove ha visto la luce la prima codificazione costituzionale moderna. A seguito del conflitto con la madrepatria gli americani del nord immigrati che hanno visto crescere altri immigrati hanno costruito una nazione ma anche uno stato con i principi della tradizione illuminista. Non avevano una tradizione su cui basare il potere politico come invece avveniva con la secolare monarchia inglese e quindi dovettero inventare contemporaneamente sovrano e sudditi. La dichiarazione di indipendenza firmata il 4 luglio 1776 affermava il diritto di un popolo che ancora doveva formarsi a distaccarsi, a dichiarare ai popoli del mondo il suo stato, affermava il diritto alla vita per tutti, alla libertà alla ricerca della felicità come principi che avrebbero dovuto valere per lo stato e al di là di esso. La dichiarazione esprimeva l’auto-attribuzione del potere costituente al popolo, di codificare e trasformare in diritti la maggior parte dei rapporti politici che connettevano gli americani. La separazione dei poteri teorizzata da Montesquie ha trovato facile applicazione rispetto all’Europa. Il costituzionalismo americano ha dimostrato una capacità descrittiva della situazione reale e questo ha contribuito alla crescita del costituzionalismo in Europa ma anche in buona parte del pianeta. La formulazione della costituzione di Philadelphia teneva conto dei problemi sociali e politici che gli americani si trovavano di fronte dimostrando, quasi come un esperimento in laboratorio, l’effettiva possibilità di utilizzare il diritto per regolare i rapporti giuridici. Anche nel passato sia ad Atene che a Roma si era tentato di regolare i rapporti politici per mezzo del diritto ma la mancanza di separazione che la tgd ha compiutamente espresso del diritto ne ha tarpato le possibilità in quanto allora il diritto era sempre collegato alla religione e ad una serie di condizionamenti. La costituzione americana ha dimostrato che era fattibile ed in seguito in Francia, nel resto dell’Europa ma anche in Asia e Africa seppur con maggiore o minore credibilità le costituzioni hanno cominciato ad esistere affermando questo principio di tecnicizzazione, di scelte politiche ma che usano il diritto e attraverso di esso si esprimono. La carta costituzionale americana conteneva particolarità che hanno influenzato il moderno costituzionalismo, era una carta programmatica di uno stato in costruzione che fissava degli obiettivi che si sarebbero relativamente modificati. Un percorso di costruzione che non si è ancora esaurito. Ma era una costituzione rigida, che si differenziava dalle leggi normali, che esprimeva una maggioranza più forte ed una procedura complessa per la sua trasformazione. Il diritto costituzionale tende a distanziarsi dagli altri diritti affermando una specificità che non trova esclusiva legittimazione nel rapporto particolare con la politica ma anche con la sociologia e la storia nel suo complesso.

**TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO**

La sociologia del diritto presenta problematiche simili alla tgd nel quadro del linguaggio sociologico. Essa è difficilmente valutata in una dimensione unitaria: contiene implicazioni, soluzioni interessi differenti tra di loro. Il suo tentativo essenziale è quello di considerare e dare prevalenza al diritto come fenomeno sociale. Sembrerebbe esserci una convergenza con la scuola storica del diritto di **SAVIGNY** che aveva come riferimento il popolo, il diritto come un fenomeno popolare dando quindi prevalenza alla società piuttosto che all’individuo. Nella sociologia il costume sociale corrisponde in qualche misura alla consuetudine, la consuetudine come diritto spontaneo, vivente. Questo diritto è obiettivo di analisi della sociologia del diritto. La sociologia giuridica tende a superare il discorso del diritto formato dallo stato che ha caratterizzato un ampio settore della tgd, il normativismo e la scuola del diritto positivo avevano lo stato come riferimento per la creazione del diritto. La sociologia configura il diritto come creato dal sociale non necessariamente dallo stato quindi il diritto sociale è posto in essere da gruppi associati. La differenza tra la scuola storica del diritto e la sociologia del diritto è che pur considerando elementi staccati società e diritto, la sociologia studia il rapporto sotto il profilo sincronico, la scuola storica in una dimensione diacronica, considerando quindi il percorso del tempo. Uno degli aspetti interessanti per studiare il rapporto tra sociologia e tgd è quello del rapporto tra diritto e potere. Per **MAX WEBBER** il potere è la possibilità per un comando di trovare obbedienza da parte di un gruppo. La minore obbedienza può determinare effetti sulla norma stessa: nella sociologia questo elemento è maggiormente importante, ma da cosa deriva l’obbedienza? **WEBER** analizza le ragioni e le soluzioni sono molteplici: l’abitudine ad esempio, quando un comando si ripete ne determina l’abitudine all’obbedienza. L’abitudine non implica un atteggiamento volontario, ma istintivo e quasi naturale alla stregua di un riflesso condizionato. In altri casi l’obbedienza è la conseguenza di una valutazione razionale attraverso cui i destinatari obbediscono rispetto ad un determinato scopo che essi accettano. Il politologo **DAHL** recentemente scomparso indica il potere centrando la questione tra una pluralità di soggetti. Tizio ha potere su Caio nella misura in cui può ottenere che Caio faccia una cosa che altrimenti non avrebbe fatto. E’ una quantificazione del potere che è necessario possedere a determinare una variazione del comportamento del destinatario del comando. L’elemento particolare del potere è il potere di relazione tra chi comanda e chi obbedisce, questo rapporto tenderebbe al riportare il discorso sull’individuo. La polemica sollevata dalla sociologia nei confronti della lettura positivistica è legata al considerare la società prima dell’uomo. La sociologia del diritto tende ad accentuare la dimensione sociale dell’uomo e a considerare l’uomo meno soggetto quanto appartenente a un gruppo, mentre il diritto, nella tradizione romanistica in particolare, centra tutto sull’individuo capace di volontà, sia nell’incontro con un’altra volontà creando il negozio giuridico ma anche senza incontrarsi con un’altra volontà come nel caso di un testamento. Per **SIMMEL** la mente umana che analizza non è quella dell’individuo ma un prodotto della socialità, esattamente come il linguaggio che esprime i concetti con cui l’individuo afferma i suoi diritti e riconosce i suoi obblighi. Tutto questo è un fenomeno sociale, il linguaggio nasce per la necessità di comunicare, il rapporto tra gli uomini è essenziale: l’uomo diventa sociale prima di essere umano. Perfino **KELSEN** riconosce che la nascita dell’individuo nel diritto come titolare di obblighi e diritti è profondamente legato a questa ibrida dimensione di individuo e socialità. Già **ARISTOTELE** quando parlò di uomo animale sociale si riferì al suo modo intrinseco di ragionare ed esistere: l’affermazione individuale è legata al gruppo. **SIMMEL** sostiene che la difficoltà di ricondurre all’individuo la spiegazione di certi fenomeni ha indotto ad affermare l’esistenza dell’essere superiore che risolvesse il problema difficile che la soggettività dell’uomo non era in grado di risolvere. La società viene vista come una somma di rapporti più che come collettività come l’ordinamento è un insieme di norme la società è un insieme di rapporti. Da cosa sono regolati questi rapporti? Subentrano ora teorie di derivazione economica ad esempio la condizione di scarsità, per cui dal momento che costruisci le cose costruisci il rapporto con gli uomini e necessariamente esce l’individualità che si pone nel rapporto con gli uomini e con le cose. L’approccio sociologico si sviluppa sotto 2 profili, desiderio e appagamento. La condizione generale di scarsità che tutto influenza comporta che nel rapporto tra gli uomini il desiderio sia determinante e quindi chi ha la possibilità di appagare questo desiderio si trova in una posizione privilegiata. In questa analisi dei rapporti sociali vediamo come l’attribuzione del valore è legata alla condizione di scarsità. Il complesso dei beni non può esaurire le esigenze e i desideri di tutti, quanto più una cosa è desiderata quanto più sarà ostacolato il suo possesso tanto più sale il valore della cosa desiderata. Da questa presenza di desideri e di volontà di appagamento in condizione di scarsità dei beni nasce un rapporto di sovra-ordinazione e subordinazione degli uomini. La superiorità di alcuni contrapposta alla subordinazione di altri non è assoluta ma condizionata, un condizionamento reciproco. C’e una reciproca dipendenza tra governanti e governati come nella metafora antropomorfa di Menenio Agrippa ma l’idea di governanti e governati suscita l’idea del conflitto, il governato può accettare la sua condizione ma tendenzialmente stimola il proprio miglioramento e sviluppa la conflittualità. **STERNBERGER** XXSEC ha teorizzato le forme di regolazione del conflitto. Si può superare con la pace che è vista come regolazione del conflitto stesso, il riferimento è ad **ARISTOTELE** tra governanti e governati la soluzione è quella del governo limitato. Il condizionamento dei governanti ad opera dei governati pone in essere un accordo, una serie di regole che determinano un equilibrio, la nascita del diritto. Un tipo diverso di regolazione è quello con la repressione e con l’inganno. Machiavelli considerato il fondatore della politica nel senso moderno teorizza per il governante la necessità della simulazione: il tiranno deve cercare di somigliare al re buono. Vi è una terza forma di regolazione che si rifà a **SANT’AGOSTINO**, il governante supera il conflitto tra la propria volontà è quella dei governati tenendone conto e si presenta come espressione dell’interesse dei governati. Nel *DE CIVITATE DEI* la città di Dio non c’è più il conflitto perché c’è la redenzione. Egli auspicava una società differente ma irrealizzabile, la città è fatta da Caino e non dal fratello Abele. Il perseguire l’obiettivo della città di Dio può farci trovare la repressione, il governo totale in modo da poter cambiare l’uomo. Un percorso differente è stato fatto da studiosi dei rapporti umani come **HUME** secondo cui il rapporto di sovraordinazioni o ha un grande legislatore in grado di risolvere tutti i problemi oppure ha lo sbocco della cooperazione volontaria. Essa implica che nello scambio tra differenti desideri si individuano i bisogni e una serie di servizi reciproci in relazione a questi bisogni. Il tutto senza un disegno preciso, senza accordo sui fini, un atteggiamento naturale che tramite il confronto metta in luce l’esigenza di accordi. Il diritto non nasce come espressione di un potere già formato ma come esigenza dell’accordo, dell’esaudimento dei desideri umani. La società si sviluppa e si organizza, non si propone la città di Dio ma di evitare il peggio. Il mercato ha necessità di ordine che viene creato per mezzo di norme astratte che valgano per tutti. Norme che non risolvono la diseguaglianza dei desideri tra gli uomini che ne sappiano accettare le differenze ma che evitino il peggio, che consentano l’accordo. Quindi ecco il governo della legge, si ripropone il diritto, partendo dalla società l’esigenza del diritto si ripropone pur se in un percorso differente da quello interno alla disciplina giuridica per pervenire ad affermare la necessità del diritto.