



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

ERJA I Riassunto

Sommario

ABBREVIAZIONI.....	V
I. LA GIUSTIZIA	1
1. Come definire la Giustizia	1
a) <i>Il giusnaturalismo:</i>	1
b) <i>La giustizia procedurale:</i>	3
c) <i>Il Giuspositivismo:</i>	3
2. La vera giustizia.....	4
3. I tipi di giustizia:	4
II. IL DIRITTO.....	6
1. Definire il Diritto	6
a) <i>L'approccio statalista positivista:</i>	6
b) <i>L'approccio realista:</i>	7
c) <i>L'approccio sistemico:</i>	7
2. Le norme di condotta	8
a) <i>In base alla struttura:</i>	8
b) <i>In base al contenuto:</i>	8
c) <i>In base al fine:</i>	8
d) <i>In base al soggetto che pone la norma:</i>	9
e) <i>In base al soggetto a cui è destinata la norma:</i>	9
f) <i>In base alla sanzione:</i>	9
3. Le funzioni del diritto	9

III.	LA METODOLOGIA	11
1.	La dogmatica giuridica	11
2.	Le lacune.....	12
	<i>a) I tipi di lacune:.....</i>	<i>12</i>
	<i>b) Colmare le lacune:</i>	<i>13</i>
IV.	LA STORIA DEL DIRITTO.....	14
1.	I romani.....	14
2.	Il medioevo	14
3.	L'età moderna.....	15
4.	L'Ottocento, l'età borghese	15
5.	Il Novecento.....	16
V.	L'ORDINAMENTO GIURIDICO	17
1.	Le teorie dell'ordinamento	17
2.	Il diritto dei conflitti.....	17
3.	I tipi di legge.....	18
4.	Le fonti dell'ordinamento	19
	<i>a) I tipi di fonti:.....</i>	<i>19</i>
	<i>b) la nascita dell'ordinamento:.....</i>	<i>20</i>
	<i>c) La gerarchia:</i>	<i>21</i>
	<i>d) Il diritto internazionale:</i>	<i>21</i>
5.	La Tassonomia interna dell'ordinamento	22
	<i>a) Diritto privato e pubblico</i>	<i>22</i>
	<i>b) Diritto formale e materiale.....</i>	<i>23</i>
	<i>c) Diritto dispositivo e cogente</i>	<i>23</i>
VI.	IL RUOLO DEI GIURISTI.....	24

1.	La giurisprudenza come scienza.....	24
	a) <i>Definire la giurisprudenza:</i>	24
	b) <i>È una scienza?</i>	24
	c) <i>Giurisprudenza descrittiva e prescrittiva:</i>	25
2.	Diritto e globalizzazione.....	25
3.	Femminismo	26

Abbreviazioni

a.C.	Avanti Cristo
CC	Codice civile
CF	Costituzione federale
CP	Codice penale
d.C.	Dopo Cristo

I. LA GIUSTIZIA

La giustizia risulta essere spesso in stretto legame con il concetto del diritto, in quanto lo scopo ultimo del diritto dovrebbe essere quello di raggiungere una decisione ritenuta giusta.

In questo capitolo verranno trattate per primo le varie definizioni della giustizia, poi verrà descritta la giustizia del caso singolo e infine verranno elencati i tipi di giustizia.

1. *Come definire la Giustizia*

a) **Il giusnaturalismo:**

Il giusnaturalismo mira a raggiungere la giustizia stipulando dei principi ultimi validi universalmente, che, se vengono rispettati permettono di raggiungere la giustizia. Le varie teorie del giusnaturalismo vengono anche definite concezioni sostanzialistiche da Gustavo Zagrebelsky, in quanto stipulano dei concetti assoluti.

Un primo segno di giusnaturalismo è presente nell'opera Antigone di Sofocle, dove viene affermato che le leggi di Dio, leggi universali, devono prevalere su quelle del re.

Un altro esempio è presente nel Corpus Iuris Civilis, raccolta di leggi romane, dove si tentava di stipulare delle massime di comportamento, tra cui: honeste vivere, vivere onestamente, alterum non laedere, non recare danno agli altri, pacta sunt servanda, i contratti sono da rispettare, e suum quique tribuere, dare a ciascuno il suo. Il problema era che questi principi universali, erano, troppo universali, infatti per esempio non veniva definito il suum, dare a chi cosa? dare a tutti lo stesso, a ciascuno secondo il merito?

Nel Sei-Settecento apparve il giusnaturalismo moderno, definito anche come diritto naturale razionalistico. Esponenti principali erano Grotius e Pufendorf. Esso aveva una pretesa universalistica, mirava stipulare i principi ultimi mediante l'uso della ragione e la separazione dalla religione, dato che erano presenti più religioni, esse non potevano essere la base per principi universali, venne per la prima volta espresso il concetto della dignità umana e dei diritti umani. Tuttavia anche questa visione ha dei problemi, infatti pur pretendendo di essere

universale era storicamente determinata ed erano presenti delle discriminazioni di fatto, per esempio gli schiavi.

L'utilitarismo mira a raggiungere la giustizia mediante l'utilizzo della formula di Beccaria: "la massima felicità divisa nel maggior numero". L'azione giusta è quella utile a raggiungere il benessere della maggioranza, il grado di giustizia quindi si misura con l'utilità. I problemi sono due, la vera giustizia si misura in base al benessere della minoranza, e non viene definito il concetto di benessere.

Secondo Kant invece la giustizia si raggiunge compiendo azioni universalizzabili in imperativi categorici, un'azione è giusta se può essere universale, ovvero ripetuta in qualunque situazione. Pertanto secondo Kant, in confronto all'utilitarismo, è sbagliato strumentalizzare la vita di pochi per raggiungere il benessere dei molti, dato che questa azione non è universalizzabile. Questo dilemma può essere visto nel film *Terror* di Ferdinand von Schirach, nel quale un uomo viene posto davanti alla decisione di uccidere pochi per salvare molti. Secondo Kant anche la funzione deterrente delle sanzioni è sbagliata, dato che rappresenta una strumentalizzazione della vita di un uomo per raggiungere altri scopi.

Un altro esempio di giusnaturalismo è dato dalla formula di Radbruch. Radbruch rispose a pochi anni di distanza in maniera diversa a come ci si dovrebbe comportare di fronte all'ingiustizia. Nel 1932 nel *Rechtsphilosophie* affermò che il cittadino poteva rifiutarsi di rispettare una norma vergognosa, definita *Schandgesetz*, ma il giudice doveva applicare comunque tali norme. Nel 1946 nel *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* affermò la sua teoria dei tre livelli. Sul primo livello sono presenti le leggi ingiuste ma che tuttavia vanno rispettate, sul secondo livello ci sono le norme che sono intollerabilmente ingiuste e che non devono essere rispettate, sull'ultimo livello invece ci sono le norme alle quali il legislatore non ha neppure aspirato alla giustizia nel formularle, esse non fanno parte nemmeno del diritto. Il problema sta nel fatto che all'interno di una data cultura giuridica una norma non verrà mai vista come intollerabilmente ingiusta, pertanto questa visione è solo utile per giudicare retroattivamente. Qui si pongono due problemi, il primo legale, dato che si viola il principio di non retroattività della legge, il secondo filosofico-giuridico, dato che si applica un imperialismo giuridico che tende a vedere l'attuale cultura giuridica come misura di tutte le cose.

La formula di Radbruch venne applicata perlopiù durante il processo di Norimberga, dato che tutti i capi nazisti avevano agito secondo le loro leggi vigenti nel momento. Un altro momento in cui venne applicata furono le sentenze dei cechini negli anni Novanta, dove vennero

processati i soldati che spararono alle persone in fuga dalla DDR. In un'altra sentenza simile, la sentenza Spring, la formula di Radbruch non venne applicata. Si trattava di un uomo ebreo che tentò di immigrare in Svizzera ma venne consegnato alle truppe naziste, non venne ammessa nessuna colpa ma gli vennero pagati i soldi che richiedeva sotto forma di indennizzo per le spese di processo.

b) La giustizia procedurale:

La giustizia procedurale mira a raggiungere la giustizia mediante l'uso di una precisa procedura, che, se applicata, condurrà necessariamente ad una decisione giusta.

H.L.A. Hart descrisse il suo metodo con le parole uguaglianza e ignoranza, secondo lui è possibile raggiungere la decisione giusta solo se non vengono considerate le possibili conseguenze che questa potrebbe avere.

J. Habermas elaborò la teoria discorsiva, secondo la quale era possibile raggiungere la giustizia mediante l'uso comune della ragione tra persone uguali e libere da condizionamenti.

Queste teorie hanno il problema di essere delle visioni utopiche e difficilmente applicabili.

c) Il Giuspositivismo:

Tra tutte queste teorie presenti sorse il problema di quantificare la giustizia, così si arrivò al giuspositivismo, che riduce il concetto di giustizia a quello di legalità, di obbedienza.

Kelsen nel *Reine Rechtslehre* del 1934 espose i suoi pensieri, lui proponeva una dottrina pura, non contaminata dalla morale, dato che la giustizia era vista come irrazionale, soggettiva. La giustizia ora coincide con la conformità alla legge, con la legalità, dove per legge si intende il diritto positivo valido, posto dall'autorità sovrana. Oggetto del diritto sono le norme, ovvero delle proposizioni ipotetiche, "se A, allora deve essere B", dove al giurista il contenuto di A non interessa. Le critiche sono che non viene considerata l'origine extra giuridica del diritto e non c'è una protezione contro la manipolazione del diritto.

2. La vera giustizia

Platone definirebbe le varie teorie di giustizia sopra elencate con il nome di giustizia speculativa, dato che ricercano la giustizia al di fuori della persona, lui invece affermava che si dovesse trattare di un sentimento di giustizia, derivante dall'esperienza dell'ingiustizia.

Di fronte ai principi universali, può accadere che essi debbano essere adattati al caso specifico, infatti già Aristotele proponeva di rettificare la legge laddove dovesse risultare insufficiente a causa del suo carattere universale.

Questo in Svizzera è previsto nel art. 4 CC, che permette al giudice di prendere delle decisioni tenendo conto della situazione specifica, e non modo legislatoris come previsto dal art. 1 cpv. 2 CC. Infatti come definisce anche F. Carnelutti, l'equità è la giustizia del caso singolo. Introducendo questo articolo la legge riconosce ciò che è già scritto nel art. 8 CF, ovvero che c'è una differenza tra uguaglianza formale (art. 8 cpv 1 e 2 CF) e uguaglianza sostanziale (art. 8 cpv. 3 CF). L'art. 4 CC è stato tuttavia frutto di un compromesso tra la cultura giuridica francofona, che temeva l'arbitrarietà del giudice e quella germanofona, che vedeva di buon occhio e decisioni "de bono et aequo", ovvero secondo quanto giusto ed equo. Si temevano due pericoli, il venir meno della divisione dei poteri e dell'uguaglianza, per fronteggiare a questi problemi il giudice può far uso del giudizio di equità soltanto se previsto dalla legge, o perché la fattispecie o la sanzione non sono pienamente definite. Inoltre il giudice deve utilizzare dei criteri oggettivi e deve comunque attenersi ai limiti del art. 1 cpv. 3 CC, che gli impone di attenersi alla giurisprudenza e dottrina.

In caso di sbagliata applicazione del giudizio di equità il tribunale federale può intervenire in quattro casi: se non sono state rispettate la giurisprudenza e la dottrina, non sono state considerate cose che avrebbero dovuto essere considerate, sono state considerate cose che non avrebbero dovuto essere considerate o la sentenza risulta particolarmente ingiusta.

3. I tipi di giustizia:

Esistono principalmente tre tipi di giustizia:

La giustizia distributiva mira ad un'equa distribuzione delle risorse tra le persone, essa è preventiva e si basa su di una proporzionalità geometrica, dando voce ai criteri di necessità e

capacità. I principali campi di applicazione sono l'assistenza sociale, il diritto dei minori e il diritto fiscale.

La giustizia retributiva mira a ristabilire un equilibrio mediante l'uso di sanzioni e ricompense, essa è reattiva e si basa su di una proporzionalità aritmetica, dando voce ai principi di equivalenza, contraccambio e corrispondenza. I principali campi di applicazione sono il diritto dei contratti, il diritto societario e il diritto penale.

La giustizia riconciliativa (restorative justice) presenta la vittima come accusatrice e giudice, mira all'ammissione di colpa da parte del colpevole, il seguente perdono e riconciliazione, il risarcimento del danno non è visto come pena bensì come logica conseguenza dell'ammissione di colpa.

II. IL DIRITTO

1. *Definire il Diritto*

Etimologicamente diritto deriva da dirigere, ovvero porre in linea retta, raddrizzare, e da *rectus/directus, rectitudo*, ovvero conformità con una regola, pertanto significherebbe mettere in linea con la legge.

Il termine *jus* invece può derivare da più termini, da *lovis*, sottolineando la derivazione dalla religione, *yos/ious*, che significherebbe salvezza, *iungo*, collegare e *ius*, ovvero rapporto giuridico.

Il termine *jus* non è da confondere con *lex*, che deriva da leggere, riunire, eleggere, e pertanto significa un obbligo che lega inquanto eletto.

Per definire il diritto i romani utilizzavano l'espressione "*ius est ars boni et aequi*", il diritto è l'arte del buono e del giusto. Oggi ci sono principalmente tre teorie che cercano di definire il diritto: l'approccio statalista positivista, l'approccio realista e quello sistemico.

a) L'approccio statalista positivista:

Secondo questo approccio il diritto si divide in due rami, il diritto oggettivo e il diritto soggettivo.

Il diritto oggettivo rappresenta l'ordinamento giuridico, ovvero un insieme strutturato di norme, oppure un insieme organico di regole dettate a formare un ordinamento vigente. Gli aspetti più importanti dell'ordinamento sono le norme e le fonti. Le norme contengono la fattispecie giuridica, ovvero un rapporto tra uno o più comportamenti e una o più conseguenze. Le conseguenze sono spesso delle sanzioni sotto forma di una pena. Durante il processo viene accertato se i fatti accaduti possono essere compresi da quelli previsti nella norma e quindi assoggettati a sanzione. Il diritto oggettivo si divide principalmente in diritto privato e diritto pubblico.

Il diritto soggettivo rappresenta il potere riconosciuto da parte dello stato di agire secondo ad un proprio interesse. Ci sono due visioni principali, può esse visto come da Windscheid come un potere di agire conferito dallo stato oppure come sostenuto da Jehring come un interesse tutelato. Il diritto soggettivo può essere visto in un'ottica statale o individualistica, dal punto di vista dell'ottica statale rappresenta una *facultas exigendi*, una facoltà di esigere dei diritti,

mentre dal punto di vista dell'ottica individualistica rappresenta una *facultas agendi*, una facoltà di agire.

b) L'approccio realista:

Questa visione promossa da Wendell Holmes pone l'accento sulla differenza tra *law in the books* e *law in the action*, ovvero tra il diritto scritto nell'ordinamento e le norme effettivamente applicate dal tribunale. Viene vista più importante l'applicazione del diritto piuttosto che quanto scritto sulla carta, dando voce ad una sorta di antipositivismo.

c) L'approccio sistemico:

La teoria dei sistemi venne sviluppata da Niklas Luhmann. Secondo questa visione il diritto è il risultato di un complesso gioco di anticipazioni e ammiccamenti fra attori dei sistemi. Il diritto come sistema è frutto di un processo di differenziazione della società di fronte alla sua complessità, questo è stato un processo contingente, ovvero sarebbe potuto andare diversamente, pertanto il diritto è anche un paradosso.

A causa di questo processo di differenziazione alcuni sistemi interagiscono più di altri, per esempio il diritto e la politica interagiscono di più, le norme emanate dalla politica influenzano le sentenze del diritto e le sentenze del diritto influenzano la produzione di norme.

Le aspettative normative non vengono cambiate, ovvero non si accetta la violazione della norma, al contrario delle aspettative fattuali.

Il diritto è un sistema funzionalmente differenziato il cui scopo è quello di mantenere stabili delle aspettative, le norme. Dato che le norme rendono prevedibile il futuro è soprattutto un sistema di gestione del tempo, oppure delle aspettative di cosa accadrà in futuro.

Il diritto è cognitivamente aperto, ovvero può accogliere delle novità di fattispecie, ma è anche operativamente chiuso, ovvero non accetta altri strumenti di elaborazione. Il diritto è come un sistema immunitario della società, un sistema autopoietico che si ridefinisce continuamente e riesce a eliminare i conflitti indesiderati. Per fare ciò il diritto mette a disposizione una struttura, le norme, che hanno lo scopo di far lavorare il codice ragione torto. Quando una persona si rivolge al giudice richiede in poche parole di sospendere il tempo e di applicare il codice.

Il sistema si crea il proprio ambiente, questo significa che dall'esterno può essere solo irritato. Il sistema reagisce ad una novità che provoca un'irritazione in tre tappe: variazione, il sistema

reagisce all'irritazione producendo una novità interna, selezione, le strutture del sistema convogliano la novità, e stabilizzazione, decisione se mantenere oppure no la novità.

2. Le norme di condotta

Le norme del diritto rappresentano delle norme di condotta, come anche le norme della morale e del costume. Le norme del diritto sono più vincolanti rispetto a quelle del costume e meno vincolanti rispetto a quelle della morale, perciò vengono poste tra le due. Ci sono sei criteri di distinzione tra costume, diritto e morale, in base alla struttura della norma, al contenuto, al fine, al soggetto che la pone, al soggetto a cui è destinata e alla sanzione.

a) In base alla struttura:

Questo criterio serve soprattutto a differenziare il diritto dalla morale.

Il diritto è formato da obblighi, imperativi, soprattutto di tre tipi, imperativi di fare, obblighi, imperativi di non fare, divieti, e permessi. La morale invece rappresenta più dei dettami della ragione e pertanto dei consigli. Oppure come afferma Thomasius il diritto contiene degli imperativi negativi, “non fare il male”, mentre la morale contiene degli imperativi positivi, “fare il bene”. Oppure può essere applicata la distinzione kantiana tra imperativi categorici, “devi fare A”, tipici della morale, con gli imperativi ipotetici, “se vuoi B, allora devi fare A”, tipici del diritto.

Inoltre le norme del diritto sono principalmente generali e astratte.

b) In base al contenuto:

Anche questa distinzione è perlopiù adatta a differenziare il diritto dalla morale.

Il contenuto delle norme del diritto è il rapporto intersoggettivo, ha pertanto un aspetto di socialità, mentre come dice Alessandro Levi, la morale mette in rapporto l'individuo con sé stesso, mentre il diritto con gli altri. Oppure la definizione di Giorgio del Vecchio che contrappone all'unilateralità della morale la bilateralità del diritto.

c) In base al fine:

Il fine del diritto è la giustizia, che da un punto di vista formale può essere vista come ordine, e da un punto di vista sostanziale come bene comune. Infatti come afferma Dabin, se il diritto è

coesistente con la società allora il suo fine non può che essere quello della società, ovvero il bene comune.

d) In base al soggetto che pone la norma:

Le norme del diritto vengono poste dall'autorità sovrana, ovvero quella che non riconosce alcun potere sopra di sé, "summa potestas superiorem non recognoscens". Il problema che non considera il diritto giurisprudenziale, internazionale, canonico e dei privati.

e) In base al soggetto a cui è destinata la norma:

In base al soggetto cui è destinata la norma si può separare il diritto sia dalla morale che dal costume.

Per distinguere il diritto dalla morale si evidenzia il fatto che la morale necessita di un adesione interna, autonoma, mentre il diritto necessita di un adesione esterna, eteronoma.

Per distinguere il diritto dalla morale si osserva la convinzione dell'obbligatorietà, perché solo le norme del diritto sono ritenute obbligatorie, "opinio iuris seu necessitatis", il diritto è tale solo se ritenuto obbligatorio.

f) In base alla sanzione:

Anche la sanzione permette di distinguere il diritto sia dalla morale che dal costume. Infatti le norme morali presentano delle sanzioni interne, un malessere con sé stessi, le norme del costume presentano delle sanzioni esterne non regolate, mentre il diritto presenta delle sanzioni regolate, si sa in precedenza che avverrà una sanzione, quale sarà, chi la eseguirà e quanto grave sarà.

Inoltre nelle norme di diritto è presente un apparato incaricato di applicare le sanzioni.

3. Le funzioni del diritto

Le funzioni del diritto principali sono cinque: la certezza del diritto, che permette di prevedere come andrà a finire un conflitto, la pacificazione, dato che vengono risolti i conflitti, la legittimazione del potere statale, dato che le sue leggi devono essere applicate, il controllo sociale, regolando i rapporti intersoggettivi e garantire un ordine giusto, permettendo a tutti l'accesso ai tribunali.

Oltre a queste esistono anche delle funzioni immanenti nella legge ed espressamente elencate, come la garanzia della libertà individuale e dell'uguaglianza.

III. LA METODOLOGIA

1. *La dogmatica giuridica*

La dogmatica giuridica è quel ramo della scienza giuridica che dà voce ad un'operazione puramente conoscitiva, nella quale le norme, viste come dogmi, ovvero valide in quanto provenienti da una certa fonte, vengono interpretate con l'obiettivo di costruire un sistema giuridico con una struttura razionale logica gerarchica.

Il metodo giuridico rappresenta l'insieme di criteri guida utilizzati dal giurista durante l'esercizio della conoscenza giuridica, ovvero dell'interpretazione, esso ha un carattere logico astratto, e fa uso di procedimenti induttivi e deduttivi, ovvero partendo dai casi particolari per formare un principio generale, oppure dal principio generale per classificare il caso particolare. La metodologia giuridica è la disciplina che si occupa del metodo giuridico.

L'interpretazione viene vista come attività di rispecchiamento dei significati precostituiti. Esistono due principali procedimenti di interpretazione, il metodo esegetico, che mira a scoprire il senso logico grammaticale della norma, e il metodo sistematico, che mira a raggruppare le norme per oggetto in comune per poi formulare dei principi generali, per esempio: "in dubio pro reo".

La nuova ermeneutica di Gadamer mette tuttavia in luce un altro modo di interpretazione, nel quale viene evidenziata la centralità dell'interprete, in quanto l'interpretazione ricollega il presente con la tradizione, mette in evidenza l'interconnessione tra comprendere interpretare e applicare. Secondo questa visione l'interpretazione viene influenzata non solo dall'oggetto interpretato bensì anche dalla precomprensione del soggetto, ovvero dall'insieme di esperienze con le quali l'interprete affronta il testo. Esiste una precomprensione individuale professionale e collettiva, definita con il termine "Zeitgeist". Si arriva così ad un ciclo ermeneutico, un circolo virtuoso, dove ogni interpretazione genera una post comprensione, che diventerà una precomprensione durante il prossimo processo di interpretazione.

Dopo l'applicazione del metodo giuridico per interpretare le norme viene utilizzato il metodo dogmatico per eseguire la sistemazione razionale delle norme. Le norme che hanno delle cose in comune vengono raggruppate in istituti, e gli istituti in sistemi. Il processo è a tre fasi: definizione, classificazione, e sistemazione.

Infine bisogna distinguere tra la metodologia prescrittiva e descrittiva, a dipendenza che descriva il diritto come è oppure come dovrebbe essere. La metagiurisprudenza, che analizza le attività dei giuristi, può anch'essa essere descrittiva o prescrittiva, a seconda del fatto che descrive l'attività dei giuristi come è oppure come dovrebbe essere.

In Svizzera l'interpretazione è regolata nel art. 1 CC. Il ruolo del giudice ideale veniva spesso visto come "bouche de la loi", bocca della legge, come afferma Montesquieu. Oggi invece si ritiene che l'interpretazione sia parte dei compiti del giudice. La necessità dell'interpretazione può essere vista in due modi, come correzione di una distorsione tra pensiero e lingua, oppure come ricostruzione del significato completo della norma, dato che quando è stata scritta è stata anche spogliata del contesto. Il diritto deve essere anche interpretato a causa della multivalenza della lingua e del linguaggio tecnico utilizzato.

Il TF dispone di una cassetta metodologica per l'interpretazione delle norme. Definita anche con il nome pluralismo metodologico, oppure principio dell'assenza dei principi. Infatti tutti questi principi sono equiparati. Il primo è l'interpretazione grammaticale, che osserva quanto scritto nella norma, viene tenuto conto di tutte le lingue, se il significato grammaticale cambia tra le varie lingue allora il senso grammaticale non è chiaro, e si adotta un altro metodo di interpretazione, l'interpretazione sistematica considera il contesto della norma, l'interpretazione in conformità alla costituzione oppure al diritto internazionale, considera l'adesione ai principi generali dell'ordinamento, l'interpretazione secondo l'elemento storico o teleologico, a dipendenza del fatto che si cerca una interpretazione soggettiva, volere del legislatore oppure oggettiva, ratio legis, ovvero significato vero, della norma.

2. Le lacune

Le lacune rappresentano un'incompletezza non pianificata, rappresentano una mancanza da parte del legislatore, che ha omesso di regolare qualcosa. Sono da distinguere dal silenzio qualificato, dove il legislatore ha regolato la cosa tacendo.

a) I tipi di lacune:

Tra le lacune ci sono quelle intra legem, dove una norma rimanda ad un'altra per la soluzione del caso, e quelle preter legem, che sono le lacune vere e proprie. Che si possono dividere in lacune vere, una mancanza, e lacune ideologiche, il risultato dell'applicazione della norma non

piace. Nel primo caso il legislatore ha ommesso di regolare qualcosa, nel secondo ha usato criteri troppo rigidi.

b) Colmare le lacune:

Per colmare le lacune esistono due procedure, l'analogia e i principi generali del diritto.

Per analogia si intende attribuire ad un caso non regolato la stessa norma di un caso ritenuto simile. La similitudine deve riferirsi ad un aspetto di ratio legis. Esistono tre tipi di analogia, l'analogia legis, si cerca una norma che regola un caso simile, si ricava la nuova regola da tutto l'ordinamento, e l'interpretazione estensiva, al posto di creare una nuova norma viene estesa la fattispecie e la situazione viene sussunta nella vecchia norma.

L'analogia può essere a simile, a contrario, ovvero si considera solo quanto scritto nella legge senza dare spazio ad un'estensione, oppure a fortiori, a maggior ragione e quindi a minori ad maius, dal minore al grande.

Il giudice, nel colmare le lacune, deve comunque attenersi ai principi generali dell'ordinamento. Ovvero il principio di legalità (art. 5 cpv. 1 CF), quello di proporzionalità (art. 5 cpv. 2 CF), quello della buona fede (art. 5 cpv. 3 CF), l'uguaglianza (art. 8 CF), e la garanzia dei diritti fondamentali (art. 35 CF).

IV. LA STORIA DEL DIRITTO

È importante analizzare come si è sviluppato il diritto durante il tempo da un punto di vista storico, dato che il diritto è un prodotto della società e si evolve con essa.

1. *I romani*

Al tempo dei romani venne per la prima volta vista la cultura giuridica come una cultura scientifica. Il culmine del lavoro giuridico scientifico romano si ha tra il II sec. a.C. e il III sec. d.C., il protagonista è il giurista, che aveva un doppio volto, da un lato proponeva un'accurata analisi scientifica, dall'altro era immerso nella praticità, nella risoluzione di casi concreti soprattutto in ambito civile. Il diritto romano si basava soprattutto sul diritto civile, sull'individualismo economico, dove il personaggio principale era il pater familias. Questa visione civilista verrà poi ripresa dalla Borghesia, dove invece del pater familias era presente il ricco mercante.

Il diritto romano disponeva di più strumenti, lex, le leggi, gli edictum, sentenze o editti pretoriali e le responsa, i pareri dei giuristi. Vennero stipulati due tipi di codici, la legge delle dodici tavole del 450 a.C. e il Corpus iuris civilis del 529-569 d.C. Il corpus Iuris Civilis era diviso in quattro parti principali, Il codex Iustinianus, le leggi, le digeste/pandette, una serie di testi giuridici, le istituzioni, in manuale che presenta una simile divisione del diritto privato come oggi in Personae, diritto delle persone, res, diritto delle cose, obligationes, diritto delle obbligazioni, e actiones, diritti di denuncia.

2. *Il medioevo*

Durante il medioevo si dovettero fronteggiare due vuoti, la mancanza di un potere sovrano e di una cultura giuridica. Il soggetto principale era il notaio, il pratico applicatore del diritto.

Nel primo medioevo la società era frammentata e comunitaria, prevaleva il diritto locale consuetudinario, ovvero quel diritto che da voce ad un comportamento ripetuto da parte della maggioranza e ritenuto obbligatorio. Il diritto si basava sull'oralità e veniva utilizzato solo quando necessario per risolvere una disputa.

Nel secondo medioevo, dal XI sec. d.C. in poi, con la crescita delle città e con l'aumento degli scambi commerciali arrivò la necessità di un diritto universale, l'unica fonte di diritto universale in quel momento era la chiesa, con una forte centralizzazione sotto la figura del Papa. Si formò così un pluralismo giuridico, con da un lato il diritto locale "jura propria", e dall'altro il "jus commune" formato da norme della chiesa e principi dal diritto romano. Infatti la chiesa aveva come codice il corpus iuris canonici del 1140-1582. La diffusione del ius commune avveniva attraverso le università, Bologna 1088.

Dal punto di vista teorico prevaleva il giusnaturalismo cristiano con Tommaso D'aquino

La grande differenza con il diritto romano era la visione equitativa, la coscienza della mobilità dell'ordine giuridico di fronte all'immobilità di un testo normativo autorevole.

3. L'età moderna

L'età moderna è caratterizzata dalla presenza di una nuova figura, il principe, il diritto inizia ad essere emanato dal potere sovrano, si creano tante piccole isole con norme diverse, le norme emanate vengono racchiuse nei codici, nasce il mito del codice esclusivo e completo. Primato della legge.

Dal punto di vista politico avviene la territorializzazione del potere e si sviluppa l'assolutismo.

4. L'Ottocento, l'età borghese

Nel Ottocento si forma lo stato di diritto, la costituzione limita il potere dello stato, che dà voce alla supremazia della società. Si sviluppa lo storicismo di Herder, che analizza lo sviluppo nel tempo. Questa tendenza appare anche nella scuola storica del diritto di Savigny, il diritto non può essere frutto di rivoluzioni, bensì di un continuo sviluppo, ritorno alle radici romaniste, pandettisti. Mentre i germanisti intendono trovare fonti germaniche del diritto.

5. Il Novecento

Nel Novecento si vedono in contrasto il positivismo di Kelsen con l'antipositivismo, per esempio il diritto libero, o *freiheitsschule*, di Kantorowicz, la giurisprudenza degli interessi di *Jehring*, oppure il realismo di *Wendel Wolmes*. Appare anche la nuova ermeneutica.

Il codice civile svizzero del 1912 risulta essere antipositivista, un codice popolare, pensato per giudici laici, con linguaggio quotidiano e a volte inesatto, inoltre è anche un codice sociale.

Infine di fronte ai regimi totalitaristi del Novecento si ha un ritorno al giusnaturalismo con *Radbruch*.

V. L'ORDINAMENTO GIURIDICO

L'ordinamento giuridico è un insieme strutturato di norme. Tra l'ordinamento e le norme è presente un particolare rapporto, una sorta di circolo vizioso, infatti non c'è ordinamento che non sia composto da norme, e non ci sono norme che non siano contenute in un ordinamento.

1. Le teorie dell'ordinamento

Ci sono due principali teorie dell'ordinamento, quella istituzionale e quella normativa.

La teoria istituzionale sviluppata da Santi Romano prevede un rapporto di mutua implicazione tra la società e l'ordinamento, che potrebbe essere riassunto con la frase: “ubi societas ibi jus”, dove c'è la società c'è anche il diritto. Questa visione viene criticata in quanto estende troppo il concetto di ordinamento.

La teoria normativa prevede che solo le leggi dello stato fanno parte dell'ordinamento, dato che esso ha la capacità di imporle coercitivamente. Questa visione venne invece criticata per porre troppo accento sulla sanzione.

Secondo la teoria normativa l'ordinamento presenta tre caratteristiche principali: è esclusivo, dato che non deriva la sua validità da altri ordinamenti, completo, dato che contiene una norma di chiusura che descrive cosa fare in caso di lacune e coerente, perché non presenta delle norme antinomiche, ovvero in contrasto tra loro, o meglio contiene delle regole per gestire il conflitto tra le norme.

2. Il diritto dei conflitti

Il diritto dei conflitti mostra quale tra due o più norme antinomiche usare, dove per antinomiche si intendono quelle norme che potrebbero essere applicate entrambe alla fattispecie, ma condurrebbero a due risultati diversi.

Per fare ciò il diritto dei conflitti propone dei principi generali, i principali dei quali sono: “lex superior derogat inferiori”, la legge più importante deroga quella meno importante, “lex

posterior derogat priori”, vale la legge più recente e “lex specialis derogat generali”, la legge precisa prevale su quella più astratta.

Tuttavia accanto a questi principi generali ci sono anche delle eccezioni: per esempio dal punto di vista geografico vige il principio della territorialità, ma in alcuni casi deve essere applicato il diritto internazionale. Il diritto internazionale, al contrario di quanto potrebbe suggerire il termine è diritto nazionale che prevede quale diritto nazionale applicare. Dal punto di vista temporale vige il principio della non retroattività, ma ci sono anche qui delle eccezioni, per esempio il principio della “lex mitior” ancorata nel art. 2 cpv. 2 CP, secondo il quale va applicata la legge nuova per un atto compiuto sotto la legge vecchia se a favore del imputato.

3. I tipi di legge

La legge può essere vista da due punti di vista, materiale e formale, dal punto di vista materiale la legge è generale e astratta, ovvero applicabile ad un indefinito numero di persone e di casi. Dal punto di vista formale invece deve essere emanata dall’organo competente, nel nostro caso dal parlamento.

Tenendo conto di questa suddivisione, e del fatto che secondo l’art. 164 cpv. 1 CF tutte le disposizioni importanti devono essere emanate sotto forma di legge federale, è possibile arrivare a questo grafico, il nome della norma cambia in base al tipo di norma, colonna verticale, e all’organo legiferante, riga orizzontale.

	Atto del legislativo (legge in senso formale)	Atto di un'altra autorità
Regola generale astratta (legge in senso materiale)	Legge propria	Ordinanza
Atto individuale concreto	Decreto parlamentare	Decisione d’autorità

Per quanto riguarda l’importanza di una norma, è da notare che essa è inversamente proporzionata in confronto alla sua densità, ovvero al suo grado di dettaglio. Infatti più una norma è importante più è astratta

Per riassumere, in Svizzera sono presenti principalmente i tipi di legge elencati nella prossima tabella, il nome cambia a dipendenza del tipo di legge, colonna verticale, e del potere legiferante, riga orizzontale.

	Confederazione	Cantone	Comune
Costituzione	Costituzione federale	Costituzione cantonale	Regolamento comunale
Legge propria	Legge federale	Legge cantonale	Regolamento dell'assemblea comunale
Legge senza referendum	Ordinanza dell'assemblea federale	Regolamento del Gran Consiglio	Ordinanza dell'assemblea comunale
Legge solo materiale	Ordinanza federale	Regolamento cantonale	Ordinanza municipale

4. Le fonti dell'ordinamento

Le fonti sono quegli atti dai quali l'ordinamento fa dipendere la produzione di norme.

a) I tipi di fonti:

Nel art. 1 CC il legislatore ha provveduto una gerarchia delle fonti. Nel primo capoverso evidenzia il primato della legge, nel secondo elenca le altre fonti utilizzabili, ovvero la consuetudine e il diritto giudiziale. Queste fonti valgono contemporaneamente ma non concorrentemente, in poche parole deve essere rispettata la gerarchia, partendo dal significato grammaticale, se questo risulta poco chiaro si può dare ascolto alla consuetudine, se dovesse mancare anche questa allora il giudice deve applicare il diritto giudiziale. Il diritto giudiziale

prevede che il giudice agisca “modo legislatoris”, ovvero come il legislatore, prima creando una norma nuova per poi applicandola al caso concreto.

Tra le principali fonti del diritto, oltre a quella statale, possiamo elencare il diritto internazionale, quello consuetudinario, quello giudiziale, ovvero fatto dai tribunali, privato, frutto della libertà contrattuale e naturale, ovvero formato da principi generali.

La scuola storica di Savigny ricercava particolarmente le fonti non statali del diritto, essi ritenevano che le istituzioni giuridiche avessero un'anima che definivano con il termine “Volksseele”, che derivava dalla storia e dallo sviluppo delle popolazioni, perciò per capire l'ordinamento bisognava analizzare il suo sviluppo storico.

In base al numero delle fonti un ordinamento può essere semplice, se ha solo una fonte, o complesso, se ha più fonti. Dato che risulta difficile provvedere la grande quantità di norme con una sola fonte, molti ordinamenti possiedono più fonti, queste fonti indirette sono principalmente di due tipi, possono essere riconosciute o delegate.

Le fonti riconosciute consistono nel accogliere all'interno del ordinamento delle norme preesistenti, normalmente facente parte della consuetudine, mentre le fonti delegate prevedono la creazione di altri organi legiferanti con il compito di una futura produzione di norme. A questo punto è da notare che la differenziazione tra fonti riconosciute e delegate non è sempre facile, la libertà contrattuale può essere vista come una fonte riconosciuta, inquanto si adottano delle norme provenienti da fuori l'ordinamento, oppure come una fonte delegata, frutto del diritto concesso dallo stato.

b) la nascita dell'ordinamento:

L'ordinamento ha una costruzione a gradi, apicale e gerarchica, alla cui punta risiede “la fonte delle fonti”, che dà unità all'ordinamento. Durante la formazione del ordinamento, e quindi del potere statale possono avvenire due cose, che possono essere descritte con l'ottica giusnaturalista di Hobbes e Locke.

Secondo Hobbes prima della creazione dello stato vige una situazione di guerra perenne, tutti contro tutti, tramite un contratto sociale viene data vita alla società, ma, dato che la situazione antecedente la società era negativa, viene fatta tabula rasa di tutto ciò che c'era prima, pertanto il potere si può solo autolimitare, quindi la pluralità di fonti può essere data soltanto da una delegazione del potere legislativo, si hanno perlopiù fonti delegate.

Secondo Locke invece, la società si forma sempre a causa di un contratto sociale, ma con l'unico scopo di permettere un miglior godimento della proprietà, pertanto il potere nasce già limitato dall'esterno dalle leggi preesistenti, si avranno anche fonti riconosciute.

c) La gerarchia:

Dato che l'ordinamento è formato a gradi, è presente una forte gerarchia. Gli stadi superiori impongono l'esecuzione delle norme, quelli inferiori eseguono le norme e ne creano di nuove da far eseguire agli stadi inferiori. Pertanto guardando la piramide gerarchica dall'alto verso il basso si vedranno una serie di processi di produzione, mentre osservando la stessa piramide dal basso verso l'alto si vedranno dei processi di esecuzione. I processi di produzione e esecuzione possono tranquillamente essere sostituiti con potere e dovere.

d) Il diritto internazionale:

Il diritto internazionale ha forte importanza in Svizzera dato che a causa del art. 190 CF esso può essere usato come misura di validità delle leggi federali. La norma impone la conformità alle leggi federali e ai trattati internazionali, e può essere interpretata in due modi.

Fino al 1991 venne interpretata come un "Prüfungsverbot", ovvero un divieto di controllare la costituzionalità di una legge, dato che nella norma non viene imposta la conformità con la costituzione. Da allora viene interpretata un "Anwendungsgebot", ovvero il permesso di applicare sia le leggi federali, ma anche il diritto internazionale. Pertanto una legge federale deve rispettare il diritto internazionale per essere applicata.

Di principio è prevista la conformità con i trattati internazionali, questo è anche ancorato nel art. 5 cpv. 4 CF. Tuttavia, per essere applicati, i trattati internazionali devono essere "self executing", ovvero sufficientemente concreti e deve sussistere un interesse alla tutela dell'individuo. Esiste però un'eccezione, formata dalla giurisprudenza Schubert, secondo la quale la una legge federale deve essere applicata anche se in contrasto con i trattati internazionali, se il parlamento, quando ha emanato la legge, ha voluto violare l'accordo internazionale. Di fronte a questa eccezione esiste però anche un'eccezione all'eccezione, infatti la conformità con le norme dei trattati internazionali che contengono dei diritti fondamentali, per esempio la CEDU, deve essere sempre presente.

5. *La Tassonomia interna dell'ordinamento*

Ovvero la sistematica dell'ordinamento

a) **Diritto privato e pubblico**

Il diritto si divide principalmente in diritto privato e pubblico, per distinguerli esistono cinque criteri.

Il criterio della funzione, che differenzia le norme in base al loro compito privato o pubblico, il criterio degli interessi, che pone attenzione sul fatto che vengano adempiuti interessi privati o pubblici, il criterio del soggetto, se uno dei partecipanti al rapporto giuridico è lo stato allora si tratta di diritto pubblico, il criterio modale, che osserva se la sanzione è di diritto penale oppure privato e il criterio della subordinazione, che controlla se i partecipanti del rapporto giuridico sono sullo stesso piano, diritto privato, oppure se alcuni sono subordinati, diritto pubblico.

Spesso per definire se una norma sia o meno di diritto pubblico si usa la combinazione del criterio del soggetto e della subordinazione, così per essere una norma di diritto pubblico, uno dei soggetti deve essere lo stato e questo deve agire anche sopraordinato.

I principali motivi della divisione tra diritto privato e pubblico sono: stabilire competenze di legiferare, scegliere le leggi da adottare, stabilire quale organo è incaricato dell'esecuzione della legge e chi deve avere l'iniziativa per iniziare un eventuale processo.

In Svizzera per quanto riguarda le competenze dei cantoni di legiferare in ambito di diritto pubblico è vigente il principio del federalismo sancito nell'art. 3 CF, secondo il quale i cantoni hanno tutte le competenze che non spettano alla confederazione. Pertanto l'art. 6 CC, che afferma che il diritto privato federale non limita il diritto pubblico cantonale è una riserva impropria, riserva perché afferma di prevalere sulle altre norme, impropria perché inutile, inquanto questa cosa è già regolata nella costituzione.

Per quanto invece riguarda le competenze dei cantoni di legiferare in ambito privato, l'art. 122 cpv. 1 CF prevede il diritto privato come competenza della confederazione, inoltre l'art. 49 CF descrive la forza derogatoria del diritto federale, che prevale su quello cantonale

contrario. Tuttavia l'art. 5 CC lascia anche ai cantoni un certo margine di legiferare in ambito privato, a quattro condizioni: l'ambito deve essere stato lasciato libero dal diritto federale, è necessaria la presenza di un interesse pubblico preponderante, la norma cantonale non deve impedire quella federale e non deve andare contro lo spirito del diritto federale.

b) Diritto formale e materiale

Il diritto si suddivide anche in diritto materiale, le norme di contenuto, che garantiscono i diritti soggettivi e diritto formale, che contiene norme di struttura, rilevanti per la produzione di altre norme. Regola quindi le procedure, di formazione del diritto materiale.

c) Diritto dispositivo e cogente

Tra le norme ci sono quelle di diritto cogente "ius cogens", che devono essere rispettate, e quelle di diritto dispositivo, che possono essere modificate, e vengono quindi applicate solo se le parti di un rapporto giuridico non hanno previsto altrimenti. Istituire norme di diritto cogente, presenti perlopiù nel diritto pubblico, ha principalmente tre scopi: garantire la certezza del diritto, tutelare i più deboli e agire a favore dell'interesse pubblico.

VI. IL RUOLO DEI GIURISTI

1. *La giurisprudenza come scienza*

Prima di osservare se la giurisprudenza potesse essere considerata scienza o meno risulta opportuno definirla.

a) **Definire la giurisprudenza:**

La giurisprudenza risulta essere un termine polisemico, ovvero un termine che racchiude più significati. Può essere vista come la pratica professionale dei giuristi, come una serie di teorie del diritto, visione che risulta ampia nella cultura giuridica inglese definita con il termine "Jurisprudence", oppure come l'insieme delle attività dei giuristi, dove prende il nome di giurisprudenza forense, che descrive quindi tutte le attività legate all'amministrazione della giustizia. Il termine può anche essere visto come l'insieme delle decisioni giudiziarie, ovvero come il risultato del lavoro dei giuristi.

b) **È una scienza?**

Per definire se la giurisprudenza sia o meno una scienza bisogna scegliere i criteri utilizzati per stabilire la scientificità di una disciplina, ovvero il modello di scienza a fianco del quale sarà paragonata la giurisprudenza, dato che a seconda della definizione di scienza usata può cambiare il risultato finale, ovvero se la giurisprudenza potrà essere vista come scienza oppure no.

Julius Kirchmann applicò la classica visione di scienza delle scienze naturali, e affermò che il diritto non potesse essere una scienza, dato che la scienza studia un oggetto dato, mentre l'oggetto di studio del diritto, ovvero le norme, risultano essere contingenti, dipendenti dalla politica, variabili e pertanto incerte. Di fronte a questo Bobbio sviluppò il neopositivismo logico, affermando che il diritto fosse una scienza a causa del rigore del discorso utilizzato e del suo linguaggio scientifico. Quest'ultima visione venne però criticata, in quanto escludendo l'oggetto di studio, ovvero le norme, e ponendo un accento troppo elevato sull'elemento discorsivo, esclude gli aspetti etico-politici di queste ultime e viene meno la possibilità di una conferma empirica delle proposizioni espresse.

Di fronte a queste due visioni opposte, risulta interessante osservare quali modelli giuridici sono stati presi in considerazione per valutare la loro scientificità. Da un lato venne considerato il classico modello positivista, che pone l'accento sulla validità delle norme, dall'altro venne considerata la tendenza antipositivista, che pone l'accento sui giudizi di valore. In entrambi i casi il problema sta nel fatto che non si è tenuto conto della complessità del diritto, che presenta anche una sfera sociale, e pertanto si avvicina anche alla sociologia. La soluzione per definire la scientificità del diritto è l'adozione del pluralismo metodologico, che osserva sia la dimensione normativa, dogmatica, ma anche quella sociale, e storica.

Tra i modelli giuridici sopra elencati, ovvero positivismo e antipositivismo, è presente il modello normativista di Kelsen, che, pur essendo positivista, attribuisce al diritto la particolarità di essere una scienza del dover essere "sollen", e non dell'essere, come la visione positivista tradizionale, dato che le norme del diritto prescrivono un comportamento, dicono come dovrebbe essere, non come sarà. Inoltre, per dare unità e legittimità all'ordinamento, il diritto è organizzato in maniera piramidale, con in cima la norma fondamentale "Grundnorm", ovvero la norma che conferisce il potere di produrre norme e pertanto le legittima tutte. Il diritto viene così visto come una tecnica sociale. Questa visione venne criticata a causa della mancata presa in considerazione dell'efficacia delle norme.

c) Giurisprudenza descrittiva e prescrittiva:

La giurisprudenza può essere descrittiva oppure prescrittiva, a dipendenza che pone l'accento sul descrivere le attività dei giuristi oppure sul prescrivere loro come dovrebbero agire. La metagiurisprudenza, che non ha come oggetto di studio il diritto, bensì l'attività di coloro che si occupano di diritto, può anch'essa essere descrittiva o prescrittiva.

2. Diritto e globalizzazione

La globalizzazione è un fenomeno molto presente al giorno d'oggi, essa ha influenzato soprattutto l'economia, ma anche il diritto. In questo ambito risulta interessante vedere se la globalizzazione è partita dai privati per agevolare il loro commercio, oppure dallo stato, che ha agevolato le relazioni internazionali. Ma prima è opportuno osservare quali sono i cambiamenti che ha portato in economia e nel diritto.

Dal punto di vista economico prima della globalizzazione il sistema economico era basato su un'economia industriale, concentrata sull'attività di produzione nelle fabbriche, oggi invece prevale l'economia finanziaria, che pone l'accento sui rapporti commerciali soprattutto transnazionali.

Dal punto di vista del diritto prima era prevaleva il diritto internazionale, dove le relazioni tra gli stati erano ben definiti, sporadici, e lo stato agiva in maniera autoritaria, oggi invece prevale il diritto globale, nel quale le relazioni sono più frequenti e multilaterali, e come soggetto in più degli stati arrivano anche le associazioni internazionali, che possiedono anche un potere di produzione giuridica che potrebbe essere descritto con il termine "lex mercatoria".

Alla domanda se sia stato lo stato a iniziare le agevolazioni o siano stati i privati a richiederle è difficile rispondere con certezza. L'aspetto giuridico interessante sta nel fatto che di fronte alla globalizzazione ci si può chiedere se sta avvenendo o meno un declino dello stato moderno, e questo a causa della denazionalizzazione e dell'aumentare delle organizzazioni internazionali. Per poter rispondere a questa domanda e adeguarsi al cambiamento si stanno sviluppando le teorie "law and ...", che mirano a collegare il diritto con altri rami, anche dato che negli ultimi anni l'oggettività della scienza giuridica singola viene messa sempre più in discussione

3. Femminismo

Tra le teorie "law and ..." una è quella law and gender, o femminismo, che mira a raggiungere un'uguaglianza sostanziale, e che mette in discussione il positivismo giuridico, la giustizia cieca, addirittura la cultura giuridica in sé, con la decostruzione del soggetto universale.

Esistono quattro principali tipi di femminismo: quello liberale, che mira a raggiungere un modello di uguaglianza sostanziale e un diritto neutrale, il femminismo radicale, che dà voce alla teoria della differenza, intende considerare le differenze, pone attenzione sul non cadere nella trappola del uguaglianza come aderenza agli standard maschili, intende reinterpretare il diritto contro le gerarchie e mette in questione la dicotomia pubblico privato, il femminismo culturale che evidenzia la particolarità nel risolvere i conflitti del femminile e pertanto il valore aggiunto e il femminismo postmoderno di Foucault e Butler, che afferma che il sesso sia solo biologico e pertanto serve una ri lettura del diritto, influenzata anche dalle queer theory che sostengono la necessità di potersi progettare la propria individualità.