

METODOLOGIA GIURIDICA

Interpretare e argomentare (R. Guastini)

PARTE PRIMA INTERPRETAZIONE E INTERPRETI

CAPITOLO 1

OGGETTI D'INTERPRETAZIONE

Spesso accade che uno stesso vocabolo denoti oggetti diversi, eterogenei. Es. il vocabolo “*interpretazione*” è usato con significati diversi per riferirsi ad attività che poco o nulla hanno in comune. Es. interpretare il Clavicembalo ben temperato (riferito ad un clavicembalista) oppure interpretare il Clavicembalo ben temperato (riferito ad un ascoltatore). Qualcuno può dire che interpretare significa attribuire “*sensu*” o “*significato*”, ma ci sono tanti concetti di “*sensu*” e di “*significato*” quanti sono i concetti di “*interpretazione*” ed inoltre non è vero che interpretare e attribuire senso o significato siano sinonimi. Es. non è appropriato dire che un musicista nell’interpretare (suonare) il Clavicembalo ben temperato, o un attore, nell’interpretare (recitare) il Macbeth attribuiscono “*sensu*” o “*significato*” allo spartito e al testo rispettivamente. Concludiamo dicendo che tutte le diverse attività che vanno sotto il nome di “*interpretazione*” consistano nell’attribuire senso o significato ad alcunché non è per nulla illuminante. Ma piuttosto è sintomo di confusione mentale.

. atti, eventi, testi – i significati che il sostantivo “interpretazione” assume di volta in volta sembra dipendere dal tipo di oggetto sui cui l’attività interpretativa verte. Si distingue:

- 1) interpretazione di atti quando si parla di interpretare un atto o un comportamento umano, “interpretare” può significare una delle seguenti cose:
 - a) fare congetture intorno agli scopi, ai motivi o alle intenzioni di un soggetto agente.
 - b) Sussumere un certo atto o comportamento sotto una classe di atti o comportamenti (questo atto costituisce omicidio)
 - c) Qualificare un atto secondo lo schema di qualificazione offerto da una norma (alzando la mano ha espresso voto favorevole).
- 2) interpretare eventi cioè congetturare una relazione di causa-effetto tra un fatto condizionante e un fatto condizionato. Es. una certa crisi economica è interpretata come speculazione finanziaria sui mercati internazionali, da altri come effetto dell’eccessivo indebitamento dello stato.
- 3) Interpretare testi significa attribuire significato ad un frammento di linguaggio.

L’interpretazione giuridica appartiene al genere della interpretazione testuale. Espressioni del tipo “*interpretazione giuridica*”, “*interpretazione del diritto*” etc. il

vocabolo “*interpretazione*” va inteso come attività di accertare o decidere il significato di un documento o di un testo giuridico; sia il risultato o prodotto di tale attività. Se l’interpretazione sia attività di accertamento o di decisione del significato è questione controversa. Ci sono molti testi giuridici soggetti ad interpretazione: fonti del diritto-atti amministrativi- etc. quando si parla di interpretazione di fonti del diritto “interpretare” significa chiarire il contenuto normativo di una disposizione, sia il suo campo di applicazione.

L’interpretazione delle fonti comprende:

- 1) interpretazione di norme: questa espressione presuppone che l’interpretazione giuridica abbia ad oggetto norme. Propriamente parlando l’interpretazione giuridica ha ad oggetto non già norme ma testi o documenti normativi; si interpretano disposizioni per cui la norma non costituisce l’oggetto ma il risultato dell’attività interpretativa.
- 2) interpretazione della consuetudine: questa espressione può essere intesa in due modi: a) si parla di “interpretazione della consuetudine” intendendo l’interpretazione delle raccolte di usi e consuetudini. Non si deve confondere usi e consuetudini dalle raccolte di usi. Le consuetudini producono diritto, le raccolte di usi danno una formulazione ufficiale alle norme in questione. b) l’interpretazione della consuetudine ha ad oggetto la fonte di produzione detta “consuetudine” e non la fonte di cognizione (raccolte, documenti). In questo secondo significato interpretare una consuetudine significa interpretare un comportamento sociale. Quindi si costruisce una norma partendo dalla prassi sociale.

CAPITOLO 2

L’ATTIVITA INTERPRETATIVA

L’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile dice che interpretare significa attribuire un senso ad un testo. Nel linguaggio giuridico il vocabolo interpretare è ambiguo sotto 4 profili:

- 1) prima ambiguità: PROCESSO-PRODOTTO: col vocabolo interpretazione ci si riferisce talvolta ad un’attività, talaltra al risultato o al prodotto di tale attività. L’interpretazione intesa come attività è un processo mentale; l’interpretazione in quanto risultato è un discorso.

Interpretazione in quanto attività o processo mentale: l’interpretazione comprende le seguenti operazioni:

- 1) analisi testuale
- 2) la decisione intorno al significato
- 3) l’argomentazione di tale decisione

Argomentare ed interpretare non sono la stessa cosa: argomentare è l’insieme di ragioni che si adducono a sostegno dell’interpretazione prescelta; è parte integrante del discorso interpretativo.

L’analisi testuale consiste:

- 1) nell'identificare la funzione grammaticale dei vocaboli impiegati nella formulazione di un enunciato normativo
- 2) nell'identificare la funzione logica dei vocaboli impiegati
- 3) nell'identificare la struttura sintattica della disposizione.

2) seconda ambiguità: ASTRATTO-CONCRETO

l'interpretazione in astratto consiste nell'identificare il contenuto normativo espresso da un testo normativo senza riferimento ad alcuna fattispecie concreta; l'interpretazione in concreto consiste nel sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma identificata in astratto. Es. l'art. 13 comma 1 cost. dice: "il presidente della repubblica firma le ordinanze e i decreti deliberati dal consiglio dei ministri". Significa che il presidente ha il potere di firmare le ordinanze o che ne ha l'obbligo?

L'interpretazione in concreto risolve problemi di sussunzione del tipo: "vietato l'ingresso dei veicoli nel parco" si applica o no ad un triciclo? L'interpretazione in astratto è assimilabile alla traduzione mentre l'interpretazione in concreto è la decisione intorno alla estensione di un concetto. L'interpretazione in astratto consiste nell'attribuire significato ad enunciati normativi completi; l'interpretazione in concreto consiste nel determinare il significato di predicati in senso logico.

Il diritto è INDETERMINATO sotto due aspetti: per un verso è indeterminato l'ordinamento giuridico nel senso che non si sa quali norme appartengono ad esso o siano in vigore; per un altro verso è indeterminata ogni singola norma vigente nel senso che non si sa quali norme ricadano nel suo campo di applicazione. L'interpretazione in astratto riduce l'indeterminatezza dell'ordinamento giuridico in quanto tale identificando le norme in vigore; l'interpretazione in concreto riduce l'indeterminatezza delle norme identificando i casi concreti che sono disciplinati da ciascuna norma.

. la forma logica delle norme

Una norma giuridica può essere ricostruita come un enunciato condizionale che stabilisce cosa si debba fare od omettere se si verificano certe circostanze. Le norme giuridiche sono prescrizioni condizionali o ipotetiche del tipo "se qlc ha causato la morte di un uomo, allora deve essere punito", "se qlc ha causato un danno ingiusto allora deve risarcirlo" etc etc. Un enunciato condizionale o ipotetico –"se....allora" può essere analizzato in due elementi componenti:

- 1) un antecedente o protasi, cioè la parte dell'enunciato che determina la condizione (se....)
- 2) un conseguente o apodosi, cioè la parte dell'enunciato che statuisce la conseguenza (allora....).

Nelle norme di condotta il conseguente è la qualificazione deontica di un comportamento (il comportamento x è obbligatorio, il comportamento y è

proibito, il comportamento z è permesso etc.). In altri tipi di norme il conseguente può assumere i contenuti più vari:

- a) l'acquisizione di uno status
- b) l'ascrizione di una situazione giuridica soggettiva vantaggiosa
- c) la validità o invalidità di un atto etc.

L'antecedente si riferisce all'oggetto di disciplina e risponde alla domanda "che cosa è disciplinato?". Un aspetto essenziale dell'interpretazione in astratto consiste nella identificazione o ricostruzione razionale della forma logica delle norme ossia nel distinguere in un enunciato normativo l'antecedente dal conseguente.

Ricostruire la forma logica delle norme non è facile per le seguenti ragioni:

- 1) perché spesso un singolo enunciato normativo esprime una pluralità di norme.
- 2) oppure perché la fattispecie condizionata ha una struttura logica complessa e può essere difficile identificare le componenti dell'antecedente e del conseguente.
- 3) In terzo luogo può accadere che per ricostruire la norma sia necessario combinare una pluralità di enunciati o frammenti di enunciati normativi; ciò può dipendere da 3 circostanze:
 - a) spesso una norma può essere soggetta ad eccezioni contenute in altri enunciati normativi a volte circostanti es 2043 e 2044, altre volte dispersi nell'ordinamento.
 - b) Spesso un enunciato normativo può contenere un rinvio espresso ad altri enunciati normativi
 - c) Infine spesso accade che l'antecedente di una norma faccia riferimento a fatti qualificati da altre norme il che equivale ad un rinvio implicito.

. Due tipi di sussunzione

L'interpretazione "in concreto" consiste nel sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata in astratto.

Occorre fare un chiarimento e una precisazione.

Il chiarimento è che "sussumere" può significare:

- a) includere una entità individuale entro una classe oppure
- b) includere una classe entro una classe più ampia.

Es. tizio è un uomo: si include una entità individuale (tizio) dentro una classe (la classe degli uomini); dicendo gli "uomini sono mortali" includo una classe (quella degli uomini) entro una classe più ampia (la classe dei mortali). Ci sono 2 tipi di sussunzione: sussunzione individuale e sussunzione generica.

La precisazione concerne il fatto che nell'interpretazione si compiono **SUSSUNZIONI INDIVIDUALI** e **SUSSUNZIONI GENERICHE**.

Es. supponiamo ci sia un disposizione normativa che proibisce i **CONTRATTI SACRILEGHI** e di dover giudicare il caso concreto di un contratto stipulato la domenica. Per sussumere il contratto in questione (sussunzione individuale)

nella classe dei contratti sacrileghi, occorre previamente sussumere (sussunzione generica) nella classe dei contratti sacrileghi la classe dei contratti stipulati la domenica. Per cui mediante sussunzione generica si determina un relazione tra due predicati es. “sono sacrileghi i contratti stipulati di domenica”; mediante sussunzione individuale si determina una relazione semantica tra un predicato ed una entità individuale es (il contratto tra tizio e caio è sacrilego). La sussunzione generica si colloca in una posizione intermedia fra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto.

. Definizioni

Si dice definizione l'enunciato mediante il quale si determina il significato di un termine o di una espressione composta. Si distinguono:

- 1) definizioni informative – descrivono in quale modo o in quali modi l'espressione definita è usata da qualcuno
- 2) definizioni stipulative – stabiliscono come usare un termine o un sintagma di nuovo conio o propongono di usare un termine o un sintagma preesistente in modo nuovo o propongono di usare un termine o sintagma preesistente in modo più preciso rispetto all'uso comune.

. Terza ambiguità cognizione-decisione

con il termine “interpretazione” ci si riferisce talvolta ad un atto di conoscenza, talaltra ad un atto di decisione per cui si distingue

- a) interpretazione cognitiva che consiste nell'identificare di un testo normativo, i diversi possibili significati senza sceglierne alcuno
- b) l'interpretazione decisoria che consiste nello scegliere un significato determinato scartando i rimanenti.

L'interpretazione cognitiva “la decisione D può essere interpretata nei sensi S1 o S2 o S3”; consiste nell'enumerare i diversi significati che ad un testo normativo possono essere attribuiti a seconda che si impieghi l'uno o l'altro metodo interpretativo. L'interpretazione cognitiva mette in luce l'indeterminatezza dell'ordinamento cioè l'equivocità dei testi normativi, l'interpretazione decisoria la risolve.

Per quanto riguarda l'interpretazione decisoria si distingue:

- 1) interpretazione decisoria standard – la decisione interpretativa consiste nello scegliere un significato nell'ambito dei significati identificati per mezzo dell'interpretazione cognitiva
- 2) interpretazione creativa – la decisione interpretativa consiste nell'attribuire ad un testo un significato nuovo non compreso tra quelli identificati o identificabili in sede di interpretazione cognitiva.

La distinzione tra interpretazione decisoria standard e interpretazione creativa presuppone logicamente l'interpretazione cognitiva, poiché solo alla luce della previa identificazione dei significati ammissibili o prevedibili è possibile dire se una scelta interpretativa sia meramente decisoria o creativa.

Poniamo che la disposizione D sia ambigua e possa essere intesa come esprime la norma N1 o la norma N2 quindi:

- a) l'interpretazione cognitiva si esprimerà mediante l'enunciato D può significare N1 o N2
- b) l'interpretazione decisoria standard si esprimerà mediante l'enunciato D significa N1 oppure l'enunciato D significa N2
- c) l'interpretazione creativa si esprimerà mediante un enunciato del tipo D significa N3

. *Quarta ambiguità: interpretazione in senso stretto-costruzione giuridica*

L'interpretazione consiste nell'attribuire significato ad un testo; per costruzione giuridica si intende una serie di operazioni caratteristiche della dottrina quali:

- 1) la creazione di lacune assiologiche
- 2) la elaborazione di norme inesprese o latenti o principi
- 3) la creazione di gerarchie assiologiche tra norme
- 4) la soluzione di antinomie

Tra queste molteplici operazioni rivestono un ruolo importante le "norme inesprese"; per capire cosa sono bisogna prima capire cosa si intenda per "interpretazione creativa" che consiste nel costruire, a partire da norme esplicite formulate da autorità normative, norme inesprese (norme che nessuna autorità normativa ha mai formulato).

. *Enunciati interpretativi*

L'interpretazione è un'attività mentale che non è suscettibile di analisi in quanto non si può entrare nella mente degli interpreti. Ai fini dell'analisi quindi conviene considerare l'interpretazione non come attività mentale ma come attività discorsiva o meglio conviene sottoporre ad analisi non l'interpretazione ma il suo prodotto letterario ossia l'attività degli interpreti. Come prodotto dell'attività interpretativa si possono considerare:

- a) gli enunciati interpretativi cioè gli enunciati mediante i quali si attribuisce significato ad un testo normativo (T significa S)
- b) il significato ascritto al testo mediante enunciati.

Ci sono tanti tipi di enunciati interpretativi quante sono le pratiche interpretative: interpretazione in astratto-i. in concreto-i. cognitiva-i. decisoria-i. creativa.

L'interpretazione in concreto si esprime mediante enunciati sussuntivi cioè enunciati che includono una entità individuale (fatto, evento, soggetto) entro una classe (di fatti, eventi, soggetti). Es. la fattispecie F ricade o non ricade nel campo di applicazione della norma N. gli enunciati sussuntivi possono avere natura COGNITIVA-DECISORIA-CREATIVA. Se cognitivi possono essere veri o falsi, se decisorie o creative sono privi di valori di verità (non sono né veri né falsi).

Per quanto riguarda l'interpretazione in astratto, si distinguono diversi tipi di enunciati interpretativi a seconda che siano il frutto di interpretazione cognitiva, decisoria o creativa.

- a) l'interpretazione cognitiva si esprime mediante enunciati che censiscono i diversi significati di un testo: T può significare S1, S2, S3. Gli enunciati di questo tipo appartengono al discorso in funzione descrittiva o conoscitiva pertanto sono veri o falsi.
- b) L'interpretazione decisoria e/o creativa si esprime mediante enunciati che ascrivono ad un testo un significato determinato T significa S

CAPITOLO 3

LA DUPLICE INDETERMINATEZZA DEL DIRITTO

L'indeterminatezza concerne da un lato L'ORDINAMENTO GIURIDICO dall'altro CIASCUNA NORMA per sé presa. L'ordinamento giuridico è dubbio nel senso che è dubbio quali norme esistano in esso, quali norme appartengano ad esso o siano in esso vigenti. Ciò deriva dalla equivocità dei testi normativi, dal fatto che ogni testo normativo ammette una pluralità di interpretazioni.

- 1) ambiguità: a volte il testo normativo è ambiguo per cui ci si chiede se esprima la norma N1 o N2. Es. art. 12 costituzione spagnola: "l'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio". Può significare che ogni uomo e ogni donna abbiano il diritto di contrarre matrimonio l'uno con l'altro oppure che ogni uomo ed ogni donna abbiano diritto di contrarre matrimonio con chiunque anche con persone dello stesso sesso?
- 2) Complessità: il testo normativo può esprimere la norma N1, ma ci si domanda se esso esprima anche la norma N2. Es. l'art 90 comma I cost. stabilisce che "il presidente della repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni". Non si dubita che l'immunità valga per gli atti ufficiali ma è dubbio se il capo dello stato sia irresponsabile anche per atti e condotte non ufficiali caratterizzati da un nesso col suo ufficio.
- 3) Implicazione: talvolta il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si chiede se N1 implichi o no la norma N2.
- 4) Defettibilità: talvolta si conviene che il testo normativo T esprima la norma N1 ma ci si domanda se tale norma sia "defettibile" derogabile, cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate. Es. il presidente della repubblica può opporre il veto alle leggi ma può opporlo anche alle leggi di revisione costituzionale?
- 5) Tassativo esemplificativo: talvolta si conviene che una data disposizione avente la struttura "Se A o B o C allora Z" esprima una norma applicabile a tutte le fattispecie espressamente enumerate (abc).; ci si domanda se l'enumerazione abbia carattere tassativo o invece carattere esemplificativo.

. *Un problema pervasivo*

spesso accade che una disposizione normativa contenga nell'antecedente l'avverbio "solo": "solo se F allora G". in questi casi la fattispecie F è condizione non solo sufficiente ma necessaria della conseguenza giuridica G. ne consegue che alla classe di fattispecie complementare a quella disciplinata (ossia la classe non F) si applica la conseguenza giuridica opposta non G "se non F allora non G". nel caso in cui la disposizione normativa "se F allora G" non contenga l'avverbio "solo" per cui la fattispecie F è solo condizione sufficiente ma non anche necessaria della conseguenza G, allora che dobbiamo pensare della fattispecie complementare non F? Si hanno due possibili interpretazioni:

- 1) si può interpretare la disposizione alla lettera: la disposizione non dice nulla sulla fattispecie non F
- 2) si può interpretare la disposizione come se tacitamente includesse la clausola "solo" pertanto "se non F allora non G".

. *Le fonti dell'equivocità*

L'equivocità dei testi normativi dipende non solo da difetti "oggettivi" della loro formulazione ma anche da altre cose:

- a) interessi confliggenti degli interpreti
- b) diversi sentimenti di giustizia degli interpreti
- c) molteplicità di metodi interpretativi
- d) costruzioni dogmatiche

I problemi di interpretazione sono possono essere di due tipi:

- a) dal punto di vista del giudice "fedele alla legge" l'interpretazione si presenta come un'attività di conoscenza (interpretare è accertare il vero significato delle leggi o la vera intenzione del legislatore)
- b) dal punto di vista "dell'uomo cattivo" l'interpretazione si presenta non come valutazione, scelta decisione.

- 1) interessi confliggenti: pubblica accusa e difesa dell'imputato tendano ad offrire interpretazioni diverse di una stessa legge penale
- 2) sentimenti di giustizia: meno ovvio è il condizionamento esercitato sulle decisioni interpretative dai sentimenti di giustizia
- 3) metodi interpretativi: una norma esprime significati diversi a seconda che sia sottoposta ad uno o all'altro metodo interpretativo es. art. 49 cost. "tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti"

Argomento a contrario la norma non menziona altri soggetti che i cittadini pertanto deve essere intesa nel senso che si applichi solo ai cittadini.

Argomento sistematico il diritto di associazione politica conferito da questa disposizione è uno dei diritti fondamentali inviolabili di cui all'art. 2 cost. ma dall'altro lato l'art. 2 usando l'espressione "diritti inviolabili dell'uomo" riferisce i diritti inviolabili non solo ai soli cittadini, ma agli uomini in genere.

Argomento della dissociazione la classe dei cittadini include 2 sottoclassi: cittadini di sesso maschile e di sesso femminile alle quali non necessariamente si applica la stessa disciplina giuridica; la costituzione non menziona i cittadini dell'uno e dell'altro sesso. Pertanto la disposizione deve essere intesa nel senso che si applichi solo ai cittadini di sesso maschile.

4) Dogmatica: l'interprete si accosta ai testi normati mediante presupposizioni teoriche che condizionano la sua interpretazione. Tali presupposizioni sono le costruzioni dogmatiche elaborate dai giuristi in un momento antecedente e indipendente da qualunque enunciato normativo. Es. si pensi alla teoria del governo parlamentare secondo cui il capo dello stato non è capo dell'esecutivo ma potere neutro garante della costituzione, per cui non ha poteri di indirizzo politico. Ogni costruzione dogmatica condiziona l'interpretazione: ora suggerendo una decisione interpretativa determinata a preferenza di altre, ora escludendo certe decisioni interpretative altrimenti possibili.

. La vaghezza delle norme

Alla indeterminatezza dell'ordinamento si accompagna la indeterminatezza di ciascuna norma. Ogni norma è indeterminata nel senso che non si sa quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione, ciò dipende dalla vaghezza dei predicati. Per predicati si intendono i termini che denotano una classe: una classe è un insieme di entità individuali che condividono un medesimo attributo o un medesimo insieme di attributi. Il significato dei predicati può essere analizzato in due componenti: il senso (che cosa vuol dire) e il riferimento (a cosa si riferisce). Il senso è l'insieme degli attributi che un oggetto deve avere perché il predicato possa essergli applicato. Il riferimento (detto estensione) è la classe degli oggetti che presentano tali attributi ed ai quali il predicato è applicabile. Es. il senso di pianeta è corpo celeste opaco che ruota intorno ad una stella. Il riferimento dipende dal senso: quanto meno il senso è preciso, tanto più largo è il riferimento e viceversa. Tutti i predicati hanno un riferimento DUBBIO o APERTO e perciò sono affetti da vaghezza estensionale. La vaghezza estensionale dipende dalla incertezza degli attributi che un oggetto deve possedere per appartenere alla classe di cui trattasi. Data una norma ci sono:

- 1) casi ai quali essa è applicabile certamente
- 2) casi ai quali essa non può essere certo applicata
- 3) casi dubbi o difficili per i quali l'applicabilità della norma è discutibile.
- 4) Es. l'espressione "impresa agricola" designa la coltivazione del fondo; è dubbio se designi anche la coltivazione di piante in condizioni artificiali.

La vaghezza è una proprietà oggettiva del linguaggio.

Per quanto riguarda le tecniche interpretative che si usano per ridurre la vaghezza sono 2:

- 1) TESI DELL'ANALOGIA
- 2) TESI DELLA DISSOCIAZIONE

La prima consiste nel sostenere che alla luce di una ratio legis il crollo di un balcone è analogo al crollo di un edificio. Si deduce che la norma sul crollo di edificio si applica anche al crollo di balcone.

La tesi della dissociazione consiste nel sostenere al contrario che, crollo dell'edificio e crollo del balcone sono fattispecie sostanzialmente diverse. Se ne ricava che la norma sul crollo di edificio non si applica alla fattispecie "crollo di balcone".

Spesso il fenomeno della vaghezza è assimilato a quella forma di indeterminatezza delle disposizioni normative che dipende dall'uso di "clausole generali" nella loro formulazione. Sono clausole generali quei termini che esprimono o presuppongono valutazioni come: "danno ingiusto", "buona fede", "buon costume" etc. Per l'interpretazione delle clausole generali si aprono 2 strategie argomentative:

- 1) la prima consiste nel giustificare l'interpretazione prescelta facendo riferimento a giudizi di valore altrui cioè alla morale sociale - convinzioni morali socialmente diffuse
- 2) la seconda consiste nel fondare l'interpretazione prescelta su un proprio giudizio di valore.

. La metafora della cornice

L'indeterminatezza del significato dei testi normativi consiste in questo: che ogni testo normativo esprime una pluralità di significati alternativi. L'insieme dei possibili significati di un testo è detto "cornice di significato del testo".

Precisamente:

- a) l'int. cognitiva consiste nell'identificare i possibili significati del testo
- b) l'int. decisoria standard consiste nello scegliere uno dei significati inclusi nella cornice
- c) l'int. creativa consiste nell'attribuire al testo un significato che non rientra nella cornice.

La cornice ha contorni vaghi. Es. le norme N1 e N2 ricadono nella cornice, ma la norma N4 cade fuori e che la situazione sia incerta per la norma N3. Per cui non si può decidere se N3 sia da ascrivere alle operazioni di mera interpretazione o invece di creazione normativa. L'interpretazione creativa che attribuisca al testo di cui si tratta un significato diverso e ulteriore rispetto a quelli ritenuti possibili in sede di interpretazione cognitiva ha l'effetto di estendere la cornice dei significati possibili. Per cui da quel momento in poi l'interpretazione cognitiva dovrà riconoscere quel nuovo significato come uno dei significati ammissibili.

. I limiti dell'interpretazione

L'interpretazione ha dei limiti nel senso che non a qualunque attribuzione di significato conviene il nome di "interpretazione": non qualunque attribuzione di significato può essere sussunta sotto il concetto di interpretazione. Tracciare

limiti all'interpretazione serve a distinguere l'interpretazione dalla creazione di norme nuove.

CAPITOLO IV DALLE DISPOSIZIONI ALLE NORME

. La norma come significato

Il termine "norma" è usato in riferimento agli ENUNCIATI che si trovano nelle fonti del diritto, sia ai loro SIGNIFICATI. Enunciato e significato vanno tenuti distinti per cui useremo 2 termini diversi:

- 1) chiameremo "disposizione" ogni enunciato normativo contenuto in una fonte del diritto
- 2) chiameremo "norma" il contenuto di significato della norma.

L'operazione che conduce dall'enunciato al significato è l'interpretazione. Per cui la disposizione è l'oggetto dell'interpretazione, la norma è il suo risultato. tra disposizione e norma e tra enunciato ed il significato non c'è corrispondenza biunivoca. E' falso che ad ogni disposizione corrisponda una sola norma così come è falso che ad una norma corrisponda una sola disposizione. I significati non hanno un'esistenza indipendente dagli enunciati interpretati e dagli atti di interpretazione.

. Disposizioni esprimenti più norme

Molte disposizioni hanno un contenuto di significato complesso: esprimono una molteplicità di norme congiunte. Es. art. 75 comma II Costituzione "non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali". Esprime 5 norme: la prima interdice il referendum per le leggi tributarie, la seconda per le leggi di bilancio, la terza per le leggi di amnistia, la quarta per le leggi di indulto, la quinta per le leggi di autorizzazione alla ratifica.

. Disposizioni ambigue

Alcune disposizioni sono ambigue nel senso che possono essere interpretate in modi diversi. Ad ogni interpretazione corrisponde un diverso significato e pertanto una diversa norma. In questi casi ad una disposizione corrisponde una molteplicità di norme disgiunte.

. Disposizioni sinonimiche

Può succedere che due disposizioni abbiano lo stesso significato (sinonimiche). In questi casi a due disposizioni corrisponde una sola norma; ma può accadere anche che 2 disposizioni siano non perfettamente sinonimiche cioè esprimono due insiemi di norme che si sovrappongono in parte.

. Norme ricavate da più disposizioni

Una norma può essere ricavata per via interpretativa non da una singola disposizione ma da una pluralità di disposizioni combinate: si chiama “combinato disposto”. Es. la norma secondo cui i cd decreti-legge di cui all’art. 77 comma II cost. devono essere emanati dal capo dello stato e controfirmati dal presidente del consiglio si ricava dalla combinazione di 3 diverse disposizioni costituzionali:

- art. 77 comma II per cui i decreti-legge hanno forza di legge
- art. 87 comma V che conferisce al capo dello stato la competenza ad emanare i decreti aventi valore di legge del governo
- art. 89 comma II secondo il quale gli atti presidenziali aventi valore legislativo devono essere controfirmati dal Presidente del consiglio.

. Disposizioni senza norme

Può accadere che una disposizione non esprima alcuna norma es. un’invocazione alla divinità.

. Norme prive di disposizione

L’ordinamento giuridico può avere norme prive di disposizione. Sono prive di disposizione le norme di fonti consuetudinaria ma soprattutto è priva di disposizione ogni norma che non possa essere riferita ad una precisa disposizione, essendo implicita o inespressa. E’ espressa ogni norma che può essere imputata ad una precisa disposizione come suo significato. E’ inespressa ogni norma di cui non si può dire che costituisca il significato di una determinata disposizione. Ogni norma inespressa è ricavata da una o più norme espresse mediante un ragionamento nel quale una o più norme espresse costituiscono premesse e la norma inespressa costituisce conclusione.

. Decisioni interpretative

La dissociazione tra disposizioni e norme è evidente se si guarda alle “decisioni interpretative” del giudice costituzionale. Una decisione interpretativa è una sentenza nella quale il giudice costituzionale si pronuncia non su una disposizione ma su una interpretazione di una disposizione, ossia su una norma. Nelle sentenze interpretative di rigetto il giudice costituzionale dichiara che una certa disposizione non è costituzionalmente illegittima solo se interpretata in un certo modo. Nelle sentenze interpretative di accoglimento il giudice costituzionale dichiara l’invalidità di una norma ma non anche della disposizione che la esprime o delle disposizioni che la veicolano come norma implicita. Sicché la norma incostituzionale è annullata mentre la disposizione conserva validità. Le sentenze di accoglimento che vertono su norme lasciando inalterate le disposizioni possono essere di 3 tipi diversi:

- 1) sentenze interpretative di accoglimento in senso stretto. Sono le sentenze che dichiarano invalida non la disposizione ma solo una delle sue possibili interpretazioni alternative.

- 2) Sentenze interpretative di accoglimento parziale. Sono le sentenze che dichiarano invalida non la disposizione ma solo una delle norme congiuntamente espresse dalla disposizione. La disposizione rimane valida, l'annullamento colpisce solo una delle molteplici norme che essa esprime.
- 3) Sentenze che annullano una norma implicita inespressa. Sono le sentenze che dichiarano invalida una norma che non costituisce il significato di alcuna specifica disposizione ma è ricavata dalla combinazione di una pluralità di disposizioni. In questo caso la disposizione è valida, l'annullamento colpisce solo una norma che non può essere ascritta ad alcuna disposizione legislativa determinata.

Non si possono manipolare le disposizioni esistenti in modo da ricavarne la norma dichiarata invalida. Una decisione interpretativa è tale non nel senso generico che involga un'opera di interpretazione ma nel senso specifico che oggetto di decisione è una interpretazione cioè una norma e non una disposizione. Per comprendere il fenomeno si fa un cenno alle cause di invalidità della legge: la legislazione è disciplinata in costituzione da 2 tipi di norme: da un lato NORME SULLA PRODUZIONE GIURIDICA che vertono sugli atti legislativi, dall'altro NORME CHE LIMITANO IL CONTENUTO DELLE LEGGI FUTURE che vertono sul contenuto di norme. La violazione di norme del primo tipo produce l'invalidità dell'atto legislativo che a sua volta produce l'invalidità del testo legislativo. La violazione di norme del secondo tipo provoca l'invalidità delle norme legislative. Se una disposizione esprime disgiuntamente o congiuntamente più norme invalide allora l'invalidità si estende dalle norme alla disposizione. Se la disposizione esprime disgiuntamente o congiuntamente più norme non tutte invalide, allora l'invalidità non colpisce la disposizione ma solo una o più norme da essa espresse.

CAPITOLO V VARIETA DI INTERPRETI

I soggetti che esercitano l'attività interpretativa sono i giuristi i giudici e talvolta il legislatore stesso.

. Interpretazione dottrinale

E' quella compiuta dalla dottrina cioè dai giuristi accademici, dai professori del diritto tramite monografie, manuali, saggi note a sentenze etc.

L'interpretazione dottrinale è interpretazione in astratto e può consistere in un'attività cognitiva, decisoria o creativa. Interpretazione cognitiva significa conoscenza del diritto. Interpretazione decisoria consiste in una proposta rivolta agli organi dell'applicazione. Interpretazione creativa consiste nella produzione di diritto.

. Interpretazione giudiziale

E' quella compiuta dai giudici nell'esercizio della funzione giurisdizionale. L'interpretazione giudiziale è necessariamente interpretazione decisoria ed in concreto. L'interpretazione giudiziale

è priva di effetti giuridici nel senso che i giuristi possono influenzare le decisioni dei giudici e della pubblica amministrazione ma né i giudici né la p.a. hanno l'obbligo giuridico di adeguarsi alle interpretazioni dei giuristi. Mentre l'interpretazione giudiziale ha effetti giuridici: è vincolante per le parti, loro eredi o aventi causa. Ha effetti inter partes cioè nessuna int. giurisdizionale può produrre effetti in capo a terzi estranei al processo.

. Interpretazione autentica

E' l'interpretazione della legge compiuta dal legislatore mediante una legge successiva il cui contenuto è la determinazione del significato di una legge precedente. Si tratta di una interpretazione decisoria e di una interpretazione in astratto. Anche l'interpretazione autentica come quella giudiziale ha effetti giuridici. Mentre però l'interpretazione giudiziale è efficace solo inter partes, l'interpretazione autentica essendo contenuta in una legge è vincolante al pari di ogni altra legge "erga omnes" cioè vincola ogni soggetto dell'ordinamento.

CAPITOLO VI

INTERPRETAZIONE AUTENTICA (Pag 81-90)

CAPITOLO VII

IL PRODOTTO DELL'INTERPRETAZIONE

. Gli aggettivi dell'interpretazione

Gli aggettivi dell'interpretazione sono molti: autentica, giudiziale, dottrinale, ufficiale, dichiarativa, letterale, correttiva etc. Alcuni di questi aggettivi (autentica dottrinale etc.) hanno un riferimento univoco: si riferiscono agli interpreti per cui non si pongono problemi. Gli altri aggettivi (letterale, evolutiva, teleologica etc.) sembrano riferirsi in maniera confusa ora al risultato dell'interpretazione ora alla tecnica interpretativa utilizzata. Occorre fare 4 distinzioni:

- 1) significato oggettivo/soggettivo – il significato oggettivo è il significato linguistico, testuale o letterale. Significato soggettivo è il significato intenzionale dell'autorità normativa. In realtà una interpretazione completamente oggettiva non è concepibile poiché in qualche modo viene fuori sempre l'intenzione del legislatore. da questo punto di vista la distinzione tra significato oggettivo e significato soggettivo si riduce alla distinzione tra due diversi stili argomentativi: nello stile soggettivo si usano i lavori preparatori come prova dell'intenzione del legislatore mentre nello stile oggettivo se ne prescinde.

- 2) Significato contestuale/a-contestuale – contestuale è quel significato che si attribuisce ad un testo normativo desumendolo da elementi extra-contrattuali quali: a) intenzione dell'autorità normativa b) le circostanze di fatto in cui il testo normativo è stato emanato c) altri testi o frammenti di testo contigui o circostanti al testo interpretato.
A-contestuale o non-contestuale è il significato che si desume applicando le regole semantiche e sintattiche della lingua di cui si tratta. Il significato a-contestuale coincide con il significato oggettivo. Il significato soggettivo è una delle forme che può assumere il significato contestuale.
- 3) significato prima facie/tutto-considerato – significato prima facie è quello che risulta dalla comprensione immediata del testo normativo alla luce delle regole sintattiche e semantiche della lingua. Significato tutto considerato è il risultato della problematizzazione del significato prima facie ogni volta esso appaia insoddisfacente.
- 4) Significato originario/attuale – significato originario è quello che un testo normativo ha al momento della sua entrata in vigore. Significato attuale è quello che un testo normativo assume nel momento in cui viene interpretato ed applicato. Questa distinzione si può incrociare con quella tra significato linguistico e significato intenzionale. Per cui avremo una variante linguistica ed una variante intenzionale. Per quanto riguarda il significato attuale intenzionale dobbiamo dire che un significato siffatto non può essere attribuito ad un testo normativo solo mediante una finzione cioè facendo riferimento all'intenzione che si può attribuire all'autorità normativa mediante un enunciato controfattuale del tipo “se il legislatore avesse preso in esame la tale fattispecie, l'avrebbe disciplinata così e così”. “se avesse legiferato nelle circostanze presenti, avrebbe disposto così e così”.

. Interpretazione letterale

L'espressione “interpretazione letterale” non ha nell'uso comune un significato univoco. Per interpretazione letterale si intendono 3 cose diverse:

- 1) per interpretazione letterale può intendersi una interpretazione prima facie. Così intesa l'interpretazione letterale si contrappone all'interpretazione “tutto considerato”. Per contro l'interpretazione tutto considerato è frutto di problematizzazione del significato prima facie e di ulteriore riflessione.
- 2) per interpretazione letterale si intende una interpretazione non contestuale o a-contestuale. Cos' intesa l'interpretazione letterale si contrappone all'interpretazione contestuale. Contestuale è quella interpretazione che adduce elementi extra testuali. A-contestuale o non contestuale è quella interpretazione che adduce regole semantiche e sintattiche della lingua.
- 3) per interpretazione letterale può intendersi una interpretazione non-correttiva cioè un'interpretazione detta talvolta dichiarativa la quale ne estende,

né estende, né restringe il significato proprio, naturale, oggettivo del testo normativo.

. Interpretazione dichiarativa/correttiva

La locuzione “int. dichiarativa” assume significato in relazione all’espressione “interpretazione correttiva”. L’una si contrappone all’altra: è dichiarativa l’interpretazione che si astiene dal correggere il significato del testo normativo interpretato; correttiva è quella che non si limita a dichiararlo ma lo corregge. Queste espressioni sembra presupporre la teoria cognitivista dell’interpretazione cioè quella teoria secondo cui i testi normativi incorporano un significato intrinseco preconstituito all’interpretazione, per cui l’interpretazione consiste nell’accertarlo.

- a) per interpretazione dichiarativa si intende quella interpretazione che attribuisce ad un testo normativo il suo significato intrinseco senza alterarlo.
- b) Per interpretazione correttiva si intende qualunque interpretazione non dichiarativa.

. Interpretazione estensiva/restrittiva

Per capire la differenza tra questi 2 tipi di interpretazione dobbiamo ricordare che il campo di applicazione di ogni norma è indeterminato per cui ci sono casi che sicuramente ricadono nel campo di applicazione della norma e casi che non vi ricadono, e casi di dubbia qualificazione. Es. norma che si applica alle abitazioni. Supponiamo che il vocabolo abitazione denoti l’appartamento in cui una persona vive e quindi si estende alla camera ed alla cucina non comprendendo l’ufficio in cui uno lavora; è dubbio se si applichi alla cantina annessa ad un appartamento.

- a) Per cui in un primo senso costituisce interpretazione estensiva quella che applica la norma in questione anche alla cantina.
- b) Costituisce interpretazione restrittiva quella che non applica la norma alla cantina.

In un secondo senso costituisce

- a) interpretazione estensiva quella che applica la norma anche all’ufficio
- b) quella che non applica la norma all’intero appartamento ma esclude la cucina.

La differenza tra i 2 tipi di interpretazione estensiva sta nel fatto che l’interpretazione del primo tipo riduce l’indeterminatezza della norma estendendone il campo di applicazione anche a casi dubbi; quella del secondo tipo produce una norma nuova con l’ausilio dell’argomento analogico.

La differenza tra i due tipi di interpretazione restrittiva sta in questo: quella del primo tipo riduce l’indeterminatezza della norma restringendone il campo di applicazione ai soli casi chiari (escludendo casi dubbi); quella del secondo tipo introduce nella norma una clausola di eccezione, il che equivale a sostituire la

norma originaria con una norma diversa. L'interpretazione estensiva e quella restrittiva consistono nel formulare una norma nuova inespressa e nel formulare un'eccezione inespressa ossia nel sostituire una norma con un'altra.

. Interpretazione originalistica/evolutiva

Si dice interpretazione originalistica l'interpretazione che attribuisce ad un testo normativo il suo significato originario. Si dice evolutiva, ogni interpretazione che attribuisca ad un testo normativo un significato nuovo diverso da quello usuale o consolidato.

PARTE SECONDA
COSTRUZIONE GIURIDICA E SCIENZA DEL DIRITTO

CAPITOLO I
ANTINOMIE

Si ha un'antinomia quando due norme per una stessa fattispecie stabiliscono conseguenze giuridiche tra loro incompatibili. Possiamo anche dire che si ha un'antinomia ogni volta che un caso concreto è suscettibile di 2 diverse ed opposte soluzioni. Il caso può essere deciso nell'un modo o nell'altro.

Si possono distinguere 2 tipi di antinomie:

- 1) antinomie in astratto
- 2) antinomie in concreto.

Antinomie in astratto si hanno ogni volta che due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili a fattispecie astratte che si sovrappongono.

Antinomie in concreto si hanno quando, in sede di applicazione, ci si rende conto che due norme pur non confliggenti, connettono conseguenze giuridiche incompatibili ad una stessa fattispecie concreta. Ciò accade quando una fattispecie concreta ricade in due classi di fattispecie indipendenti per le quali il diritto statuisca conseguenze giuridiche incompatibili. Per cui l'antinomia può essere identificata solo in sede di applicazione delle norme ad un caso concreto. Es. una prima norma dispone che è obbligatorio fermare la vettura di fronte ad un semaforo rosso; la seconda norma vieta di fermare la vettura nelle vicinanze di installazioni militari. Le fattispecie disciplinate dalle due norme sono irrelate sicché tra le due norme non si dà in astratto alcuna antinomia. Perché un'antinomia si presenti basta però che qualcuno abbia la brillante idea di ubicare un semaforo in prossimità di una installazione militare. Le antinomie in astratto dipendono dalla struttura concettuale del discorso delle fonti, mentre le antinomie in concreto dipendono da ciò che accade nel mondo.

. Antinomie e interpretazione

Le disposizioni normative sono suscettibili di molteplici interpretazioni. Supponiamo di avere a che fare con due disposizioni normative, D1 e D2

ciascuna delle quali ammette due interpretazioni: D1a e D1b e rispettivamente, D2a e D2b. supponiamo che D1a sia incompatibile con D2a. le interpretazioni combinatoriamente possibili delle due disposizioni sono 4:

- a) D1a e D2a
- b) D1a e D2b
- c) D1b e D2a
- d) D1b e D2b

Se si sceglie la prima combinazione si crea un'antinomia, per cui basta scegliere una delle altre tre soluzioni perché l'antinomia scompaia.

L'interpretazione se può creare un'antinomia può anche evitarla. Per quanto riguarda i rapporti tra antinomie e interpretazione stanno così:

- a) un'antinomia può essere evitata o prevenuta per mezzo di accorgimenti interpretativi, nel senso che i testi normativi possono essere interpretati come espressioni norme tra loro compatibili cosicché nessuna antinomia si presenti.
- b) Un'antinomia può essere evitata mediante interpretazione così può essere anche prodotta mediante interpretazione.
- c) L'identificazione di un'antinomia presuppone l'interpretazione: un'antinomia può presentarsi solo ad interpretazione avvenuta.
- d) Poiché le antinomie sono frutto di interpretazione o seguono l'interpretazione, l'antinomia non può essere risolta per via d'interpretazione.

. Modi di soluzione delle antinomie

Innanzitutto dobbiamo precisare che un'antinomia può presentarsi in almeno 3 circostanze diverse:

- 1) antinomie tra norme provenienti da due fonti distinte ma dello stesso genere (due leggi statali ordinarie).
- 2) Antinomie tra norme provenienti da fonti di tipo diverso. In questo caso si distingue ulteriormente: a) le due fonti possono essere in relazione gerarchica, cioè una è subordinata all'altra. in questi casi si applica la norma superiore. (principio gerarchico). b) le due fonti possono avere ambiti di competenza distinti ed una ha invaso la competenza dell'altra. es. una legge regionale pretenda di disciplinare una materia che la costituzione riserva alla legge dello stato. In questo caso in virtù del principio di competenza, la norma che proviene dalla fonte competente deve essere applicata. La norma proveniente dalla fonte incompetente è invalida. C) le due fonti sono pari-ordinate nella gerarchia delle fonti (legge - decreto legge). In questi casi si applica il principio cronologico cioè norma successiva abroga norma antecedente.
- 3) Antinomia tra norme statali e norme comunitarie. In questo caso si distingue a) antinomia tra norma comunitaria e legge b) antinomia tra norma comunitaria e costituzione. Nel caso di antinomia tra norma

comunitaria e norma di legge deve essere applicata la norma comunitaria e deve essere disapplicata quella interna. B) nel caso di antinomia tra una norma comunitaria e una norma costituzionale occorre distinguere ulteriormente: a1) nel conflitto tra norme comunitarie e norme costituzionali la norma comunitaria prevale. a2) la norma comunitaria soccombe quando sia in conflitto con i principi costituzionali supremi o con le norme costituzionali.

. Interferenze tra principio gerarchico e principio cronologico

questi due principi interferiscono quando non solo le due norme confliggenti sono disposte su piani diversi nella gerarchia delle fonti, ma anche quando sono state emanate in tempi diversi. L'interferenza si può avere in due situazioni diverse:

- 1) antinomia tra due norme una delle quali sia al tempo stesso gerarchicamente inferiore ma cronologicamente successiva e l'altra gerarchicamente superiore ma cronologicamente antecedente. In virtù del criterio cronologico la norma inferiore, in quanto precedente, dovrebbe prevalere su quella superiore; in virtù del criterio gerarchico la norma inferiore dovrebbe soccombere di fronte a quella superiore. E' ovvio che in caso di conflitto il criterio gerarchico prevale su quello cronologico.
- 2) Antinomia tra norme una delle quali sia al tempo stesso e gerarchicamente superiore e cronologicamente successiva all'altra. In questi casi i due criteri non confliggono ma concorrono: la norma anteriore e inferiore può indifferentemente essere considerata o abrogata in quanto anteriore o invalida in quanto inferiore.

. Specialità e incompatibilità

Il criterio di soluzione delle antinomie cd "di specialità", a differenza dei criteri *lex posterior* e *lex superior*, non è prescritto in generale da alcuna norma positiva ma è il frutto di costruzione giuridica. Es. una norma N1 che disciplina la classe di fattispecie F ed una norma N2 che disciplina una sottoclasse di fattispecie inclusa in F per cui diremo che N1 è generale rispetto a N2 e che N2 è speciale rispetto a N1. Tra le due norme intercorre una relazione da genere a specie. Una norma speciale può costituire una specificazione della norma generale o un'eccezione alla norma generale. Una norma speciale fa eccezione ad una norma generale allorché dispone una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale. In questi casi si parla non di norme speciali ma di norme eccezionali.

. Due varianti del criterio di specialità

Ci sono due varianti del criterio di specialità:

- 1) prima variante: il criterio di specialità è una tecnica di soluzione delle antinomie che si applica in presenza di un'antinomia tra due norme che

- hanno un rapporto di regola ed eccezione. In virtù del criterio di specialità si ritiene che una delle due norme confliggenti sia derogata ad opera dell'altra. In questo caso si applica la norma speciale o eccezionale che prevale su quella generale. In questi casi possiamo dire che abbiamo un'unica norma che incorpora un'eccezione. Possiamo anche meglio dire che in questi casi abbiamo a che fare con una incompatibilità che si risolve adottando un criterio di preferenza tra le due norme incompatibili (*lex specialis*). L'uso del criterio di specialità non solleva problemi quando si presenti un'antinomia tra due norme contigue. I problemi nascono quando si voglia applicarlo a norme diversamente dislocate nel tempo, per cui l'una è cronologicamente successiva all'altra. In questi casi il criterio di specialità interferisce col principio cronologico. Si hanno due situazioni:
- a) la norma speciale è antecedente a quella generale. In questo caso il criterio di specialità dovrebbe essere riformulato così: la norma speciale non è abrogata dalla norma generale successiva ma costituisce deroga ad essa. Questa regola però non sembra avere alcun fondamento nell'ordinamento vigente.
 - b) La norma speciale è successiva a quella generale. In questo caso il criterio di specialità dovrebbe essere così riformulato: la norma speciale non abroga la norma generale antecedente ma si limita a derogare ad essa. Ma anche questa regola di soluzione delle antinomie è discutibile.
- 2) seconda variante: in una seconda variante il criterio di specialità è una tecnica di composizione delle antinomie che si applica in presenza di un'antinomia tra due norme i cui campi di applicazione non intrattengano una relazione da genere a specie, bensì si sovrappongono parzialmente. In questo caso il criterio di specialità comporta che una delle due norme confliggenti è derogata ad opera dell'altra. In presenza di un'antinomia di questo tipo abbiamo a che fare con norme generali i cui campi di applicazione si intersecano. In questo caso il criterio di specialità può essere impiegato dopo aver istituito tra le due norme confliggenti una gerarchia assiologica cioè una relazione di valore. Una relazione gerarchica creata dagli interpreti attraverso una costruzione giuridica. .

. Antinomie tra principi costituzionali

Sono antinomie in concreto tra norme che non trattengono tra loro un rapporto da regola ad eccezione, la cui soluzione non è disciplinata da alcuna norma positiva. Non si applica il principio gerarchico perché le norme sono pari-ordinate nella gerarchia delle fonti. Non si applica il principio cronologico perché le norme sono coeve. Non si applica il principio di specialità dal momento che le classi di fattispecie disciplinate non intrattengono fra loro un rapporto da genere a specie. La tecnica usata dai giudici costituzionali è la PONDERAZIONE DI PRINCIPI e consiste nell'istituire tra i due principi coinvolti una gerarchia assiologica e mobile.

CAPITOLO II LACUNE

Si distinguono:

- 1) lacune normative
- 2) lacune tecniche
- 3) lacune assiologiche

La lacuna normativa si ha quando il legislatore disciplina una serie di fattispecie ma omette di disciplinare una o più d'una delle possibili combinazioni. Es. supponiamo di avere un testo normativo in materia tributaria dal quale abbiamo ricavato 3 norme:

la norma N1 dice che l'imposta sul reddito è dovuta dai cittadini

la norma N2 invece dice che l'imposta sul reddito non è dovuta da chi non è residente sul territorio nazionale.

La norma N3 dice che l'imposta sul reddito non è dovuta da chi non ha un'occupazione. Le 3 fattispecie semplici (cittadinanza, residenza, disoccupazione) possono combinarsi tra loro dando luogo ad 8 fattispecie complesse: cittadini residenti disoccupati; cittadini residenti occupati; cittadini non residenti disoccupati etc. Prendiamo uno straniero residente occupato. A questa fattispecie non è applicabile N1, che si riferisce ai cittadini, non è applicabile N2 che si riferisce ai non residenti, non è applicabile N3 che si riferisce ai disoccupati. La fattispecie è priva di una disciplina; si ha una lacuna.

. Lacune normative e interpretazione

Per risolvere il caso e quindi colmare la lacuna dovremmo reinterpretare il testo normativo; potremmo re-interpretare il testo in modo da sostituire N1 con N1bis in questo modo; solo se cittadinanza allora imposta sul reddito. Oppure potremmo argomentare N2 in questo modo; N2bis se residenza allora imposta sul reddito, e così con n3.

La completezza o l'incompletezza di un ordinamento dipendano dal suo contenuto normativo: è completo un ordinamento che predispone conseguenze giuridiche per qls fattispecie; è incompleto un ordinamento entro il quale vi sono fattispecie prive di conseguenze giuridiche. Il contenuto normativo dell'ordinamento è una variabile dipendente non solo dei testi normativi ma anche dell'interpretazione.

L'interpretazione può prevenire una lacuna, evitarla nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che la lacuna neppure si presenti. In secondo luogo l'interpretazione può evitare le lacune ma può anche produrle. In terzo luogo l'interpretazione se può produrre lacune o prevenirle, non può colmare le lacune: la lacuna si presenta ad interpretazione avvenuta per cui per colmarla occorre creare nuovo diritto e la costruzione di una nuova norma è una cosa diversa dall'interpretazione di una disposizione preesistente: si tratta di costruzione giuridica e non di interpretazione.

. Lacune tecniche

Si ha una lacuna tecnica quando una norma non può produrre effetti giuridici in assenza di altre norme che la concretizzino. Es. una norma stabilisce la periodica convocazione di un organo ma nessuna norma determina quale soggetto sia competente a convocarlo.

. Lacune assiologiche

sono quelle lacune caratterizzate dalla mancanza di una norma che dovrebbe esserci. Si distinguono 2 tipi di lacune assiologiche:

- 1) una fattispecie può essere disciplinata da una norma, ma tale disciplina può apparire all'interprete insoddisfacente per manca a giudizio dell'interprete una norma giusta: la norma che sarebbe richiesta dal suo senso di giustizia.
- 2) Una fattispecie può essere disciplinata da una norma, ma tale disciplina non è conforme a quanto richiesto da un'altra norma materialmente o assiologicamente superiore. Lacune di questo tipo si hanno in casi in cui l'interprete ritenga violato il principio di eguaglianza.
 - a) il legislatore non ha preso in considerazione una differenza sostanziale tra 2 classi di fattispecie e ha dettato per esse la stessa disciplina omettendo di differenziarle.
 - b) Il legislatore nel disciplinare una classe di fattispecie ha ommesso di disciplinare nello stesso modo un'altra classe di fattispecie ritenuta dall'interprete uguale alla prima.

. Il diritto come insieme di norme finito

Il diritto non disciplina qualsivoglia fattispecie. Si possono distinguere 2 sottoinsiemi:

- 1) l'insieme delle fattispecie cui una norma riconnette una qualche conseguenza giuridica
- 2) l'insieme delle fattispecie non disciplinate in alcun modo.

Ogni fattispecie non disciplinata costituisce una lacuna. Si possono avere due tipi di lacune:

- a) possiamo avere a che fare con una genuina lacuna normativa
- b) possiamo avere a che fare con un altro tipo di lacuna assiologica: precisamente con la mancanza di una norma che dovrebbe disciplinare una fattispecie di fatto non disciplinata. Es. art. 87 comma 5 cost. attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di emanare gli atti governativi aventi forza di legge. Tale disposizione non contiene alcuna altra previsione sostanziale o procedimentale che delimiti il potere presidenziale.

Se ne conclude che il potere presidenziale non è soggetto a limiti sostanziali o procedimentali. Ma la dottrina costituzionalistica non si accontenta di questa

conclusione. La dottrina ritiene che ci sono dei limiti e pertanto ritiene che la costituzione sia lacunosa. Argomentando a contrario si può sostenere che l'ordinamento non disciplini affatto tutte quelle fattispecie che non sono letteralmente incluse nel campo di applicazione di alcuna norma. L'esistenza di una lacuna di questo tipo comporta l'esistenza di controversie che possono essere decise con una delle seguenti tecniche di costruzione giuridica:

- i) argomentando a contrario a partire dalla totalità delle norme espresse: se nessuna norma qualifica la condotta del convenuto, la domanda dell'attore è infondata sicché non può essere respinta.
- ii) Costruendo norme inesprese nei modi prescritti nell'ordinamento vigente dall'art. 12 comma 2 disposizioni preliminari al codice civile per via di analogia o facendo appello ai principi generali dell'ordinamento.

. Dogma della completezza e stato di diritto

I legislatori prevedono l'esistenza di lacune e prescrivono ai giudici tecniche per colmarle. Qualunque ordinamento giuridico è un insieme di norme necessariamente completo. Questo modo di vedere si chiama "dogma della completezza". Il dogma della completezza dell'ordinamento è legato alla dottrina politica del moderno stato di diritto. Se il diritto fosse incompleto vi sarebbero controversie non decidibili sulla base di norme positive vigenti. Per decidere tali controversie il giudice avrebbe 2 possibilità: 1) o denegare giustizia 2) o creare una norma nuova a suo arbitrio. Nessuna delle due cose sembra ammissibile.

- 1) nello stato di diritto il giudice ha l'obbligo di decidere qualunque controversia a lui sottoposta.
- 2) Nello stato di diritto vige il principio della divisione dei poteri che esclude la giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto. La creazione del diritto è monopolio degli organi legislativi: assemblee rappresentative. I giudici non sono autorizzati a creare diritto. L'esistenza di lacune coniugata col divieto di denegare giustizia, avrebbe l'effetto di trasferire una quota di potere normativo dagli organi legislativi a quelli giurisdizionali. Ci sono due ragioni che rendono inammissibile la creazione giurisprudenziale di diritto, e pertanto inducono a negare l'esistenza di lacune.
 - a) la creazione giurisprudenziale di diritto è in conflitto con il valore della "certezza del diritto", in virtù del quale ciascuno deve avere la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni e di prevedere le decisioni giurisdizionali.
 - b) La creazione giurisprudenziale del diritto è in conflitto con il principio di irretroattività delle leggi. La creazione giurisprudenziale del diritto è una sorta di legislazione ex post facto: la norma creata dal giudice va a disciplinare una fattispecie già sottoposta all'attenzione del giudice e formatasi anteriormente alla formulazione della norma in questione. Concludendo dobbiamo dire al giudice è precluso sia di sottrarsi alla

decisione, sia di decidere creando una norma nuova. Ciò esige la completezza dell'ordinamento.

. La norma generale esclusiva

una prima dottrina sostiene che tutti gli ordinamenti giuridici includono una norma di chiusura e cioè il Principio di libertà, o norma generale esclusiva: tutto ciò che non è vietato è permesso. La norma generale esclusiva ha l'effetto di chiudere l'ordinamento nel senso che in forza di essa ogni possibile condotta risulta qualificata o come VIETATA o come PERMESSA poiché i casi sono due:

- o una condotta ricade sotto il dominio di una norma che la vieta
- o in mancanza ricade sotto il dominio della norma generale che la permette.

La norma generale esclusiva rende completi tutti quegli ordinamenti nei quali si può sostenere che sia diritto vigente. Es. l'art. 5 della Declaration des droits de l'homme et du citoyen 1789. Non tutti gli ordinamenti contengono disposizioni di questo tipo; non l'ordinamento italiano. La tesi che stiamo discutendo è che la norma generale esclusiva sia diritto vigente anche negli ordinamenti in cui non è espressamente statuita. Nel diritto italiano vigente ad esempio la norma generale esclusiva è statuita nell'ambito del diritto penale all'art. 25 comma 2 Cost; art. 1 Cod. pen., ma nel diritto civile vige una "norma generale inclusiva" ossia il principio che autorizza il giudice ad estendere le norme giuridiche particolari mediante analogia anche oltre el fattispecie incluse nel loro campo di applicazione. Sicché se in diritto penale tutto ciò che non è espressamente vietato è tacitamente permesso, in diritto civile per contro, è tacitamente vietato non solo tutto ciò che è vietato espressamente, ma anche ciò che è analogo a ciò che è vietato espressamente. Negli ordinamenti liberali la norma generale esclusiva non vale a livello delle norme di competenza cioè di quelle norme che conferiscono poteri agli organi dello stato. Nell'ambito del diritto pubblico, tali ordinamenti si caratterizzano per il principio opposto in virtù del quale i pubblici poteri possono compiere solo quegli atti che siano loro espressamente consentiti. La norma generale esclusiva è un principio logico (es. tutti i triangoli hanno 3 lati). Tutto ciò che non è vietato è permesso per la semplice ragione che "vietato" e "permesso" sono concetti interdefinibili: permesso significa non vietato. E' quindi vero che tutto ciò che è "non vietato" è permesso. Ciò equivale ad ammettere che la norma generale esclusiva non è una norma affatto: è un asserto dottrinale concernente le relazioni concettuali tra permesso e vietato. La sua formulazione più giusta sarebbe: "tutto ciò che non è vietato è non vietato". La norma generale esclusiva è una tautologia. Una tautologia così come priva di contenuto informativo è anche priva di contenuto prescrittivo. Per cui non si capisce come possa garantire la completezza dell'ordinamento. Inoltre nel linguaggio giuridico la locuzione "non vietato" è usata non come una qualificazione normativa della condotta, ma come la sua negazione. La negazione di una modalità deontica non è una modalità deontica ma solo la sua negazione.

È sensato usare la negazione di una modalità deontica per formulare una proposizione normativa che nega l'esistenza di una norma ma non è sensato usarla nel discorso prescrittivo per formulare una norma cioè per qualificare una condotta. Quando il legislatore vuole qualificare permessa una condotta non si esprime in termini di non vietato ma usa termini come permesso, facoltà, libertà. L'inesistenza in un ordinamento di una norma proibitiva non implica l'esistenza di una norma permissiva.. la norma generale esclusiva si riferisce a comportamenti che, non sono qualificati come permessi e neppure sono qualificati come vietati. In queste circostanze tali comportamenti sono privi di qualunque qualificazione normativa. Il che costituisce una lacuna.

. interludio: inqualificato, ma non indecidibile

Che una condotta sia inqualificata non significa che ogni controversia relativa ad essa sia indecidibile. Es. l'attore x che ama le peonie ma odia i gerani, pretende che il convenuto y, si astenga dal coltivare gerani nel giardino di casa, sebbene tale fattispecie sia priva di qualsivoglia disciplina sicchè il comportamento in questione non è né proibito né consentito da alcuna norma di legge. In questo caso il giudice ha 2 possibilità:

- a) può rigettare la domanda dell'attore sulla base del fatto che la legge non proibisce la coltivazione di gerani nel giardino di casa e pertanto la condotta è permessa.
- b) Ma può anche accogliere la domanda con l'argomento che la coltivazione di gerani nel giardino di casa è simile ad un altro comportamento proibito dalla legge.

Con una decisione del secondo tipo il giudice crea una norma nuova proibitiva per via analogica. E' proibito coltivare gerani nel giardino di casa. Cosa dobbiamo pensare della decisione del primo tipo?

- 1) in primo luogo si può opinare che il giudice si sia limitato a dichiarare il diritto vigente senza creare diritto nuovo.
- 2) Si può opinare che rigettando la domanda il giudice abbia creato ed applicato una nuova norma generale permissiva: è permesso coltivare gerani nel giardino di casa.
- 3) Si può opinare che il giudice abbia pronunciato una sentenza arbitraria in quanto non fondata su alcuna norma preesistente.

. Lo spazio giuridicamente vuoto

Una seconda dottrina afferma l'argomento dello "spazio giuridicamente vuoto". Secondo questa dottrina ogni condotta che non è giuridicamente qualificata è giuridicamente indifferente. Il diritto non disciplina ogni comportamento umano. Nell'ambito dei comportamenti umani si possono distinguere due sottoinsiemi: a) l'insieme dei comportamenti disciplinati b) l'insieme dei comportamenti non disciplinati dal diritto. Cioè a) lo spazio pieno di diritto b) lo spazio vuoto di diritto. Nello spazio pieno di diritto non ci sono lacune perché

ogni comportamento è qualificato, ma neppure al di là di questo spazio ci sono lacune perché non vi è diritto. Si parla di spazio giuridicamente vuoto.

La dottrina dello spazio vuoto si regge su due presupposti:

- 1) il presupposto che in natura gli uomini sono liberi nel senso che nessun comportamento essendo obbligatorio è permesso.
- 2) Il presupposto che il diritto positivo sia un insieme di comandi che impongono obblighi.

Ne deriva che da un lato ogni nuova norma giuridica positiva sottrae agli uomini una parte della loro libertà naturale. Dall'altro che al di là dell'ordinamento giuridico positivo residua sempre una zona di libertà naturale incompressibile e cioè tutto ciò che non è espressamente vietato dal diritto.

CAPITOLO III NORME INESPRESSE

L'interpretazione creativa consiste nel costruire "norme inespresse": cioè norme che nessuna autorità normativa ha mai formulato. I ragionamenti mediante i quali i giuristi elaborano una norma inespresa hanno questa struttura: di solito una o più norme espresse costituiscono PREMESSE del ragionamento, mentre la norma inespresa costituisce la sua conclusione. Si distinguono 3 tipi di ragionamento la cui conclusione è una norma inespresa:

- 1) ci sono norme inespresse che sono ricavate a partire da norme espresse mediante ragionamenti deduttivi in cui non compaiono premesse che non siano norme espresse. Es. data una norma espressa N1 che stabilisce che "i maggiorenni hanno diritto di voto" e una norma N2 che stabilisce che "i diciottenni sono maggiorenni", si può ricavare la norma inespresa N3. "i diciottenni hanno diritto di voto".
- 2) Ci sono norme inespresse che sono ricavate a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi. Es. una disposizione normativa conferisce un diritto o impone un obbligo ai cittadini; argomentando a contrario si può sostenere che la disposizione in questione, poiché conferisce un diritto o impone un obbligo ai cittadini senza menzionare i non cittadini, esclude gli stranieri e gli apolidi dalla titolarità di tale diritto o dalla soggezione a tale obbligo; la costituzione implica anche la norma inespresa secondo cui stranieri ed apolidi non sono titolari del diritto o non sono soggetti all'obbligo in questione.
- 3) Ci sono norme inespresse che sono derivate o a) da una congiunzione di norme espresse e di assunzioni dogmatiche b) direttamente da sole assunzioni dogmatiche. (tesi teoriche costruite dai giuristi).

. Norme inespresse e dogmatica

es. una norma costituzionale espressa stabilisce che non è ammessa la revisione della "forma repubblicana" dello stato. Colore che ritengono che non ci sia repubblica senza democrazia concludono per l'esistenza della norma

costituzionale inespressa secondo la quale non è ammessa la revisione della forma democratica dello stato. Questo ragionamento implica due premesse:

- 1) una è la norma costituzionale espressa (divieto di revisione costituzionale)
- 2) l'altra è una tesi dogmatica intorno alle relazioni concettuali tra repubblica e democrazia.

. Tre tipi di norme inesprese

Primo tipo: sono le norme inesprese in senso stretto. Sono frutto di attività cognitiva.

Le norme inesprese dei tipi rimanenti sono frutto di attività nomopoietiche, creative di norme nuove.

La formulazione di norme inesprese serve a colmare lacune, ma la stragrande maggioranza di esse sono lacune assiologiche, cioè lacune assiologiche costruite dagli interpreti allo scopo di colmarle.

. Labili confini

La linea di demarcazione tra l'interpretazione intesa come attribuzione di significato ad un testo, e la costruzione giuridica è labile, ma in alcuni casi la differenza è chiara. Es. secondo la corte ai sensi dell'art. 134 cost. i regolamenti parlamentari non sono soggetti al controllo di legittimità costituzionale, dal momento che non ricadono nella classe degli atti aventi forza di legge dello stato. In questi casi la corte si limita ad interpretare alcune disposizioni costituzionali.

CAPITOLO IV GERARCHIE NORMATIVE

Ogni ordinamento giuridico ha una struttura gerarchica cioè le norme che lo compongono non stanno tutte sullo stesso piano.

Si distinguono:

- 1) gerarchie strutturali o formali: sono quelle attinenti alla struttura dell'ordinamento. Es. due norme N1 e N2 intrattengono tra loro una relazione gerarchica strutturale o formale allorché una di esse disciplina la produzione dell'altra. Dunque se N1 è una norma sulla produzione giuridica e N2 è una delle norme la cui produzione è regolata da N1 diremo che N1 è strutturalmente e formalmente superiore a N2. Le gerarchie formali hanno carattere "formale" nel senso che non riguardano in alcun modo il contenuto della norma inferiore. Le gerarchie formali attengono alla dinamica del diritto, cioè ai processi di produzione normativa. Le gerarchie rimanenti attengono alla statica del diritto.
- 2) Gerarchie materiali o sostanziali: riguardano il contenuto delle norme; sono quelle che intercorrono tra due norme allorché una terza norma statuisce che una delle prime due è invalida qualora confligga con l'altra.

es. N1 e N2 intrattengono tra loro una relazione gerarchica materiale allorché una terza norma positiva, N3 statuisce che N2 è invalida qualora sia in conflitto con N1. In questi casi diremo che N1 è materialmente superiore a N2 (gerarchia delle fonti). La gerarchia materiale ha carattere “materiale” ossia contenutistico, poiché influisce sul contenuto della norma inferiore. La norma inferiore non può assumere un contenuto confliggente con quello della norma superiore.

- 3) Gerarchie logiche o linguistiche sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l’una verte sull’altra. es. due norme N1 e N2 intrattengono tra loro una relazione gerarchica logica o linguistica, quando una di esse menziona l’altra. così se N1 menziona N2 diremo che N1 è logicamente o linguisticamente superiore a N2.

Le gerarchie formale e le gerarchie materiali sono connesse alla validità nel senso che è invalida ogni norma la quale non sia stata prodotta in conformità alle norme ad essa formalmente sovraordinate e o sia in contrasto con norme materialmente sovraordinate.

. Gerarchie assiologiche

sono un altro tipo di relazione gerarchia tra norme: le gerarchie assiologiche sono frutto di costruzione giuridica. Una gerarchia assiologica è quella che intercorre tra 2 norme N1 e N2 allorché l’interprete, mediante un giudizio di valore comparativo, ascrive a N1 un valore superiore rispetto al valore di N2. Un modo tipico di instaurare una gerarchia assiologica tra 2 norme è quello di attribuire ad una di esse il valore di “principio”.

. Due usi delle gerarchie assiologiche

l’instaurazione i una gerarchia assiologica tra 2 norme produce uno dei seguenti effetti:

- a) se le norme in questione sono compatibili, equivale a dire che tra le norme in questione c’è un rapporto di giustificazione: la norma N1 è il fondamento, la giustificazione della norma N2, di conseguenza N2 sarà considerata attuazione o concretizzazione di N1.
- b) In secondo luogo la disposizione che esprime la norma subordinata sarà modellata in modo da risultare il più possibile adeguata rispetto a quella sovraordinata, a tal fine si useranno tecniche quali l’interpretazione correttiva, l’interpretazione adeguatrice etc.
- c) Qualora le 2 norme in questione siano in conflitto instaurare tra di esse una gerarchia assiologica prelude
 - a) talvolta alla decisione di disapplicare la norma inferiore
 - b) talaltra alla decisione di considerare senz’altro invalida la norma inferiore.

CAPITOLO V PRINCIPI DI DIRITTO

. Principi di diritto

In dottrina si dice che ogni ordinamento giuridico include 2 tipi di norme: REGOLE e PRINCIPI. La distinzione tra regole e principi dipende dai concetti impiegati. Una regola è un enunciato condizionale che connette una conseguenza giuridica ad una classe di fatti: “se F allora G”. Si considera principio ogni norma che presenti 2 caratteristiche:

- 1) abbia carattere fondamentale
- 2) sia affetta da una forma di indeterminatezza.

. Principi in quanto norme fondamentali

la prima caratteristica riguarda la “posizione” delle norme fondamentali nell’ordinamento giuridico o in un suo sotto-settore. Ogni complesso di norme presuppone e sottintende dei valori, delle scelte politiche caratterizzanti idee di giustizia: es. l’uguaglianza tra i cittadini, la pace tra le nazioni etc. Dato un complesso di norme si considerano principi quelle norme che incorporano tali valori, sentimenti di giustizia, decisioni politiche.

I principi sono norme “fondamentali” in quanto sono fondanti.

- 1) in primo luogo sono norme fondamentali nel senso che danno fondamento e o giustificazione assiologica ad altre norme: di solito ogni principio costituisce fondamento assiologico di una molteplicità di altre norme
- 2) in secondo luogo, sono norme fondamentali nel senso che non hanno e non richiedono alcun fondamento assiologico, alcuna giustificazione etico-politica poiché sono percepite nella cultura giuridica come norme giuste o corrette.

In altre parole i principi sono norme che rivestono una speciale importanza ovvero appaiono come norme caratterizzanti dell’ordinamento o si una sua parte. Es. in diritto costituzionale, il principio di separazione dei poteri etc.

. I principi in quanto norme indeterminate

La seconda caratteristica riguarda non la posizione delle norme nel sistema giuridico ma il contenuto delle norme e/o la loro struttura. Un principio è una norma indeterminata. Qualunque norma giuridica è indeterminata ma qui abbiamo a che fare con una indeterminatezza peculiare che può assumere 3 forme distinte:

- 1) fattispecie aperta
- 2) defettibilità o derogabilità
- 3) genericità

I principi in quanto norme a FATTISPECIE APERTA: le regole sono norme con antecedente “chiuso”, mentre i principi sono norme con antecedente “aperto”. L’antecedente di una norma è chiuso allorché la norma enumera i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica che essa stessa dispone. L’antecedente è aperto allorché la norma non enumera i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica corrispondente.

I principi in quanto norme defettibili. Le regole sono norme indefettibili, mentre i principi sono norme defettibili, derogabili. Una norma è indefettibile quando non ammette eccezioni o non ammette altre eccezioni che quelle eventualmente stabilite in modo espresso nella norma stessa o in altre norme dello stesso ordinamento. Una norma è defettibile allorché ammette eccezioni inespresse non stabilite nella norma stessa né in alcuna altra norma dell’ordinamento e pertanto indeterminate.

I principi in quanto norme generiche: le regole sono norme precise mentre i principi sono norme generiche. Una norma “precisa” è una norma immediatamente suscettibile di applicazione a casi concreti. Una norma “generica” cioè un principio è invece una norma che:

- a) esige la formulazione di altre norme che le diano attuazione o esecuzione
- b) può essere attuata in molti modi diversi e alternativi.

Es. poniamo che una norma costituzionale statuisca che il capo dello stato è organo elettivo; in primo luogo una norma siffatta non è applicabile in assenza di altre norme che determinino le modalità di elezione del capo dello stato, ma in secondo luogo le modalità di elezione del capo dello stato possono essere le più varie.

Si potrebbe definire principio come una norma che presenti 2 caratteri:

- 1) abbia carattere fondamentale
- 2) abbia contenuto indeterminato nell’una o nell’altra delle forme seguenti
ossia: 2.1) abbia un antecedente aperto, 2.2) sia defettibile 2.3) sia generico

nessuna di queste 3 forme di indeterminatezza può considerarsi caratteristica esclusiva dei principi. Per cui la sola caratteristica dei principi è la loro posizione nell’ordinamento.

. I principi in quanto frutto di interpretazione

il carattere fondamentale o marginale di una norma, il suo carattere defettibile o indefettibile, il carattere aperto o chiuso di una fattispecie, dipendono dall’interpretazione, sono frutto di interpretazione. Il carattere fondamentale di una norma dipende da un giudizio di valore degli interpreti. L’identificazione di una norma come regola o come principio dipende dall’interpretazione. es. art. 3 comma 1 cost. “tutti i cittadini sono eguali di fronte alla legge senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali”. Nulla impedisce di interpretare questa disposizione come regola a fattispecie chiusa e indefettibile, con la conseguenza di ritenere incostituzionale qualunque

legge che distingua tra i cittadini sulla base dell'uno o dell'altro di questi criteri e di ritenere non incostituzionale ogni legge che distingua sulla base di criteri diversi da quelli enumerati. Secondo l'interpretazione standard della Corte costituzionale, questa disposizione esprime non una regola ma un principio con antecedente aperto e defettibile. Per cui da un lato una legge può essere incostituzionale sebbene distingua tra i cittadini per ragioni diverse da quelle espressamente enumerate, es. l'età; dall'altro una legge può essere non incostituzionale pur distinguendo tra i cittadini per una delle ragioni espressamente enumerate es. il sesso. La clausola "condizioni personali" è onnicomprensiva e consente di ritenere che la norma abbia antecedente aperto anche alla luce della interpretazione letterale. Ma non ci sono basi per ritenere che la norma sia anche defettibile: le eccezioni implicite dipendono da giudizi di valore egli interpreti. La verità è che qualunque disposizione può essere convertita in una norma con antecedente aperto e/o defettibile mediante opportuni accorgimenti interpretativi. La tecnica per rendere aperto l'antecedente di una norma è l'analogia che consiste nell'estendere la conseguenza giuridica a fattispecie diverse e ulteriori rispetto a quelle previste sulla base di un giudizio di somiglianza.

Il modo per rendere defettibile una norma è la DISSOCIAZIONE che consiste nell'introdurre, nella classe di fattispecie considerate nell'antecedente, delle distinzioni nuove non prese in considerazione dall'autorità normativa in modo da restringere il campo di applicazione della relativa conseguenza giuridica.

. Classificazioni dei principi

in primo luogo occorre distinguere tra PRINCIPI COSTITUZIONALI DETTI FONDAMENTALI e QUELLI DI RANGO LEGISLATIVO, detti principi generali. Nell'ordinamento vigente i principi costituzionali sono vincolanti per il legislatore; mentre i principi legislativi possono essere derogati o abrogati. La corte costituzionale ritiene che nell'ambito dei principi costituzionali ve ne siano alcuni detti principi supremi che non sono derogabili ne possono essere abrogati o sovvertiti in alcun modo e che pertanto sono in un certo senso sovra-costituzionali. In secondo luogo si distinguono:

- a) PRINCIPI GENERALI
- b) PRINCIPI CHE RIGUARDANO SOLO UN SUO SPECIFICO SETTORE
- c) PRINCIPI PROPRI DI UNA SINGOLA MATERIA
- d) PRINCIPI CHE GIUSTIFICANO UN INSIEME RIDOTTO DI NORME O ADDIRITTURA UNA SINGOLA NORMA: ogni principio di questo tipo e' detto ratio legis.

Molti principi generali sono al tempo stesso principi costituzionali. Es. l'eguaglianza, la libertà personale etc. Ci sono principi generali di rango semplicemente legislativo es. il principio di irretroattività. Tra i principi settoriali ce ne sono alcuni di rango costituzionale altri di rango legislativo. Es. in

diritto amministrativo ha rango costituzionale il principio di parità tra lavoratrici e lavoratori, mentre ha rango legislativo il principio cd del favor. In terzo luogo si distinguono PRINCIPI ESPRESSI E PRINCIPI INESPRESSI . I principi espressi sono quelli che sono esplicitamente formulati in un'apposita disposizione normativa, dalla quale possono essere ricavati mediante interpretazione. Principi inespressi sono quelli privi di disposizione, non esplicitamente formulati in alcuna disposizione normativa ma elaborati o costruiti dagli interpreti. I principi inespressi sono frutti non di interpretazione ma di costruzione giuridica. Sono principi espressi nell'ordinamento vigente il principio di eguaglianza, il principio di irretroattività della legge penale, il principio cd di stretta interpretazione della legge penale etc. sono principi inespressi il principio di tutela della buona fede, il principio dispositivo nel processo civile, il principio di conservazione degli atti negoziali viziati, il principio di conservazione dei documenti normativi etc.

. costruzione di principi inespressi

A partire da una o più regole si costruisce un principio inespresso mediante una CONGETTURA alla ratio, alla ragion d'essere, allo scopo della regola o delle regole in questione. il principio così costruito è una norma a struttura teleologica cioè una norma che prescrive un fine da raggiungere. Si deve però tenere presente che ogni congettura intorno alle ragioni del legislatore ha carattere discrezionale e dipende da valutazioni. Se una regola è idonea a produrre due risultati distinti, R1 e R2, si può sostenere che ratio della regola in questione sia la realizzazione di R1 come pure la realizzazione di R2. La scelta tra R1 e R2 è frutto di valutazione.

Talvolta un principio inespresso è invece il risultato di un procedimento di astrazione, generalizzazione o universalizzazione a partire da regole particolari. Supponiamo di avere 3 regole così strutturate:

R1: se A e B allora Z

R2: se A e C allora Z

R3: se A e D allora Z

Le tre regole stabiliscono una stessa conseguenza giuridica Z per 3 fattispecie diverse ma con un elemento in comune (la circostanza A). Si ricava il principio secondo cui tutte le fattispecie che condividono l'elemento A devono avere quella stessa conseguenza giuridica. Se A allora Z.

Altre volte un principio inespresso è una norma che si suppone strumentale all'attuazione di un altro principio. Es. la par condicio delle parti è considerata dalla corte costituzionale un principio in assenza del quale non troverebbe piena attuazione il diritto di difesa di cui all'art. 24 comma 2 cost.

. L'uso dei principi nella interpretazione del diritto.

I principi in particolare quelli espressi sono usati per giustificare una interpretazione adeguatrice. Es. ammettiamo che una disposizione ammetta 2

confliggenti interpretazioni, N1 e N2, tali che N1 sia conforme ad un principio ed N2 sia in contrasto con esso. Si fa interpretazione adeguatrice interpretando la disposizione in questione nel senso N1 e respingendo il senso N2 adducendo l'argomento che N2 è incompatibile con il principio. L'interpretazione della legge deve essere adeguata ai principi costituzionali; l'interpretazione della legge regionale deve essere adeguata ai principi fondamentali della materia stabiliti da leggi statali; l'interpretazione dei decreti legislativi delegati deve essere adeguata ai principi statuiti nella legge di delegazione. In sede di interpretazione argomentare per principi consiste nel fare appello ad una norma di cui si assume la superiorità rispetto alla disposizione da interpretare onde adeguare a quella il significato di questa. Trattare una norma come principio significa assumerne la superiorità rispetto ad un'altra.

. L'uso dei principi nella integrazione del diritto

L'art. 12, comma 2 disposizioni preliminari codice civile dispone che: "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato". Le controversie che non possono essere decise con una precisa disposizione, cioè con una norma espressa, configurano altrettante lacune del diritto. I principi sono richiamati come strumenti di integrazione del diritto in presenza di lacune. Il giudice fa ricorso ai principi dopo aver esperito inutilmente l'argomento analogico. Es. danno biologico; posto che non è un danno non patrimoniale e che il codice civile pertanto non detti alcuna disciplina in merito alla sua risarcibilità, si può colmare la lacuna facendo ricorso al principio di tutela della salute. Ma ciò non è sufficiente a risolvere le controversie in materia. Tale principio si può usare per risolvere una controversia in materia di danno biologico solo se se ne ricava una regola inespressa "il danno biologico deve essere risarcito". Non c'è regola che possa essere ricavata da un principio con un ragionamento puramente deduttivo senza l'aggiunta di ulteriori premesse di qualche genere. La scelta delle premesse è frutto della discrezionalità dell'interprete. Un principio può costituire solo la premessa di un ragionamento la cui conclusione è una regola inespressa elaborata dall'interprete. In seno al ragionamento giudiziale si possono distinguere due livelli di giustificazione:

UN LIVELLO INFERIORE mediante il quale il giudice applica una regola es. "l'omicidio deve essere punito con la reclusione". La regola applicata costituisce premessa normativa del ragionamento.

UN LIVELLO SUPERIORE che consiste nell'insieme di ragionamenti mediante i quali il giudice giustifica la premessa della giustificazione interna.

Di solito la premessa normativa del ragionamento decisorio è una regola espressa che costituisce il significato di una disposizione, ma in presenza di una lacuna tale premessa non può essere una regola espressa altrimenti non vi

sarebbe una lacuna. La premessa normativa della giustificazione interna del ragionamento può solo essere una regola inespressa che può essere ricavata da un principio. I principi essendo indeterminati nel contenuto non possono costituire una premessa normativa della giustificazione interna. Essi svolgono un ruolo nella giustificazione esterna della premessa normativa.

Si ricava che quando il giudice applica un principio inespresso integra il diritto per un verso elaborando il principio in questione, per un altro verso elaborando, partendo da esso la regola che fa da premessa normativa alla giustificazione interna.

CAPITOLO VI INTERPRETAZIONE, APPLICAZIONE, E PONDERAZIONE DI PRINCIPI COSTITUZIONALI

. Questioni di interpretazione dei principi costituzionali

Molte costituzioni contemporanee contengono principi che si rifanno a valori morali quali, dignità, uguaglianza, giustizia, solidarietà, pace etc.

In questo modo i principi costituzionali fanno rinvio alla morale, incorporano valori morali nel diritto costituzionale in quanto criteri di validità sostanziale delle leggi. Questa tesi non persuade per diverse ragioni:

- 1) i concetti morali, usati per formulare principi costituzionali essendo incorporati in un testo giuridico sono positivizzati. Questi concetti non sono affatto concetti morali.
- 2) I principi costituzionali fanno rinvio alla morale e per questa ragione incorporano la morale nel testo costituzionale.
- 3) Bisogna interrogarsi sul significato di “morale”. Il vocabolo morale può far riferimento a 2 cose: a) la morale detta “sociale” cioè i principi etici accettati nella società di cui si tratta b) la morale cd “ideale” cioè i principi etici elaborati o accettati da qualcuno

Se per morale si intende la morale critica, l’applicazione delle clausole costituzionali richiede delle valutazioni morali da parte degli interpreti. Se per morale si intende la morale sociale, le clausole costituzionali di cui stiamo discorrendo richiedono agli interpreti l’accertamento empirico delle convinzioni morali diffuse nella società. Tuttavia si ritiene che i giuristi non siano attrezzati per svolgere indagini empiriche di questo tipo.

Concludendo si può dire che i concetti morali usati nella formulazione di principi costituzionali sono a) concetti giuridici b) concetti indeterminati la cui interpretazione è altamente discrezionale.

. I principi costituzionali nel ragionamento giuridico

Secondo diversi autori i principi si distinguono dalle regole non solo per struttura a e contenuto ma che perché funzionano in modi diversi nel ragionamento dei giudici. Per i principi a differenza delle regole hanno una

dimensione relativa, mentre le regole o si applicano o non si applicano i principi no. In materia di principi costituzionali si distinguono 3 fenomeni:

- 1) innanzitutto il fatto che i principi costituzionali non hanno un campo di applicazione determinato
- 2) secondo luogo, il fatto che i principi costituzionali non determinano soluzioni univoche alle questioni di diritto
- 3) terzo, il fatto che a volte un principio costituzionale, non viene applicato affatto.

. Concretizzazione di principi costituzionali

I principi costituzionali possono essere applicati in 2 tipi di circostanze:

- a) dal giudice costituzionale per decidere di una conformità a costituzione di una norma di legge
- b) dal giudice comune per colmare una lacuna nella legge

in entrambi i casi, i principi costituzionali a causa della indeterminatezza non sono suscettibili di applicazione senza una previa concretizzazione. La concretizzazione è un'operazione costruttiva. Concretizzare un principio significa usarlo come premessa in un ragionamento la cui conclusione è la formulazione di una regola inespressa che ne costituisce attuazione o specificazione.

- 1) nella maggior parte dei casi il giudizio di legittimità costituzionale richiede il confronto tra una regola e un principio.

Un confronto diretto tra regole e principi non è possibile a causa della indeterminatezza dei principi. Per rendere possibile un confronto tra un principio e una regola è necessario trarre dal principio una regola inespressa che abbia il medesimo antecedente della regola della cui legittimità costituzionale si discute.

- 2) si ritiene che la motivazione delle decisioni giurisdizionali abbia struttura deduttiva "gli assassini devono essere puniti. Tizio è un assassino quindi tizio deve essere punito". I principi a causa della loro indeterminatezza non possono fungere da premessa normativa nella motivazione di una decisione giurisdizionale. Affinché un principio possa contribuire alla motivazione di una decisione giurisdizionale è necessario ricavare da esso una regola a fattispecie chiusa.
- 3) Possiamo dire in definitiva che l'applicazione di un principio esige concretizzazione. La concretizzazione di un principio è un ragionamento che a) ha tra le premesse il principio in questione b) ha come conclusione una regola inespressa.

. Conflitti tra principi costituzionali

I principi costituzionali sono spesso in conflitto tra loro. In ogni controversia nella quale fosse applicabile un certo principio P1, vi sarebbe sempre almeno un

altro principio P2 egualmente applicabile ma incompatibile con P1. Es. il conflitto tra libertà di stampa e taluni diritti della personalità (diritto all'onore, diritto alla riservatezza, il diritto all'identità personale). Ogni conflitto tra principi costituzionali presenta le seguenti caratteristiche:

- 1) si tratta di un conflitto tra norme che sono state promulgate nello stesso momento.
- 2) Si tratta di un conflitto tra norme che hanno il medesimo statuto formale, la stessa posizione nella gerarchia delle fonti.
- 3) Si tratta di un conflitto in concreto, un'antinomia.
- 4) Si tratta di un conflitto parziale bilaterale nel senso che le classi di fattispecie disciplinate dalle 2 norme si sovrappongono parzialmente in modo che alcune delle fattispecie disciplinate da una norma coincidono con alcune delle fattispecie disciplinate dall'altra norma.

I conflitti tra principi costituzionali non possono essere risolti per mezzo di criteri standard di soluzione dei conflitti tra norme. La tecnica impiegata dai giudici costituzionali per risolvere un conflitto tra principi costituzionali è quella che si chiama PONDERAZIONE o BILANCIAMENTO, che consiste nel pesare i due principi cioè nel vedere quale dei due abbia più valore.

. Ponderazione

La ponderazione consiste nello stabilire tra i due principi in conflitto una gerarchia che presenta 2 caratteri: è una gerarchia a) assiologica e b) mobile. Una gerarchia assiologica è una relazione di valore creata dal giudice costituzionale mediante un giudizio di valore comparativo es. "il principio P1 ha più valore del principio P2". Istituire una gerarchia assiologica significa attribuire a uno dei due principi in conflitto un valore, un peso, un'importanza maggiore rispetto all'altro.

Una gerarchia mobile è una relazione di valore instabile mutevole: una gerarchia che vale per il caso concreto, ma che potrebbe essere rovesciata in un caso concreto diverso. Per determinare la gerarchia mobile il giudice non valuta il "valore" dei due principi in astratto una volta per tutte. Il giudice si limita a valutare la giustizia delle conseguenze dell'applicazione dell'uno o dell'altro principio nella controversia a lui o lei sottoposta. Il conflitto dunque non è risolto definitivamente; ogni soluzione vale per una controversia. S'intende che il giudizio di legittimità costituzionale, laddove si svolge in forma accentrata, ha ad oggetto la conformità a costituzione di una norma di legge. Per cui nell'ordinamento vigente il giudice costituzionale non "casi" ma classi di casi, viceversa nei sistemi di controllo diffuso il giudice costituzionale decide casi concreti.

La ponderazione serve a scegliere il principio applicabile.

. Ponderare e contemperare

Due cose distinte sono ponderare e contemperare due principi. Ponderare significa soppesare per decidere quale dei 2 principi abbia maggior peso o valore. Contemperare due principi significa mescolarli in modo da trovare una sorta di macro-principio che li contenga entrambi. Bisogna distinguere l'EFFETTO SINCRONICO del bilanciamento tra 2 principi in una singola decisione dall'EFFETTO DIACRONICO del bilanciamento ripetuto tra i medesimi principi nella giurisprudenza di una stessa corte. Se si prende in esame una singola decisione, la ponderazione ha come risultato il sacrificio di uno dei principi in conflitto e l'applicazione dell'altro.

. Altri usi dei principi costituzionali

I principi costituzionali svolgono la funzione di orientare le decisioni interpretative. Ciò accade nel caso della interpretazione adeguatrice, cioè l'interpretazione in senso conforme alla costituzione. Di fronte ad un testo di legge che ammette due interpretazioni alternative una delle quali è in conflitto con un principio costituzionale, mentre l'altra è conforme ad esso, il giudice costituzionale sceglie questa seconda interpretazione scartando la prima. Il principio costituzionale in questione è addotto quale argomento per giustificare l'interpretazione prescelta. Il giudice costituzionale in questo modo fa 2 cose:

- a) preserva la coerenza logica e l'armonica dell'ordinamento
- b) conserva la validità di un testo legislativo che dovrebbe essere dichiarato invalido.

CAPITOLO VII

SCIENZA GIURIDICA E DOTTRINA

La locuzione "scienza giuridica" deve essere usata per denotare un discorso sul diritto puramente cognitivo. E' scontato che la dottrina non risponde perfettamente a questa definizione in quanto la dottrina non si limita a descrivere il diritto. I giuristi partecipano in vario modo alla creazione del diritto e a tal proposito si distingue:

- a) la scienza giuridica propriamente detta
- b) la dottrina o dogmatica giuridica.

. La scienza giuridica propriamente detta

La scienza giuridica va tenuta distinta dal diritto. Il diritto è un insieme di norme suscettibili di essere obbedite e violate. La scienza giuridica è un insieme di proposizioni suscettibili di essere vere o false. Il diritto e la scienza giuridica sono discorsi distinti sotto 2 profili:

- a) diritto e scienza giuridica sono discorsi che appartengono a 2 tipi di linguaggio differenti: il diritto è un discorso in funzione prescrittiva, mentre la scienza giuridica è un discorso in funzione descrittiva.
- b) In secondo luogo diritto e scienza giuridica sono discorsi che si collocano su due distinti livelli di linguaggio: la scienza giuridica verte sul diritto ed è

dunque meta-linguaggio rispetto al diritto; il diritto è ciò di cui la scienza giuridica parla ed è dunque linguaggio-oggetto della scienza giuridica.

. Descrivere il diritto

La descrizione scientifica del diritto consiste di proposizioni normative, cioè proposizioni in senso logico che vertono su norme. Delle proposizioni occorre chiarire il contenuto e la forma logica.

- 1) il contenuto: le proposizioni normative descrivono norme in vigore. Una norma è vigente se ci sono buone ragioni per affermare che sarà applicata nel caso che si diano le condizioni per la sua applicazione. Sono norme in vigore quelle che derivano dalla interpretazione vigente. I testi normativi ammettono una molteplicità di interpretazioni. Il loro significato non è sempre indeterminato. In primo luogo il significato non è sempre indeterminato poiché non tutte le controversie interpretative sono esterne. In secondo luogo, il significato non è interamente indeterminato poiché in genere il significato di un enunciato normativo può essere idealmente scomposto in due parti: un nucleo corrispondente al significato letterale ed una frangia controversa: non abbiamo dubbi intorno al fatto che la disposizione D esprima la norma N1; solo discutiamo sulla questione se quella disposizione esprima anche la norma N2 o se la norma N1 sia soggetta ad eccezioni implicite. In entrambi i casi è possibile formulare proposizioni vere circa l'esistenza di certe norme vigenti nell'ordinamento.
- 2) La forma logica: nel linguaggio dei giuristi le proposizioni normative si presenta come enunciati deontici del tipo "gli assassini devono essere puniti" o "è proibito fumare nei locali universitari". Enunciati che vertono sui comportamenti. Tuttavia questo modo di esprimersi è censurabile perché opacizza la distinzione tra diritto e scienza giuridica. Una proposizione normativa non ha ad oggetto una condotta ma una norma. La forma logica delle proposizioni normative è quella di enunciati esistenziali su norme, non enunciati del tipo "gli assassini devono essere puniti" bensì enunciati del tipo "nell'ordinamento giuridico OG esiste la norma N: "gli assassini devono essere puniti":

. La dottrina

la dottrina consiste nel modellare il diritto in due modi diversi:

- 1) determinando per via di interpretazione decisoria e/o creativa il contenuto di significato dei testi normativi.
- 2) Elaborando nuove norme.

Nel discorso dei giuristi possiamo distinguere cinque tipi di enunciati:

- 1) enunciati interpretativi cognitivi, cioè enunciati che descrivono i diversi possibili significati di un testo normativo

- 2) proposizioni descrittive delle interpretazioni decisorie di fatto accolte in dottrina e/o in giurisprudenza
- 3) enunciati (veri o falsi) che descrivono norme in vigore
- 4) enunciati interpretativi decisori che non sono proposizioni
- 5) formulazioni di norme che producono nuove norme inespresse.

. Un apologo

immaginiamo uno studioso di letteratura italiana che argomenti così:

- 1) A. Manzoni non dice nulla nei Promessi sposi intorno al colore degli occhi di Lucia Mondella.
- 2) è ovvio che Lucia in quanto essere umano ha degli occhi di un qualche colore; sicché l'omessa notizia sul colore degli occhi costituisce una lacuna, un vuoto intorno al romanzo.
- 3) Manzoni invece ci dice qual è il colore dei capelli di Lucia, neri.
- 4) Nella maggior parte dei casi chi ha capelli neri ha occhi castani. Se Lucia avesse gli occhi verdi Manzoni non avrebbe omesso di precisarlo perché capelli neri e occhi verdi sono una rarità che Manzoni non avrebbe omesso di sottolineare.
- 5) Pertanto si ritiene che Lucia abbia gli occhi castani.

Nello stesso modo ragionano i giuristi quando a) inventano una lacuna nel diritto b) provvedono a colmarla.

Il diritto come I promessi sposi, è un discorso. Lucia ha le caratteristiche che il romanzo le attribuisce. Non ha senso denunciare una lacuna nel romanzo per dire che l'autore ha omesso di dire alcunché. il romanzo è un testo finito che consiste in tutto ciò che l'autore ha detto. Lamentare una lacuna del romanzo è una critica all'autore per non avere scritto il romanzo ideale.

. Lacune immaginarie e norme apocrife

L'enunciato "Lucia ha gli occhi castani" ammette due interpretazioni:

- 1) Prima interpretazione: nel romanzo Lucia ha gli occhi castani
- 2) Seconda interpretazione: non si riferisce al romanzo ma a Lucia; significa che Lucia ha gli occhi castani

Nella prima interpretazione l'enunciato esprime una proposizione normativa né vera né falsa o forse falsa. Nella seconda interpretazione costituisce una sorta di integrazione apocrifa del romanzo. Nella seconda interpretazione costituisce la formulazione di una norma inedita che a sua volta costituisce integrazione apocrifa del diritto vigente.

Le lacune del diritto sono lacune assiologiche cioè consistono nella mancanza di una norma che dovrebbe esserci. Formulare norme inespresse è creazione di diritto nuovo.

CAPITOLO I IL RAGONAMENTO GIURIDICO: INTRODUZIONE

Il vocabolo ragionamento può indicare:

- 1) un processo mentale attraverso il quale si perviene ad una conclusione o decisione
- 2) un discorso con il quale si argomenta o si giustifica tale conclusione o decisione

Per ragionamento intendiamo un discorso ovvero una sequenza di enunciati uno dei quali svolga la funzione di tesi o conclusione e i rimanenti svolgano la funzione di premesse, argomenti o ragioni in favore di esso.

Sono sinonimi di ragionamento in questo senso:
inferenza e argomentazione.

. Tipi di ragionamento

I ragionamenti sono classificati secondo due criteri:

- 1) ragionamenti aletici e ragionamenti normativi. Si dice aletico un ragionamento i cui componenti siano tutti proposizioni ossia enunciati del discorso conoscitivo e come tali veri o falsi. Si dice normativo un ragionamento la cui conclusione sia una norma ossia un enunciato del discorso prescrittivo o direttivo come tale né vero né falso.
- 2) Ragionamenti deduttivi e ragionamenti non deduttivi. Un secondo criterio rilevante di classificazione attiene alla struttura logica dei ragionamenti.
 - a) un ragionamento ha struttura deduttiva quando la conclusione segue logicamente dalle premesse è implicita in esse.
 - b) Un ragionamento ha struttura non deduttiva in ogni altro caso. I ragionamenti deduttivi sono stringenti nel senso che se si accettano le premesse, non si può rifiutare la conclusione. I ragionamenti non deduttivi non sono stringenti, nel senso che si può rifiutare la conclusione pur accettando le premesse.

. Condizioni di validità dei ragionamenti normativi

E' condizione necessaria di validità logica di ogni ragionamento normativo che almeno una norma compaia tra le premesse. Si dice "legge di Hume" quella regola della logica secondo la quale non si possono dedurre conclusioni normative da premesse conoscitive, né conclusioni conoscitive da premesse normative. Si ricava che è invalido qualunque ragionamento la cui conclusione sia una norma ma le cui premesse siano proposizioni, ma le cui premesse siano normative.

. Varietà di ragionamenti nel diritto

Si distinguono organi che producono norme e organi che le applicano. Da un lato i legislatori, dall'altro i giudici e la pubblica amministrazione.

La letteratura in tema di ragionamento giuridico è dedicata al ragionamento giudiziale.

- a) che non ci siano studi sul ragionamento del legislatore è facilmente spiegabile. Nella cultura giuridica moderna, la legislazione è concepita come un'attività per un verso "libera nel fine" e per un altro verso creativa di diritto. Cioè i legislatori né sono vincolati al perseguimento di fini eteronomi predeterminati, né hanno il dovere di applicare norme ad essi precostituite. Per questa ragione negli ordinamenti giuridici moderni, gli organi legislativi non hanno alcun obbligo di motivare le loro deliberazioni. Ciò però non esclude che i legislatori compiano ragionamenti.
- b) Per quanto concerne il ragionamento del giudice, dobbiamo dire che nella cultura giuridica moderna, l'attività giurisdizionale è concepita come un'attività di mera applicazione di norme generali precostituite a casi individuali. Un'attività tale esige un ragionamento deduttivo del tipo: "tutti gli assassini devono essere puniti: tizio è un assassino, quindi deve essere punito. Negli ord. Giuridici moderni l'attività giurisdizionale è retta dal principio di legalità per cui ogni decisione giurisdizionale deve essere fondata su una norma giuridica preesistente. Per questa ragione le decisioni giurisdizionali devono essere motivate e devono essere motivate sulla base della legge. I giudici a differenza dei legislatori hanno l'obbligo di compiere ragionamenti deduttivi tra le cui premesse deve figurare una norma giuridica positiva. Il ragionamento del giudice depositato nella motivazione, costituisce parte della sentenza e sarebbe invalida una sentenza priva di motivazione.
- c) Nell'ordinamento italiano vigente anche gli atti amministrativi devono essere motivati: la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato le decisioni dell'amministrazione. Sotto questo profilo le decisioni amministrative non differiscono da quelle giurisdizionali. A differenza di quella giurisdizionale l'attività amministrativa ha carattere "discrezionale", cioè consiste nel perseguire i fini determinati dalla legge. Abbiamo nel diritto 2 tipi di ragionamento; IL RAGIONAMENTO DEI GIUDICI di tipo deontologico che prende le mosse da una norma. IL RAGIONAMENTO DEL LEGISLATORE E DEI FUNZIONARI AMMINISTRATIVI è di tipo teleologico, cioè prende le mosse da un fine. La differenza tra ragionamento giudiziale e quello dei funzionari amministrativi si attenua se si tiene conto del fatto che anche i funzionari amministrativi muovono da una norma precostituita: la norma di legge che predetermina il fine da perseguire.

. Scoperta e giustificazione della decisione

Nel nostro ordinamento tutte le sentenze hanno una struttura comune: dispositivo più motivazione. Il dispositivo consiste nella conclusione di un ragionamento. La motivazione si configura come l'insieme degli argomenti addotti a giustificazione della decisione.

CAPITOLO III
L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO

L'espressione "applicazione del diritto" denota l'uso di materiali giuridici cioè DISPOSIZIONI, NORME ESPRESSE, NORME INESPRESSE, per argomentare o giustificare una decisione giuridica. Occorre distinguere:

- 1) disposizioni e norme: le prime sono enunciati del discorso delle fonti; le seconde sono i significati attribuiti alle norme mediante interpretazione.
- 2) Distinzione tra norme espresse e norme inespresse. Le norme espresse sono quelle che trovano formulazione in una specifica disposizione, le norme inespresse sono frutto di costruzione giuridica degli interpreti.
- 3) Distinzione tra regole e principi: le regole sono norme relativamente precise con antecedente chiuso e non soggette ad eccezioni; i principi sono norme fondamentali con antecedente aperto e/o generiche e/o defettibili.

Si distingue tra:

- 1) applicazione di disposizioni: significa a) interpretarla, attribuirle significato così da trarne una norma espressa b) addurla quale argomento per la costruzione di una norma inespresa.
- 2) Applicazione di regole. Applicare una regola significa usarla come premessa in un ragionamento deduttivo la cui conclusione è un precetto individuale e concreto: "I contratti devono essere adempiuti. Questo è un contratto per cui deve essere adempiuto".
- 3) Applicazione di principi: applicare un principio vuol dire concretizzarlo, cioè usarlo come premessa in un ragionamento la cui conclusione è una regola inespresa che ne costituisce attuazione o specificazione e che è essa suscettibile a sua volta di applicazione nel senso precedente.

. Giurisdizione, legalità, motivazione

Negli ordinamenti giuridici moderni l'attività giurisdizionale si caratterizza per 2 tratti essenziali:

- 1) la soggezione del giudice alla legge
- 2) l'obbligo di motivazione delle decisioni

Ciò significa che le decisioni giurisdizionali devono essere motivate, argomentate, giustificate e precisamente motivate sulla base di norme giuridiche preesistenti. Una sentenza consta di due parti: DISPOSITIVO e MOTIVAZIONE. Il dispositivo costituisce la decisione in senso stretto. La motivazione costituisce l'insieme degli argomenti addotti in favore della decisione.

. Il ragionamento del giudice

Nel ragionamento del giudice si distingue: una giustificazione interna – una giustificazione esterna. Una decisione è internamente giustificata quando segue delle premesse; è esternamente giustificata quando le premesse sono fondate.

- 1) giustificazione interna. E' un ragionamento deduttivo mediante il quale il giudice applica una regola. Il ragionamento è strutturato così:
 - a) una prima premessa è la regola cui si dà applicazione es. gli assassini devono essere puniti.
 - b) Una seconda premessa è una proposizione fattuale che descrive i fatti del caso es. tizio ha compiuto l'atto x (ha tagliato la gola a caio)
 - c) Terza premessa è un enunciato sussuntivo generico (tagliare la gola costituisce assassinio).
 - d) La quarta premessa è un enunciato sussuntivo individuale (tizio ha commesso assassinio)
 - e) La conclusione è un precetto singolare e concreto (tizio deve essere punito).

La conclusione è giuridicamente fondata se a) la premessa normativa è una norma positiva b) la premessa fattuale è una proposizione vera la cui verità sia stata provata .

- 2) giustificazione esterna. E' l'insieme dei ragionamenti mediante i quali il giudice giustifica le premesse della giustificazione interna.

La giustificazione esterna può comprendere:

- a) gli argomenti interpretativi che giustificano l'interpretazione prescelta di una o più disposizioni. Es. di argomenti interpretativi sono: il significato comune delle parole – l'intenzione del legislatore – l'argomento a contrario – l'argomento analogico – l'argomento della dissociazione etc.
- b) gli argomenti costruttivi che giustificano l'uno o l'altro tipo di costruzione giuridica (es. esistenza di una lacuna assiologica-formulazione di norme inesprese-coltmare una lacuna etc).

Quanto alla giustificazione della premessa fattuale si dice questo:

la verità di una proposizione fattuale (tizio ha tagliato la gola a caio) non può essere argomentata se non adducendo osservazioni empiriche. A tal proposito si osservano due cose: i procedimenti di accertamento impiegati da un giudice non sono liberi. Sono condizionati da norme che disciplinano la raccolta, l'uso e la valutazione delle prove. I fatti che il giudice accerta direttamente sono le PROVE; a questi il giudice non ha accesso diretto. Una prova è un fatto che induce a ritenere avvenuto un altro fatto non già osservato direttamente ma dedotto dalle prove.

. Cenno all'applicazione dei precedenti giurisdizionali

Nei sistemi di civil law per precedente intendiamo le precedenti interpretazioni di un testo. Nei sistemi di common law per precedente intendiamo le precedenti decisioni di un caso concreto. Negli ordinamenti di Common Law vige la regola

consuetudinaria del precedente vincolante in virtù della quale le corti inferiori hanno l'obbligo di conformarsi alle decisioni delle corti superiori.

CAPITOLO IV

L'ARGOMENTAZIONE DELLE DECISIONI INTERPRETATIVE

Un argomento interpretativo è la ragione, la premessa di un ragionamento che un interprete offre a sostegno di una tesi interpretativa (cognitiva o decisoria). Per quanto riguarda l'interpretazione decisoria si distinguono due cose:

- 1) ci sono due tipi di interpretazione decisoria: 1) interpretazione decisoria standard 2) interpretazione creativa
- 2) nell'ambito delle decisioni giurisdizionali, l'argomentazione dell'interpretazione appartiene alla giustificazione esterna della decisione, ed è parte integrante della motivazione.

. Il significato comune delle parole

per interpretazione letterale possono intendersi 3 cose:

- 1) una interpretazione prima facie
- 2) una interpretazione a-contestuale
- 3) una interpretazione non-correttiva

L'interpretazione letterale si argomenta facendo appello al significato proprio delle parole. L'argomento del significato comune delle parole non sempre è praticabile e non sempre è concludente. L'argomento non è praticabile a) in relazione a termini tecnici propri dell'una o dell'altra disciplina scientifica o tecnica b) in relazione a termini tecnico giuridici per i quali costituisce interpretazione letterale l'uso delle regole semantiche determinate dal legislatore o dalla dottrina quando siano termini fatti oggetto di elaborazione dottrinale.

L'argomento non sempre è concludente per 2 ragioni:

- 1) le regole sia semantiche che sintattiche della lingua sono elastiche sicché non sempre consentono di pervenire ad un significato univoco e preciso
- 2) applicando le regole della lingua si possono mettere in luce l'equivocità e la vaghezza dei testi normativi ma non risolverle.

. Argomento a contrario e interpretazione non estensiva

In favore dell'interpretazione non estensiva si adduce l'argomento a contrario. Cioè, il legislatore ha detto ciò che intendeva dire; ciò che non ha detto evidentemente non intendeva dirlo poiché se avesse voluto dirlo, l'avrebbe detto. Si esclude che si possa attribuire ad una disposizione normativa un significato più ampio di quello letterale. L'argomento a contrario vale come rifiuto dell'interpretazione estensiva; chi argomenta a contrario si attiene al significato naturale del testo e rifiuta di estenderlo. Es. il legislatore ha detto "cittadini" ma intendeva riferirsi ai cittadini in senso stretto e non agli uomini in genere? Es. art. 17 cost. conferisce un certo diritto D (d. di riunione) ai cittadini.

Argomentando a contrario si sosterrà che la disposizione conferisca il diritto D solo ai cittadini e nulla dica sugli stranieri ed apolidi. Da questo punto di vista manca una norma che conferisca il diritto D agli stranieri ed agli apolidi ma manca anche una norma che neghi tale diritto agli stranieri e agli apolidi. L'argomento a contrario si risolve nella produzione di una lacuna.

. L'intenzione del legislatore

Quando si attribuisce ad un testo normativo un significato diverso da quello letterale si ricorre all'intenzione del legislatore. L'argomento dell'intenzione del legislatore può essere usato in due modi diversi:

- 1) come argomento autonomo
- 2) come argomento ausiliario

- 1) *intenzione del legislatore in quanto argomento autonomo*: in quanto argomento autonomo, l'appello all'intenzione del legislatore vale a sostenere direttamente una conclusione interpretativa "la disposizione D esprime la norma N". L'argomento autonomo presenta 3 varianti:
 - a) *volontà del legislatore contro volontà della legge* – la volontà del legislatore è l'intenzione del legislatore storico, cioè gli uomini che hanno partecipato alla redazione e all'approvazione di un testo normativo. La volontà della legge è la ratio legis, cioè la ragione, il motivo, lo scopo per cui una certa norma è stata emanata. Per accertare la ratio legis occorre guardare non ai lavori preparatori, ma piuttosto al testo della legge in quanto tale. Fare appello alla volontà della legge, in quanto cosa diversa dalla volontà del legislatore, ha lo scopo di screditare l'uso dei lavori preparatori quale strumento per attribuire significato al testo normativo di cui trattasi.
 - b) *Intenzione fattuale contro intenzione controfattuale* – l'intenzione fattuale è quella che può essere ricostruita in relazione alle fattispecie che la legge ha disciplinato. L'intenzione controfattuale è quella che si può attribuire al legislatore in relazione a fattispecie che la legge non ha disciplinato. Cioè mentre l'intenzione fattuale è un argomento per attribuire ad un testo normativo un significato a preferenza di altri, l'intenzione controfattuale è una tecnica di costruzione giuridica per colmare lacune.
 - c) *Intenzione contro scopo* – l'intenzione del legislatore è ciò che il legislatore intendeva dire con le parole della legge. Alcune volte l'intenzione del legislatore è identificata con il suo scopo, cioè con ciò che il legislatore intendeva fare mediante la legge, gli effetti che voleva conseguire.
- 2) *l'intenzione del legislatore in quanto argomento ausiliario*; trattandosi di argomento ausiliario, l'intenzione del legislatore non vale a sostenere una

conclusione interpretativa del tipo “la disposizione D esprime la norma N”, ma a respingere l’interpretazione letterale in favore di un’interpretazione diversa.

. Analogia e interpretazione estensiva

L’argomento analogico consiste nell’addurre che due fattispecie sono simili, analoghe o sostanzialmente uguali. L’argomento può essere impiegato per sostenere due conclusioni di tipo diverso: una interpretazione estensiva e la formulazione di una norma inespressa in presenza di una lacuna.

L’interpretazione estensiva è un tipo di interpretazione in concreto. La costruzione di una norma inespressa appartiene al dominio della interpretazione in astratto.

- i) interpretazione estensiva – ogni norma sappiamo che è indeterminata nel senso che non si sa quali fattispecie ricadono nel suo campo di applicazione. Data una norma, ci sono casi ai quali essa è applicabile, casi ai quali essa non può essere applicata e casi dubbi o difficili per i quali l’applicabilità della norma è discutibile. L’argomento analogico è usato per includere un caso dubbio entro il campo di applicazione della norma di cui trattasi.
- ii) Costruzione di una norma inespressa – l’argomento analogico quando è usato per sostenere la costruzione di una norma inespressa per colmare una lacuna, si fonda: sull’assunto che la formulazione normativa non rifletta la reale volontà del legislatore o sull’assunto che il legislatore avrebbe disciplinato la fattispecie in un dato modo qualora l’avesse presa in considerazione. Es. chi ha ricevuto una cosa e l’abbia in buona fede alienata ignorando di doverla restituire, è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito e invece la cosa stessa in natura o a corrisponderne il valore. Si suppone che la ratio della norma ovvero il principio su cui la norma si regge, sia il principio di tutela della buona fede: si suppone cioè che il legislatore pretenda la restituzione del corrispettivo e non adempimenti più gravosi.

La costruzione di una norma inespressa per via di analogia presuppone la previa identificazione della ratio della norma espressa da cui si prendono le mosse. Cioè della ragione per cui tale norma fu disposta. Detto in altri termini, l’analogia è l’operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella che contiene la regola del caso analogo a quello espressamente disciplinato.

. L’argomento a fortiori

Anche l’argomento a fortiori serve a colmare una lacuna in presenza di una norma inespressa. Si fonda sull’assunto che il legislatore pur non avendo

disciplinato una fattispecie, l'avrebbe disciplinata in quel modo qualora l'avesse presa in considerazione. La struttura dell'argomento è la seguente:

- a) si parte dal presupposto che il diritto sia lacunoso: supponiamo che la fattispecie F1 sia priva di disciplina e che tuttavia esiga una disciplina
- b) si assume che la fattispecie non disciplinata meriti la stessa conseguenza giuridica di una diversa fattispecie (F2) (se F2 allora G).
- c) si conclude con la formulazione di una norma inespressa che connette alla fattispecie F1 la medesima conseguenza giuridica della fattispecie F2 (se F1 allora G).

L'argomento a fortiori può assumere 2 forme diverse a seconda che sia adoperato in relazione a norme che conferiscono posizioni soggettive svantaggiose o in relazione a norme che impongono posizioni svantaggiose.

In un caso esso assume la forma dell'argomento a majori ad minus. Nell'altro caso assume la forma dell'argomento a minori ad majus.

Le parole chiave dell'intero argomento sono l'espressione "a maggior ragione". Ciò significa che anche questo modo di argomentare presuppone l'identificazione della ragione per cui ad una determinata fattispecie è connessa una certa conseguenza giuridica e non un'altra.

. Dissociazione e interpretazione restrittiva

L'argomento della dissociazione consiste nell'addurre che due fattispecie sono sostanzialmente diverse. L'argomento può essere usato per sostenere due decisioni diverse: da un lato una interpretazione restrittiva e dall'altro la costruzione di una eccezione inespressa il cui esito è la sostituzione della norma in questione con una norma diversa. L'interpretazione restrittiva è una interpretazione in concreto: riguarda l'applicazione a casi concreti della norma previamente identificata.

- i) interpretazione restrittiva – data una norma, ci sono fattispecie alle quali essa è senza dubbio applicabile, fattispecie alle quali è pacifico che essa non può essere applicata e infine fattispecie dubbie che cadono nella zona di penombra. Ebbene l'argomento della dissociazione può essere usato per escludere un caso difficile, una fattispecie di dubbia qualificazione dal campo di applicazione della norma in questione.
- ii) costruzione di una eccezione inespressa – quando è usato per sostenere l'esistenza di una eccezione inespressa, l'argomento della dissociazione si fonda:
 - a) o sull'assunto che il legislatore abbia sottinteso una certa distinzione
 - b) o sull'assunto che il legislatore avrebbe fatto una distinzione se avesse preso in considerazione il caso.

Struttura:

- 1) il legislatore apparentemente ha dettato una disciplina per l'intera classe di fattispecie F (se F allora G)
- 2) nella classe F tuttavia si devono distinguere due sottoclassi F1 e F2

3) era intenzione del legislatore riferirsi non alla classe F, ma solo ad una delle sottoclassi

4) ne deriva che la norma include una eccezione (se F ma non F2 allora G)

L'argomento della dissociazione consiste nell'introdurre nel discorso del legislatore una distinzione che il legislatore non ha compiuto, in modo da sottoporre l'antecedente della norma ad un'eccezione implicita e così ridurre il campo di applicazione ad alcune soltanto delle fattispecie espressamente previste. Escludere una classe di fattispecie dall'ambito di applicazione di una norma può avere 2 effetti diversi:

a) far ricadere la classe di fattispecie nel dominio di un'altra norma

b) che la classe di fattispecie risulti non disciplinata da alcuna altra norma, sicché l'esito dell'operazione è la creazione di una lacuna.

La linea di demarcazione tra l'interpretazione restrittiva e la costruzione di un'eccezione inespressa è molto sottile. Entrambe le operazioni si risolvono nell'escludere dal campo di applicazione di una norma una fattispecie che vi ricadrebbe.

. L'argomento a contrario

L'argomento a contrario conosce due varianti: ciascuna di esse costituisce una risposta al problema della classe complementare: data una norma che disciplina una classe di fattispecie F, si deve ritenere che la classe complementare non F sia priva di disciplina o che al contrario sia disciplinata sia pure implicitamente e sia disciplinata in modo opposto?

i) prima variante – l'argomento serve a sostenere una interpretazione letterale non estensiva.

ii) Seconda variante – lo stesso argomento si risolve nella costruzione di una norma inespressa implicita. Es. l'art. 18 Cost. (i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente). Se intendiamo l'articolo alla lettera, lo applicheremmo solo ai cittadini. La disposizione però non include la clausola "solo". Il problema che si pone è: qual è la disciplina della classe di fattispecie complementare (non cittadini, stranieri ed apolidi?). l'argomento a contrario sostiene che la norma non si applica ai non cittadini.

Nella prima variante l'argomento a contrario serve per concludere che la norma non si applica ai non cittadini, nel senso che tace, nulla dice su di essi. In questo modo l'argomento a contrario produce una lacuna.

Nella seconda variante l'argomento a contrario serve a concludere che la norma non si applica ai non cittadini, nel senso che i non cittadini sono esclusi dal godimento del diritto in questione. in questo caso non c'è lacuna poiché il testo normativo contiene sia la norma espressa che conferisce un diritto ai cittadini, sia la norma inespressa che lo nega ai non cittadini.

. *Il diritto come sistema*

il diritto è un insieme di norme ordinato, cioè un sistema cioè una totalità assiologicamente coesa, logicamente coerente, completa.

- 1) coesione assiologica – esige che tutte le norme appartenenti all’ordinamento siano riconducibili dal punto di vista assiologico ad un principio o ad una costellazione di principi.
- 2) La coerenza logica, consiste nella mancanza di antinomie tra norme. Ma anche la tesi che gli ordinamenti siano incoerenti è insostenibile. Le norme esistenti in un ordinamento sono state emanate in tempi diversi dalle più varie autorità normative, . tali norme non sono coerenti. Pertanto in ogni ordinamento le antinomie vi sono. Se non ci fossero antinomie, la cultura giuridica non avrebbe elaborato i principi per risolverle.
- 3) Per quanto riguarda la completezza occorre ricordare per prima cosa che la necessaria completezza degli ordinamenti non è sostenibile, ma anzi si può sostenere che in ogni ordinamento ci sono lacune . in secondo luogo i giuristi creano essi stessi lacune allo scopo di colmarle.

. *L’interpretazione sistematica*

La locuzione “interpretazione sistematica” è usata per alludere ad un’intera famiglia di argomenti diversi, il cui tratto comune è quello di fare appello a) al contesto entro cui si colloca la disposizione da interpretare b) al presunto carattere sistematico dell’ordinamento giuridico. Si dice sistematica ogni interpretazione che mostri di desumere il significato di una data disposizione dalla sua collocazione nel sistema del diritto: talvolta nel sistema giuridico nel suo complesso; più frequentemente in un sotto-sistema del sistema giuridico complessivo.

- i) *il combinato disposto* – il tipo più semplice di interpretazione sistematica è quello che consiste nel combinare tra loro diversi frammenti di disposizione in modo da ricavarne una norma completa. La norma completa così ricavata è detta combinato disposto.
- ii) *L’argomento della sedes materiae* – un tipo semplice di interpretazione sistematica è quella che poggia sull’argomento detto topografico o della sedes materiae. Si usa questo argomento quando si adduce che una certa disposizione deve essere intesa in un dato modo in virtù della sua collocazione nel discorso legislativo.
- iii) *L’argomento della costanza terminologica* – un argomento tipico dell’interpretazione sistematica consiste nel fare appello alla presunzione che nel linguaggio legislativo vi sia “costanza terminologica”. Il legislatore impiega ciascun termine o sintagma con lo stesso significato .
- iv) *L’argomento della incostanza terminologica* – è tipica della interpretazione sistematica però anche la presunzione opposta cioè quel modo di vedere secondo cui ogni espressione del linguaggio legislativo riceve significato dal peculiare contesto in cui è collocata.

L'interpretazione fatta in relazione al contesto, con la conseguenza che la stessa parola può doversi interpretare diversamente in diversi testi di legge nel medesimo ordinamento giuridico.

- v) L'interpretazione adeguatrice – appartiene al genere della interpretazione sistematica.

. L'interpretazione adeguatrice

E' quella interpretazione che previene le antinomie e/o le incongruenze assiologiche tra norme espresse da testi normativi diversi e gerarchicamente ordinati, evitando di ricavare da una data disposizione una norma che sarebbe in conflitto con un'altra norma ricavata da una disposizione appartenente ad un testo normativo diverso e gerarchicamente superiore. Ovvero si fa interpretazione adeguatrice ogniqualvolta si adatta il significato di una disposizione al significato di altre disposizioni di rango superiore. La superiorità in questione può essere: a) una superiorità materiale b) una superiorità strutturale c) una superiorità assiologica. Accade spesso che una disposizione di legge sia suscettibile di due interpretazioni alternative, ciascuna delle quali ricava da quell'unica disposizione due norme distinte (N1-N2), e che una di queste norme, poniamo N1 sia conforme a costituzione, mentre l'altra N2, è incompatibile con la costituzione. Possiamo dire che si fa interpretazione adeguatrice scartando la seconda interpretazione (N2) e scegliendo o la prima N1. Si fa interpretazione adeguatrice quando nel dubbio si interpreta: una legge in modo conforme a un regolamento comunitario; un decreto lgs delegato in modo conforme alla legge di delegazione; un a legge regionale in materia di legislazione concorrente in conformità alle leggi statali che esprimono i principi fondamentali della materia di cui trattasi. Ancora si fa interpretazione adeguatrice quando nel dubbio si interpreta una qualsiasi disposizione in modo conforme ai principi generali o fondamentali che reggono quel settore del diritto o l'intero ordinamento.

Le diverse forme di interpretazione adeguatrice hanno lo scopo di evitare l'insorgere di antinomie tra norme di diverso grado gerarchico, ma anche tra norme particolari e principi generali.

. L'argomento della ragionevolezza

L'argomento della ragionevolezza ha lo scopo di scartare una certa interpretazione possibile adducendo che tale interpretazione darebbe luogo ad una norma assurda, irragionevole. Consiste nel fare appello alla presunzione che il legislatore sia un agente ragionevole. Da ciò segue che il legislatore non può aver voluto una norma assurda. Es. art. 89 comma 1 Cost: stabilisce che ogni atto del capo dello stato sia controfirmato dal ministro proponente – può essere inteso nel senso che il capo dello stato non possa compiere alcun atto se non su proposta di un ministro. Ma questa interpretazione può essere scartata

poiché sarebbe assurdo che il capo dello stato non potesse compiere alcun atto di sua iniziativa.

CAPITOLO V

LA DISCIPLINA LEGALE DELL'INTERPRETAZIONE

Per i giuristi l'interpretazione è un'attività libera mentre per i giudici no. Nel diritto vigente si incontrano diversi tipi di disposizioni che concernono l'interpretazione. Alcune riguardano l'interpretazione delle fonti del diritto, altre riguardano l'interpretazione del contratto. Per quanto riguarda l'interpretazione delle fonti si distinguono:

- a) disposizioni che vertono direttamente sull'interpretazione
- b) disposizioni che possono condizionarla.

Le disposizioni che vertono direttamente sull'interpretazione si possono distinguere a loro volta in: 1) disposizioni che disciplinano l'attività interpretativa in generale 2) disposizioni che disciplinano l'interpretazione di una serie circoscritta di fonti o di un singolo documento normativo o di un singolo termine etc. Le disposizioni che disciplinano l'interpretazione in generale si esaurisce nell'art. 12 delle disposizioni prel. Cod. civ. Le disposizioni che riguardano l'interpretazione di parti determinate del discorso legislativo include a) art. 1 cod. pen. e art. 14 disp. Prel. Cod. civ. b) leggi di interpretazione autentica c) definizioni legislative. Riguardano indirettamente l'interpretazione tutte quelle disposizioni che possono orientarla o condizionarla. Es. l'art. 111 comma 6 Cost; l'art. 65 RD 12/1941.

. La disciplina dell'interpretazione

l'art. 12 comma 1 disp. Prel. Cod. civ. dispone che: “nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”.

L'art. 12 disciplina l'interpretazione decisoria e l'interpretazione giudiziale. Ammettiamo che ad un certa disposizione possano essere dati 3 significati:

S1

S2

S3, prescrivendo al giudice di scegliere quel significato che corrisponde:

- a) al significato proprio delle parole
- b) all'intenzione del legislatore

Anche l'art. 12 delle disposizioni preliminare al codice civile deve essere interpretato ed il suo significato non è chiaro ed univoco. I problemi principali sono i seguenti:

. un primo problema concerne l'ambito di applicazione dell'art. 12 comma 1 disp. Prel. Cod. civ. Tale disposizione si colloca in un documento intitolato “DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE”; il capo primo delle disposizioni sulla legge in generale è intitolato “DELLE FONTI DEL DIRITTO”. Il capo secondo

si intitola “DELL’APPLICAZIONE DELLA LEGGE IN GENERALE” anche in esso si trovano disposizioni relative a fonti del diritto diverse dalla legge formale. Per cui si deve intendere il vocabolo “legge” nel contesto dell’art. 12 come riferito alla legge in generale cioè a tutte le fonti del diritto. Resta dubbio se il significato del vocabolo “legge” possa essere esteso fino ad includere anche la costituzione.

. un secondo problema riguarda il senso dell’espressione “significato proprio delle parole”. Per significato proprio delle parole si può intendere:

1) il significato che le parole hanno nel linguaggio comune

2) il significato che le parole assumono nel linguaggio giuridico

. un terzo problema riguarda la “intenzione del legislatore”. la ricerca della intenzione del legislatore presuppone che ogni documento normativo sia riconducibile ad un autore, per cui si pone il problema di determinare chi sia l’autore di ciascun documento normativo. Nel ns ordinamento quasi tutte le fonti del diritto promanano da organi collegiali (camere, consiglio dei ministri etc). i testi normativi sono frutto della collaborazioni di soggetti individuali e collegiali quali ad es. singoli ministri, deputati e senatori. Per cui non è chiaro chi deve considerarsi autore di ogni singola disposizione e della legge. Spesso accade che un testo normativo non nasca dalla volontà di un singolo soggetto ma sia frutto di attività negoziale: tra ministri, tra le diverse forze politiche che sostengono il Governo e maggioranza parlamentare. A parte la difficoltà di identificare il legislatore, qui nasce un problema ulteriore. Ricercare la soggettiva intenzione dell’autore di un documento normativo ha senso quando il documento in questione costituisca atto unilaterale di un soggetto investito di poteri normativi. Ma quando si tratta di testi convenzionali sembrerebbe più naturale indagare quale sia stata la comune volontà delle parti. Tuttavia con riferimento alla legge formale, sembrerebbe naturale pensare che l’intenzione del legislatore sia desumibile dai lavori preparatori.

. quarto problema riguarda i possibili conflitti tra significato proprio delle parole e significato desumibile dall’intenzione del legislatore. Ma in caso di conflitto tra i due significati , quale significato si deve preferire? In questi casi si può sostenere indifferentemente a) che l’interprete debba privilegiare il significato letterale b) che l’interprete debba dare la preferenza all’intenzione del legislatore. la giurisprudenza sembra preferire questa seconda soluzione.

. *La disciplina dell’integrazione del diritto*

L’art. 12 comma 2 disposizioni prel. Cod. civ. dice: “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello stato”. Questa disposizione disciplina l’integrazione del diritto in presenza di lacune. I metodi per colmare le lacune sono:

1) l’analogia (in presenza di lacuna)

- 2) il ricorso ai principi generali (quando l'analogia non è sufficiente a colmare la lacuna si ricorre ai principi generali)

Il ricorso ai principi di diritto è un criterio di integrazione sussidiario rispetto all'applicazione analogica.

. Divieto di applicazione analogica

l'analogia può essere usata per motivare una interpretazione estensiva, sia la formulazione di una norma inespressa. L'art. 15 disp. Pre. al cod. civ. dice: "le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". Questa norma è intesa come un divieto di applicazione analogica. Secondo questa interpretazione è vietato al giudice di assumere le norme penali e quelle eccezionali, come premesse per la costruzione di norme nuove inesprese, adducendo la somiglianza tra la fattispecie da esse disciplinata e quella non prevista. Per cui le norme in questione non possono essere applicate a fattispecie diverse da quelle espressamente menzionate anche se simili a queste.

- 1) norme penali. L'art. 14 disp. Prel. Cod. civi vieta l'applicazione analogica delle leggi penali. L'applicazione analogica delle leggi penali è anche vietata dall'art. 1 cod. pen. il quale dispone: "NESSUNO PUO ESSERE PUNTO PER UN FATTO CHE NON SIA ESPRESSAMENTE PREVEDUTO COME REATO DALLE DALLA LEGGE, NE CON PENE CHE NON SIANO DA ESSA STABILITE". Per cui se nessuna norma espressa connette una sanzione penale ad un certo comportamento, si deve ritenere che quel comportamento sia penalmente lecito. Dall'assenza di una norma non si può dedurre l'esistenza di un'altra norma. La norma inespressa la quale esclude che a una data condotta sia connessa una sanzione penale, deriva non dall'assenza di una norma incriminatrice, ma dal principio di libertà o norma generale esclusiva. La norma generale esclusiva è implicita nell'art. 25 comma 2 cost. sotto forma del principio a) di irretroattività delle norme penali b) di tassatività dei reati e delle pene ..."nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"; il che è come dire che "tutto ciò che non è dalla legge vietato è permesso".

. Norme eccezionali

L'art. 14 disp. Prel. Cod. civ. vieta l'applicazione analogica delle norme eccezionali. Si dice eccezionale ogni norma che deroghi o faccia eccezione ad un'altra norma più generale ossia ne circoscriva il campo di applicazione. In dottrina e in giurisprudenza si tende a considerare eccezionale ogni norma che non sia riconducibile ai principi generali dell'ordinamento giuridico ma che faccia eccezione ai principi o sia in contrasto con essi.

. Ancora su analogia e interpretazione estensiva

Il divieto di analogia si risolve nell'obbligo di interpretare alla lettera cioè in modo non estensivo con l'ausilio dell'argomento a contrario. L'art. 14 disp. Prel. Cod. civ. e l'art. 1 cod. pen. vieta l'applicazione analogica ma non l'interpretazione estensiva. L'applicazione analogica appartiene ai metodi di costruzione giuridica; l'interpretazione estensiva ai metodi interpretativi strettamente intesi. Si fa interpretazione estensiva quando si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato letterale, ovvero lo si estende fino a coprire anche la fattispecie che ricade nell'area di penombra. Si fa interpretazione analogica quando si applica una norma ad un caso che si riconosce come escluso dal suo campo di applicazione. l'art. 14 disp. Prel. Cod. civ. non parla di analogia. L'art. 14 e l'art. 1 sembrano escludere l'interpretazione estensiva.

CAPITOLO 6

IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE TRA DOGMATICA E TEORIA GENERALE (pag 325-341)

PARTE QUARTA

A PROPOSITO DI INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

CAPITOLO I

SPECIFICITA DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

La tesi della specificità dell'interpretazione costituzionale può assumere 2 forme:

- 1) la forma di una tesi descrittiva
- 2) la forma di una tesi prescrittiva.

La tesi descrittiva è che l'interpretazione dei testi costituzionali è cosa diversa dall'interpretazione della legge, o perché diversi sono gli interpreti delle costituzioni o perché le costituzioni sollevano problemi interpretativi sui generis o perché le costituzioni sono comunemente interpretate adottando metodi ermeneutici.

La tesi prescrittiva è che nell'interpretazione dei testi costituzionali si debbano usare metodi o tecniche di interpretazione diversi da quelle che convengono all'interpretazione della legge.

. La tesi descrittiva

possiamo dire che l'interpretazione costituzionale si differenzia dall'interpretazione della legge sotto 3 profili:

- a) gli interpreti
- b) i problemi interpretativi
- c) i metodi interpretativi

possiamo dire per prima cosa che gli interpreti della costituzione non sono diversi dagli interpreti della legge. In secondo luogo la maggior parte dei

problemi dell'interpretazione costituzionale non sono problemi interpretativi ossia problemi di attribuzione di significato a disposizioni normative, ma problemi dogmatici, di costruzione giuridica.

. La tesi prescrittiva

Quasi tutti i discorsi che si incontrano nell'interpretazione costituzionale sono discorsi prescrittivi. Tali discorsi si distinguono per la loro estrema vaghezza, oscurità ed inconcludenza. A seconda dell'autore, nell'interpretazione costituzionale si devono usare metodi interpretativi diversi dal metodo letterale. La specificità metodologica dell'interpretazione costituzionale è spesso argomentata con l'una o l'altra delle tesi seguenti:

- 1) i testi costituzionali sono diversi da ogni altro testo giuridico perché non si limitano a formulare regole, ma proclamano valori, principi. Ciò significa che i testi costituzionali sono peculiari per il contenuto e per la loro formulazione.
- 2) I testi costituzionali sono diversi da ogni altro testo normativo per il loro oggetto: le norme costituzionali disciplinano relazioni politiche tra organi dello stato, tra stato e cittadini, indirettamente tra partiti. Le relazioni politiche essendo mutevoli, occorre che l'interpretazione della costituzione sia effettuato con un metodo capace di adattare il contenuto del testo al mutamento delle relazioni politiche.
- 3) Altri sostengono che i testi costituzionali a differenza delle leggi sono fatti per durare a lungo: sono diretti a dare una organizzazione stabile ai pubblici poteri. Essi sono difficili da emendare. Pertanto devono essere interpretati in modo che possano adattarsi ai cambiamenti della società, anche in assenza di revisioni costituzionali.

Non tutte le costituzioni sono difficili da emendare. Ci sono costituzioni flessibili e anche costituzioni rigide. La disputa intorno ai metodi dell'interpretazione costituzionale si riduce a due opposizioni principali:

- 1) l'opposizione tra una dottrina letteralista e una dottrina intenzionalista
- 2) l'opposizione tra una dottrina statica e una dottrina dinamica.

CAPITOLO 2

GLI INTERPRETI DELLA COSTITUZIONE

Chi sono gli interpreti della costituzione? Gli interpreti "autentici" di ogni testo normativo sono gli organi competenti ad applicarlo. Le leggi ed i regolamenti sono applicati dalla pubblica amministrazione ed in ultima analisi dai giudici. Si può dire la stessa cosa della costituzione? La risposta è che dipende da diverse variabili: la struttura della costituzione, la garanzia giurisdizionale della costituzione e la concezione politica della costituzione.

. Il contenuto della costituzione

Si distinguono:

1) le costituzioni che si limitano a disciplinare l'organizzazione dei poteri statali

2) le costituzioni che contengono una dichiarazione dei diritti e/o disposizioni teleologiche che formulano principi e programmi politici.

Una costituzione breve contenente solo NORME DI ORGANIZZAZIONE, non è suscettibile di applicazione giurisdizionale. Queste norme si applicano esclusivamente agli organi costituzionali supremi, i soli competenti ad applicare la costituzione. Una costituzione lunga, che contenga anche NORME SOSTANZIALI, può essere applicata dagli organi giurisdizionali, ma da quali? Questo ci porta alla seconda variabile.

. La garanzia giurisdizionale della costituzione

la seconda variabile riguarda la garanzia giurisdizionale della costituzione e le sue modalità di organizzazione. Si distingue:

i) costituzioni flessibili e rigide

ii) costituzioni necessariamente rigide. Queste si distinguono tra:

1) costituzioni che organizzano il controllo sulle leggi in forma diffusa

2) le costituzioni che organizzano il controllo in forma accentrata come nella maggior parte dei paesi europei.

Qualunque costituzione flessibile o rigida, che non preveda alcuna garanzia giurisdizionale della conformità delle leggi a costituzione, non è soggetta ad alcuna applicazione giurisdizionale. Quando invece la costituzione è garantita occorre distinguere 2 insiemi di norme:

1) norme formali sull'organizzazione dei pubblici poteri

2) norme sostanziali sui diritti

Le norme formali cioè di organizzazione possono essere applicate da organi costituzionali supremi.

Per quel che riguarda le norme sostanziali, che conferiscono diritti soggettivi e o stabiliscono principi generali occorre distinguere:

a) se il controllo sulle leggi è accentrato, allora solo il tribunale costituzionale è interprete autentico delle norme costituzionali.

b) Se il controllo sulle leggi è diffuso, allora ogni giudice è competente ad applicare le norme costituzionali.

. La concezione della costituzione

La terza variabile è il modo di concepire la funzione politica della costituzione diffusa nella cultura giuridica. Occorre distinguere:

1) la concezione di cui all'art. 16 della Declaration des droits de l'homme et du citoyen secondo la quale la funzione di ogni costituzione è l'organizzazione, distribuzione e limitazione del potere politico allo scopo di proteggere la libertà dei cittadini.

2) La concezione secondo la quale la funzione della costituzione è organizzare la società civile e modellare i rapporti sociali.

La prima concezione della costituzione implica l'idea che le norme costituzionali si rivolgano solo agli organi dello stato che esercitano funzioni politiche. Questa concezione esclude che le norme costituzionali possano essere applicate dai giudici per risolvere le controversie.

La seconda concezione consente l'applicazione diretta della costituzione da parte di qualunque giudice in qualunque controversia.

. La costituzionalizzazione dell'ordinamento

l'espressione "costituzionalizzazione" può essere usata secondo 3 significati:

- 1) in un primo senso si parla di costituzionalizzazione per riferirsi all'introduzione di una prima costituzione scritta in un ordinamento che ne era privo
- 2) in un secondo senso si parla di costituzionalizzazione per riferirsi a quel processo storico culturale che ha trasformato in rapporto giuridico la relazione intercorrente tra i detentori del potere politico e quanti sono soggetti a tale potere.
- 3) In un terzo senso si parla di costituzionalizzazione per intendere quel processo di trasformazione di un ordinamento giuridico al termine del quale l'ordinamento risulta impregnato dalle norme costituzionali.

A noi interessa questo terzo significato. In un ord. Giuridico non costituzionalizzato le norme costituzionali hanno un raggio di azione limitato. Disciplinano gli aspetti fondamentali dell'organizzazione dello stato. Mentre in un ordinamento costituzionalizzato il diritto costituzionale condiziona la legislazione, la giurisprudenza, le relazioni private. Si può dire che in un ordinamento costituzionalizzato il legislatore non può scegliere liberamente i fini da perseguire, ma solo scegliere i mezzi più opportuni e/o più efficienti per realizzare dei fini eteronomi precostituiti, quelli stabiliti in costituzione. Anche la giurisprudenza è condizionata dalla costituzione nel senso che i giudici hanno il potere e dovere di applicare nelle controversie loro sottoposte non solo le leggi ma anche la costituzione. Anche le relazioni tra cittadini sono condizionate dalla costituzione. Tuttavia ogni costituzione è un testo limitato nel senso che contiene lacune. Per cui c'è una parte della vita sociale e politica che non è disciplinata a livello costituzionale da alcuna norma giuridica. In questo spazio vuoto il legislatore è libero di disporre in un senso o nell'altro o di non disporre affatto.

La sovra-interpretazione della costituzione è un atteggiamento interpretativo che tende ad escludere che il diritto costituzionale sia lacunoso e pertanto previene lacune o cmq elabora norme inesprese per colmarle.

. L'applicazione giudiziale della costituzione nell'ordinamento vigente

Nell'ordinamento vigente, l'applicazione della costituzione da parte dei giudici assume 5 forme distinte:

- 1) ogni giudice applica la costituzione quando solleva di fronte alla corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale.
- 2) Ogni giudice applica la costituzione quando è chiamato a giudicare della non manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale sollevata con istanza di parte
- 3) Ogni giudice applica la costituzione quando dichiara l'illegittimità costituzionale di un regolamento dell'esecutivo.
- 4) Ogni giudice applica la costituzione allorché attribuisce alla legge un significato conforme a costituzione.
- 5) I giudici danno applicazione diretta alla costituzione quando usano una norma costituzionale per decidere una controversia loro sottoposta.

. CAPITOLO III

QUESTIONI DI INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

E' diffusa l'idea che i testi costituzionali presentino problemi di interpretazione diversi dai problemi di interpretazione delle leggi. Ma si tratta davvero di problemi interpretativi?

. Limiti concettuali alla revisione costituzionale

Il potere di revisione costituzionale è un potere limitato dalle norme che lo disciplinano. Tra i limiti che possono circoscrivere la revisione costituzionale si distinguono:

- a) limiti espressi-quelli cioè stabiliti dallo stesso testo costituzionale
- b) limiti inespressi tutti gli altri

i limiti inespressi si distinguono a loro volta in:

- b1) limiti impliciti che sono quelli che si desumono dal testo costituzionale mediante tecniche di interpretazione testuale
- b2) limiti concettuali-quelli che non possono essere desunti dal testo costituzionale.

I limiti concettuali non vanno confusi con i limiti impliciti alla revisione. Un limite implicito è una norma inespressa che può essere ricavata da un determinato testo costituzionale con i consueti argomenti che si usano in sede di interpretazione del diritto ogniqualevolta si costruiscono norme implicite. Il problema se vi siano limiti impliciti alla revisione costituzionale è un problema d'interpretazione di un documento costituzionale determinato, non di tutte le costituzioni. Per contro i limiti concettuali alla revisione sono necessari e per ciò assoluti, insuperabili.

- 1) l'esistenza di limiti concettuali alla revisione può essere argomentata distinguendo tra REVISIONE DELLA COSTITUZIONE ESISTENTE e INSTAURAZIONE DI UNA NUOVA COSTITUZIONE. Il concetto di revisione costituzionale suppone che il testo costituzionale conservi la sua identità. Il concetto di instaurazione costituzionale suppone che la costituzione preesistente sia sostituita e dunque la costituzione vigente cambi.

2) Quanto detto può essere obiettato in due modi: a) l'idea di un limite concettuale alla revisione della costituzione è priva di senso. La revisione non può essere soggetta che a limiti giuridici ma non concettuali b) Lo spirito della costituzione è cosa del tutto evanescente. Una costituzione non è altro che un insieme di norme; che alcune di queste siano caratterizzanti o abbiano il valore di principi fondamentali è frutto di un opinabile giudizio di valore. Ci sono 3 tipi di revisione costituzionale: a) introduzione di una nuova norma b) soppressione di una norma preesistente c) sostituzione di una norma preesistente. Ma ogni revisione comporta la modificazione dell'insieme preesistente. Da questo punto di vista ogni revisione costituzionale produce una costituzione nuova. Da ciò si ricava che la distinzione tra revisione costituzionale e instaurazione costituzionale va cercata nei modi di esercizio del potere. E' potere di revisione costituzionale quello che si esercita nelle forme previste dalla costituzione. E' potere costituente quello che si esercita extra ordinem. Per cui qls mutamento illegittimo della costituzione costituisce esercizio del potere costituente. Qualunque mutamento legittimo della costituzione costituisce esercizio del potere di revisione.

. La revisione della norma sul procedimento di revisione

Il procedimento di revisione costituzionale può essere usato per modificare la norma che lo disciplina?

- 1) tesi negativa-la disposizione che disciplina la revisione non può essere interpretata come riferentesi anche a se stessa.
- 2) Tesi positiva-la norma sul procedimento di revisione è suscettibile di revisione per due ragioni: primo perché la norma che contraddice una norma da cui trae validità non ha nulla di strano. La contraddizione tra due norme è inammissibile solo quando una delle due sia rigida, cioè sovraordinata all'altra. Ma la costituzione non è sovraordinata alle leggi di revisione costituzionale per cui non potrebbero modificarla. Quindi in mancanza di una gerarchia materiale una norma che contraddica un'altra la abroga o è abrogata secondo il principio *lex posterior*.

. La revisione delle norme che interdicono la revisione

ci chiediamo se i limiti alla revisione costituzionale disposti dalla costituzione sono assoluti o relativi? E' assoluto un limite alla revisione costituzionale che non può essere superato. E' relativo il limite che sussiste fino a quando non venga abrogata la disposizione costituzionale che lo statuisce.

- 1) la tesi che i limiti espressi alla revisione costituzionale hanno carattere assoluto può essere argomentata così:
il divieto di revisione non può essere violato finché sussiste. Per superare questo limite sarebbe necessario procedere in 2 fasi: a) rimuovere il limite alla revisione abrogando la norma che lo statuisce b) sottoporre a revisione

quelle disposizioni la cui revisione era vietata. Questo procedimento di revisione sarebbe però truffaldino. Il carattere assoluto dei limiti alla revisione può essere sostenuto sulla base di argomenti politici di questo tipo: la violazione del divieto di revisione avrebbe come esito un mutamento dell'identità dello stato.

2) la tesi contraria per cui i limiti alla revisione costituzionale sono superabili mediante legge di revisione costituzionale è così argomentata. Si può dire che una norma N1 sia sottratta all'abrogazione se vi è una norma N2 che vieti l'abrogazione di N1. Ma le disposizioni contenenti divieti di revisione si riferiscono non a se stessa ma ad altre norme costituzionali. Es. l'art. 139 cost. vieta di abrogare o modificare quelle disposizioni costituzionali da cui dipende la forma repubblicana dello stato; non vieta di modificare o abrogare se stesso. In mancanza di norme che vietino l'abrogazione dell'art. 139, tale disposizione deve ritenersi suscettibile di abrogazione.

. Il valore giuridico dei preamboli.

Ci si domanda quale sia il valore giuridico dei preamboli; esprimono norme giuridiche suscettibili di applicazione giurisdizionale o al contrario sono documenti privi di effetti giuridici? Si possono dare due risposte:

una negativa – il preambolo esprime le idee politiche, morali e religiose che la costituzione è diretta a promuovere. Il preambolo non detta alcuna norma giuridica precisa ed è quindi privo di contenuto rilevante.

La risposta positiva discende dalla concezione normativa della costituzione: la costituzione è un testo normativo che esprime norme giuridiche. La formulazione vaga di tali norme può porre problemi d'interpretazione ma non ha a che vedere col valore giuridico del testo. Il problema qui non è di interpretazione perché non si possono interpretare i preamboli.

. Dichiarazione o creazione di diritti?

I diritti soggettivi (d. di libertà), proclamati in costituzione sono DICHIARATI (cioè esistevano prima della costituzione per cui i costituenti si sono limitati a riconoscerli e a positivizzarli) o invece sono CREATI (cioè non esistevano anteriormente alla costituzione) ex novo dalla costituzione?

Si possono dare due risposte:

- a) se i diritti costituzionali sono stati dichiarati dai costituenti allora
 - 1) in primo luogo il catalogo di diritto contenuto in costituzione non è detto che sia esaustivo per cui i giudici sono autorizzati a scoprire diritti nuovi
 - 2) in secondo luogo i diritti in questione sono inviolabili, nel senso che non possono essere soppressi nemmeno mediante revisione costituzionale poiché non essendo stati creati da alcuna autorità normativa umana, nessuna autorità umana può sopprimerli.
- b) se invece i diritti costituzionali sono stati creati dai costituenti allora:

- 1) prima di tutto i soli diritti esistenti sono quelli menzionati nel testo costituzionale
- 2) in secondo luogo le norme che conferiscono questi diritti possono essere abrogate o modificate.

. Vecchie leggi, nuova costituzione

quando in un ordinamento giuridico si ha una nuova costituzione, si pone il problema se il conflitto tra la nuova costituzione e le leggi anteriori sia un problema di successione di norme nel tempo o un problema di incompatibilità tra norme collocate su gradi diversi nella gerarchia delle fonti. Il conflitto va risolto col principio cronologico e le vecchie leggi devono considerarsi abrogate o invece mediante il principio gerarchico e le vecchie leggi devono essere dichiarate costituzionalmente illegittime? Si possono avere più soluzioni:

- 1) le vecchie leggi devono considerarsi abrogate perché il p. cronologico è intrinseco a qls ordinamento giuridico ed opera non solo tra fonti pari ordinate ma anche tra fonti di grado diverso.
- 2) Entrambi i principi, *lex posterior* e *lex superior* sono applicabili per cui i giudici possono applicare l'uno o l'altro.
- 3) Occorre distinguere. L'abrogazione tacita si ha solo nel caso di una contraddizione tra una norma successiva e una norma antecedente. Alcune disposizioni costituzione essendo precise e circostanziate, contraddicono disposizioni legislative antecedenti e quindi producono l'abrogazione. Altre invece non sono idonee ad abrogare a causa del loro contenuto indeterminato.
- 4) Le vecchie leggi devono ritenersi valide e vigenti fino a che non siano dichiarate incostituzionali dal giudice costituzionale.

CAPITOLO IV

INTERPRETAZIONE E COSTRUZIONE NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

. Pubblicità delle sentenze costituzionali di accoglimento

si dicono SENTENZE DI ACCOGLIMENTO quelle decisioni nel cui dispositivo la corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una o più disposizioni o norme con effetti di annullamento delle disposizioni o norme; si dicono SENTENZE DI RIGETTO quelle decisioni nel cui dispositivo la corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale. In dottrina si discute se le sentenze di accoglimento debbano essere incluse tra le fonti del diritto. La questione nasce da 4 circostanze:

- 1) dalla circostanza che nel nostro ordinamento le sentenze di accoglimento hanno efficacia *erga omnes*.
- 2) Dalla circostanza che le sentenze di accoglimento in genere hanno l'effetto di modificare l'insieme delle norme esistenti.

- 3) Dalla circostanza che le sentenze di accoglimento possono produrre l'effetto di restituire vigenza a norme precedentemente abrogate.
- 4) Dalla circostanza che alcune sentenze di accoglimento appaiono creative di diritto legislativo nuovo.

La stessa questione non si pone per le sentenze di rigetto poiché queste non sono creative di diritto. La questione se le sentenze di accoglimento siano o no fonti del diritto ha carattere concettuale. La risposta dipende dal concetto di fonte che si adotta.

Le sentenze di accoglimento non sono fonti del diritto per 2 motivi:

- 1) perché le fonti del diritto sono atti creativi di norme e quindi frutto di discrezionalità politica mentre le sentenze costituzionali hanno carattere giurisdizionale, quindi non creano ma accertano norme preesistenti.
- 2) Le fonti del diritto sono atti che innovano modificano il diritto mentre le sentenze costituzionali si limitano a dichiarare il diritto costituzionale esistente.

La tesi che risolve la questione in senso positivo si fonda sul fatto che costituisca fonte del diritto ogni atto dotato di efficacia erga omnes. Tale efficacia è diversa dalla normale efficacia delle decisioni giurisdizionali le quali producono effetti limitati al caso deciso.

. L'oggetto delle decisioni costituzionali: disposizioni o norme?

Ci si domanda se l'oggetto delle sentenze costituzionali siano le leggi, le disposizioni di leggi, o le norme? La corte ha detto che la corte giudica su norme (intese come significati) ma pronuncia su disposizioni (intese come enunciati). Ci sono però dei casi nei quali la corte non giudica su norme e non pronuncia su disposizioni. Con riferimento alle sentenze di accoglimento si fanno 3 osservazioni:

- 1) la corte non giudica su norme ma su atti normativi quando è in discussione l'invalidità formale dell'intero testo normativo.
- 2) La corte pronuncia su norme e non su disposizioni ogni volta che è in discussione l'invalidità materiale di una norma implicita non espressa da alcuna disposizione
- 3) La corte pronuncia non su disposizioni ma su norme ogni volta che formula una decisione interpretativa e manipolativa.

. Invalidità di atti, disposizioni e norme

sempre con riferimento alle sentenze di accoglimento è necessario spiegare la distinzione tra INVALIDITA FORMALE e INVALIDITA SOSTANZIALE.

Una norma, disposizione o fonte:

- 1) è formalmente valida quando è stata prodotta è stata creata a) dall'organo competente b) secondo il procedimento prescritto
- 2) è materialmente valida quando non sia incompatibile con le norme che ne limitano o predeterminano il possibile contenuto.

Per quanto riguarda la legge, l'invalidità formale non colpisce la legge ma riguarda il procedimento di formazione della legge. Per cui quando la questione di legittimità costituzionale riguarda l'invalidità formale, la decisione della corte verte direttamente sul procedimento di formazione della legge e dunque sull'intero testo normativo. Per quanto concerne l'invalidità materiale, questa colpisce la norma viziata. La legge è invalida non nella sua interezza ma solo limitatamente a quelle norme che siano incompatibili con norme costituzionali o che disciplinano oggetti riservati ad una fonte diversa.

Ci si chiede: è possibile annullare una norma senza colpire anche la disposizione o le disposizioni di cui la norma costituisce il significato?

- 1) la disposizione D è ambigua e può essere intesa in due sensi. Nel primo esprime la norma N1, nel secondo esprime la norma N2. La norma N1 è in contrasto con la costituzione, mentre la norma N2 è compatibile con la costituzione. In questo caso la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpirà la norma N1 lasciando intatta la disposizione D poiché D può essere intesa nel secondo modo.
- 2) Una disposizione D esprime due norme congiuntamente: N1 e N2. N1 è in contrasto con la costituzione mentre N2 è compatibile con la costituzione. Anche qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpirà N1 lasciando intatta la disposizione D.
- 3) La disposizione D esprime due norme, N1 e N2. Poniamo che entrambe siano in contrasto con la costituzione. In questo caso la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpirà non solo le norme ma anche la disposizione.

. Annullamento di disposizioni e annullamento di norme

La dichiarazione di illegittimità costituzionale può colpire disposizioni o norme.

- 1) illegittimità costituzionale di disposizioni. Le sentenze di accoglimento che vertono su disposizioni sono di 2 tipi: i) sentenze di accoglimento ii) sentenze di accoglimento parziale.

In primo luogo ci sono sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una disposizione nella sua totalità.

In secondo luogo ci sono sentenze che colpiscono una disposizione annullandola solo parzialmente: limitatamente a certe parole. La disposizione non perde validità nella sua interezza ma risulta mutilata. Es. La disposizione D ha la seguente struttura: se A o B allora Z. questa disposizione può essere scomposta in questo modo:

D1 – se A allora Z

D2 – se B allora Z

Se solo D1 è in contrasto con la costituzione e D2 è conforme, in questo caso la corte pronuncerà una sentenza di accoglimento parziale annullando solo una parte della disposizione.

- 2) illegittimità costituzionale di norme. Le sentenze che vertono su norme lasciando inalterate le disposizioni possono essere di diversi tipi. i) sentenze interpretative di accoglimento in senso stretto, sono sentenze che annulla non il testo ma solo una delle sue possibili interpretazioni alternative. ii) sentenze interpretative di accoglimento parziale. Sono sentenze che annullano una delle norme congiuntamente espresse da una disposizione. In questo caso il contenuto normativo della disposizione viene ridotto senza che la disposizione risulti alterata nel suo tenore letterale. iii) sentenze che annullano una norma implicita inespressa, cioè una norma che può essere ricavata dalla combinazione di una pluralità di disposizioni. Anche in questo caso non vi è alcuna disposizione che sia dichiarata invalida ma è preclusa la possibilità di manipolare le disposizioni esistenti in modo da ricavarne la norma inespressa.

. Le sentenze manipolatrici

ci sono due tipi di sentenze manipolatrici:

- 1) SENTENZE ADDITIVE – sono quelle sentenze nel cui dispositivo è dichiarata illegittima una disposizione nella parte in cui non prevede una certa cosa che dovrebbe prevedere per essere conforme a costituzione. Es. supponiamo che la norma N1 conferisca un diritto a una classe di soggetti S1 e che ometta di conferire il medesimo diritto ad una diversa classe di soggetti S2. Ammettiamo inoltre che secondo la corte, le due classi di soggetti S1 e S2 siano uguali e meritino un eguale trattamento. La norma N1 è incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza. Pertanto N1 dovrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima. In questi casi la corte non dichiara incostituzionale la norma ad essa sottoposta; la corte stabilisce che N1 è costituzionalmente illegittima nella parte in cui non estende il diritto in questione anche alla classe di soggetti S2.
- 2) SENTENZE SOSTITUTIVE – sono quelle sentenze nel cui dispositivo è dichiarata costituzionalmente illegittima una disposizione in quanto prevede una certa cosa anziché prevederne un'altra che essa dovrebbe prevedere per essere conforme a costituzione. Es. la norma N1 conferisce un potere ad un organo dello stato O1. Supponiamo che secondo la corte il potere in questione debba essere conferito non all'organo O1 ma ad un diverso organo O2. Di conseguenza N1 è in contrasto con la costituzione e dovrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima. In questi casi la corte non si limita ad annullare N1 ma stabilisce che N1 è incostituzionale nella parte in cui conferisce il potere in questione a O1 anziché a O2.

. Cenno alle sentenze di rigetto

Le sentenze di rigetto hanno ad oggetto un conflitto tra norme. Tali sentenze vertono sulla questione di legittimità costituzionale sottoposta alla corte,

questione che dichiarano infondata con effetti inter-partes. Le sentenze di rigetto si distinguono tra:

a) quelle che dichiarano l'infondatezza della questione in relazione ad una sola disposizione.

b) Quelle che dichiarano l'infondatezza della questione in relazione ad una sola norma tra quelle disgiuntamente espresse da una disposizione.

Queste sono le sentenze interpretative di rigetto. In esse la corte dichiara che una disposizione non è costituzionalmente illegittima a condizione che sia interpretata in un certo modo. La disposizione sarebbe costituzionalmente illegittima qualora fosse interpretata altrimenti. Proprio perché quella disposizione ammette almeno una interpretazione conforme a costituzione non c'è ragione di dichiararla illegittima.

PARTE QUINTA

CAPITOLO 1

CAPITOLO II CONTROVERSIE TEORICHE

. Teoria dell'interpretazione

Una teoria dell'interpretazione consiste:

- i) nel costruire un concetto di interpretazione
- ii) nella descrizione delle pratiche interpretative esistenti in qualche cultura giuridica
- iii) nell'analisi logica dei diversi tipi di enunciati interpretativi
- iv) nel distinguere diversi tipi di interpretazione
- v) nell'analisi logica dell'argomentazione dell'interpretazione
- vi) nell'analisi logica delle diverse forme e tecniche di costruzione giuridica.

. Tre teorie in competizione

si distinguono:

- 1) una teoria cognitivista secondo cui l'interpretazione è atto di conoscenza
- 2) teoria scettica secondo cui l'interpretazione è atto di volontà o decisione
- 3) teoria eclettica o intermedia tra le precedenti, secondo cui l'interpretazione è atto di conoscenza, o di decisione a seconda delle circostanze.

Queste teorie si limitano ad offrire una risposta alla domanda se l'interpretazione sia atto di conoscenza o atto di volontà. In secondo luogo l'interpretazione cui tali teorie fanno riferimento è quella giudiziale.

. La teoria cognitivista

Secondo la teoria cognitivista l'interpretazione è atto di scoperta o conoscenza del significato. La teoria cognitivista il significato deve ritenersi incorporato ai testi normativi e preconstituito all'interpretazione. Da questo punto di vista ogni testo normativo è suscettibile di una interpretazione vera ed ogni questione di diritto è suscettibile di una sola soluzione corretta. La teoria cognitivista oggi non è più condivisa.

. *Teoria scettica*

Secondo questa teoria l'interpretazione è atto di volontà. I testi normativi non hanno un unico significato oggettivo: l'attribuzione di significato ai testi normativi è frutto di decisione discrezionale degli interpreti. I giudici di ultima istanza sono liberi di attribuire ai testi normativi qualunque significato e non c'è nessuno che possa contraddire le loro decisioni interpretative.

La teoria scettica ha due varianti:

1) variante moderata: i tratti fondamentali sono:

- i) i testi normativi sono solitamente equivoci
- ii) ogni singola norma è indeterminata
- iii) ogni testo normativo ammette una pluralità di interpretazioni alternative
- iv) la vaghezza di ogni norma può essere discrezionalmente ridotta sia includendo, sia escludendo i casi dubbi e marginali
- v) l'interpretazione può essere attività cognitiva, decisoria o creativa.
- vi) Gli enunciati interpretativi cognitivi hanno valori di verità, gli enunciati decisori non possono dirsi né veri né falsi.
- vii) L'interpretazione creativa è fenomeno pervasivo e costituisce produzione di diritto nuovo
- viii) L'interpretazione giudiziale è decisoria e creativa di nuove norme.

2) variante estrema o radicale: i testi normativi non hanno alcun significato prima dell'interpretazione. Il significato non preesiste all'interpretazione ma è il suo risultato. per cui gli interpreti sono liberi di attribuire ad ogni testo normativo qualunque significato.

. *La teoria eclettica*

presenta due varianti.

- 1) prima variante-secondo la quale qls disposizione normativa è indeterminata per cui si distingue in ciascuna disposizione normativa a) un significato stabile e accettato b) una penombra di incertezza. Data una norma ci sono casi che ricadono nel campo di applicazione o che fuoriescono come pure controversie per le quali l'applicazione della norma è dubbia. Di fronte ad un caso chiaro il giudice si limita a scoprire il significato oggettivo, per contro di fronte ad un caso dubbio il giudice decide discrezionalmente il significato.

- 2) Seconda variante-la seconda versione della teoria distingue tra testi chiari e testi oscuri. Mentre la prima versione sostiene che la discrezionalità interpretativa dipende dal mondo, la seconda versione sostiene che la discrezionalità giudiziale dipende dal linguaggio delle autorità normative cioè dalla formulazione delle norme giuridiche. Quando un testo è chiaro e inequivoco, l'interpretazione è un mero atto di conoscenza del significato. Per contro quando un testo giuridico è oscuro od equivoco cioè dubbio, l'interpretazione consiste nella scelta tra più significati e pertanto è un atto di volontà. La teoria cognitivista disconosce l'esistenza di testi equivoci od oscuri che impongono all'interprete una scelta. La teoria scettica disconosce l'esistenza di testi chiari ed univoci.

. Lo statuto logico del discorso interpretativo

Ciascuna delle teorie dell'interpretazione incorpora una tesi relativa allo statuto logico degli enunciati interpretativi in astratto (T significa S) e in concreto (la fattispecie F ricade nel campo di applicazione della norma N).

- 1) secondo la teoria cognitivista, gli enunciati interpretativi sono enunciati del discorso descrittivo, veri o falsi.
- 2) Secondo la teoria scettica moderata, hanno valore di verità gli enunciati interpretativi in concreto che si riferiscono a casi chiari, ma gli enunciati interpretativi in astratto e gli enunciati interpretativi in concreto che si riferiscono a casi dubbi, non sono né veri né falsi.
- 3) Secondo la teoria scettica radicale, nessun enunciato interpretativo mai può essere vero o falso.
- 4) La prima variante della teoria eclettica sostiene che gli enunciati interpretativi in concreto possono avere o meno valori di verità secondo le circostanze: sono veri o falsi quando risolvono un caso facile; non sono né veri né falsi quando risolvono un caso dubbio.
- 5) La seconda variante della teoria eclettica sostiene che gli enunciati interpretativi in astratto possono avere o meno valori di verità secondo le circostanze: sono veri o falsi quando determinano il significato di un testo chiaro; non sono né veri né falsi quando decidono il significato di un testo equivoco.

. Sulla teoria cognitivista

La tesi che il significato è cosa preconstituita all'interpretazione è plausibile; ciò lo dimostra il fatto che si distingue tra espressioni dotate di significato ed espressioni che ne sono prive. Ma che ogni testo normativo esprima un solo significato univoco e preciso, è tesi controintuitiva e ininteressante.

- a) la tesi è controintuitiva considerando la varietà di interpretazioni cui ogni testo normativo è soggetto. Che ciascuna disposizione normativa ammetta una pluralità di interpretazioni, è cosa pacifica. Se gli enunciati interpretativi avessero valori di verità, data la pluralità di enunciati

interpretativi diversi, uno solo di essi sarebbe vero mentre i rimanenti sarebbero falsi.

- b) La tesi è ininteressante per la ragione seguente. Ammettiamo che egli enunciati interpretativi abbiano valori di verità e supponiamo che un organo competente a determinare il significato di un certo testo formuli un enunciato interpretativo falso e su di esso si fonda una decisione. Ebbene, siffatta decisione sebbene fondata su una falsa interpretazione, produrrebbe gli effetti giuridici suoi propri. La falsità dell'interpretazione sarebbe giuridicamente irrilevante. La tesi che gli enunciati interpretativi hanno valori di verità è ammissibile. Ma come si può fondare la tesi che gli enunciati interpretativi abbiano valori di verità? L'unico modo è addurre una teoria che chiarisca ciò che il significato è. La teoria del significato dei testi giuridici non può essere diversa dalla ricostruzione della pratica attribuzione del significato propria degli operatori giuridici. Per cui la teoria del significato giuridico coincide con la teoria dell'interpretazione giuridica.

. Sulla teoria scettica

la tesi che l'interpretazione sia decisione del significato, può avere due varianti. Può essere intesa nel senso che prima dell'interpretazione non esista alcun significato, oppure nel senso che prima dell'interpretazione non ne esista uno solo.

TESI SCETTICA RADICALE-nessun significato prima dell'interpretazione. Se non esiste alcun significato prima dell'interpretazione allora ogni interpretazione è creativa del significato, ossia della norma. Ma se qualunque interpretazione crea una norma, diventa impossibile distinguere tra diversi tipi di interpretazione (tra int. decisorie e int. creative). L'interpretazione consiste non nell'attribuire ad un testo normativo qls significato ma nell'attribuire un significato ammesso dagli usi linguistici, dai metodi interpretativi in suo, dalla dogmatica esistente. Gli organi dell'applicazione possono attribuire ai testi normativi qualunque significato. Ciò non vuol dire che sempre e cmq essi facciano genuina interpretazione: a volte decidono un significato dentro la cornice dei significati ammissibili; altre volte creano una norma nuova. Alcuni sembrano contestare la legittimità della distinzione tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria. Il nocciolo della tesi realista è che l'interpretazione decisoria è un atto discrezionale: atto di volontà non di conoscenza.

. Sulla teoria eclettica

entrambe le varianti della teoria eclettica destano perplessità.

- i) la prima variante della teoria eclettica richiama l'attenzione sulla vaghezza del significato, ma restano fuori dal suo orizzonte i fenomeni di equivocità. La prima variante della teoria eclettica trascura i problemi dell'interpretazione in astratto, cioè dell'identificazione delle norme ovvero di risoluzione dell'equivocità dei testi normativi. La teoria in esame sembra supporre che

ogni testo normativo incorpori una norma oggettivamente identificabile attraverso l'interpretazione letterale. da questo punto di vista i giudici hanno discrezionalità nella decisione di casi concreti, difficili che cadono nell'area di penombra del campo di applicazione della norma. Concludendo: se è vero che ogni testo normativo incorpora molteplici significati, allora è vero che l'interpretazione giudiziale consiste in una scelta fra tali significati.

- iii) la seconda variante della teoria eclettica ammette l'equivocità dei testi normativi, sostenendo che tale equivocità dipenda dal modo in cui i testi sono formulati. Si fanno 2 osservazioni:
 - 1) la chiarezza di un testo segue l'interpretazione cioè un testo è chiaro solo dopo averlo interpretato.
 - 2) Il significato dei testi è instabile: anche ammesso che un testo abbia un significato chiaro, il medesimo testo può diventare oggetto di controversie interpretative fino ad allora inesistenti. Tutti i documenti normativi sono equivoci. Ma se tutti i testi normativi sono equivoci, allora l'interpretazione giudiziale esige una scelta tra significati confliggenti. E l'enunciato che esprime questa scelta ha carattere decisorio.

CAPITOLO III CONTROVERSIE IDEOLOGICHE

. L'ideologia dell'interpretazione

Per ideologia si intende un discorso valutativo e o prescrittivo dell'interpretazione. L'ideologia dell'interpretazione può assumere 2 forme:

- 1) a volte consiste nell'elaborare regole, direttive o metodi di corretta interpretazione e costruzione giuridica destinati a guidare il lavoro degli interpreti e dei giudici.
- 2) Altre volte consiste nel valutare ex post la correttezza dell'una o dell'altra interpretazione, costruzione giuridica o decisione giurisdizionale.

. Le due opposizioni fondamentali

la storia delle dottrine dell'interpretazione è attraversata da 2 opposizioni fondamentali:

- 1) l'opposizione tra una dottrina letteralistica e una dottrina intenzionalistica
- 2) l'opposizione tra una dottrina statica e una dinamica.

Ciascun membro della prima coppia può combinarsi con uno dei membri della seconda dando luogo a varianti ulteriori.

. Letteralismo contro intenzionalismo.

Secondo la dottrina intenzionalistica i testi normativi devono essere intesi alla lettera. La dottrina intenzionalistica sostiene che ai testi normativi si debba dare il significato conforme alla intenzione dell'autorità normativa. Spesso però

l'autorità normativa o costituente non è un organo monocratico e questo crea problemi.

. Statica e dinamica

la dottrina statica prevede che il prodotto dell'interpretazione sia stabile, cioè che a ciascun testo normativo sia attribuito sempre il medesimo significato; insomma non si mutino orientamenti interpretativi.

La dottrina dinamica incoraggia all'opposto gli interpreti a cambiare l'interpretazione dei testi normativi così da adattare il diritto a nuove circostanze. La dottrina dinamica favorisce l'interpretazione evolutiva. Questa non è una tecnica interpretativa ma il prodotto dell'interpretazione.

. Combinazioni: due varianti della dottrina letteralistica

la dottrina letteralistica può combinarsi con la dottrina statica o con la dottrina dinamica dando vita a due distinte versioni del letteralismo.

- i) combinata con la dottrina statica, la dottrina letteralistica produce una prima variante secondo la quale ai testi normativi si deve attribuire significato letterale storico, cioè quello che avevano all'epoca in cui furono redatti ed approvati.
- ii) Combinata con la dottrina dinamica, la dottrina letteralistica dà luogo all'idea che ai testi normativi si debba attribuire il significato letterale che assumono nel momento in cui sono interpretati.

. Combinazioni: due varianti della dottrina intenzionalistica

anche questa dottrina può combinarsi con la dottrina statica o con la dottrina dinamica dando vita a due distinte versioni dell'intenzionalismo.

- i) combinata con la dottrina statica, la dottrina intenzionalistica produce quel modo di vedere secondo il quale ai testi normativi si deve attribuire il significato corrispondente all'intenzione dell'autorità normativa.
- ii) Combinata con la dottrina dinamica, la dottrina intenzionalistica dà luogo a quel modo di vedere secondo cui l'intenzione delle autorità normative non è data una volta per tutte, ma si evolve adattandosi al mutare delle circostanze.

. Altri orientamenti dottrinali

Ci sono altri orientamenti dottrinali che non sono riconducibili ai precedenti e sono:

-equità v. legalità – la dottrina della legalità è 'analogo giuridico di una dottrina morale che si chiama UNIVERSALISMO. La dottrina della legalità sostiene che i casi sottoposti alle corti, incluse le corti costituzionali, devono essere risolti in conformità a norme generali, e le norme devono essere uniformemente applicate a tutti i casi che ricadono nel loro campo di applicazione. ciò significa che i giudici devono applicare il diritto e non violarlo.

La dottrina della legalità raccomanda ai giudici di non applicare le norme generali senza tener conto delle circostanze del singolo caso concreto, ma di ricercare per ogni caso loro sottoposto, la soluzione giusta: la giustizia del caso concreto. Per fare ciò è necessario scartare l'interpretazione letterale ed interpretare i testi restrittivamente introducendo nelle norme delle eccezioni implicite. Lo strumento tipico per scartare l'interpretazione letterale è la tecnica della dissociazione. La dottrina dell'equità invita i giudici a privilegiare lo scopo della norma.

. Judicial restraint v. judicial activism

queste sono due dottrine molto discusse nella letteratura statunitense.

- i) la dottrina del judicial restraint – della limitazione giudiziale – I giudici costituzionali non devono invadere la competenza del potere legislativo. Ciò avviene quando i giudici esercitano sulle leggi un controllo di legittimità costituzionale troppo penetrante. Per cui una legge deve essere dichiarata incostituzionale quando contraddice la costituzione in modo evidente.
- ii) La dottrina del judicial activism, cioè dell'attivismo giudiziale, si ispira all'idea che i giudici costituzionali abbiano il dovere di proteggere i diritti costituzionali dei cittadini contro il legislatore. Al contrario della precedente dottrina, questa è connessa a quel modo di vedere a quel modo di vedere secondo cui il diritto costituzionale è un insieme di norme completo: i principi costituzionali sono capaci di disciplinare qualunque materia o fattispecie possibile. Per cui nel diritto costituzionale non c'è alcuno spazio vuoto nel quale il legislatore possa liberamente decidere ciò che vuole.