

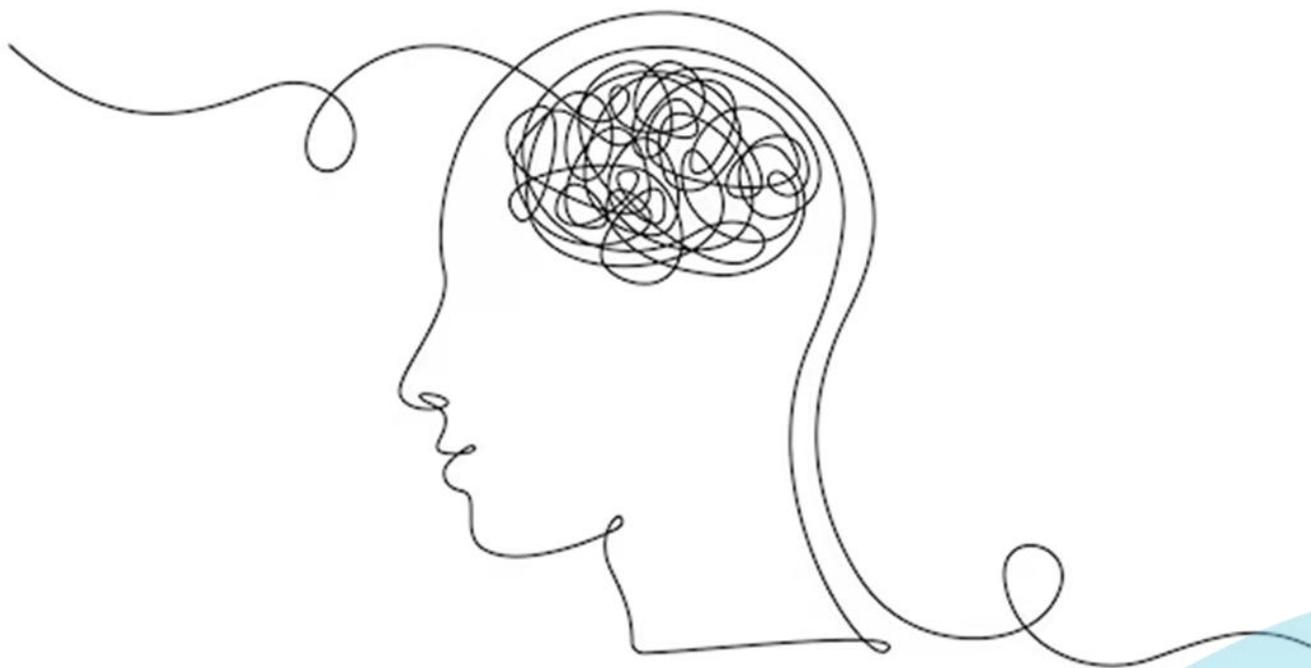
Brought to you by:

ASTRA

FILOSOFIA DEL DIRITTO

1° CLMG

SECONDO PARZIALE



Find more at:

astrabocconi.it

This handout has no intention of substituting University material for what concerns exams preparation, as this is only additional material that does not grant in any way a preparation as exhaustive as the ones proposed by the University.

Questa dispensa non ha come scopo quello di sostituire il materiale di preparazione per gli esami fornito dall'Università, in quanto è pensato come materiale aggiuntivo che non garantisce una preparazione esaustiva tanto quanto il materiale consigliato dall'Università.



IL DIRITTO OGGI E IN PASSATO: monismo e pluralismo

Il diritto oggi, che guida le nostre condotte e che viene applicato dai giudici, è in trasformazione, è già cambiato e sta cambiando.

Si può analizzare in due tipologie:

- **Monistico**, diritto come risultato dell'attività di un'autorità che ha l'ultima parola su cosa questo sia, che fa capo ad un'istituzione definita come stato, unico ed identificato => **diritto dello stato** con, quindi, un carattere unitario. Questo diritto non è più presente, stiamo transitando in un altro tipo di diritto;
- **Pluralista**, diversi soggetti hanno il potere di applicare, emanare, il diritto, ci sono diverse regole di comportamento, anche molto diverse tra loro che ci mettono in difficoltà nel momento della decisione di un comportamento. Questo è il tipo di **diritto attuale**, un diritto in cui troviamo diversi punti di vista, uno **tradizionale** (ottica monista dove è chiaro il comportamento da seguire, quello imposto dallo stato) e **uno che si oppone a questo, costituito da una seconda autorità, la corte suprema dell'unione europea**, che ha istituito delle leggi che vanno proprio a regolare quel comportamento nello specifico. Se prendiamo per esempio il caso dell'immigrazione troviamo diverse autorità con regolamenti differenti, tutti validi, che non sono però gerarchicamente ordinate portando così a una confusione che non permette di comprendere quale sia il diritto "corretto" da applicare al caso specifico. Ci troviamo in una situazione di crisi.

Il diritto ammette il plurale?

"Violare il diritto" e "violare i diritti" sono due **concetti differenti** dove nel primo si intende l'ordinamento giuridico di un determinato paese, nel secondo il termine diritti non va ad intendere l'insieme delle norme giuridiche di un ordinamento ma quelli che sono dei diritti in particolare di un determinato qualcuno o qualcosa quindi non delle norme, prassi o istituzioni ma delle prerogative dell'essere.

Deduciamo quindi che **il termine diritto se posto al plurale prende un significato totalmente diverso**, vediamo come altro esempio la differenza tra "*diritto italiano*" e "*diritti umani*" dove il primo esempio fa riferimento all'ordinamento giuridico italiano che a sua volta fa capo ad una norma giuridica, la costituzione che per esempio va a vietare la pena di morte poiché non riabilitativa, e nel secondo caso vediamo invece non un riferimento ad un ordinamento giuridico ma a quelle che sono delle "norme naturali".

Il diritto è quindi solo intendibile al singolare, come un elemento unico.

A tale proposito possiamo andare a **riprendere Wittgenstein** che ha fatto dell'analisi linguistica una delle sue priorità, il modo in cui usiamo il linguaggio va a definire il significato => se il diritto è nominabile solo al singolare seguendo il suo ragionamento questo andrebbe inteso solo al singolare, facente capo quindi ad un'unica autorità
=> monismo giuridico, solo il diritto dello stato che costituisce l'unico diritto esistente.

Monismo

Può essere inteso in diversi modi:

- **Tesi metafisica**, dove per metafisica si intende **un qualcosa che vada oltre**, al di là della fisica riprendendo Aristotele; oggi per metafisica si intende la branca della filosofia che va a studiare,



anche intesa come filosofia prima, il fondamento ultimo della realtà, la natura delle cose
=> i metafisici si trovano a lavorare a stretto contatto con i fisici nelle loro analisi.
Studiare per esempio la natura del diritto permette di identificarlo e quindi differenziarlo dal resto, identificandolo.

“Il diritto è uno solo, e occorre dunque intenderlo in modo unitario”

- **Tesi epistemologica**, dove per epistemologia si intende la branca della filosofia che riguarda lo **studio della conoscenza**, non ci si impegna ad andare a ricercare e definire la natura di una cosa per andare poi a definirla e distinguerla, si pone quindi un **problema conoscitivo** andando a ricercare delle categorie conoscitive elaborando dei concetti per andare a capire. Questo studio della conoscenza l'abbiamo già trovato in Kelsen che va ad indagare sul diritto in se andando a separarlo da tutto ciò che lo rende soggettivo.

Si intende quindi che tutti i concetti conoscitivi che possiamo apprendere sono intendendoli in senso unitario, di conseguenza intendibili come un singolo.

“Il diritto può essere conosciuto solo se ricondotto ad unità, è dunque soltanto uno”

- **Tesi pratica**, che va a definire il **diritto come un concetto unitario e coerente** per permettere che questo vada a raggiungere i suoi fini, il compito dei giuristi è quindi quello di ricondurre il diritto ad un'unità uniforme per, ad esempio, andare a permettere e garantire l'ordine sociale.

“Il diritto deve essere reso unitario e coerente per raggiungere i suoi fini”

Ciò che va ad accomunare le tre forme di monismo giuridico è la natura unitaria del diritto, poiché è solo così che possiamo realizzare i fini pratici che gli sono propri.

“Il diritto contemporaneo si presta ad essere inteso in questo modo?”

“Il diritto può essere pensato al plurale?”

Tesi da sottoporre:

- la natura del diritto non è natura unitaria ma molteplice;
- Per conoscere il diritto dobbiamo avvalerci di una pluralità di metodi e concetti di diritto;

=> **genealogia:**

- ricostruzione di tipo storico con carattere di tipo causale per comprendere la trasformazione del diritto- solitamente
- Tramite una ricostruzione storica di tipo non causale non è possibile ricostruire in modo lineare il passaggio da un tipo di diritto ad un altro, bisogna quindi ricavare una specie di itinerario che ha portato da uno ad un altro=> genealogia, introdotta da Michelle Foucault

Monismo metafisico

Josef Raz (1939-2022) - giuspositivista

Raz è un positivista, il diritto è solo quello positivo, posto che definisce quindi come un insieme di norme che avanzano una pretesa di autorità.

Sostiene che il compito della filosofia del diritto sia scoprire “le caratteristiche che i sistemi giuridici necessariamente possiedono”.

Le tesi della filosofia nel momento in cui sono vere si applicano universalmente, coinvolgono tutti universalmente, valendo per tutti i sistemi giuridici, presenti, passati e futuri.

John Finnis (1940-) - giusnaturalista



Sostiene che "*i principi del diritto naturale non hanno storia*", per natura il diritto include una serie di principi che sono iscritti nella natura umana che **a differenza di Raz qui non hanno a che fare con il loro carattere funzionale, strumentale ma con il contenuto**, alle norme che devono essere contenute all'interno di ogni ordinamento giuridico: **principi fondamentali del diritto naturale, volti al perfezionamento dell'essere umano.**

Riprende Tommaso D'Aquino con il "*lex iniusta non est lex*" andando quindi a distaccarsi da Kelsen che sosteneva invece che una legge fosse giusta, valida se era emanata dall'autorità vigente

=> per Finnis queste leggi sono sì giuste e valide ma non siamo obbligati a seguirle=> a vincolarci e guidarci a fine ultimo è unicamente la morale.

Monismo epistemologico

Hans Kelsen (1881-1973)

Si propone di risalire a ritroso alle condizioni di diritto a partire dai fenomeni: osservando da un punto di vista soggettivo ci sono diversi punti di vista giuridici che però sono universali. Sempre in Kelsen troviamo i concetti di *sovranità e stato*.

Nel '800 nasce la scienza diritto pubblico e nel secondo dopoguerra nascerà **scienza del diritto costituzionale**=> scienze che hanno una storia breve, non sono consolidate.

Nella scienza del diritto pubblico, affermatasi all'inizio dell'800, **si studia il concetto di stato** osservando anche quella che è l'idea dei giuristi a riguardo, **Kelsen sostiene che questa lo definisca come un'entità fisica, reale e collettiva che opera nel mondo**

=> lo stato è in realtà una tipologia dell'ordinamento giuridico, un ordinamento statale che comporta una divisione del lavoro all'interno della produzione e nell'applicazione delle norme.

Quando i giuristi parlando del popolo e dello stato, dice kelsen, ne parlano come se fossero entità fisiche, in realtà sono finzioni che rappresentano un'ideologia.

(il primo ad avere usato il termine 'ideologia' in senso filosofico fu Marx, inteso come una immagine che rovescia la realtà).

Per Kelsen stato e ordinamento sono la stessa cosa, lo stato è quindi un ordinamento molto complesso che include moltissime cose e che richiede una divisione del lavoro. Tuttavia, lo stato è unico ed unitario perché non possono esserci due ordinamenti giuridici. Lo stato si compone di tre elementi: sovranità, popolo, territorio.

Nello stato non vi è altro diritto di quello prodotto dal sovrano: l'ordinamento giuridico statale è quindi unico, unitario e supremo, esclusivo e autonomo. Sovrana è l'autorità suprema e sovrano è colui che ha l'ultima parola quando si tratta di stabilire cosa il diritto vieta e obbliga di fare. Il diritto è quindi solo ciò che il sovrano stabilisce essere tale.

Abbiamo detto che all'interno dello stato bisogna dividersi i compiti ma questo ha in ogni caso un carattere unitario poiché non deve esserci il rischio di avere più norme fondamentali possibilmente in conflitto che rendono difficile comprendere di chi sia la competenza su ogni fatto, **il concetto di stato è quindi legato a quello di supremazia.**

Lo stato per Kelsen si compone di 3 elementi:

- **Sovranità**, è un mantra della scienza dell'800, non è un'entità fisica ma una caratteristica dello stato;
- **Popolo**, serve qualcuno che abiti il territorio, una popolazione;
- **Territorio.**



Inoltre **ciò che non è prodotto dallo sovrano non è diritto**=> il diritto statale è unico, unitario, supremo, esclusivo e autonomo.

I concetti giuridici non sono eterni, sono concetti che nascono e diventano importanti poiché si tramutano in strumenti importanti di legittimazione per esempio dell'uso della forza, per giustificare il potere.

Monismo pratico

Origini concrete dello stato

Il primo a definire la dottrina del contratto sociale è Thomas Hobbes che va, nel suo **Leviatano**, a definire il concetto di sovranità e ne giustifica la nascita. Per fare ciò, Hobbes, utilizza l'esperimento mentale, in cui immagina una situazione fittizia per poi ritornare alla realtà.

Andrà a definire nello stato di natura gli uomini come esseri indipendenti e uguali tra di loro che dispongono solo delle loro capacità naturali, per poi immaginare che questi riescano a fuggire per andare nello stato civile, lo stato reale. Le prerogative perse però non vanno ad un'altra persona ma al popolo, allo stato che le eserciterà al posto del singolo in suo nome.

Ed è da qui che diciamo che la sovranità appartiene al popolo, ma c'è un **problema**: il popolo è un'entità fittizia, non lo posso toccare né vedere per strada. Se il popolo esistesse non avremmo bisogno di parlamenti ed enti, **il popolo deve quindi essere rappresentato in qualche modo perché di per sé non esiste**.

Quindi il patto sociale stesso è un esperimento mentale volto a trarre delle conclusioni, dove gli uomini sono degli individui e lo stato è un progetto da realizzare

La capacità giuridica, che ora spetta a tutti, nello stato di natura non era la stessa per tutti perché dipendeva dalle loro relazioni sociali, come per esempio gli schiavi non avevano gli stessi diritti dei cavalieri, **a rendere quindi gli individui uguali è Hobbes stesso con la sua evoluzione del concetto di stato**.

Thomas Hobbes

Con il contratto sociale **il cittadino trasferisce le sue prerogative alla comunità**, allo Stato che necessita però di essere rappresentato per poi essere in grado di agire, il rappresentante quindi esercita la sovranità nel nome dello stato.

Come abbiamo già detto il contratto sociale è un esperimento mentale volto a capire razionalmente e giustificare un qualcosa, l'organizzazione della società secondo questo determinato modello.

I concetti di stato, sovranità e rappresentanza conferiscono un nuovo fondamento al diritto poiché, **cos'è il diritto nello stato?**

Corrisponde a **ciò che il sovrano dice essere diritto, quindi alla sua volontà**, al suo rappresentante, il popolo che opera attraverso il parlamento che a sua volta parla tramite la legge esprimendo così la sua istituzione.

La legge è quindi l'unica forma di diritto all'interno dello stato, non esistono quindi fonti del diritto differenti dalla volontà del sovrano, **non esistono quindi i diritti naturali** poiché questi sono indipendenti dalla volontà del sovrano=> ciò non è possibile.

Anche le consuetudini non sono più fonti del diritto a meno che non siano previste e riconosciute dalla legge del legislatore.



Ma perché allora si dice che lo stato porta la libertà dell'individuo?

La risposta fornitaci da Hobbes è che ciò è tale poiché quello che io penso corrisponde alla legge del legislatore quindi questo sta semplicemente esplicitando ciò che il popolo vuole=> libertà estrema, siamo tutti sottoposti ugualmente alla legge proprio perché esprime la volontà di tutti.

Lo stato è un progetto quindi da realizzare e lo sono anche i due valori su cui questo si basa, libertà e uguaglianza.

Il modello del contratto sociale ha avuto così tanto successo perché è diventato un progetto da realizzare. Tuttavia, il modello è stato declinato in mille modi: quello di Hobbes è stato il primo ma poi per esempio è stato declinato cambiando il concetto di natura.

Rousseau vede lo stato di natura come un eden, mentre Locke ha una visione estremamente drammatica di esso.

Critica di Hegel allo stato di Hobbes

La critica maggiore al contratto sociale è stata formulata da Hegel, che viene considerato come il massimo teorico dello stato, che **sostiene che ciò sia una fregatura, un inganno** poiché sostiene che **ciò non porti alla libertà dell'uomo**, ciò con lo scopo di convincerci a sottoporci al potere del Leviatano.

Alla base della sua critica mette il fatto che **essendo questo basato su un esperimento teorico è una conseguenza del pensiero di chi l'ha istituito** che porta attraverso le sue riflessioni a pensare che l'unica soluzione sia entrarne a far parte. Sostiene quindi **che sia al contrario, che lo stato non sia il punto di arrivo ma di partenza e che tutto ciò non sia quindi un modo per arrivarci ma semplicemente una giustificazione di ciò.**

Nonostante queste falle, il modello di Hobbes è stato largamente utilizzato e preso come esempio da tantissimi filosofi del diritto. Hobbes ci porta a pensare che la realtà finta che ci racconta sia in realtà vera.

Stato come modello di trasformazione storica

Alla fine del '700 lo stato si tramuta in realtà, composto da tre elementi costitutivi, territorio, popolazione e sovranità. Questo modello non è però rimasto uguale a causa dei diversi modi di concepire i poteri di questo e il suo rapporto con il diritto.

Consideriamo tre delle trasformazioni dello stato:

stato legislativo (*machtstaat*)

stato di potenza, stato che **esercita il potere è la prima forma storica concreta che assume il modello di Hobbes.** La legge emanata dal sovrano è l'unica forma di legge
=> il diritto viene concepito come esercizio del potere politico e il sovrano non è sottoposto alla legge in quanto ne è l'autore e l'unico interprete legittimo, ciò non significa che questo agisca in modo sconsiderato poiché ci troviamo in un periodo in cui il sovrano era illuminato e agiva sempre in favore dello stato.

Questo modello ha però un **principale difetto che consiste nella possibilità di utilizzare il diritto in modo arbitrario per garantire la volontà di una parte o addirittura la propria e così il diritto diventa incerto e in continuo cambiamento.**

Anche la posizione di giudice è particolare poiché nel momento in cui questo esercita la sovranità per nome del sovrano questo ha la possibilità di giudicare arbitrariamente;



Stato di diritto (rechtsstat)

si passa da *rex facit legem* a *lex facit regem*, c'è quindi un'inversione del rapporto tra diritto e potere all'inizio del '900 e nasce il **principio di legalità che va quindi a impedire che il potere possa essere usato contro i cittadini.**

La legge viene quindi intesa come un atto regolativo supremo e irresistibile che va a disciplinare non solo i cittadini ma anche il governatore, quindi anche l'attività dei poteri pubblici.

Quindi non è più la volontà del sovrano a regolare lo stato ma la legge a cui questo è ora sottomesso con la rimozione dell'arbitrio, è quindi la legge a conferire il potere al sovrano. **Troviamo questo modello in Kelsen per esempio con la *grundnorm* che attribuisce al legislatore il potere all'interno di una stretta gerarchia piramidale.**

Negli anni 20 del 1900 si chiedono, i giuristi, se **il 3 reich sia o meno uno stato di diritto**, la risposta che ci viene spontanea è no ma in realtà l'amministrazione pubblica era amministrata strettamente dalla legge e gli stessi giudici si vantano di essere perfetti interpreti della legge e hanno ragione, questo viene infatti usato per esemplificare quello che è l'esempio più feroce di uno stato di diritto del tutto legittimo nonostante l'erroneità effettiva;

Stato liberale di diritto

è una **variazione dello stato di diritto che va a tutelare dal caso prima esposto, la legge non è tale se va contro l'interesse collettivo**=> la legge assume **una duplice funzione, stabilire cosa l'amministrazione può fare per realizzare l'interesse collettivo e stabilire cosa i privati possono e non possono fare**, dove tutto ciò che non è vietato è permesso, quindi l'autorità può intervenire solo nel caso di comportamenti contro la legge vigente

=> quindi **il giudice non può decidere arbitrariamente** per esempio le pene **per caso specifico** nel caso di aggravanti non esplicitate dalla legge=> **il giudice è solo colui che da forza coattiva alla norma.**

Tuttavia questo **modello si è rivelato fallimentare** poiché non impedì negli anni 20 una grave crisi economica, non fermata da uno stato liberista che non ha protetto le fasce deboli, inoltre questo sistema ha reso possibili sistemi dittatoriali con sistemi anti statali;

Stato costituzionale,

modello che **soppianta quello liberale di diritto dopo la fine del secondo conflitto mondiale**, in questo stato viene introdotto un nuovo elemento, la **legge viene subordinata alla costituzione**, come legge in se, che vediamo acquisire anche delle nuove caratteristiche.

Le costituzioni non contengono più solo delle istruzioni ma anche i diritti fondamentali che spettano tutti i cittadini e che non sono disponibili neanche dal legislatore, la costituzione nasce quindi per proteggere i diritti dei cittadini per andare anche a evitare una dittatura delle maggioranze.

Diritto internazionale

A questo punto anche il legislatore è sottoposto al diritto in modo tale che questo non si trasformi in uno strumento di prevaricazione dei cittadini, per questo motivo **viene introdotta la costituzione come legge superiore.**

Nascono così gli stati costituzionali dove i principi costituzionali avevano una duplice funzione: individuare i fini che l'ordinamento deve perseguire e costituire delle garanzie per i cittadini contro le scelte politiche del legislatore.



Questo stato genera un problema contro maggioritario poiché nel caso in cui i cittadini prendessero una decisione che va contro la costituzione, il giudice dovrebbe intervenire e limitare il popolo nella sua libertà.

La sovranità ha 2 volti, uno esterno e uno interno, la supremazia dello stato e l'indipendenza dello stato=> gli stati sono indipendenti, la grandezza non influisce sul loro potere, operano in modo paritario e supremo sul proprio territorio.

Nel **1648 viene firmato il trattato di Westfalia**, "*cuius regio, eius religio*" che esprime il divieto di ingerenza negli affari religiosi di altre unità politiche territoriali. Sancisce inoltre che ogni unità di politica territoriale diventa potenzialmente sovrana => **la pace di Westfalia sancisce l'inizio dell'antenato del diritto internazionale**, nessuno poteva intervenire sul modo in cui un sovrano amministrava il proprio territorio;

Le leggi del diritto internazionale non sono leggi poiché queste per loro definizione presuppongono un rapporto di subordinazione tra chi le emana e chi le subisce e ciò non esiste all'interno del diritto internazionale dove vige, tra gli stati, un rapporto di parità.

Quindi **le uniche fonti del diritto internazionale sono i trattati e le consuetudini**, dove per consuetudini si intende un rapporto volontario implicito.

Nel **principio di effettività** troviamo una delle particolarità del diritto internazionale, poiché le **situazioni di fatto che si protraggono nel tempo diventano situazioni di diritto**, ne è un esempio l'occupazione della Crimea del 2014 da parte della Russia, definito dall'ONU come una violazione che però non ha portato a nessuna sanzione, essendo la Russia parte integrante importante di questa (Onu) e considerando che questa operazione è stata giustificata come un'operazione tutela delle comunità russe lì presenti.

La Crimea ha così cominciato ad essere gestita dalle autorità russe e non più ucraine e **ciò che è partito come una situazione "illegale"**, una violazione del diritto internazionale, **è ormai situazione di diritto** è infatti ora necessario andare a richiedere il visto all'ambasciata russa per poterci andare ed essere sottoposti ai controlli sempre della polizia russa.

Esistono però dei tribunali internazionali volontari, nel senso che è volontario il fatto di essere sottoposti a giudizio, questo tribunale non ha però una funzione che va oltre a quella simbolica poiché tutte le grandi potenze non hanno firmato il trattato e non si sottopongono quindi a giudizio.

Ma secondo il modello di Westfalia i trattati internazionali sono efficaci all'interno dello stato?

Sì ma solo se convertiti in legge, dove per efficacia si intende se questo produce effetti giuridici e può quindi essere rivendicato in sede di tribunale, quando quindi il parlamento ha emanato una legge che sancisca la validità del trattato internazionale come legge interna.

Ma il diritto internazionale è veramente diritto?

A questo punto il dubbio è legittimo, vediamo l'analisi di Hart e Kelsen:

- **Herbert Hart**, il diritto è l'insieme delle norme primarie e secondarie, dove per norme primarie intendiamo i precetti e per norme secondarie intendiamo le leggi strumentali, a questo punto ci chiediamo: **all'interno del diritto internazionale sono presenti entrambe le norme?** La risposta è **no**, le primarie sì ma le secondarie no considerando il fatto che non esiste una norma di riconoscimento universale e che il giudizio è volontario => **il diritto internazionale non è diritto in senso proprio ma ciò non implica che ciò che noi comunemente definiamo come diritto internazionale che non sia importante**, anche nel suo **essere primitivo**, poiché ha delle regole, solo che si tratta di regole sociali che non sono quindi munite di forza coattiva ma



sono semplicemente intese come modelli sociali di comportamento, esercitano una pressione alla conformità;

-

- Kelsen, **è possibile che esista un ordinamento giuridico mondiale?**

Per rispondere a questa domanda dobbiamo ricordarci la gerarchia piramidale delle norme di Kelsen, in cui vediamo che il contenuto delle norme può essere diverso, anzi lo è, ma la forma è la stessa, sempre e in ogni stato, **con sempre in cima una norma fondamentale**, di riconoscimento che valida le altre => per Kelsen il vertice sotto cui stanno tutti gli ordinamenti dei vari stati è lo stesso, quindi il diritto del singolo stato è parte del diritto universale. Quindi Kelsen, come Hart, anche se in modo diverso, va a definire il diritto internazionale come un diritto primitivo che potrà evolversi e diventare diritto in senso proprio, gli vede le potenzialità di diventare uno strumento di pace (idea molto Kantiana). Il diritto è uno solo, non ce ne sono tanti, smonta quindi l'idea di una natura molteplice del diritto e anzi auspica che al termine del secondo conflitto mondiale si arrivi ad avere una corte di giustizia penale internazionale obbligatoria.

-

Caso Mortensen VS Peters 1906 (in Irlanda c'è il common law quindi i casi si indicano così)

Inizio del 1900, Scozia, pesca, prima fonte economica a quel periodo, in particolare la pesca a strascico, questo è il soggetto del caso preso in analisi.

Tale tecnica di pesca permetteva di raccogliere sia i pesci sia i crostacei appoggiati sul fondale marino, molto fruttuosa, economicamente parlando, ma anche molto dannosa per l'ambiente, ciò la porterà poi ad essere violata.

Il protagonista del nostro caso è **un capitano di un peschereccio danese che si trova a pescare in Inghilterra**, siamo al 30 Novembre del 1905, si trova a circa 5 miglia dalla costa della baia di Moray quando viene **fermato dalla polizia locale per violazione delle norme interne che regolavano la pesca**.

Poco prima il parlamento scozzese aveva emanato un regolamento che violava questo tipo di pesca nel territorio e in particolare ad est della linea immaginaria che andava dalla punta a estremo nord a quella a sud che racchiudeva così tutta la baia di Moray.

La sanzione era di tipo amministrativo e nel caso di un pagamento successivo si trattava di una pena di 60 giorni di carcere insieme al sequestro delle attrezzature per la pesca. Il **pescatore rimane scioccato poiché a quel tempo esisteva una legge che diceva che le acque, a più di 5miglia della costa del territorio, erano considerate internazionali**. Ora ciò è regolato dal the law of the sea, un trattato internazionale che però allora non esisteva facendo basare il diritto internazionale sulle norme presenti.

Erano definite come acque territoriali quelle porzioni di mare che si dispongono a non più di una certa distanza dalla costa, tali acque sono parte integrante dello stato quindi questo esercita su queste ultime la medesima sovranità che esercita su un territorio terreno.

Mortensen è per questo motivo che era tranquillo riguardante la sua posizione giuridica, essendo che era "protetto" dal diritto internazionale essendo le acque internazionali. Qui vediamo la **contrapposizione però con il diritto scozzese che aveva legiferato che quelle acque erano parte del proprio territorio**. Il pescatore non paga quindi la multa, rischiando anche il carcere, e fa ricorso all'autorità della corte distrettuale scozzese che però rifiuta tale ricorso, **questo non si da per vinto e presenta il ricorso alla High Court**.

Questa è una antinomia, ossia un conflitto tra due norme.

In un'ottica kelseniana al vertice della piramide c'è il diritto internazionale ed esso, avendo anche come scopo quello di garantire la pace, dovrebbe essere **più "importante" di quello**



interno. Come sappiamo infatti, una consuetudine di diritto internazionale è una norma a tutti gli effetti perché genera obblighi.

La legge scozzese, d'altra parte, era coerente con il common law e in particolare con la dottrina della intra fauces terrae (il tratto di mare incluso tra due pezzi di terra che costituiscono una baia è territorio dello stato).

Dottrina dell'*intra fauces terrae*

Nasce nel common law inglese nel 1604 con la guerra tra Spagna e paesi bassi che si stava svolgendo sulle coste del territorio inglese, tale dottrina sancisce che i territori tra due braccia di terra, quindi le baie, facessero parte del territorio e fossero quindi di sovranità del re.

Ciò vale **però solo nel caso di conflitti e non di pesca e commercio** poiché era volto unicamente alla protezione del territorio e tale limite era posto a 3 miglia che corrispondeva a raggio di tiro dei cannoni e anche al limite che raggiungevano i radar utilizzati per il controllo dei territori. **Questa dottrina è però relativa al territorio inglese, giustificata da una situazione storica che aveva portato a tale legislazione.**

Questa dottrina aveva una forte problematica poiché, se fosse stata applicata anche in stati come Cuba ciò avrebbe portato all'impossibilità di navigare in una parte di acque eccessivamente ampie.

Questa dottrina **però ci permette di comprendere quali fossero i fondamenti della legge irlandese** chiamata in causa nel caso che stiamo analizzando **ma non è valida in tale situazione poiché non c'era un'accordo tra lo stato della scozia e quello della Norvegia**, accordo che era invece presente nel caso dell'Inghilterra.

Come risponde quindi la corte?

Risponde con un quesito, cosa sarebbe avvenuto se il comandante e la nave fossero state inglesi?

Sarebbe stato sicuramente condannato ma qui stiamo trattando di uno straniero e di una corte di Edimburgo che applica quindi il diritto scozzese affermando quindi che il diritto internazionale vale in scozia se approvato e reso norma interna dal governo scozzese **quindi il ricorso viene rigettato e Mortensen condannato.**

Caso R (Miller) VS Secretary of State for exiting the European Union (2017)- crisi del modello Westfalia

Nel 2016 ci sono i **2 referendum riguardanti l'uscita dell'Inghilterra dall'UE**, nel secondo referendum il **primo ministro dichiara che verrà subito attivata la procedura di exit, mediante un decreto del governo, prerogative power**, prerogative al popolo
=> James Cameron esce dalla camera dicendo che bisogna ascoltare il popolo e uscire subito dall'UE, si dimette in seguito essendo dell'idea del rimanere nell'UE e quindi contro l'exit, gli subentra quindi Theresa May.

Il membro della camera dei comuni, **Gina Miller, sollevò un'istanza presso la corte suprema affinché il provvedimento venga bloccato** poiché tale processo richiedeva il voto del **parlamento**, facendo ricorso.

Chi ha ragione, Cameron o Miller?

Miller è stata accusata di voler bloccare Brexit, bloccando quindi la volontà popolare.

All'interno della nostra costituzione all'articolo 1, si dice che la sovranità appartiene al popolo ma si dice anche che tale potere deve essere esercitato secondo la costituzione che afferma che tale modo sia il parlamento che quindi, in Italia, ha in mano il verdetto.



Un caso simile non sarebbe quindi stato possibile in Italia dove non ci sarebbe mai trovati nella situazione di far decidere il popolo su questioni di diritto internazionale poiché come già detto il parlamento ha l'ultima parola e quindi in mano il verdetto.

Cameron vuole cominciare l'uscita dall'UE, disciplinata dall'articolo 50, introdotto nel 2007, che afferma che **lo stato che vuole recedere deve compiere un atto formale**, la notifica, e inviarlo al consiglio d'Europa, tale processo deve terminare in 2 anni, cosa che con Brexit non accade e si arriva a 4 anni.

Qual è il problema?

La **costituzione inglese non è scritta e non c'era una prassi**, in ogni caso, da questa prevista poiché non era mai accaduta una cosa simile. **Prendono in causa quindi la High Court che riflette sul rapporto tra il diritto interno inglese e quello dell'unione derivato dal trattato firmato per l'ingresso.**

Ma quad'è che il diritto internazionale diventa effettivo a livello giuridico?

Quando lo stato in questione lo rende legge, quindi norma interna al proprio ordinamento giuridico, e **ciò avviene nel 1972 con il European Communities Act**, del quale l'articolo 2 prevede che **tutte le norme del diritto europeo siano effettivi a livello giuridico nel Regno Unito.**

La **Corte approva quindi il ricorso di Miller** e afferma che serve un atto del parlamento, il **referendum non è sufficiente, poiché si sta modificando l'European Communities Act** e per fare ciò serve una legge dello stato che cambi il diritto interno, con l'abrogazione della legge del 1972 e **l'unico che può fare ciò è il parlamento.**

Con questa azione l'High Court non ha fatto altro che rimandare a un principio fondamentale che è la "precedenza" del parlamento.

Lord Neuberger, il presidente della corte su Brexit

Sostiene che *l'european communities act del 1972 aveva attribuito efficacia al diritto dell'UE entro i confini del Regno Unito come fonte indipendente e sovraordinata del diritto interno, come fonte addirittura superiore.*

Ma questa idea è compatibile con il concetto di supremazia?

No, ciò è non è compatibile con **nessuno dei principi di Westfalia**, ne con la supremazia ne con io concetto di indipendenza=> **ciò che dice il presidente della corte è in ogni modo contro il modello di Westfalia.**

C'è però **un'anomalia in questo caso**, il diritto dello stato esercita l'autorità suprema in un specifico territorio, afferma il monismo statale, questo però fa capo ad un'autorità superiore che delega.

Declino dello stato

Il diritto dello stato è stabile, organizzato gerarchicamente e centralizzato, caratterizzato da una chiara divisione del lavoro tra poteri pubblici...

Tale modello è entrato in crisi nello scorso secolo, **ha perso la sua indipendenza.**

Cassese, filosofo maggiore italiano, sintetizza questo processo in tre principali crisi:

1. **Prima crisi del diritto statale (1920-1934)**, lo **stato vede indebolita la propria autorità a favore dei regimi totalitari**, ciò avviene a causa della crisi nel rapporto tra sistema politico e



società civile. L'**autorità non è più in grado di tutelare gli individui**, nasce così lo stato sociale che si occupa di tutelare i diritti e aiutare gli individui in modo gratuito, pensione, sistema sanitario statale, scuole...

2. **Seconda crisi del diritto statale (1970-1989)**, lo **stato fallisce nuovamente**, non è in grado di reggere il **peso economico del proprio ruolo**. Margaret Thatcher privatizza i **servizi statali** come le ferrovie e la salute e ci si pone una domanda, **lo stato può andare in bancarotta? Evidentemente si** e lo stato dando le attività ai privati perde ulteriore potere e controllo della società;
3. **Terza crisi del diritto statale (2000-)**, la privatizzazione porta ad una terza crisi in cui gli stati perdono anche l'autorità di produrre le norme giuridiche, **lo stato non è più l'autorità suprema, il diritto diventa globalizzato. Ma cos'è la globalizzazione?** Interconnessione, processo di ampliamento, intensificazione, accelerazione.
4. Stiamo **transitando quindi da un modello monista ad uno pluralista**, il diritto come lo vediamo oggi, è una trasformazione che possiamo dire essere figlia della globalizzazione dove per ciò si intende un **processo che modifica la realtà intorno a noi, le relazioni e le interazioni tra gli individui**=> essendo ciò cambiato il **diritto non è più in grado di controllarlo, di assolvere questo nuovo ruolo**.

Cos'è cambiato nella realtà?

L'interconnessione tra gli aspetti della vita sociale, ha tutto una portata più ampia, veloce e con nuove gerarchie definite mobili, strutture delle relazioni sociali.

Il **diritto riguarda le relazioni tra gli individui quindi è normale che questo cambi in seguito al cambiamento di queste**, cambia la portata dei rapporti anche economici con una portata spaziale molto ampia abbinata a tempi sempre più esigui.

Deterritorializzazione

Le relazioni non dipendono più necessariamente da un luogo preciso.

Basta il diritto dello stato ad amministrare ciò?

No perché un cittadino italiano che opera anche all'estero si rivolge al tribunale italiano e non a quello internazionale, non essendo uno stato ma **un privato**, ma il **tribunale italiano non può far valere la legge italiana per esempio in Indonesia**=> qui vediamo una **carenza del diritto monista che non si dimostra in grado di amministrare le nuove relazioni**.

Basti fare l'esempio di un negozio singolo che si voglia trasformare in una catena, nel momento in cui questo opera nella propria città di origine, per esempio Milano, basterà mantenere una relazione locale ma nel momento in cui andrà ad agire in un'altra città questo non basterà più.

Cosa succederebbe se volessi poi acquistare per i miei locali la carne all'estero, per esempio in argentina, non posso utilizzare neanche il diritto europeo, poiché non è in Europa, ma neanche quello internazionale perché sono un privato, quindi?

Arriviamo ad un diritto con portata globale.

Tutto ciò è compatibile con il modello monista dello stato?

No, questo modello è stato istituito quando le relazioni erano inferiori e più lente, tutto era legato al territorio.

Network



A ciò viene associato il concetto di rete, cos'è una rete?

Una serie di nodi, dove questi rappresentano gli individui, e dei pezzi di corda che collegano questi nodi, le relazioni e interazioni tra gli individui.

Le fonti del diritto non hanno più quindi una chiara gerarchia poiché sono tutte interconnesse, c'è una competizione tra gli ordinamenti, tra 2 ordinamenti: **diritto interno e diritto dell'UE**, c'è una negoziazione continua tra questi in cui **non è chiaro chi vince**, non essendoci una gerarchia. Secondo la corte europea vince sempre il diritto europeo mentre per quella, per esempio, italiana vince sempre il diritto italiano.

Questo sistema confusionario è compatibile con il concetto di stato monista? No

Globalizzazione

Non è un modo di pensare o un fatto accaduto, è un processo in continuo avvenimento che sta cambiando il modo di vivere, cambia il modo in cui pensiamo, cambia la nostra concezione di ciò che è bene e ciò che è male=> **cambia la filosofia del diritto essendo cambiato il modo di pensare intorno a lei e di conseguenza cambia il diritto che è su queste relazioni basate nella sua interezza.**

Ma la globalizzazione è finita?

Per rispondere pensiamo al mondo intorno a noi, Putin per invadere l'Ucraina ha usato la scusa di voler ritornare alla situazione precedente.

3 correnti:

1. **Iper-globalisti, Kelsen**, si arriverà ad avere uno stato unico
2. **Scettici**, non ci sarà mai uno stato unico, la globalizzazione è un fenomeno economico che scomparirà, se anche ci fosse uno stato unico sarebbe un problema, chi lo governerebbe?
3. **Teorici della trasformazione**, diritto dello stato è in via di trasformazione, tra cui Cassese

Held individua delle coppie di concetti che analizzano i cambiamenti del diritto:

1. Spazio/tempo, sta **cambiando la percezione delle dimensioni esistenziali**; la globalizzazione è un processo di ampliamento che accelera le relazioni sociali che diventano più intense, veloci e ampie. **Lo spazio si dilata con portata potenzialmente planetaria, mentre il tempo si contrae in poche frazioni di secondo.**
2. Territorio/scala, si parla qui di **deterritorializzazione**, **le relazioni tra individui non sono più legate ad un certo territorio** e prescindono da qualsiasi spazio territoriale. Per tutelarmi nelle relazioni tra gli stati ho bisogno di tutelarmi con diritti che hanno portate sempre più ampie e che superano i vincoli nazionali.
Arriviamo poi a **tipi di relazioni con portata globale e quindi ad un diritto esteso**. A seconda dell'estensione delle relazioni ho bisogno di un diritto differente. Questo non funziona se pensiamo ad un modello monista, al tempo della nascita del monismo infatti le relazioni avevano una portata molto ridotta rispetto ad oggi.
3. Sistema/struttura, **le relazioni sociali si strutturano in reti caratterizzate da gerarchie mobili**; la metafora della piramide che spiega gerarchia di diritto non funziona più, qui si parla di un network che lega le relazioni di ogni tipo. Nello spazio globale ciascuna relazione è **connessa ad altre e produce effetti a catena**.
Ciascuna norma quindi si pone in relazione ad un'altra norma e l'applicazione di una entra in relazione con un'altra. **Non c'è quindi una chiara gerarchia** tra le diverse fonti del diritto, ma le diverse fonti del diritto entrano in relazioni variabili. È chiaro anche qui che **l'idea monista non possa valere**.



4. Processo/azione, la globalizzazione **non è un evento, ma un processo**, ossia un qualcosa che si sviluppa davanti ai nostri occhi; questo processo sta cambiando il modo in cui gli individui agiscono e il modo in cui si pensa cosa sia bene e male. Il governo delle comunità umane e il diritto assumono un nuovo modo di agire a causa dell'evoluzione del mondo che ci circonda.

Domande principali:

- **La globalizzazione è finita?**
- **La globalizzazione è stata un processo positivo o negativo?**
- **Gli stati sono destinati a scomparire?**
- **Quali trasformazioni sta subendo il diritto?**

Globalizzazione giuridica

I fenomeni sociali regolati dal diritto acquistano una scala globale, non riducibile soltanto al diritto dello stato, e si ha osservato un declino dello stato in quanto autorità indipendente e suprema in ambito internazionale.

Vediamo un tendenziale declino dello stato come autorità indipendente, questo deve rinunciare ad alcuni poteri assoluti a vantaggio di organismi che esercitano questi poteri per garantire un qualcosa di unico, come per esempio l'UE, con la tutela degli interessi comuni.

L'unico modo per far valere i diritti a livello internazionale è che gli stati cedano un pezzo della loro sovranità ad un ente comune che così amministrano a livello nazionale, internazionale, europeo o addirittura mondiale.

Come esempi di diritti non statali ma strettamente vincolati vediamo:

- diritto internazionale, norme che regolano le relazioni tra gli stati, tale diritto pretende in alcuni casi di essere globale imponendosi anche quando non accettato, accade quindi che gli individui possano appellarsi alla corte internazionale, cosa che sarebbe stata impensabile nel modello Westfalia dove l'unico tribunale esistente era volontario
- Diritto sovra-nazionale, come UE e CEDU, le decisioni prese da tali ordinamenti diventano vincolanti per gli stati membri che devolvono potere per materie particolari, tali strutture non sono stati ma immediatamente vincolanti
- Diritto-transazionale, norme, principi e pratiche che regolano attività economiche o fenomeni che prescindono dai confini statali

Caso Costa VS Enel (1964)

Flaminio Costa è un imprenditore che ha investito il suo denaro in un'azienda elettrica. Nel 1962 viene emanata una legge che nazionalizza la produzione dell'energia elettrica, prima di questa data infatti questo settore era libero e lasciato alla privatizzazione.

L'obiettivo era quello di abbassare i prezzi e aumentare la produzione, cosa impossibile nel settore privato. **Costa non accetta la cosa perché inizia a perdere tutti i suoi soldi**. Decide di intraprendere una **campagna legale** e alla prima bolletta che gli arriva (dal valore di 1900 lire) decide di non pagarla.

Con la tecnica della " **strategy litigation**" decide di **attivare un procedimento giuridico per portare il suo diritto alle istituzioni**. Alla notifica di pagamento va dall'equivalente del nostro



giudice di pace dicendo che l'Enel era stato istituito in modo illegittimo perché in conflitto con il Trattato di Roma.

La tesi di Costa gira intorno al fatto che lo stato italiano ha fatto a pezzi la libera concorrenza, con la statalizzazione della produzione dell'energia elettrica, e ciò è inconcepibile per l'UE.

Costa **propone al giudice di pace di sviluppare una questione di incostituzionalità** perché grazie all'**art. 11 della Costituzione l'Italia rende validi i principi dell'UE**. Quindi rendendo statale l'energia lo stato non si è curato dell'articolo 11, essendo quindi incostituzionale. Con l'art. 11 viene introdotto il principio di auto-limitazione della sovranità e inoltre vige il principio di dualismo tra il diritto interno e diritto europeo.

Ci si trova in una situazione di antinomia, come viene risolta la questione?

I criteri cambiano a seconda delle fonti, solitamente la legge subordinata prevale e quella inferiore viene annullata. ***Tra il trattato dell'UE e la legge ordinaria chi è superiore?***

Oggi sarebbe più importante il trattato dell'UE, ma al tempo si era ancora legati in parte al modello Westfalia e quindi non era scontato che fosse così. Va anche considerato il criterio temporale che rende la legge posta più recentemente valida.

La corte costituzionale arriva alla conclusione che Costa abbia torto per il principio della lex posterior, la legge italiana posta posteriormente ha più valore.

Costa però non paga neanche la seconda bolletta e la questione va avanti. La corte di giustizia europea viene interrogata preventivamente al processo, ma ***qual è il punto di vista della corte europea?*** È chiaro che non sia per essa possibile pensare che con una legge successiva al trattato si possa abrogare parte di esso.

La corte ragiona sui seguenti punti:

- A. Il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri;
- B. «Istituendo una Comunità senza limiti di durata [...] gli Stati membri hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi»;
- C. «Gli Stati non possono far prevalere un loro provvedimento su una norma comunitaria»;
- D. Le corti degli Stati membri devono applicare il diritto europeo anche se questo è in conflitto col diritto interno.

Quindi **su certe materie il diritto comunitario deve vincere perché gli Stati hanno dato all'UE una parte della loro autonomia**. Questa è la grande innovazione della supremazia del diritto comunitario sulle materie di cui si occupa.

Qui troviamo un processo di continua negoziazione tra il diritto dell'UE e dello stato: la prossima volta che ci sarà una situazione di questo tipo il diritto interno non verrà annullato, ma verrà discusso e influenzato dal diritto europeo.

Risultato finale

- Supremazia del diritto europeo;
- Il diritto interno in questo caso viene disapplicato;
- Il diritto europeo genera obblighi per stati membri e cittadini indipendentemente dal diritto interno.

Ci troviamo così davanti ad un nuovo tipo di diritto, il diritto sovranazionale.

Con il tempo anche i giuristi più anziani hanno iniziato ad accettare questo principio e adesso è chiara la supremazia del diritto europeo su quello interno, a meno che vengano violati i diritti



inalienabili della persona e i principi base della nostra costituzione. Attualmente le negoziazioni hanno come temi principali i confini delle materie che l'UE ha a carico.

Diritto dell'Unione Europea

Il diritto europeo non è né statale né internazionale, ma che tipo di diritto è?

È un nuovo oggetto che chiamiamo **ordinamento dell'UE ed avanza indipendentemente**. È **profondamente eterarchico e non gerarchico**: gli ordinamenti sono l'uno diverso dall'altro, ma l'uno accanto all'altro nelle negoziazioni.

L'UE è l'emblema del pluralismo per diversi motivi:

- Si fonda su trattati internazionali;
- Si applica negli stati membri tramite trattati senza che esso venga convertito in norme;
- È vincolante all'interno degli Stati membri.

Tutto ciò è il risultato di un processo che i giudici hanno fatto per primi.

L'assetto attuale è il **risultato del processo che è partito negli anni '60**.

La sua fondazione risale al 1957 con il Trattato di Roma e con la nascita della CEE.

Nel 1993 con il Trattato di Maastricht la CEE diventa "Comunità europea" e nel 2007 con il Trattato di Lisbona diventa ufficialmente UE.

Negli anni '60 le **norme comunitarie erano concepite equivalenti agli atti legislativi del parlamento** perché si era ancora nell'ottica della legge di conversione del diritto internazionale a diritto interno. **All'inizio quindi le norme di diritto europeo erano sullo stesso piano delle leggi statali.**

Oggi invece il diritto europeo prevale sempre.

Nel 2018 con il caso Taricco la corte costituzionale ha deciso che il diritto costituzionale prevale su quello europeo solo se entra in conflitto con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano.

Un tempo con il modello Westfalia il diritto internazionale aveva un carattere volontario, **ora invece gli stati si vincolano con la firma posta su un trattato.**

Tappe del nuovo diritto internazionale:

1. Dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale: controllo interno dell'esercizio della sovranità.
2. Spinta per la costituzionalizzazione dell'ordine internazionale a tutela dei diritti fondamentali degli individui.
3. La costituzionalizzazione dell'ordine internazionale è favorita dai processi di globalizzazione, che indeboliscono la supremazia e l'indipendenza degli Stati.

È proprio l'**ONU il primo tassello volto a porre dei limiti con lo scopo di tutelare i diritti umani.**

Dalla "Dichiarazione universale dei diritti umani" (1948) in poi si pongono dei vincoli per sottolineare l'importanza del rispetto dei diritti umani. Il diritto umanitario diventa quindi una parte del diritto internazionale. **La tutela cerca quindi di diventare erga omnes e a protezione dei diritti degli individui.** Progressivamente vengono stabilite delle norme che valgono per tutti indipendentemente da firme e che possono essere fatte valere contro gli stati, ma a tutela degli individui.



Caso Bosnia VS Serbia- convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio

Questo caso si sviluppa a **seguito della dichiarazione di indipendenza della Bosnia Erzegovina dalla Repubblica Federale della Jugoslavia**. Le tensioni si sviluppano per il malcontento da parte della Serbia e del Montenegro a proposito di questa dichiarazione.

Nel **1992 scoppia un guerra tra le 3 componenti etniche della Bosnia**: in particolare i serbi rivendicano la presenza di minoranze serbe in Bosnia. Il conflitto diventa di annientamento e ciò accade perché gli atti che si svolgono sono di pulizia etnica.

Nel **1993 la Bosnia accusa la Serbia di genocidio verso la popolazione bosniaca di religione musulmana**. Viene istituito per iniziativa dell'ONU il Tribunale penale della ex Jugoslavia per atti atroci da tutte le parti. Nel **1993 la Corte Internazionale di Giustizia emana un ordine per intimare alla Serbia di fermare qualsiasi atto di genocidio** da parte delle forze sotto il suo controllo.

Nel **1995 avviene il massacro di Srebrenica e le sorti della guerra cambiano definitivamente**. Vengono uccisi e trucidati 8000 ragazzi musulmani di genere maschile da parte dei serbi. Nel **1996 la Bosnia accusa la Serbia di genocidio di fronte alla CIG**.

Consideriamo che nel 1948 era stata sancita la convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine del genocidio.

La tematica riguarda il fatto che il trattato firmato nel 1948 non è stato firmato dalla repubblica di Jugoslavia ma dalla monarchia vigente in tale periodo storico ma la Serbia che verrebbe punita sarebbe quella fondata nel 2007 che è postuma quindi non accettata.

Nel trattato firmato in origine la Serbia si impegnava ad emanare leggi contro il genocidio e a sanzionare chiunque si rendesse colpevole di ciò, ma l'accusa rivolta alla Serbia **non è il non aver emanato tali leggi ma è rivolta contro dei soldati che hanno commesso questi crimini**.

Qui notiamo che la **serbia ha adempito ad emanare le leggi** e i militari che hanno compiuto tali crimini **non si trovavano sul suolo serbo** ma in Bosnia, come dice Westfalia le leggi di un paese sono applicabili solo sul suo suolo.

Una norma è valida quando è parte dell'ordinamento giuridico, è efficace quando è idonea a produrre effetti giuridici, la posso usare, la posso rivendicare davanti al giudice mentre è effettiva quando è seguita dalle persone, i destinatari.

Queste sono le obiezioni della Serbia ma la corte tira fuori un innovazione derivante da un precedente completamente diverso: esistono degli obblighi che riguardano tutti gli stati e norme che impongono obblighi nei confronti di uno stato quindi riguardano anche gli stati che non hanno firmato nulla come la Serbia in questo caso.

Vengono così smontate due delle obiezioni della Serbia, hanno aderito poiché si tratta di diritti erga omnes e non avevano bisogno di aderirvi in modo attivo perché riguardano il genocidio.

Decisione finale della corte 2007

La corte afferma che:

- la convenzione si applicabile tanto agli stati quanto agli individui
- Crimini commessi in Bosnia integrano la fattispecie di genocidio
- **Non vi sono prove sufficienti per imputare tali crimini allo stato della Serbia**, questa non è quindi stata condannata come entità statale per mancanza di prove, **ma vi sono prove per condannarla per non aver preso le misure giuste per prevenire il genocidio**.



La Serbia non venne quindi sanzionata perché non responsabile in quanto stato, ma venne comunque dichiarata responsabile di non aver fatto nulla per intervenire e fermare il genocidio.

Con tale sentenza cade il concetto di volontarietà, molti considerano ciò un grande passo avanti per la tutela dei diritti umani poiché, finalmente, il diritto internazionale è in grado di prevenire grandi problemi.

Altri invece la definirono una sentenza pericolosa perché potrebbe portare a giustificare atti bellici per ragioni umanitarie.

Caso Mabo VS Queensland (1992)

Il caso verte attorno i **diritti di un arcipelago di isole, isole Murray**, poste nello stretto di Torres, tra l'Australia e la Nuova Guinea.

I nativi che abitavano queste isole ancor prima del contatto con gli europei si chiamano **Meriam** e sono un insieme di popoli diversi che in ogni isola parlano lingue diverse e hanno culture diverse. Per semplicità però parleremo di queste popolazioni come totalità.

Fino al 1879 queste isole non erano parte di alcun stato (terre di nessuno), oggi invece non c'è nessun metro di terra che non faccia parte di uno stato. Nel **1879 il Queensland emana un atto di annessione** verso le isole Murray approvato dal parlamento federale australiano e della corona britannica.

Ma come si può svolgere un'annessione del genere? È tutto regolato del diritto.

In particolare il common law inglese dice che un territorio è acquistato per occupazione quando l'inserimento avviene su una terra abbandonata e disabitata (terra nullius). I commentari di Blaston racchiudevano in quegli anni tutte le regole del common law.

Le modalità per ottenere un nuovo territorio erano:

- **Conquista**, ossia tramite un esercito regolato dal diritto che intraprende una guerra (forma cruenta);
- **Cessione**, ci sono forme giuridiche con cui viene trasferito un territorio (forme non cruenta);
- **Occupazione**, ossia occupare un territorio che non è di nessuno (terra nullius).

Come faccio però a capire se un territorio non è di nessuno?

A livello teorico la terra deve essere abbandonata, quindi non sfruttata da nessuno a livello economico, e disabitata, quindi dove nessuno la considera casa propria.

Con l'inizio delle migrazioni iniziò ad esserci la necessità di inserire **nuovi criteri**. Blaston, quindi, inserì nel **common law nuove definizioni di terra abbandonata e disabitata**.

I nuovi principi sono i seguenti:

- **Gli abitanti sono privi di diritto**, gli abitanti non detengono la proprietà quindi non hanno forme di godimento assolute;
- **Gli abitanti sono privi di sovrano**, la popolazione non ha un capo che parla a nome di tutti;
- **C'è un'organizzazione sociale primitiva**, la popolazione non sfrutta la terra e non coltiva nulla; se la società non si organizza sullo sfruttamento della terra significa che non la ritiene sua.

Quindi l'atto del 1879 del Queensland è reso grazie all'attinenza di questi ultimi tre principi.



Nulla succederà fino al 1992 quando una corte deciderà che il titolo rivendicato dal Queensland è illegittimo. Tutto ciò grazie ad un abitante delle isole Murray, Mabo, che insieme ad alcuni amici avanza un'azione legale verso il Queensland per appropriazione illegale.

La tesi di Mabo è che i tre punti non siano in realtà stati rispettati.

Questo caso non è importante solo in sé, ma è l'importante **perché ha dato inizio ad una reazione a catena con effetti globali. Il diritto della corona non è quindi l'unico diritto nelle isole perché c'è anche un diritto precedente, quello dei nativi**, che lo stato non riconosce.

Mabo quindi ritiene che ci sia un pluralismo che deve essere rivendicato e riconosciuto e sempre lui ci dice che è impossibile legittimare l'idea che la popolazione nativa non avesse alcun diritto.

Durante il processo Mabo e i suoi rappresentanti legali portano prove a sostegno. Tre anni dopo viene **promulgata una legge preventiva mediante la quale lo stato del Queensland estingue tutti i diritti dei nativi qualora fossero mai esistiti**

=>Mabo impugna questa legge davanti alla High Court.

Sentenza 1 della corte:

la legge del Queensland è nulla perché contro un trattato internazionale.

In Mabo v. Queensland (1) l'Alta Corte australiana dichiarò invalido il Queensland Coast Islands Declaratory Act, in quanto **incompatibile con l'art. 5 della Convenzione internazionale** sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata dall'Australia nel 1975. La **legge discriminava il popolo Meriam avanzando la pretesa di estinguere qualsiasi diritto dei nativi sulla loro terra.**

Ora quindi esiste un diritto interno non ufficiale (tradizionale) rivendicato dalla popolazione dei nativi. Si tratta di un chiaro esempio di pluralismo e di insieme di ordini in competizione tra di loro.

La **legge viene quindi dichiarata nulla**, non producendo più effetti giuridici, e la corte inizia a cercare di capire se la terra fosse o no terra di nessuno. Il **punto centrale divenne il concetto di proprietà**, la popolazione Murray aveva in realtà un diverso concetto di proprietà: la loro idea considerava **la proprietà della terra del membro più anziano del gruppo sociale** il quale è responsabile rispetto ad un appezzamento di terra; per i Murray avere la proprietà è concetto di dovere e di responsabilità verso gli altri, mentre nella nostra concezione è concetto di potere.

I doveri del popolo Murray riguardano lo sfruttamento del territorio per garantire il sostentamento della famiglia (famiglia intesa come società).

=>**La proprietà può venire meno solo con l'incapacità di gestire un bene.**

La corte capisce quindi l'esistenza del diritto dei Murray che non prevedeva un'idea escludente (motivo per cui i Murray non avevano vietato ai coloni l'ingresso). **Mabo quindi è riuscito a dimostrare l'esistenza del diritto e dell'organizzazione sociale, che non era assente ma solamente diversa.**

Sentenza 2 della corte:

per la prima volta viene riconosciuto un diritto tradizionale; tutte queste prassi diventano diritto **non di valore inferiore rispetto a quello statale**. Le isole Murray quindi non erano terre nullius e tutte le terre vengono restituite dalla corona ai nativi.

Viene garantito un indennizzo per essere stati allontanati dal loro mezzo di sostentamento?

No, i nativi non vengono risarciti, **ma riottengono il territorio**. I nativi però non rivendicarono mai la loro indipendenza, questo rimane un caso di diritto privato e non legato alla sovranità.



Questo caso aprì la strada a moltissime rivendicazioni da parti dei nativi di tutti i paesi ex coloniali. Viene mostrata qui la rilevanza delle forme di diritto non ufficiali che entrano in competizione con il diritto ufficiale.

Possiamo riassumere dicendo che gli ordinamenti presenti sono:

- Commonwealth;
- Governo australiano;
- Queensland;
- diritto internazionale;
- diritto tradizionale dell'isola.

Ma di chi è la supremazia?

In questo senso vediamo **cooperazione e dialogo tra le corti, ma comunque va stabilita una gerarchia.** Quando il Queensland emana la legge avanza una pretesa di supremazia sul territorio delle isole ed è approvato dal common law inglese. I nativi invece, per rivendicare i loro diritti, si rivolgono all'high court australiana. In una situazione di **pluralismo giuridico vanno sempre ricostituite relazioni e gerarchie, ma non è un meccanismo semplice.**

Questo caso è l'emblema del pluralismo giuridico in azione.

È chiaramente un caso estremamente lontano dall'idea di diritto di Kelsen: per Kelsen sono le norme che definiscono la gerarchia delle fonti e quindi in caso di conflitto è molto chiaro come devo muovermi, non devo ricostruire caso per caso una gerarchia. La decisione della High Court australiana in un prossimo caso, quindi, potrebbe ricostruire lo schema secondo un modello differente.

Modello contemporaneo

Quali sono le peculiarità del modello attuale?

Il modello attuale, a differenza di quello di Westfalia che era molto esplicito, lascia diversi dubbi riguardanti le gerarchie, a volte le teorie non sono sufficienti a chiarire i fenomeni che osserviamo.

J. Weil

“Non esiste una realtà giuridica che si presenta di per sé all'osservatore. Ogni teoria del diritto globale rappresenta un prisma attraverso il quale si esplora il panorama da una specifica angolazione, un artefatto accademico con il quale si definiscono i punti cardinali e le linee di demarcazione da cui organizzare la realtà (e si determina cosa sia un punto cardinale e una linea di demarcazione), un costrutto intellettuale utile a dare significato, o persino a costituire ciò che viene osservato.”

Stiamo cercando di chiarire qualcosa che sotto certi aspetti sembra incomprensibile che è in continua evoluzione, tutti però negli ultimi 20 anni hanno tentato di fornire delle spiegazioni articolate ma nonostante ciò non esiste un vero e proprio paradigma definito ed accettato come spiegazione per noi valida della realtà che ci circonda.

Twining

“le attuali concezioni della filosofia del diritto sono troppo incentrate sul diritto statale analizzato da una prospettiva occidentale (...).”

Necessitiamo di una serie di concetti interconnessi che possano essere utilizzati per analizzare i fenomeni giuridici da una visione globale.



Ma che cos'è il diritto? Per poter rispondere in modo complessivamente corretto a questa domanda è necessario definire nuovamente i seguenti aspetti:

- È necessaria una nuova definizione del concetto di "diritto";
- È necessaria una nuova teoria sulla natura o essenza del diritto;
- È necessario disporre di una serie di concetti innovativi in grado di aiutarci a comprendere la realtà giuridica.

Lo stato e la sovranità sono idee che oggi devono essere considerate come obsolete o scomparse.

E se il monismo statale non fosse mai esistito e tutto fosse solo un'illusione della realtà?

Questa ricerca, elaborata da Griffiths, considera il monismo giuridico come un paradigma che ci permette di ragionare, ma che non riflette la realtà.

Pluralismo all'interno dello stato

Il diritto è intrinsecamente plurale, non solo al di fuori dello stato nel contesto globale, ma lo è anche all'interno dello stato in diverse situazioni che generano diritto. Negli ultimi anni, i teorici del diritto globale hanno analizzato nuovamente alcuni autori, individuando nel loro pensiero una anticipazione della situazione attuale. Di seguito analizziamo alcuni filosofi del diritto che affrontano la tematica.

Otto von Gierke (1841-1921)

Critica il modello dominante nel periodo dello Stato liberale di diritto, che assicura la libertà degli individui minimizzando l'intervento dello Stato nella vita civile.

Gierke afferma che tale concetto rappresenta un'ideologia. Dice che la **teoria hobbesiana del contratto sociale funziona unicamente per giustificare l'esercizio del potere senza richiedere altre giustificazioni**: l'ideologia sostiene che lo Stato sia la persona artificiale di Hobbes, da cui deriva il diritto in una direzione verticale, mentre la verità è che il diritto emerge dal basso e si sviluppi verso l'alto, culminando nella creazione dello Stato e delle sue istituzioni.

Quando veniamo al mondo, immediatamente, **diventiamo parte di un gruppo sociale o associazione, la famiglia, che orienta le nostre azioni attraverso i ruoli** che ciascun membro ha al suo interno.

In questo modo **si stabiliscono legami, norme e aspettative comportamentali** che possiedono sin dall'inizio **una dimensione giuridica**: il diritto emerge dalla società e, con la nascita, si iniziano a creare rapporti con altri individui, che si evolvono e si ampliano nel tempo, portandoci a diventare parte di una comunità con regole che orientano le nostre azioni e influenzano il nostro comportamento.

Il diritto ha origine dalla base ed è ciò che permette l'evoluzione delle comunità; lo Stato produce diritto, ma questa produzione non è né primaria né esclusiva, infatti il diritto statale è possibile grazie ai gruppi in cui la società si organizza.

L'essere umano, per sua natura, non può fare a meno di vivere in comunità: si tratta di una visione pluralista, **poiché il diritto ha origine nei gruppi sociali e il compito dello Stato è quello di regolare e rendere coesa la loro cooperazione**. Il positivismo giuridico, che considera l'autorità statale come origine e confine del diritto, si distingue dallo Storicismo giuridico, dove il diritto è frutto dell'evoluzione storica della società e lo Stato integra al suo interno le caratteristiche giuridiche delle associazioni che nascono nella società.

Gierke non contesta il diritto dello Stato, ma afferma che l'interpretazione del diritto è errata; il diritto non deriva dall'alto, ma emerge dalla società composta da gruppi sociali interconnessi, "ubi societas ibi ius" (Giustiniano - Digesto).



Eugen Ehrlich (1862-1922)

Riprende il concetto di Gierke dello Stato organico nel quale le componenti collaborano per creare il diritto e dove chi detiene la sovranità rappresenta solo un punto decisivo per il coordinamento dei gruppi sociali (Hegel).

Partendo da questo concetto iniziale e dai gruppi sociali in cui le persone risiedono e collaborano, egli afferma che sia necessario sviluppare una nuova scienza giuridica, utilizzando un approccio innovativo.

Critica la visione tradizionale del diritto e, in modo particolare, il formalismo giuridico, pone il fulcro dello sviluppo del diritto non nella legislazione, ma nella società.

Critica la teoria di Kelsen

La dimensione dell'esistenza è analizzata dalle scienze naturali ed empiriche che, attraverso il principio di causalità, ricostruiscono i nessi degli eventi che si presentano alla nostra osservazione, **elaborando una teoria della realtà e formulando leggi scientifiche in grado di prevedere il funzionamento della realtà stessa.**

Diversa è però la sfera del dover essere che necessita il metodo giuridico, il quale si basa sul principio di imputazione che consente di conferire ad un evento empirico un significato o una qualificazione giuridica.

Secondo Ehrlich, il diritto rappresenta un fenomeno sociale, che ha origine all'interno dei gruppi dove si sviluppa l'azione degli individui, e deve essere analizzato come un insieme di eventi. Il regno del dover essere rappresenta una costruzione metafisica; **l'unico modo per comprendere come si forma il diritto è impiegare le scienze sociali del diritto.**

Nasce in questo modo la sociologia del diritto: per comprendere il diritto, che rappresenta un elemento della realtà, è necessario osservare ciò che avviene nella società mediante il principio di causalità. **La teoria generale dello Stato commette l'imprecisione di considerare la totalità del diritto come un insieme di norme positive,** equivalenti allo Stato stesso.

In realtà, il diritto ha origine dalla prassi sociale, non dai documenti normativi. Il diritto vivente, termine impiegato per opporsi al diritto scritto delle norme, inanimato e solo formale, deve essere esaminato con attenzione: lo stato è un organismo vitale che agisce attraverso le associazioni che ne permettono il funzionamento, lo stato può compiere le sue azioni perché esiste prima una società che lo sostiene.

La società è un insieme di elementi diversificati che assume funzioni varie, ma talvolta può accadere che il diritto statale minacci la sua pluralità (fenomeno che si è manifestato ampiamente durante il periodo coloniale). Questo procedimento **ha comportato l'eliminazione di ciò che esisteva precedentemente e l'assunzione tramite l'applicazione della legge.**

Il diritto degli stati ha quindi sostituito il diritto che esisteva in precedenza. Anche in un luogo che potrebbe apparire disabitato esisteva una forma di diritto che successivamente è stata rimpiazzata. **Quando succede questo è evidente che possano sorgere conflitti a causa dei vari diritti coesistenti in un territorio.**

Diversa tesi

Lo stato funziona perché ci sono corpi intermedi che lo fanno funzionare, la società è organizzata da gruppi che secondo regole sociali operano e cooperano, **il diritto statale funziona quindi poiché viene da questi accettato e aiutato a funzionare.**



Si faccia l'esempio della mafia, è un gruppo sociale che però non rispettando e non accettando il diritto dello stato lo mette in difficoltà e a repentaglio.

Radicalmente opposta a Kelsen come tesi il quale vedeva, il diritto statale in modo prettamente giuridico tralasciando il concetto di società nella sua analisi.

Pluralismo giudico, il termine fa riferimento a i gruppi sociali che svolgono un ruolo fondamentale all'interno dello stato, tale società è quindi un sistema plurale regolato da norme sociali, può succedere però che il diritto dello stato attacchi tale sistema come per esempio nel epoca del colonialismo.

Lungo processo che ha portato alla statalizzazione del territorio, questo da il via alla rimozione di ciò che c'era precedentemente in quei territori, **imponendo il proprio diritto di colonizzatori su quello che c'era precedentemente** che era a tutti gli effetti diritto, **non come lo intendiamo noi ma lo era.**

Tale processo d quindi il via a conflitti tra il diritto preesistente, non dello stato, e quello dei colonizzatori, diritto statale, non si tratta quindi di un'estensione del diritto statale ma di sostituzione di diritto.

Brian Tamanaha

Autore contemporaneo che condivide la tesi secondo cui serve un nuovo approccio per comprendere il diritto contemporaneo *“questa non è una novità, il diritto è sempre stato pluralista anche quando ha tentato di essere uno solo”*, fa quindi una critica radicale al monismo giuridico, **non è sempre e solo esistito il diritto statale come si è pensato da Westfalia in poi.**

Gli storici ci dicono però che anche nel medioevo il diritto avesse una natura plurale e che in seguito sia diventato unico, **Tamanaha critica questa credenza dicendo che il monismo è solo un modo di pensare messo a punto dalla scienza giuridica**, tale attacco è portato avanti nei suoi libri fornendo anche una versione diversa a riguardo.

pars destruens, critica fatta in tre tesi

- “mirror theory of law”

Diritto come specchio della società, vedi riflesses nel diritto le caratteristiche della società, teoria speculare del diritto. **C'è stato anche un dibattito per quanto riguarda l'abolizione del falso in bilancio in quanto crimine**, condannato negli USA pesantemente ma abolito nel nostro ordinamento giuridico poiché non oggetto di biasimo sociale e il diritto riflette il pensiero della società, rispecchia ciò che è e quelli che sono i suoi ideali e valori.

Wendel Holmes *“nel diritto vediamo riflessa non solo la nostra vita, ma la vita di tutti gli uomini che sono stati”*

Herbert Hart *“il diritto mostra in mille punti l'influenza della morale e di ciò che la società ha accettato....”*

S. Vago *“ogni ordinamento giuridico è in stretta relazione con le idee, le tendenze e gli scopi della società, il diritto riflette quindi il clima intellettuale sociale ed economico e politico del suo tempo”*

L. Friedman *“i sistemi giuridici non galleggiano nel vuoto culturale indifferenti al luogo, tempo e contesto sociale in cui si trovano, riflettono ciò che accade nella società, a lungo andare è il diritto che viene plasmato dalla società”*



=> **ciò non è realtà assoluta ma comunque un'ideologia**, una rappresentazione rovesciata della società, **vediamo numerosi esempi a livello storico dove è invece il diritto a plasmare la società**, come nell'esempio banale dell'introduzione dell'obbligo della cintura di sicurezza.

Ciò permette però di giustificare sempre il contenuto di una legge, riflette ciò che vuole la società quindi deve essere accettato, è quindi un meccanismo di legittimazione, ci inducono a pensare che i contenuti del diritto debbano essere questi poiché specchio della società

- “Teoria dell'ordine sociale”

Si assume comunemente che *“il diritto garantisca l'ordine stabilendo le regole che il governano le relazioni sociali, facendole rispettare e risolvendo le controversie”*, **il diritto positivo è quindi essenziale**, senza le norme secondarie ci sarebbe un disgregamento che nuocerebbe alla sopravvivenza sociale.

Nelle società complesse l'ordine sociale e il benessere umano non sono compatibili.

Ma veramente il diritto serve solo a regolare i rapporti?

Ciò è semplicemente una scusa, nuovamente una legittimazione dei comportamenti del governatore.

- “Mito del progresso”

Il diritto positivo emerge da quello consuetudinario, diritto imperfetto, si passa quindi da una società caratterizzata da ripetizione irreflessa e dall'adesione alla tradizione ad un ordine basata sulla volontà, su un sistema sociale forgiato internazionalmente che non lascia spazio ad altri ordinamenti.

Si sostiene inoltre che questo non vada a imitare la libertà.

Anche questo è però un'ideologia, sempre un'interpretazione per dare legittimità ai comportamenti del legislatore.

Concludendo questa è un'immagine sfalsata della realtà, che non convince, non si trova infatti in molte situazioni una continuità tra consuetudini e legge dello stato, il diritto può generare numerose discontinuità all'interno della società, questo vincola anche la formazione di sistemi dispotici dove non c'è corrispondenza all'interno della società.

Il diritto è quindi uno strumento pericoloso che non va idealizzato, può fare del bene alla società ma anche molto male.

L'uso della forza è quindi sempre giustificato? Assolutamente no.

Proposta di tamanaha

“Il diritto è qualsiasi cosa le persone identificano e trattano come diritto nelle loro pratiche sociali”

- **È compatibile questa tesi con ciò che dice Kelsen?** Assolutamente no, il diritto è l'insieme di norme che costituiscono l'ordine giuridico
- **È compatibile con Hart?** Assolutamente no, le norme giuridiche sono un'evoluzione delle norme sociali che non sono più sufficienti nelle società complesse, queste non sono però distinte ne sono solo un'evoluzione



Secondo Tamanaha con questa affermazione dovrebbe esistere un diritto per ognuno di noi, a livello teorico, che certo però possono convergere in forme di diritto simili.

Tale definizione da però apertura al fatto che ciò che ognuno di noi definisce come tale sia giusto, come facciamo l'esempio sempre della mafia dal loro punto di vista i loro comportamenti seguono una loro concezione, deviata, di diritto.

Tesi deflazionista

È una tesi questa provocatoria, deviazionista dal punto di vista filosofico, dove per ciò si intende una posizione filosofica **che va a togliere importanza a ciò che tutti considerano tale.**

Se sostengo tale tesi vado a definire inutile la ricerca della natura del diritto, esaurita semplicemente dall'uso che ne facciamo quando ne parliamo, non esiste quindi una natura del diritto.

Tesi minimalista

Questa idea ci libera quindi dall'assillo di andare a trovare una natura del diritto, quindi ciò che noi ne diciamo si riferisce solo alle nostre personali esperienze, **non può essere quindi generalizzato**, non ne può quindi esistere una materia, il diritto è ciò che consideriamo tale all'interno di un gruppo sociale e ciò non significa nulla nella spiegazione di ciò che avviene negli altri gruppi.

Il diritto monistico ha due facce:

1. **Esterno**, normativa sovrana e diritto internazionale comparato e diritto di obbligo generale
2. **Interno**, norma non ufficiale e legge tradizionale

Questo è lo schema usato nell'analisi filosofica del diritto che però Tamanaha critica specialmente nella sua forma esterna: diritto sovranazionale, diritto transumano e diritto internazionale

Tale struttura non funziona più abbiamo infatti un diritto non statale, non ufficiale, specialmente sul versante esterno, **ma come lo applichiamo, questo pluralismo, al versante interno?**

Idea che all'interno dello stato ci siano forme di diritto che non sono esercizio della volontà di autorità, se noi non le pensiamo così facciamo ideologia, on ci rendiamo conto di come funzioni il diritto, pensiamo ad Hart lui stesso aveva intuito che ci fossero delle norme che non derivassero da un'autorità, le norme sociali che non rappresentano però diritto.

Ci sono forme di diritto all'interno dello stato che non sono statali e neanche ufficiali e per capire ciò studiano un caso concreto:

Caso Mabo V. Queensland (1992)

Queensland, parte dell'Australia, è uno stato della federazione australiana posto al nord verso la nuova guinea.

Questo caso ruota intorno ai diritti di proprietà di un arcipelago di isole nello stretto di Torres, le isole Murray, isole in cui i cittadini parlano tutti lingue diverse da un'isola a un'altra.

C'è una popolazione nativa che abitava quei territori prima che arrivassero i conquistatori, e prima della conquista non erano parte di alcuno stato, terra di nessuno, nel 1879 il parlamento del Queensland le annette con un decreto rivendicandone il possesso.



Ciò avviene poiché la colonizzazione è un fatto permesso e nel common law inglese è anche precisato in quali situazioni; vediamo che le norme del common law sono state a lungo raccolte nei commentari scritti da Blackstone, esistono quindi tre modalità per conquistare un nuovo territorio:

- guerra con occupazione, conquista
- Matrimonio della figlia con un principe del territorio, cessione conquista non cruenta
- Occupazione di una terra di nessuno, *terra nullius*, quando non c'è un altro stato, autorità che avanzi pretese sul territorio.

Come si capisce se una terra non è di nessuno?

- **abbandonata**, non sfruttata economicamente
- **disabitata**, nessuno la ritiene casa sua, nessuno la rivendica

Pluralismo con vari ordinamenti che pretendono di disciplinare questo caso:

- diritto razionale rivendicato dai nativi
- Queensland
- Australia
- Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale
- Commonwealth

Non c'è gerarchia tra questi, tutti sullo stesso piano, è quindi la corte a ricostruire queste gerarchie volta per volta, le corti svolgono quindi un ruolo importantissimo, di ricostruire le relazioni tra gli ordini.

Anche qui si creano degli standard che non sono però da rispettare per forza.

Ciò è molto distante dal pensiero di Kelsen

- diritto solo dello stato e il diritto internazionale è un diritto primitivo, non ancora sviluppato, è un'utopia
- Diritto interno contiene norme che regolano la gerarchia delle fonti, quindi se c'è tra queste un conflitto la strada da intraprendere è chiara
- Il giudice deve dolo applicare gli standard, è uguale nel tempo

Mettiamo alla prova il pluralismo giuridico

Ci sono ambiti sociali, situazioni, in cui il diritto si manifesta in maniera diversa come per esempio nel caso del diritto in forma religiosa.

Vediamo **per esempio in Arabia Saudita che il diritto religioso è una vera e propria fonte del diritto**, è una regolamentazione giuridica autonoma dall'autorità dello stato, autonoma quindi dal diritto dello stato.

Per Tamanaha il pluralismo è una teoria per spiegare le cose, un'idea.

Vediamo invece che per Griffith il pluralismo è un dato di fatto ed è il monismo giuridico ad essere solo un mito, un ideale, una descrizione del pluralismo ha quindi un compito.



Critiche

1. Ambiguità concettuale, questa posizione rende indeterminato il concetto di diritto, **scompare quindi il confine tra diritto e non diritto**, dove per ciò si intendono religione, morale e costume. Tutto può divenire diritto, si perde di vista il concetto di diritto come tale, si potrebbe dire che in realtà semplicemente si considerino diritti diversi in diverse situazioni in modo corretto. **Il confine, tra ciò che è diritto e ciò che non lo è, varia in base al contesto, bisogna quindi abbandonare l'idea di un diritto assoluto, è relativo e ciò non va bene c'è il rischio di un'inclusività eccessiva.**
(Vediamo che anche Kelsen definisce il diritto come ciò che un soggetto autorizzato da una norma a emanare norme emana, non ne da quindi una definizione precisa);
2. Sovra-inclusività, **può essere considerato diritto anche ciò che non siamo abituati a considerare come tale**
3. Problemi di coordinazione, ci sono **conflitti tra gli ordini e il pluralismo non offre indicazioni gerarchiche a riguardo**, questi devono quindi collaborare in modo autonomo, ciò rischia di cadere poiché non c'è appunto una struttura solida ma solo collaborazione. Questo **rappresenta una virtù del monismo che non portava a problemi di coordinazione essendo che il suo sistema era fondato sulla gerarchia precisa delle fonti.** In Unione Europea non si sa mai chi avrà ragione
4. Astrattezza, **il pluralismo afferma che gli ordinamenti giuridici hanno rapporti orizzontali ma alcuni sono più forti di altri**, è un'immagine che pretende solo di essere più reale ma sfocia in realtà sempre nell'ideologia.
5. Carenza di generalità, **fenomeno che riguarda l'esperienza coloniale occidentale**, non risulta però presente in altre società ed esperienze storiche, **è relativo e riguarda una specifica realtà**
6. Essenzialismo occulto, **ossia affermare che il diritto è necessariamente plurale è una tesi metafisica non meno di quella difesa del monismo.**
7. Relativismo culturale e diseguaglianze, **il pluralismo giuridico può giustificare pratiche conformi al diritto tradizionale** che sono in conflitto con i diritti umani, o giustificare il trattamento diseguale tra gli individui. **Il pluralismo può arrivare a considerare pratiche ritenute diritto per certi popoli anche se entrano in conflitto con i diritti umani.**
8. Complessità e inaccessibilità, diventa difficile gestire ordini giuridici molteplici e diventa difficile per gli individui conoscere i loro diritti e doveri.
9. Elogio della differenza, i pluralisti elogiano le differenze e pensano che esse siano positive; **ma così non si perdono di vista i valori comuni?** Così vengono valorizzate principalmente le differenze e non viene valorizzata l'uguaglianza. **Pare quasi che i pluralisti credano in un diritto diverso a seconda delle differenze, delle etnie, delle credenze**
10. Riduzionismo, se penso che è tutto il diritto non riesco più a distinguere le cose.
11. Erosione dell'autorità e attacco alla democrazia, **il pluralismo delegittima l'esercizio dell'autorità centralizzata dallo stato e il principio democratico.**



ASTRA
BOCCONI