

INTRODUZIONE

La filosofia del diritto può essere intesa come 1) metagiurisprudenza
2) come laboratorio concettuale

Due modi diversi ma non incompatibili tra loro se combinati virtuosamente.

GLI STRUMENTI DEL DIRITTO

1. La **definizione** che è fondamentale è l'enunciato mediante il quale si determina un significato di un termine o un sintagma.

Esistono due tipi di definizioni: a) definizioni **informative** (descrittive)

b) definizioni **stipulative** (reiterano il significato di un sintagma spesso modificandolo-> **ridefinizione**).

Riguardo le definizioni bisogna sapere che: quelle informative sono sempre vere o false mentre le stipulative per contro non sono né vere né false, inoltre le definizioni non vertono su cose ma modellano concetti non descrivono oggetti.

2. L'**enunciato** può essere **empirico** o **analitico**, nel primo caso deve essere vero o falso in relazione a dei fatti fenomenici, nel secondo caso invece non verte su fatti ed è necessariamente vero o falso non in relazione a fatti empirici ma in virtù della struttura logica o del significato dei termini che lo compongono; l'enunciato analitico può essere tautologico (necessariamente vero) o autocontraddittorio (necessariamente falso).

3. Il **Linguaggio** utilizzato può essere di due tipologie a) **Metalinguaggio** che è il linguaggio utilizzato per esprimersi (la parola in sé) b) **Linguaggio oggetto** cioè il linguaggio di cui parliamo contestualizzato in un sintagma.

4. Gli **enunciati** possono essere ancora a) **Descrittivi** cioè che trasmettono informazioni a riguardo, è il linguaggio scientifico, hanno valore di verità e gestiscono controversie relative a fatti. b) **Prescrittivi** diretto cioè a modificare il comportamento umano, è un linguaggio del diritto, di tipo morale che non è necessariamente vero o falso.

5. Esiste un'ulteriore distinzione tra **Motivo**, impulsi che inducono ad avere una credenza e a sostenere una tesi, a prendere una decisione. La **Ragione** invece è l'enunciato che si adduce pubblicamente a giustificazione e a sostegno di una tesi o di una decisione. Spesso infatti motivi e ragioni non corrispondono.

RAPPORTO DIRITTO-GIURISPRUDENZA-FILOSOFIA DEL DIRITTO

Fondamentalmente sono disposti su tre diversi livelli di linguaggio:

- Il diritto è un linguaggio espresso dal legislatore e dai padri costituenti
- La giurisprudenza è un metalinguaggio in quanto analisi del linguaggio del diritto

- La filosofia del diritto è un meta-metalinguaggio, un'analisi del discorso dei giuristi. (metagiurisprudenza)

LA FILOSOFIA DEL DIRITTO COME LABORATORIO CONCETTUALE

La filosofia del diritto può anche essere vista come un'impresa meramente concettuale che risponde a problemi di formulazione e organizzazione della conoscenza: modella i concetti atti a descrivere un diritto mediante definizioni stipulative. Non identifica per cui un diritto ma identifica le soluzioni ad un problema giurisprudenziale (?).

PARTE PRIMA

I IL LINGUAGGIO DEL DIRITTO

Il diritto può essere inteso essenzialmente come il discorso del legislatore, un discorso costituito da una sequenza di parole dotata di forma sintattica e di senso compiuti che utilizza un linguaggio normativo, prescrittivo o direttivo. Per meglio comprendere il linguaggio prescrittivo è necessario paragonarlo a quello descrittivo sotto tre diversi punti di vista:

- 1) Pragmatica del linguaggio prescrittivo: il linguaggio prescrittivo è funzionalmente diverso da quello descrittivo in quanto il primo adempie la funzione di dirigere e modificare la condotta umana, il secondo tende solo a trasmettere informazioni e credenze. Tuttavia uno stesso enunciato può essere sia prescrittivo che descrittivo, la differenza sta nel come viene enunciato, da chi e in quale contesto.
- 2) Sintassi del linguaggio prescrittivo: la forma sintattica dell'enunciato è una spia che aiuta a capire se questo sia descrittivo o prescrittivo, nel primo caso viene infatti utilizzata una forma verbale indicativa mentre nel caso dell'enunciato prescrittivo la forma utilizzata è solitamente imperativa o deontica (di dovere, divieto, obbligatorio).
- 3) Semantica del linguaggio prescrittivo: Gli enunciati descrittivi e prescrittivi hanno diversa semantica data dal fatto che hanno diversi obiettivi: Un enunciato descrittivo descrive la realtà vera o falsa creando una reazione di tipo teorico e cognitivo, mentre negli enunciati prescrittivi l'obiettivo è il comando; asserire come vero o falso un enunciato prescrittivo è senza senso in quanto può essere solo seguito o trasgredito.

IL DIRITTO COME DISCORSO PRESCRITTIVO

Il diritto si presenta come una sterminata sequenza di enunciati che costituisce un discorso prescrittivo in modo diretto, " in senso stretto" e gli enunciati di contorno, funzionalmente dipendenti dalle prescrizioni.

II DISPOSIZIONI E NORME

- La **disposizione** è l'oggetto dell'interpretazione, nonché l'enunciato prescrittivo contenuto in una fonte del diritto

- La **norma** è il significato cioè il risultato

Tra le due non c'è corrispondenza biunivoca, esistono disposizioni con più norme e norme come più disposizioni.

- Disposizioni esprimenti più norme: Molte, praticamente tutte le disposizioni contengono più norme congiunte.
- Disposizioni ambigue: Molte disposizioni sono interpretabili in modi diversi, ogni interpretazione scaturisce una norma, quindi una disposizione può contenere più norme disgiuntamente.
- Disposizioni sinonime: Disposizioni che sono iterazioni di altre, in toto o in parte uguali, corrispondenti quindi ad una norma solamente.
- Disposizioni senza norme: Sono disposizioni prive di significato normativo o di difficile identificazione in sede interpretativa.
- Norme prive di disposizione: sono norme tratte da un ragionamento che può essere di più tipologie:
 - 1) Ragionamento deduttivo, in cui non compaiono premesse da norme non espresse (simile a sillogismo: maggiorenni votano, diciottenni maggiorenni —> diciottenni votano).
 - 2) Ragionamento valido che trae norme inesprese da premesse che non sono norme espresse ma enunciati interpretativi, per esempio definizioni di termini usati nella formulazione di norme espresse.
 - 3) Ragionamenti (validi o invalidi) in cui le premesse sono tesi dogmatiche costruite previamente e indipendentemente dall'interpretazione di qualsivoglia specifico enunciato normativo.
 - 4) Ragionamento non deduttivo logicamente invalido, ricavate più o meno da norme espresse.

Il primo tipo di ragionamento dà vita a norme implicite in senso stretto e quindi positive anche se non formulate, le altre tre sono frutto di un'attività nomopoietica, più precisamente il secondo tipo sono frutto di un lavoro interpretativo, i rimanenti due tipi sono creazione del diritto, "legislazione interstiziale".

III NORME

Nell'uso comune la norma è un qualsivoglia enunciato che si incontra nelle fonti del diritto, è un senso lato che comprende tuttavia due sottoclassi ben distinte:

- le norme in senso stretto, una prescrizione con struttura condizionale e contenuto stratto e generico .
- le norme in senso ampio o generico, che non sono suscettibili a obbedienza o violazione.

NORMA COME PRESCRIZIONE

La norma è una prescrizione, un comando, il termine prescrizione può tuttavia designare tre distinti significati:

- 1) **Prescrizione in quanto atto**, l'atto di prescrivere, atto linguistico inteso a guidare e influire la condotta umana [è l'atto normativo]
- 2) **Prescrizione in quanto enunciato**, prescrivere mediante il quale si compie l'atto linguistico in questione: verte su una condotta qualificandola come doverosa o obbligatoria (comando-proibizione) [è la formulazione di una norma, una disposizione normativa]
- 3) **La prescrizione in quanto significato**, è prescrizione ciò che è prescritto ossia il contenuto dell'atto di prescrizione, il significato tratto dall'interpretazione dell'enunciato [la norma è fondamentalmente questo tipo, il risultato di un atto linguistico].

LA NORMA COME PRESCRIZIONE A STRUTTURA CONDIZIONALE

Una norma è costituita da struttura condizionale, nella prima parte vi è la fattispecie che corrisponde alla protasi, mentre nella seconda parte, l'apodosi sono presenti le conseguenze giuridiche.

LA NORMA COME PRESCRIZIONE GENERALE

per prescrizione generale si intende una regola di condotta, nel caso in cui una norma prendesse in considerazione una sola fattispecie sarebbe una norma singolare; la norma generale ha per oggetto una classe di fattispecie, una fattispecie astratta.

LA NORMA COME PRESCRIZIONE ASTRATTA

Una prescrizione si dice astratta allorché compia astrazione, prescinde da qualche fattispecie concreta, esistono due concetti di astrattezza:

- 1) astrattezza intesa come generalità
- 2) astrattezza come disposizione di fattispecie future, prescrizione non retroattiva [norma generale astratta = prescrizione non retroattiva]

NORMA DIVERSA DA PROVVEDIMENTO

La norma è irretroattiva, costituita ex ante e dispone, ha una struttura condizionale.

Il provvedimento è una prescrizione retroattiva, decide ex post facto in relazione a precise circostanze verificatesi; ha una struttura latente e il suo antecedente invece di essere motivazione è un fatto accaduto.

IV VARIETÀ DI NORME E NORME SULLA PRODUZIONE GIURIDICA

NORME IN SENSO GENERICICO

- 1) Norme di competenza, norme che istituiscono autorità che conferiscono ad un soggetto la competenza di creare ed abrogare altre norme nonché di applicarle.
- 2) Norme permissive, sono quelle norme che qualificano un certo comportamento come permesso, facoltativo o libero.
- 3) Norme definitorie, Sono quelle norme che determinano il significato di termini formulati in altre norme (1321 def contratto).
- 4) Norme interpretative, norme che determinano il significato di un annuncio usato nella formulazione di una norma precedente.
- 5) Norme di rinvio, nome che non disciplinano direttamente una fattispecie ma la ricollegano ad un'altra fonte per regolarla.
- 6) Norme sull'efficacia di norme, norme che circoscrivono gli effetti di altre norme (principio generale di irretroattività art 11 cod civile).
- 7) Norme sui conflitti tra norme, indicano in un conflitto tra fonti quale applicare.
- 8) Norme abrogatrici, sopprimono l'efficacia di una norma preesistente.

—> Tutte queste norme generiche tuttavia non sono suscettibili di obbedienza o violazione, sono infatti dipendenti dalle prescrizioni, non sono norme autonome sono **“frammenti”** delle prescrizioni cui si riferiscono.

NORME COSTITUTIVE

Sono fondamentalmente le norme generiche, che non creano una prescrizione a qualcuno ma creano direttamente qualche effetto giuridico, sono le norme senza una forma standard di un enunciato condizionale o quelle che nonostante lo abbiano non hanno espressioni deontiche (i cittadini hanno diritto ad associarsi).

NORME E METANORME

Il termine metanorma è soggetto a due usi

- 1) senso stretto: ha per oggetto altre norme/disposizioni.
- 2) senso lato: che non hanno per oggetto atti normativi (la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere).

NORME PRIMARIE E SECONDARIE

Sono **primarie** le norme di condotta che impongono situazioni giuridiche ai comuni cittadini mentre sono **secondarie** le norme sulla produzione e l'applicazione del diritto ossia quelle che conferiscono poteri e ne disciplinano l'esercizio, ne fanno parte una categoria particolare, le "norme sulla produzione giuridica" che conferiscono competenze normative.

NORME FORMULATE E NORME INESPRESSE

Norme formulate sono quelle di cui troviamo espressa enunciazione o formulazione in qualche disposizione normativa, inesprese sono le norme ricavate dalle norme formulate mediante procedimenti argomentativi di varia natura ora logici ora pseudo logici.

IL DIRITTO DISCIPLINA LA PROPRIA CREAZIONE

Queste metafore disciplinano la creazione, l'applicazione e la delimitazione del diritto stesso da parte degli organi dello stato, possono essere:

- in senso stretto quando le metanorme stabiliscono quale organo sia competente a creare norme e con quali procedimenti (art 70 cost). Queste hanno solitamente carattere formale.
- in senso lato quando le norme limitano o predeterminano il contenuto della normazione futura, hanno carattere perciò sostanziale e materiale.

NORME SULLA PRODUZIONE IN SENSO STRETTO

Possono essere a loro volta di due tipologie:

- 1) **Norme che conferiscono competenze normative**, attribuiscono a un determinato organo un potere normativo che non è generico, ma permette di creare una specifica fonte del diritto.
- 2) **Norme che disciplinano l'esercizio di tali competenze**, determinano il procedimento di formazione del tipo di fonte cui riferiscono.

NORME SULLA PRODUZIONE IN SENSO LATO

- 1) **Norme relative all'oggetto di disciplina delle diverse fonti**, che possono o circoscrivere l'oggetto di una competenza normativa enumerandone le materie di competenza, e norme che riservano una competenza normativa
- 2) **Norme relative al modo di disciplina delle diverse fonti**, limitano il modo in cui un oggetto può essere disciplinato tramite **limiti diretti**, che siano questi comandi o divieti che la costituzione impone al legislatore o anche **limiti indiretti**, quando una certa fonte disciplina insolitamente una fattispecie in modo diretto (costituzione che conferisce diritti ai cittadini), o quando una fonte definisce la propria superiorità rispetto altre fonti.

V PRINCIPI

Il principio viene considerato dai giuristi una norma che presenta due caratteristiche:

- 1) **Carattere fondamentale**, incorporanti quindi scelte politiche caratterizzanti o ideali di giustizia; sono fondamentali in quanto danno giustificazione assiologica ad altre norme e non richiedono fondamento assiologico, sono norme caratterizzanti dell'ordinamento.
- 2) **Indeterminatezza**, hanno infatti fattispecie aperta, sono defettibili per eccezioni implicite e sono generiche nel senso che esige formulazione di altre norme e può essere attuata in modi diversi e alternativi.

CLASSIFICAZIONE DEI PRINCIPI

- 1) **principi costituzionali e legislativi**, i primi inderogabili e inabrogabili a differenza dei secondi, addirittura essendo principi supremi sono gerarchicamente superiori persino alla costituzione stessa
- 2) **Principi generali in senso stretto e settoriali**, sono quelli della costituzione (libertà personale, libertà d'impresa) ma anche a livello legislativo sono presenti (irretroattività fuori dalla materia penale; anche quelli settoriali possono essere legislativi e costituzionali).
- 3) **Principi espressi e inespressi**, esplicitamente formulati in una apposita disposizione normativa, e privi di disposizione frutto di elaborazione degli interpreti sulla ratio che dà alla vita una norma teleologica, che prescrive il raggiungimento di un fine.

VI SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

Le situazioni soggettive giuridiche sono molteplici, in particolare sono state individuate 8 situazioni soggettive elementari (**pretesa - obbligo- libertà - non pretesa - potere - soggezione - incompetenza - immunità**); sono definite elementari perché non scomponibili e poiché la loro unione forma situazioni giuridiche complesse (o diritti soggettivi). Le situazioni giuridiche elementari possono essere suddivise in due classi, la prima all'interno della quale vi sono quattro SGS utili a raffigurare contenuto comune di condotta, e sono quelle primarie; la seconda contiene SGS secondarie utili a raffigurare il contenuto di nome sulla produzione giuridica.

SGS ELEMENTARI ISTITUITE DA NORME DI CONDOTTA

- **Obbligo**: situazione del soggetto al quale sia rivolta una norma imperativa
- **Pretesa**: situazione in cui una norma consenta di esigere l'adempimento di un obbligo da parte di un altro soggetto
- **Libertà**; situazione in cui si può tenere un determinato comportamento e nessuna norma lo vieti
- **Non pretesa**: situazione in cui una norma neghi o sottragga una pretesa

SGS ELEMENTARI ISTITUITE DA NORME SULLA PRODUZIONE GIURIDICA

- **Potere:** situazione in cui una norma consente di creare o modificare situazioni giuridiche primarie in capo a se stesso o altri, correlato a soggezione.
- **Soggezione:** possibilità di un altro soggetto di modificare la tua situazione giuridica
- **Incompetenza:** assenza di potere data da una norma o data dall'assenza di una norma che conferisca potere.
- **Immunità:** assenza di soggezione (data come sopra)

ultime due sono prive di autonomia concettuale dipendono dalle due precedenti come in quelle primarie su.

VII DIRITTI

- a) diritto oggettivo, inteso come insieme di regole e norme
- b) diritto soggettivo inteso come situazione giuridica *vantaggiosa*

DIRITTO SOGGETTIVO COME LIBERTÀ E COME IMMUNITÀ

Nella prima accezione si intende la situazione in cui il soggetto non ha alcun obbligo, tuttavia i può parlare di libertà in senso forte (permette di fare) e in senso debole (non vieta di fare). Nella seconda accezione, quella di immunità si intende assenza di soggezione di un soggetto nei confronti di un altro, anche questa in senso forte po debole.

DIRITTO SOGGETTIVO COME SITUAZIONE COMPLESSA

sono i diritti reali e i diritti di libertà costituzionali, formati di sgs elementari e che quindi in un solo diritto soggettivo rientrano più sgs elementari.

DIRITTI DI “SECONDO GRADO”

Sono di secondo grado perché funzionalmente connessi ad altri diritti:

- diritto ad eguale trattamento giuridico
- libertà d'azione
- il potere

DIRITTO COME SITUAZIONE GIURIDICA TUTELATA

diritto di rivolgersi ad un organo giudiziale per ottenere tutela della situazione giuridica violata o in procinto di esserla, se un diritto non ha una norma che lo definisce tale e una che gli permetta di agire in giudizio, è una norma “di carta”.

PARTE SECONDA

I L'ORDINAMENTO GIURIDICO

ORDINAMENTO GIURIDICO COME INSIEME DI NORME

La tesi secondo la quale l'ordinamento è un insieme di norme solleva due problemi:

- 1) Il concetto di *insieme* è un concetto definito, infatti nel caso in cui si espanda un insieme questo non sarà più tale perdendo la sua identità; ebbene gli ordinamenti giuridici mutano spesso con le loro frequenti modificazioni a livello legislativo, non per questo l'ordinamento perde identità ogniqualvolta una modifica viene apposta; per questo l'ordinamento viene definito come **sequenza diacronica di insiemi sincronici**
- 2) Il concetto di *norma* invece è molto instabile se inserito a definire un ordinamento in quanto se viene intesa la norma come disposizione, sarebbe riduttivo nei confronti dell'ordinamento, allo stesso modo utilizzare il termine norma come significati delle disposizioni sarebbe di contenuto inafferrabile in quanto la norma significato è frutto di interpretazione.

QUALE CRITERIO DI APPARTENENZA?

Solitamente viene individuato come criterio di appartenenza la validità, tuttavia questa risposta solleva due problematiche: **La prima** è che una norma per essere valida deve avere una duplice relazione con altre norme, relazione di assoggettamento gerarchico e sovraordinamento gerarchico; tuttavia negli ordinamenti con una costituzione, è ovvio che quest'ultima non abbia alcun tipo di assoggettamento, in quanto prima e più importante fonte del diritto; quindi un ordinamento è composto non solo da *norme valide* ma anche da *norme supreme*, né valide né invalide. **In secondo luogo** la validità non comprende le numerose norme incostituzionali presenti in ogni ordinamento e che con il tempo vengono derogate o abrogate dopo l'intervento dell'organo predisposto, per cui l'ordinamento è composto anche da *norme invalide*!

Ne conviene che la validità non sia il criterio di appartenenza che sembra piuttosto essere "l'esistenza".

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI COME INSIEMI DINAMICI

Gli ordinamenti giuridici moderni sono dinamici ma non puramente dinamici poiché per esserlo dovrebbero avere solo criteri "formali" di validità.

Infatti esistono criteri di validità di contenuto e che non intaccano tuttavia la validità formale (soprattutto costituzione rigida); in secondo luogo esistono le norme inespresse in cui non c'è una forma appunto.

VARIETÀ DI RELAZIONI GERARCHICHE

- *Gerarchia di kelsen*: quella che intercorre tra norme su produzione giuridica e prodotte.
- *Gerarchia di Merkl*: Quella tra due norme in cui una non può essere contrastata derogata o abrogata dall'altra.

Tuttavia le gerarchie si formano in modi diversi e nessuna di queste due coglie interamente la questione infatti attualmente vengono individuate quattro tipologie di gerarchie coesistenti:

- *Gerarchia formale*: vedi kelsen
- *Gerarchia sostanziale*: norma A è sovraordinata a B allorché norma C definisca questo rapporto unilaterale
- *Gerarchia logica*: tra norme e meta-norme
- *Gerarchia assiologica*: tra norme e principi

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI COME SISTEMI

L'ordinamento può essere inteso come sistema ordinato di norme, per poterlo definire tale però è necessario che sia **coerente** e **coeso**.

Affinché sia coerente deve ricondursi ad una validità fondamentale e che faccia capo ad un sistema di principi tra loro collegati.

Affinché sia coeso è necessario che non vi siano antinomie.

IV CONFLITTI TRA NORME E MODI DI SOLUZIONE

Nozione di antinomia: Accade molto spesso che due norme statuiscono per la medesima fattispecie con soluzioni differenti, se i giudici potessero scegliere liberamente quale utilizzare si violerebbe il principio di eguaglianza.

TIPOLGIE DI ANTONIMIE

Esistono due macrogruppi di antinomie:

- 1) **Antinomie in astratto**, definite in astratto perché già in sede di interpretazione testuale è visibile l'antinomia senza che occorra accadersi una fattispecie concreta (divieto aborto ma concesso aborto terapeutico)
- 2) **Antinomie in concreto**, si ha allorché in sede applicativa due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili dinanzi ad una fattispecie *concreta*

— Inoltre le classi di fattispecie possono sovrapporsi in differenti modi creando quindi:

- i) **Antinomie totali**, sovrapposizioni sulla medesima classe di fattispecie (divorzio lecito e illecito)
- ii) **Antinomie parziali unilaterali**, è antinomica solamente la fattispecie compresa da una delle due norme in contrasto (aborto terapeutico è solo una porzione)
- iii) **Antinomie parziali bilaterali**, in questo caso invece le fattispecie delle norme si sovrappongono solo in alcuni casi. (N1 vieta caccia al cinghiale e lepre N2 permette cacci allegre e volpe)

ANTINOMIE E INTERPRETAZIONE

Le antinomie e l'interpretazione sono strettamente correlate, infatti le antinomie nascono proprio a seguito di un'interpretazione, tanto che esistono modi interpretativi per *prevenire*, *provocare* e *risolvere* le antinomie.

Prevenire antinomie: vi sono molteplici tecniche, sono degne di nota in particolare

- i) **L'interpretazione sistematica**, previene antinomie in un singolo testo normativo evitando di ricavare dalle disposizioni che lo compongono norme tra loro configgenti.
- ii) **L'interpretazione adeguatrice**, evita antinomie tra fonti gerarchicamente ordinate evitando che un testo subordinato sia in conflitto con uno sovraordinato.
- iii) **L'argomento "a contrario"**, si esclude che la disposizione interpretata si estenda a fattispecie non incluse nel suo tenore letterale disciplinate in modo incompatibile anche da un'altra disposizione.
- iv) **L'interpretazione restrittiva**, tramite la tecnica della dissociazione, restringe il campo di applicazione di una disposizione escludendone fattispecie già disciplinate in modo incompatibile da un'altra disposizione.

Produrre antinomie: basta astenersi dalle tecniche sopra citate che potrebbero evitarle.

Risolvere antinomie: sono disciplinate da norme giuridiche positive a seconda del tipo di fonti coinvolte.

MODI DI SOLUZIONE DELLE ANTINOMIE

Un'antinomia può presentarsi almeno in cinque circostanze differenti:

- 1) **Primo caso:** in un solo testo normativo vi sono dentro antinomie, possono essere queste o frutto di cattiva interpretazione, che a indagine più accurata si rivela insussistente, oppure è il caso dell'eccezione che solleva il principio di specialità per cui la norma che regola l'eccezione deroga la norma più generale.

- 2) **Secondo caso:** antinomie da due leggi differenti ma dello stesso tipo (due leggi statali ordinarie), si utilizza il criterio cronologico per cui la norma più recente viene applicata abrogando quella precedente.
- 3) **Terzo caso:** antinomie tra fonti di tipo diverso, e qui si guarda ancora prima il criterio gerarchico e poi quello cronologico, o ancora il principio di competenza, nel caso in cui una norma invada la competenza di una proveniente da una fonte la cui fattispecie è lecitamente regolata.
- 4) **Quarto caso:** Antinomie tra norme comunitarie e legge/costituzione; nel caso una norma comunitaria infatti sia in contrasto con una legge si disapplica quest'ultima in virtù dei trattati internazionali, allo stesso modo avviene con la costituzione, a meno che non superi i controlimiti (principi supremi tutelati dalla costituzione, che difficilmente una norma comunitaria viola)
- 5) **Quinto caso:** Antinomie tra principi costituzionali, caso peculiare, non si usano i principi sopra elencati ma il principio cosiddetto di ponderazione (o bilanciamento) creando una gerarchia tra i due principi coinvolti
a) assiologica, creando una relazione di valore con un giudizio comparato, la norma assiologicamente inferiore soccombe b) gerarchia mobile, valutando il possibile impatto nel caso concreto, per cui cambia anche da caso a caso.

V LACUNE

[esistono tre fenomeni di lacuna diversi: lacuna normativa, tecnica e assiologica]

LE LACUNE NORMATIVE (esempi pratici su libro troppo lunghi da scrivere)

Avvengono quando il legislatore disciplini una serie di fattispecie omettendo una possibile combinazione, che deve risultare anche rilevante, se non lo fosse entrerebbe nel cosiddetto "spazio vuoto" (di cui più avanti).

Per evitare questo tipo di lacuna è necessaria una re-interpretazione del testo normativo, traendo dallo stesso testo norme diverse. Nel caso in cui la lacuna non possa essere colmata da una giusta interpretazione è necessaria una integrazione normativa "*costruzione giuridica*".

LACUNA TECNICA

Avviene quando una norma per essere applicata "dipende" da un'altra norma necessaria per l'efficacia della prima.

LACUNA ASSIOLOGICA

È una lacuna di valore non un giudizio di fatto dell'interprete, una critica del diritto esistente; può essere di più tipi:

- 1) Fattispecie disciplinata da una norma che l'interprete ritiene insoddisfacente, non la ritiene adatta secondo il suo senso di giustizia.

- 2) Fattispecie disciplinata in modo non conforme rispetto a quanto richiesto da un'altra norma positiva gerarchicamente superiore, e accade per due motivazioni: o il giudice non ha preso in considerazione una differenza sostanziale e ha omesso di differenziarle; oppure ha omesso di disciplinare allo stesso modo un'altra classe di fattispecie considerata sostanzialmente uguale.

NORMA GENERALE ESCLUSIVA

È una norma che chiude l'ordinamento, tutto ciò che non è espressamente vietato, è concesso, nonostante sia una dottrina diffusa è tipica di ordinamenti giuridici liberali. In alcuni ordinamenti la norma generale esclusiva è statuita solo nell'ambito penale, per molti ordinamenti in ambito civile vi sono "norme generali inclusive" piuttosto, per mezzo delle analogie. In un ordinamento dove non sia esplicitamente consentita la norma generale esclusiva, la fattispecie è da considerarsi una vera e propria lacuna inqualificata.

PARTE QUARTA

II INTERPRETARE, COSTRUIRE, ARGOMENTARE

INTERPRETARE

È definito il termine nell'art.12.1 delle preleggi come <<attribuire [...] senso>> ad un testo normativo, tuttavia nel linguaggio corrente dei giuristi il termine interpretazione è affetto da una molteplice ambiguità, sotto almeno quattro aspetti:

- 1) **Processo vs prodotto:** L'interpretazione può essere considerato sia come processo sia come prodotto, nel primo caso rappresenta un processo mentale, nel secondo caso essendo prodotto di tale processo è piuttosto un discorso.
- 2) **Astratto vs concreto:** L'interpretazione può definirsi "**in astratto**" nel momento in cui bisogna capire il senso di una sequenza di parole ed è definibile "**in concreto**" nel momento della sussunzione, cioè l'applicazione di una norma previamente identificata in astratto, la prima non è che una traduzione a differenza della seconda che è la decisione circa l'estensione di un concetto. [*Sussunzione:* può essere anche questa a) in astratto quando determina una relazione semantica tra due predicati b) in concreto quando determina una relazione semantica tra un predicato e un'entità di tipo individuale].
- 3) **Cognizione vs decisione:** Il termine interpretazione può essere utilizzato anche riferendosi ad un atto di conoscenza o un atto di decisione, a volte ancora di creazione normativa infatti esistono altre distinzioni di interpretazione:
 - i) **Interpretazione cognitiva:** con questa si prende conoscenza di tutte le possibili interpretazioni di un testo normativa, è un'operazione scientifica, non fa alcuna

scelta interpretativa, è analoga alla definizione informativa senza alcun effetto pratico.

ii) Interpretazione decisoria: consiste nello scegliere il significato tra quelli esaminati nella precedente interpretazione, presuppone quindi una interpretazione cognitiva, è paragonabile ad una ridefinizione (vedi prima pagina) ed è un'operazione "politica" che può essere compiuta da un giurista così come da un organo dell'applicazione.

3) Interpretazione vs costruzione giuridica

La costruzione giuridica include una serie di numerose operazioni caratteristiche della dottrina di cui sarebbe difficile fornire un elenco completo, tuttavia le più importanti sono:

- i) costruzione di lacune
- ii) costruzione di gerarchie assiologiche
- iii) costruzione di eccezioni implicite
- iv) costruzione di norme inesprese

Queste operazioni sono strettamente connesse tra loro.

EQUIVOCITÀ DEI TESTI NORMATIVI

L'ordinamento è indeterminato nel senso che è dubbio e controverso, in quanto soggetto a diverse controversie interpretative.

- a) **Ambiguità:** Talvolta un testo normativo è ambiguo in senso stretto non sappiamo se esprima la norma N1 o quella N2.
- b) **Complessità:** Talvolta si conviene che esprima la norma N1 ma ci si domanda se esprima anche la norma N2
- c) **Implicazione:** Talvolta si conviene che un dato testo normativo esprima la norma N1 ma ci si domanda se questo implichi anche l'ulteriore norma N2
- d) **Defettibilità:** Talvolta si conviene che una data disposizione esprima la norma N1 ma ci si domanda se tale norma sia defettibile cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate.

LA VAGHEZZA DELLE NORME

All'indeterminatezza dell'ordinamento si aggiunge il fatto che potenzialmente ogni norma è altrettanto vaga poiché ogni predicato (lemma che si riferisce ad una classe come "contratto" "tribunale" "associazione") può essere analizzato sia per il **senso** sia per il **riferimento** cioè la classe di oggetti cui il predicato può essere applicato, questa vaghezza tuttavia fa parte di tutti i predicati, non solo con il linguaggio giuridico e perciò non può essere soppressa, può essere ridotta tramite l'interpretazione in concreto.

TECNICHE DI INTERPRETAZIONE E DI COSTRUZIONE GIURIDICA

Nella cultura giuridica occidentale è abituale per i giuristi dover dar ragione delle loro decisioni attraverso metodi o tecniche di interpretazione, queste altro non sono che l'insieme di ragioni le quali possono essere adottate a sostegno della interpretazione prescelta.

TECNICHE DI SELEZIONE DELLE NORME ESPRESSE

In caso di ambiguità di una disposizione normativa si possono utilizzare diverse tecniche:

- 1) *Il senso comune delle parole*: Consiste nel corrispondere il senso delle parole comuni evinte dal dizionario e dalla sintassi, e spesso questo argomento risulta non persuasivo o non concludente in quanto il senso delle parole comune identifica le ambiguità senza risolverle e in più il senso delle parole è instabile in quanto mutevole nel tempo per cui esistono interpretazioni "originaliste" che danno peso al significato originario della parola, e interpretazioni "evolutive" che considerano il senso acquistato nel momento dell'applicazione.
- 2) *L'intenzione dell'autorità normativa*: Consiste nel trovare l'intenzione semantica che si può evincere dai lavori preparatori tramite congetture non sarà mai suscettibile di conoscenza empirica.
- 3) *Il fine dell'autorità normativa*: Questa consiste invece nell'individuare la ratio legis, che corrisponde allo scopo del legislatore, le difficoltà anche qui sono molte in quanto ci si basa sempre su congetture e inoltre una norma può avere anche più scopi e non solo uno. Anche qui bisogna esaminare i lavori preparatori, le circostanze sociali in cui il testo fu emanato e promulgato.
- 4) *Le esigenze sociali*: Per scegliere tra due significati in competizione basta individuare attraverso una valutazione politica del tempo sul significato che risponde meglio alle esigenze sociali
- 5) *Il "sistema" del diritto*: Si preferisce il significato che più si adatta alle alterni norme non creando quindi antinomie o disarmonie assiologiche
- 6) *La ragionevolezza*: È un lavoro dell'interprete consistente nel trovare la soluzione che non produca risultati assurdi, anche se come altre tecniche rimane molto relativa, in quanto dipende interamente dai giudizi di valore dell'interprete. I giudizi di ragionevolezza sono giudizi di giustizia mascherati.

UN PROBLEMA PERVASIVO

Il problema che più persiste è quello dell'interpretazione in astratto.

Può accadere (molto raramente) che una disposizione normativa contenga l'antecedente "solo", in questa circostanza la fattispecie è necessaria. La classe complementare non-F va quindi analizzata con due possibilità alternative di interpretazione a contrario:

- i) L'argomento a contrario in funzione interpretativa, interpretando alla lettera la disposizione non dice nulla della fattispecie diversa da F, le quali risultano senza disciplina, tacendo su tutte le altre.
- ii) L'argomento a contrario in funzione costruttiva si può interpretare come se tacitamente includesse la clausola "solo". (non capito bene)

TECNICHE DI RIDUZIONE DELLA VAGHEZZA DELLE NORME

Nel caso si pongano disposizioni particolarmente vaghe ("rovina di edificio" vale anche con crollo di un balcone?) si utilizzano due strategie fondamentali di riduzione della vaghezza:

- 1) **L'argomento dell'analogia:** Utilizzando una interpretazione estensiva se ne deduce che il balcone facendo parte dell'edificio è compreso nella fattispecie vaga prima citata.
- 2) **L'argomento della dissociazione:** Utilizzando una interpretazione restrittiva se ne deduce che il balcone non rientra nell'edificio e per cui la rovina di edificio non comprende il crollo del balcone.

TENCICHE DI COSTRUZIONE GIURIDICA

COSTRUZIONE DI LACUNE

Esistono due tipi fondamentali di lacune: **normative** e **assiologiche**, le prime sono deficit oggettivi dell'ordinamento e possono essere create o per argomento a contrario in funzione interpretativa respingendo così le interpretazioni estensive o usando l'argomento della dissociazione . Le lacune assiologiche invece possono essere o semplicemente assenti ma secondo l'interprete dovrebbero esserci, o una fattispecie è disciplinata da una norma ma secondo l'interprete è disciplinata nel modo assiologicamente inadeguato, il legislatore non ha preso in considerazione una distinzione che avrebbe dovuto considerare

COSTRUZIONE DI GERARCHIE ASSIOLOGICHE

Create dagli interpreti per poter definire i conflitti antinomici, alcune norme risultano essere principi, e alcune fonti gerarchicamente superiori ad altre.

COSTRUZIONE DI ECCEZIONI INESPRESSE

Spesso la costruzione giuridica crea eccezioni inespresse ragionevoli che il legislatore non aveva considerato nella classe di fattispecie della disposizione (divieto di transito per veicoli, ma l'ambulanza passa comunque perché è ragionevole permetterlo). Non è una interpretazione estensiva ma una costruzione giuridica!

COSTRUZIONE DI NORME INESPRESSE

È il lavoro più importante quantitativamente e qualitativamente del giurista, creare tramite un'attività legislativa dissimulata norme inespresse che a volte possono contenere premesse di disposizione espresse che tramite congetture, schemi concettuali e dottrine creano norme inespresse.

TECNICHE DI COSTRUZIONE DI NORME INESPRESSE

- 1) **Argomento a contrario:** L'argomento a contrario può essere utilizzato per creare una lacuna normativa oppure lo stesso argomento risolve questa stessa lacuna costruendo la norma inespresa.
- 2) **Argomento analogico:** Non solo utilizzabile come tecnica di riduzione della vaghezza ma anche per costruire norme inespresse, se infatti due fattispecie molto simili risultano all'interprete, per ratio legis, regolabili tramite la stessa norma si crea una nuova norma inespresa che rinvia a quella analogicamente regolata.
- 3) **Argomento a fortiori:** Quando una fattispecie non regolata dovrebbe esserlo a maggior ragione rispetto una regolata, si intende creata una norma inespresa per la fattispecie inizialmente non regolata.

CONCRETIZZAZIONE DI PRINCIPI

I Principi sono altamente indeterminati non sono atti a fornire direttamente la soluzione di una controversia nel senso che non possono fungere da premesse in ragionamenti deduttivi, per contribuire alla conclusione di una controversia i principi devono essere concretizzati usandolo come premessa in un ragionamento normalmente non deduttivo.

III APPLICAZIONE DEL DIRITTO

APPLICAZIONE

Per capire le modalità di applicazione del diritto bisogna ricordare alcune distinzioni già ribadite:

- a) disposizione è enunciato del discorso delle fonti, la norma è il significato attribuito tramite interpretazione
- b) norma espressa è quella di cui nelle fonti, norma inespresa sono frutto di costruzioni giuridiche
- c) regola è una norma relativamente precisa con antecedente chiuso non soggetta ad eccezioni, i principi sono norme con antecedente aperto generiche e defettibili.

Anche le applicazioni cambiano a seconda che siano disposizioni, regole o principi:

- 1) L'applicazione della disposizione significa applicarla per trovare una norma
- 2) L'applicazione di regole vuol dire usarla quale premessa per un ragionamento deduttivo la cui conclusione è un precetto individuale e concreto

- 3) L'applicazione di principi significa concretizzarlo usandolo come premessa in un ragionamento la cui conclusione è una regola inespressa che ne costituisce attuazione o specificazione.

GIURISDIZIONE, LEGALITÀ, MOTIVAZIONE

La decisione del giudice deve, negli ordinamenti moderni, constare di due fattori fondamentali, 1) la motivazione argomentata e giustificata

2) motivazione sulla base di norme giuridiche preesistenti

Una sentenza è dunque composta da **dispositivo** e **motivazione**,

IL RAGIONAMENTO DEL GIUDICE

Esistono due livelli di ragionamento del giudice:

- La giustificazione interna, è un ragionamento deduttivo mediante il quale il giudice applica una regola, ed è strutturato con uno schema fisso. Innanzitutto come premessa c'è la regola affiancata al fatto empiricamente avvenuto, dopodiché prende in considerazione l'enunciato sussuntivo attraverso i quali arriva ad un precetto singolare concreto.
- La giustificazione esterna, è l'insieme dei ragionamenti mediante i quali il giudice giustifica le premesse della giustificazione interna, quindi procede con la giustificazione delle premesse normative tramite argomenti interpretativi, gli argomenti costruttivi (esistenza di lacune, formulazione di norme inesprese, soluzione di un'antinomia...).