

Teoria
dei
sistemi giuridici

Teorie sulla giuridicità

Teoria normativistica vs. teoria istituzionalistica

- Spiegare il diritto solo con il diritto.
 - Eliminare dall'analisi giuridica tutti gli elementi pre-giuridici e non giuridici.
- Il diritto è il gruppo sociale organizzato.
 - *Ubi societas ibi ius;*
ubi ius ibi societas.

Teoria normativistica del diritto

- Il diritto si esaurisce nelle norme.
- La «dottrina pura del diritto» di Hans Kelsen vuole liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei: la "purezza" sta nell'espungere dal campo dell'analisi giuridica tutto ciò che non è validamente posto secondo le norme sulla produzione del diritto, tutto ciò che appartiene ad una sfera pre-giuridica o non giuridica.
- Tentativo di ridurre il problema della validità dell'ordinamento giuridico ad un problema di legalità, escludendo qualunque criterio di legittimità.
- Dottrina non ideologica e a-valutativa, che esclude ogni riferimento ai valori e pone al centro dell'analisi l'essere e non il dover essere.
- Il diritto è un ordinamento normativo del comportamento umano, un sistema di norme che regolano comportamenti umani.
- La norma è uno schema qualificativo di un fatto; il fatto viene trasformato in atto giuridico o anti-giuridico attraverso la norma (se A, allora B, dove A è il fatto, l'oggetto, il comportamento e B è la sua qualificazione giuridica).

- L'ordinamento viene concepito come una costruzione a gradi (*stufenbau*), una gerarchia di norme, un insieme di norme regolanti (superiori) che costituiscono il fondamento di validità di norme regolate (inferiori).
- Il fondamento di validità di una norma può essere cercato solo in un'altra norma, perché l'obiettivo è spiegare il diritto solo con il diritto.
- Il problema della teoria kelseniana: la ricerca del fondamento di validità di una norma non può proseguire all'infinito...
- ... e la soluzione della *Grundnorm* (la norma fondamentale), una norma presupposta – non posta – come ultima e suprema; non una norma esistente, ma un mero presupposto logico, una condizione di pensabilità dell'ordinamento in termini giuridici puri.
- La *Grundnorm* è il fondamento di validità della Costituzione e può essere formulata così: «E' valida la Costituzione effettiva».
- La dottrina pura non nega l'esistenza di una realtà costituzionale fatta di rapporti politici che precede la norma fondamentale, ma ritiene che questa realtà politica debba restare fuori dalla scienza del diritto.

Teoria istituzionalistica del diritto

- L'istituzionalismo critica la pretesa del normativismo di fare della norma giuridica l'elemento primario del diritto.
- Il diritto deve essere collegato invece al gruppo sociale, ad ogni gruppo sociale, non solo allo Stato, poiché ciascun gruppo sociale crea un proprio ordinamento giuridico.
- Il concetto di "istituzione" per Santi Romano: un ente o corpo sociale più o meno stabilmente organizzato, dunque una organizzazione sociale.
- 1) Il diritto non si esaurisce in un complesso di norme;
2) il diritto è l'istituzione stessa;
3) per istituzione si intende il gruppo sociale organizzato.

- Se le equazioni sono:
 - a) il diritto è istituzione
 - b) l'istituzione è il gruppo sociale organizzato,
il risultato del sillogismo sarà:
 - c) il diritto è il gruppo sociale organizzato.
- Il concetto di diritto deve ricondursi al concetto di società:
ubi societas, ibi ius;
ubi ius, ibi societas.

INFLUENZA DEL CONTRATTUALISMO SUL COSTITUZIONALISMO

Locke: costituzionalismo anglosassone
(rivoluzione americana 1776)

Rousseau: costituzionalismo francese o di ispirazione giacobina
(rivoluzione francese 1789)

Si ispira a **principi liberali**.
Prevale il momento liberale della garanzia delle libertà.

Si ispira a **principi democratici**.
Prevale il momento democratico, la garanzia di partecipazione alla formazione della volontà comune.

Principio della **supremazia della costituzione**, concepita giusnaturalisticamente come tavola di valori, sulla legge e conseguente **rigidità costituzionale**.

Principio della sovranità del Parlamento e della **centralità della legge** quale espressione della volontà generale.
Pari-ordinazione della legge alla costituzione e conseguente **flessibilità costituzionale**.

Esistono in natura diritti inalienabili: lo stato viene creato non per consentire la nascita dei diritti, ma la protezione dei diritti naturali e preesistenti.

Esistono in natura diritti inalienabili, ma la garanzia è rinviata alla legge. Lo stato è la condizione necessaria perché i diritti nascano.

I diritti trovano fondamento in una sfera pre-giuridica. Sono una realtà che precede la legge e da garantire rispetto ad essa.

I diritti sono un compito da realizzare per il legislatore.

Lo stato e le leggi sono fondati sui diritti dell'uomo, non viceversa.

I diritti si fondano sullo stato e sulle leggi.
Libertà e diritti sono ciò che la legge dello stato vuole che siano.
La forza della legge diviene la stessa cosa della forza dei diritti.

Diffidenza verso inclinazioni moniste, che rendano perno del sistema un solo centro di decisione politica.
Pluralismo istituzionale.

Centralità dell'Assemblea.
Forte idea di unità e indivisibilità: tendenza al centralismo politico ed amministrativo.

L'attività giurisdizionale è un'attività di produzione del diritto.

Idea del giudice come *bouche de la loi*, semplice applicatore del diritto.

Legge sottoposta al controllo dei giudici:
il sindacato di costituzionalità delle leggi.

Legge sottratta al controllo dei giudici.

MODELLI DI CONTROLLO DI COSTITUZIONALITA'

Costituzione rigida	<i>Judicial review of constitutionality of legislation</i>	Controllo implicito nelle norme costituzionali che determinano rigidità costituzionale	Controllo diffuso (tutti i giudici)	Controllo formale e sostanziale	Efficacia limitata al caso concreto (disapplicazione <i>inter partes</i>)	Paesi di <i>common law</i>	Instaurazione incidentale del giudizio (iniziativa diffusa)
	Modello accentratore kelseniano - <i>Verfassungsgerichtsbarkeit</i>	Controllo esplicitamente previsto in costituzione	Controllo accentrato (organo <i>ad hoc</i>)	Controllo formale e sostanziale	Efficacia <i>erga omnes</i> (eliminazione della norma: annullamento o abrogazione)	Paesi di <i>civil law</i>	Instaurazioni del giudizio in via principale ma anche incidentale (iniziativa accentrata e contaminazione e con quella diffusa)
Costituzione flessibile		Controllo implicito nel fatto che la produzione normativa è disciplinata da norme che la rendono validamente possibile	Controllo diffuso (tutti i giudici)	Controllo solo formale			

TIPOLOGIA DI VIZI DI COSTITUZIONALITA'

VIZIO DI COSTITUZIONALITA'	Formale	Violazione delle norme costituzionali relative al procedimento (norme costituzionali sulla produzione)	Es.: artt. 70 ss. art. 138
	Sostanziale	Violazione di tutte le altre norme costituzionali (norme costituzionali di produzione)	Tutte le norme costituzionali che non sono norme sulla produzione

GARANZIE POSTE A PRESIDIO DELLA COSTITUZIONE

FORMA SCRITTA	rigidità in senso lato (non in senso tecnico)	prima forma di garanzia	costituzioni flessibili
PROCEDIMENTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE	rigidità in senso stretto	garanzia alla seconda potenza	costituzioni rigide
PREVISIONE DI UN CONTROLLO DI COSTITUZIONALITA'	"irrigidimento della rigidità"	garanzia alla terza potenza garanzia della garanzia	costituzioni rigide

Caratteri del potere costituente:

- straordinarietà
- irripetibilità o non ripristinabilità
- consumazione *uno actu*

Parti della costituzione

Parte essenziale - c.d. «super- costituzione»	Comprende i fondamenti ultimi, i principi informatori della costituzione: <ul style="list-style-type: none">• diritti dei singoli• separazione dei poteri	parte imm modificabile (limite alla revisione costituzionale)
Parte strumentale	Comprende le tecniche e gli strumenti per la realizzazione di quei principi informatori	parte modificabile

LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE

Limiti alla revisione costituzionale (c.d principi supremi della costituzione)	ESPLICITI		art. 139 Cost.
	IMPLICITI	logici	art. 138 Cost. art. 134 Cost.
		articoli in stretta relazione con l'art. 139 Cost.	art. 1 Cost.
		principi indispensabili per poter definire democratico un ordinamento politico	Es.: <ul style="list-style-type: none">• istituti della democrazia politica• diritti politici• diritti inviolabili (art. 2 Cos.)• diritti di libertà (art. 13 ss. Cost.)• principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)

Sindacabilità delle leggi

Leggi ordinarie	sindacabili per vizio di costituzionalità	formale
		sostanziale
Leggi costituzionali (leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali ex art. 138 Cost.)	sindacabili per vizio di costituzionalità	formale
		sostanziale, ma limitatamente ai principi costituzionali supremi (v. sent. n. 1146/1988 Cost cost.)

Procedimento di revisione costituzionale: testo art. 138 Cost.

1. Doppia deliberazione di ciascuna Camera a distanza non inferiore a 3 mesi (comma 1)
2. Approvazione a maggioranza assoluta nella seconda deliberazione (comma 1)
3. Sottoposizione a referendum popolare quando, entro 3 mesi dalla pubblicazione, ne facciano domanda:
 - 1/5 dei membri di una Camera
 - 500.000 elettori
 - 5 Consigli regionali (comma 2)
4. Non si fa luogo a *referendum* se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna Camera a maggioranza di 2/3 dei componenti (comma 3)

Procedimento di revisione costituzionale ex art. 138 Cost.:
analisi

Doppia deliberazione di ciascuna Camera a distanza non inferiore a 3 mesi.

approvazione a **maggioranza di 2/3 dei componenti di ciascuna Camera nella seconda deliberazione**

approvazione a **maggioranza assoluta nella seconda deliberazione**

**promulgazione
pubblicazione**

pubblicazione

sottoposizione a referendum popolare quando, entro 3 mesi dalla pubblicazione, ne facciano domanda:

- **1/5 dei membri di una Camera**
- **500.000 elettori**
- **5 Consigli regionali**

**in caso di esito referendario favorevole, promulgazione
pubblicazione**

Procedimento di revisione costituzionale ex art. 138 Cost.: caratteristiche

- **AGGRAVAMENTO PROCEDURALE:** prolungamento nel tempo del procedimento (le doppie deliberazioni)
- **AGGRAVAMENTO DELLE MAGGIORANZE:** richiesta di un consenso politico di maggiore ampiezza rispetto all'adozione di una legge ordinaria (maggioranza dei 2/3 o quanto meno assoluta)
- **FASE EVENTUALE DEL REFERENDUM COSTITUZIONALE:** commistione di istituti di democrazia rappresentativa e diretta nel procedimento

LA REVISIONE NELLE COSTITUZIONI RIGIDE

LIMITI SOSTANZIALI	di tempo	
	di circostanza	
	di contenuto	espliciti
		impliciti
LIMITI PROCEDURALI Revisione costituzionale	affidata ad Assemblea costituita <i>ad hoc</i>	
	affidata ad Assemblea legislativa con aggravamenti procedurali	<ul style="list-style-type: none">• procedure aggravate• maggioranze qualificate
	affidata nella fase di iniziativa ad Assemblea legislativa, cui segue il suo scioglimento e l'approvazione ad opera della nuova Assemblea	
	con partecipazione degli stati membri	
	affidata ad Assemblea legislativa sanzionata da referendum...	<ul style="list-style-type: none">• obbligatorio• eventuale

Tipologia di norme costituzionali

Norme ad efficacia diretta	sono idonee a regolare in maniera diretta concrete fattispecie		es. artt. 32 e 36 Cost.
Norme ad efficacia indiretta	necessitano di essere attuate attraverso una ulteriore attività normativa (<i>interpositio legislatoris</i>)	norme organizzative	...il problema dell'inattuazione costituzionale...
		norme di principio	
		norme programmatiche	

Il fenomeno dell'inattuazione costituzionale in Italia

Le vicende relative all'attuazione di :

1. Corte costituzionale
2. referendum abrogativo
3. regionalismo

Composizione Corte costituzionale

(art. 135.1 Cost.)

- 5 giudici nominati dal Presidente della Repubblica
- 5 giudici eletti dal Parlamento in seduta comune
- 5 giudici eletti dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa

Tipologia degli atti del Presidente della Repubblica

Atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi	Il contenuto è voluto e predisposto dal Governo	Es.: <ul style="list-style-type: none">- decreti-legge- decreti legislativi- regolamenti governativi
Atti formalmente e sostanzialmente presidenziali	Il contenuto è voluto e predisposto dal Presidente della Repubblica	Es.: <ul style="list-style-type: none">- nomina dei 5 giudici della Corte cost.- nomina di 5 senatori a vita- rinvio al Parlamento di una legge- messaggi
Atti complessi	Il contenuto è voluto e predisposto congiuntamente sia dal Presidente della Repubblica che dal Governo	Es.; <ul style="list-style-type: none">- nomina del Presidente del Consiglio- scioglimento delle Camere

EFFETTI DEI RISULTATI ELETTORALI SULL'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE NEI PRIMI ANNI DELLA REPUBBLICA

	RISULTATI ELETTORALI		EFFETTI SULL'ATTUAZIONE COSTITUZIONALE
1946 Assemblea costituente	DC (35,2%) + UQ (5,3 %)	40,5%	Bilanciamento centro e sinistre Incertezza sull'esito delle future elezioni Clima dialogico e collaborativo
	PCI (18,9%) + PSI (20,7%)	39,6%	
1948 1 legislatura	DC (48,5%) + PARTITI D'AREA	57%	Vittoria clamorosa della DC Congelamento dei rapporti politici Ostruzionismo di maggioranza Congelamento dell'attuazione costituzionale Dal 1950 in poi, <i>conventio ad excludendum</i>
	PCI + PSI	31%	
1953	Legge truffa: premio di maggioranza del 65% dei seggi alla Camera alla lista o gruppo di liste collegate che avesse ottenuto il 50% dei voti		
1953 2 legislatura	DC (40%) +PSDI +PLI + PRI	49,8%	La DC non riesce a prendere il premio di maggioranza Questo crea un clima più mite e dialogico Inizio del <<disgelo costituzionale>>
	PCI (22,6%) + PSI (12,7%)	35,3%	
1958 3 legislatura	DC (42,4%) + PARTITI D'AREA	51,9%	
	PCI (22,7%) + PSI (14,2)	36,9%	
1960 4 legislatura	DC	38,3%	1° governo di centro-sinistra (dci + psi): 1963 Mutamento clima politico Il <<disgelo costituzionale>>
	PSI	13,8%	
	PCI	25,3%	

Norme costituzionali di principio

- Natura dei principi → natura essenzialmente **implicita**: surplus, eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello delle comuni norme giuridiche; contenuto eccedente anche rispetto alla loro possibile formulazione in una disposizione.
- Distinzione tra principi e regole
- Attività di concretizzazione dei principi: *interpositio legislatoris*
- Funzioni dei principi:
 - ermeneutica-interpretativa
 - programmatica
 - integrativa o normogenetica
- Composizione dei principi → il bilanciamento
 - il controllo di ragionevolezza del giudice costituzionale

- Norme organizzative → devono essere attuate
- Norme di principio → devono essere concretizzate
- Norme programmatiche → devono essere perseguite

Il fondamento del sistema delle fonti: legittimità e legalità

COSTITUZIONE	MATERIALE	→ l'insieme dei rapporti politico-sociali fondamentali di fatto in un certo contesto storico-geografico (vigente di fatto)
	FORMALE	→ regole create per ordinare, organizzare e condizionare quei rapporti politico-materiali di fatto

(criterio di) VALIDITA'	(sub specie di) LEGITTIMITA'	→ rapporto di coerenza e di adeguatezza con la costituzione materiale (con i rapporti vigenti nella sfera della costituzione materiale)	→ vale solo per le fonti che non hanno sopra di sé altre fonti sulla produzione
	(sub specie di) LEGALITA'	→ adeguatezza delle singole fonti ai criteri posti per la produzione del diritto da norme sulla produzione	→ vale solo per le fonti sub costituzionali (con l'eccezione delle fonti fatto)

Legittimità ed effettività. Legalità ed efficacia.

F O N T I	MATERIALI (asistematiche o <i>extra ordinem</i>)	Non riconducibili al sistema formale di produzione del diritto (si manifestano al di fuori delle regole di produzione del diritto)	Congruenza coi rapporti vigenti nella sfera delle costituzione materiale	VALIDITA' – LEGITTIMITA'	EFFETTIVITA' (= efficacia di fatto)	Legittimità ed efficacia vanno sempre di pari passo	Se sono effettive sono legittime (e viceversa)	
	FORMALI (sistematiche)	Riconducibili al sistema formale delle fonti del diritto (si manifestano in conformità alle regole sulla produzione del diritto)	Adeguatezza ai criteri posti dalle norme sulla produzione	VALIDITA' – LEGALITA'	EFFICACIA	Legalità ed efficacia NON vanno sempre di pari passo	Possano essere valide	ed efficaci
								ed inefficaci
						Possano essere invalide	ed inefficaci (invalidità-nullità)	e (provvisoriamente) efficaci (invalidità-annullabilità)

Invalidità - illegalità

INVALIDITA' – ILLEGALITA'	Invalidità – nullità (inesistenza giuridica)	→ inefficacia
	Invalidità - annullabilità	→ efficacia in via provvisoria (fino ad annullamento o ad eliminazione delle cause di invalidità)

Fonti atto e fonti fatto

FONTI	ATTO	<ul style="list-style-type: none">• Manifestazione di volontà di un soggetto• L'atto normativo produce indirettamente e mediatamente la norma• <i>Ius scriptum</i> (tendenzialmente)
	FATTO	<ul style="list-style-type: none">• Alcun rilievo è dato ad elementi volutaristici e soggettivi• Il fatto normativo produce direttamente ed immediatamente una norma• <i>Ius non scriptum</i>

FATTI NORMATIVI TIPICI E ATIPICI

FATTI NORMATIVI <i>(extra ordinem</i> in senso lato)	TIPICI	Usi (e consuetudine)	<ul style="list-style-type: none">• Art. 1 disp. prel. c.c.
		Rinvio (mobile o non ricettizio)	<ul style="list-style-type: none">• Art. 10 Cost.• L. n. 218/1995(diritto internazionale privato)
	ATIPICI <i>(extra ordinem</i> in senso stretto)	<ul style="list-style-type: none">• Colpo di stato• Rivoluzione• Necessità• Consuetudine <i>contra legem</i>	

Rapporti validità - efficacia

Rapporti validità - efficacia	fatto	valido ed efficace (nel senso di effettivo)
	atto	valido ed efficace
		valido ed inefficace
		invalido – annullabile ed efficace (provvisoriamente)
		invalido – nullo ed inefficace

RINVIO

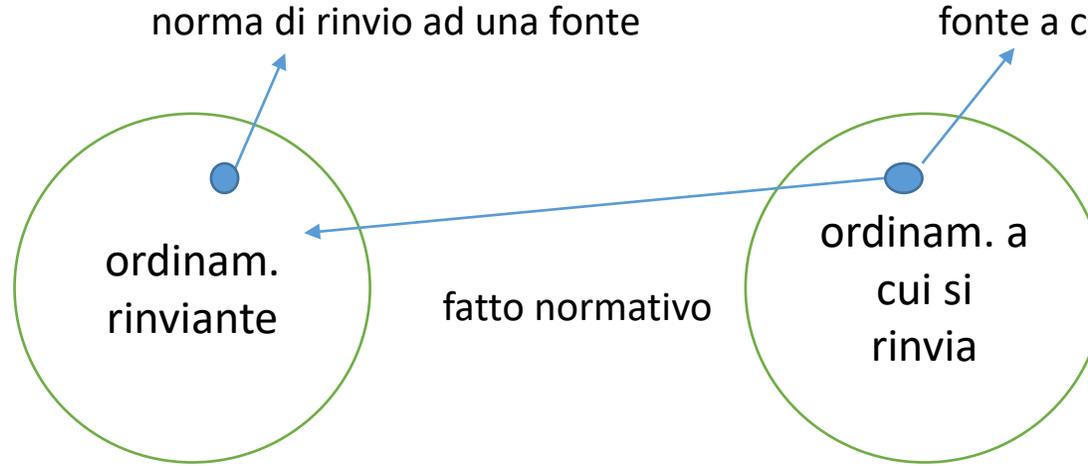
R I N V I O	MOBILE	non recettizio	rinvio alla fonte	rinvio alla fonte stessa dell'ordinamento esterno	dà rilevanza a tutte le norme che la fonte è in grado di produrre e alle modifiche che queste subiscono	adattamento automatico	<ul style="list-style-type: none"> • norme di diritto internazionale generalmente riconosciute • diritto internazionale privato 	FONTI FATTO
	FISSO	recettizio	rinvio alla disposizione	rinvio a disposizioni che vengono riprodotte nell'ordinamento interno	comporta una sorta di incorporazione della disposizione oggetto di rinvio nella disposizione rinviante	adattamento speciale	<ul style="list-style-type: none"> • ordine di esecuzione dei trattati internazionali 	FONTI ATTO

Adattamento al diritto internazionale

Adattamento al diritto internazionale	automatico	opera in maniera continuativa	opera con una norma dell'ordinamento interno di rinvio alla fonte di produzione dell'ordinamento internazionale	rinvio mobile (alla fonte)
	speciale	opera di volta in volta	opera attraverso il c.d. ordine di esecuzione (per trattati self-executing)	rinvio fisso (alle disposizioni)
			opera attraverso una legge di esecuzione (per trattati non self-executing)	non è un rinvio

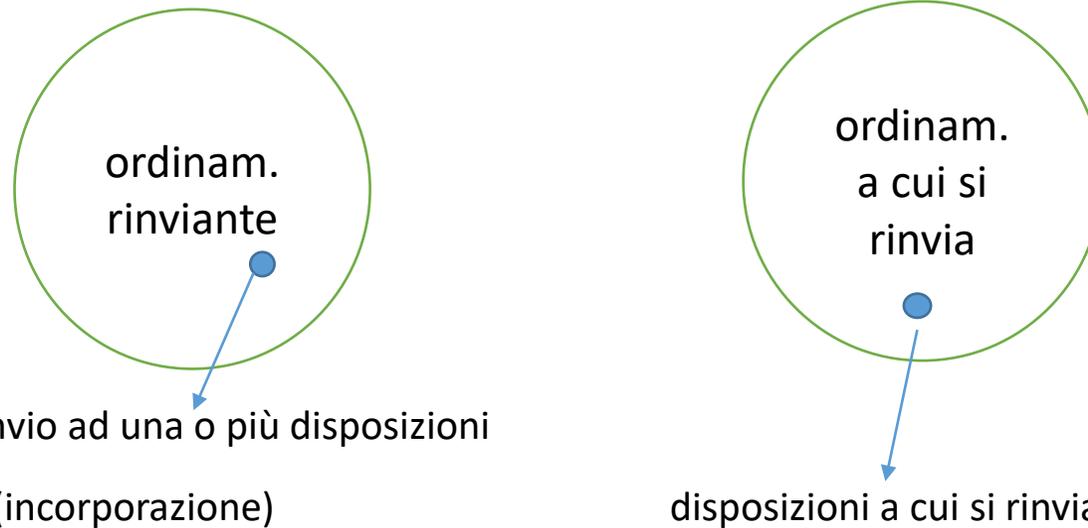
Rinvio

Rinvio mobile



Fonte della norma è la fonte dell'ordinamento a cui si rinvia

Rinvio fisso



Fonte della norma è la disposizione dell'ordinamento rinviante di riferimento

Interpretazione: il medio tra disposizione e norma

- Fonte atto → disposizione → interpretazione → norma
(doppia mediazione)

- Fonte fatto → norma
(assenza di mediazione)

Criteri di interpretazione

- Criterio logico
- Intenzione del legislatore (art. 12 disp. prel. c.c.)
- Interpretazione evolutiva

FONTI-ATTO

- **Legislazione**

→ si esprime nella legge

→ proviene da organi che esprimono la rappresentanza popolare

- **Decretazione**

→ forma residuale della normazione attizia

Evoluzione dei sistemi delle fonti

'800

'900

1° grado

costituzione
flessibile

legge

2° grado

regolamento

usi e
consuetudini

Rango ultra-primario

costituzione rigida

legge costituzionale

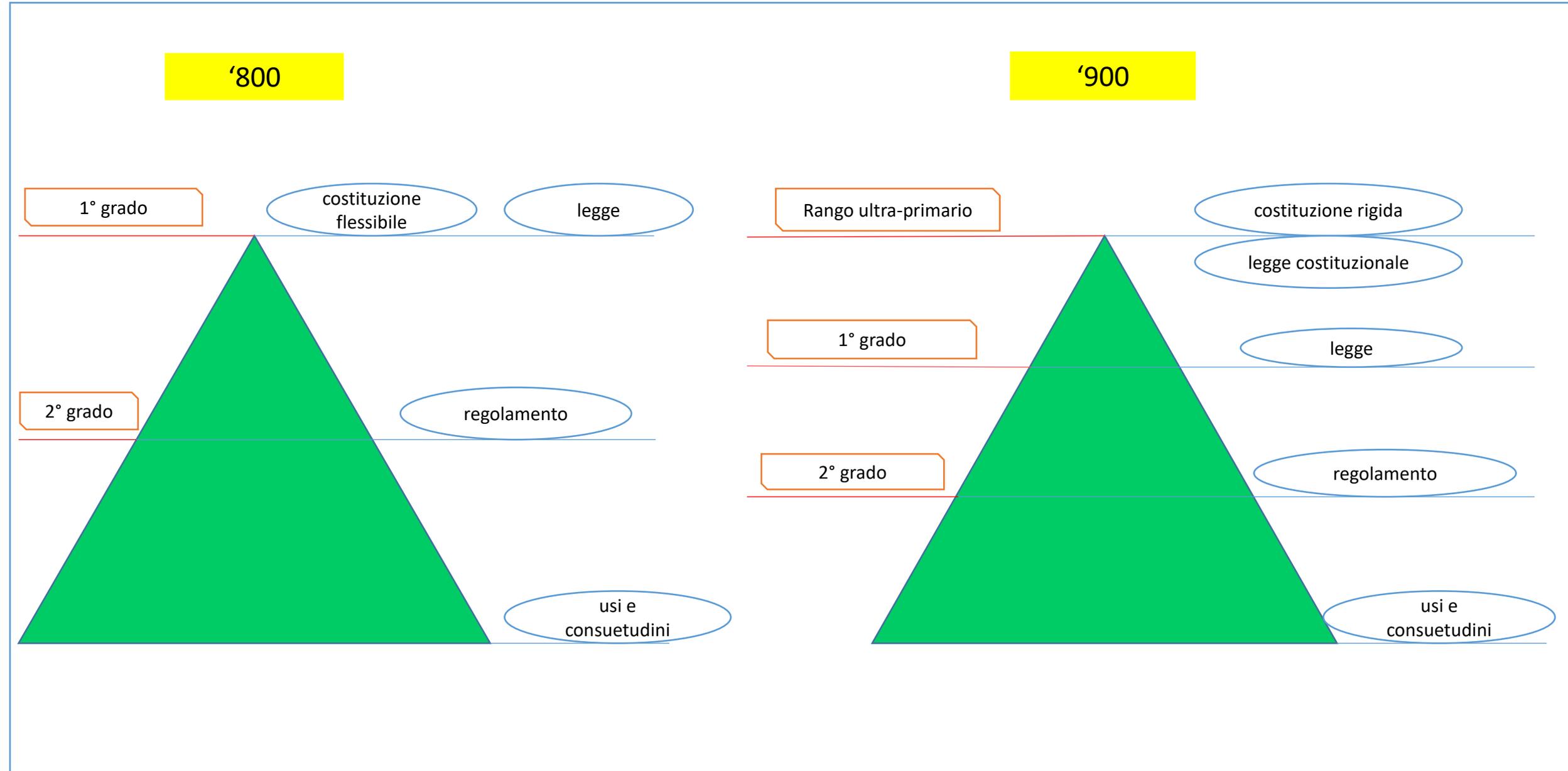
1° grado

legge

2° grado

regolamento

usi e
consuetudini



Tipologia regolamenti governativi

- Regolamenti esecutivi (art. 17.1 lett.a) l.n. 400/88)
- Regolamenti attuativi (art. 17.1 lett.b) l.n. 400/88)
- Regolamenti integrativi (art. 17.1 lett.b) l.n. 400/88)
- Regolamenti indipendenti (art. 17.1 lett.c) l.n. 400/88)
- Regolamenti di delegificazione (art. 17.2 l.n. 400/88)
- Regolamenti di organizzazione (art. 17.1 lett.d) l.n. 440/88)

FONTI ATIPICHE

La relativizzazione del principio della tipicità della forma e della forza della legge avviene attraverso la previsione di:

- a) fonti equivalenti alla legge, dal punto di vista della forza, ma non riconducibili alla forma della legge;
- b) leggi «a forma specializzata» per la regolamentazione di determinate materie;
- c) leggi maggiormente resistenti alla abrogazione di quanto non lo siano le leggi in generale (c.d. leggi rinforzate sul lato passivo);
- d) leggi maggiormente efficienti nella abrogazione di precedenti fonti legislative (c.d. leggi rinforzate sul lato attivo).

Fonti atipiche: esempi

- Modificazioni territoriali: artt. 132.2 e 133.1 Cost.
- Rapporti Stato – confessioni acattoliche: art. 8.3 Cost.
- Modifiche ai Patti Lateranensi accettate dalle due parti: art. 7.2 Cost.
- Condizione giuridica dello straniero: art. 10.2 Cost.
- Legge di amnistia e indulto: art. 79.1 Cost.
- Leggi ex art. 75.2 Cost: leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e indulto, di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali
- Leggi di approvazione di bilanci e consuntivi: art. 81 Cost.
- Leggi che godono di riserva di Assemblea (art. 72.4 Cost.): leggi in materia costituzionale ed elettorale, di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi.

Le tesi sulle fonti atipiche:
rapporto tra regola ed eccezione o
reciproca atipicità di tutti gli atti legislativi?

Rapporto tra regola ed eccezione	Esistenza del paradigma della legge quale atto dotato di una forma e una forza tipiche.	Le fonti atipiche sono fonti con caratteri di eccezionalità rispetto al paradigma dell'atto legislativo caratterizzato da una forma e una forza tipiche.	Sistemi ancora prevalentemente impostati al criterio gerarchico	Zagrebel'sky
Reciproca atipicità di tutti gli atti legislativi	Revocata in dubbio l'idea che la legge formale costituisca davvero un paradigma.	Le fonti primarie si trovano tutte in un rapporto di reciproca eccezionalità.	Sistemi in cui è oramai prevalso il criterio di competenza	Esposito Modugno Sorrentino

SISTEMI STATICI E DINAMICI

SISTEMA STATICO



deduttivo

Le norme si deducono le une dalle altre partendo da una o più norme originarie di carattere generale, sono collegate fra loro come le proposizioni di un sistema deduttivo



CRITERIO MATERIALE
DI VALIDITA'



Ordinamenti morali

SISTEMA DINAMICO



non deduttivo

Le norme derivano le une dalle altre in virtù di successive delegazioni di potere, non attraverso il contenuto, ma attraverso l'autorità che le ha poste.



CRITERIO FORMALE
DI VALIDITA'



Ordinamenti giuridici

Significati di sistema normativo nella filosofia del diritto

Primo significato



deduttivo

tutte le norme del sistema sono derivabili da alcuni principi generali del diritto



ordinamento del diritto naturale

Secondo significato



induttivo

si parte dal contenuto di singole norme per costruire concetti sempre più generali



classificazione

Terzo significato



impossibilità di coesistenza di norme incompatibili



principio di esclusione di incompatibilità tra norme



rapporto di compatibilità tra norme

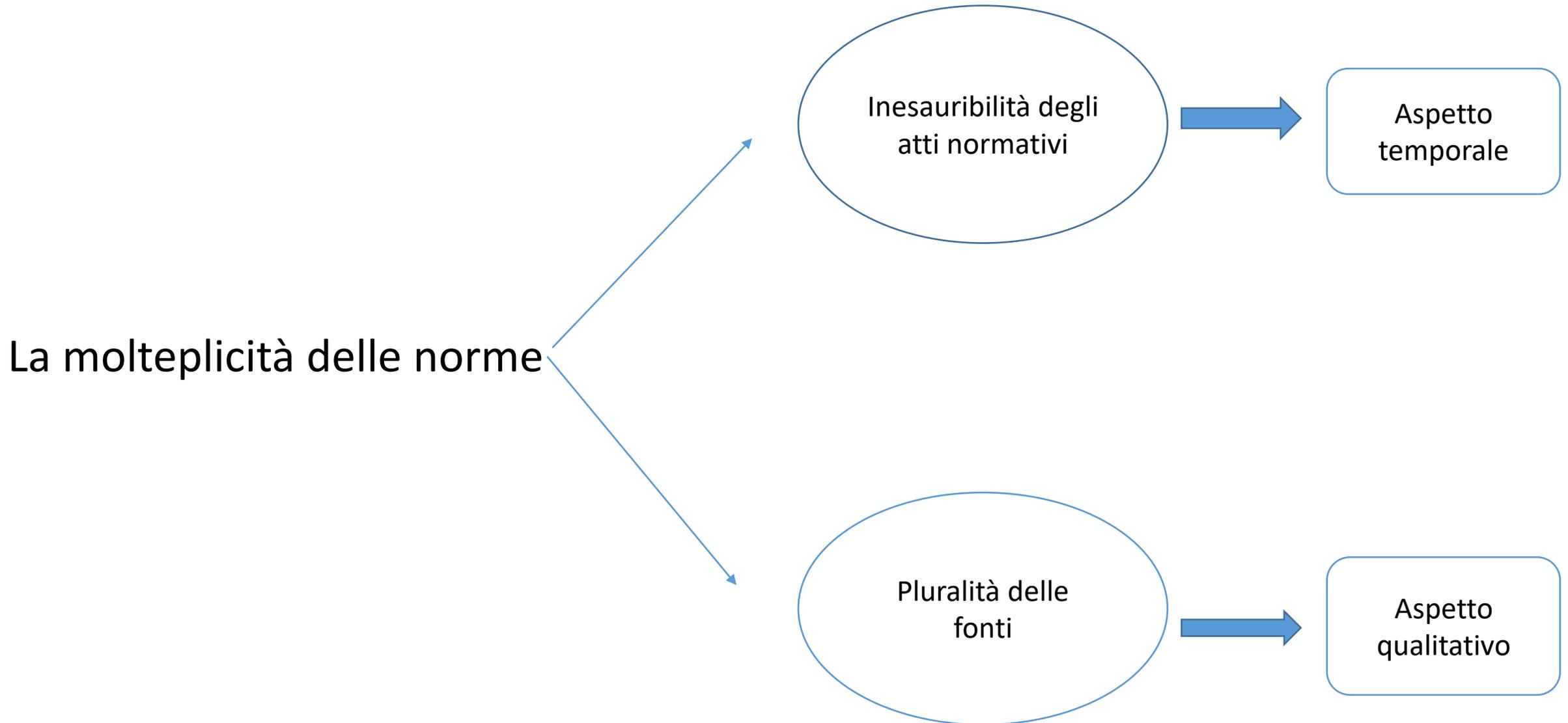


COERENZA

COERENZA

- **Mancaza di antinomie**, di conflitti logici, di incompatibilità tra norme.
- Relazione tra norme grazie alla quale l'insieme diventa **sistema**.

Antinomie giuridiche e coerenza



...a proposito della molteplicità delle fonti...

- Costituzione
- Leggi di revisione costituzionale
- Leggi costituzionali
- Convenzioni e consuetudini costituzionali
- Leggi ordinarie
- Decreti legge
- Decreti legislativi
- Referendum abrogativi
- Fonti comunitarie
- Regolamenti parlamentari
- Statuti regionali
- Leggi regionali
- Leggi provinciali
- Regolamenti governativi
- Regolamenti ministeriali
- Regolamenti interministeriali
- Regolamenti regionali
- Statuti provinciali
- Regolamenti provinciali
- Statuti comunali
- Regolamenti comunali
- Consuetudini

ANTINOMIE

- I conflitti tra norme sono detti **ANTINOMIE** (*αντι-νομοι*, opposizione di leggi, di regole).
- L'antinomia è la situazione di **incompatibilità** tra due norme che pongono conseguenze giuridiche diverse e incompatibili per una medesima fattispecie, per cui l'applicazione dell'una esclude l'applicazione dell'altra.
- La coerenza non è una qualità dell'ordinamento in atto, ma un obiettivo da realizzare, un fine che deve essere raggiunto nel momento dell'applicazione.
- Le antinomie esistono e sono tollerate al momento della produzione giuridica, ma devono essere eliminate nel momento dell'applicazione.
- Le antinomie intercorrono tra norme e non tra disposizioni.

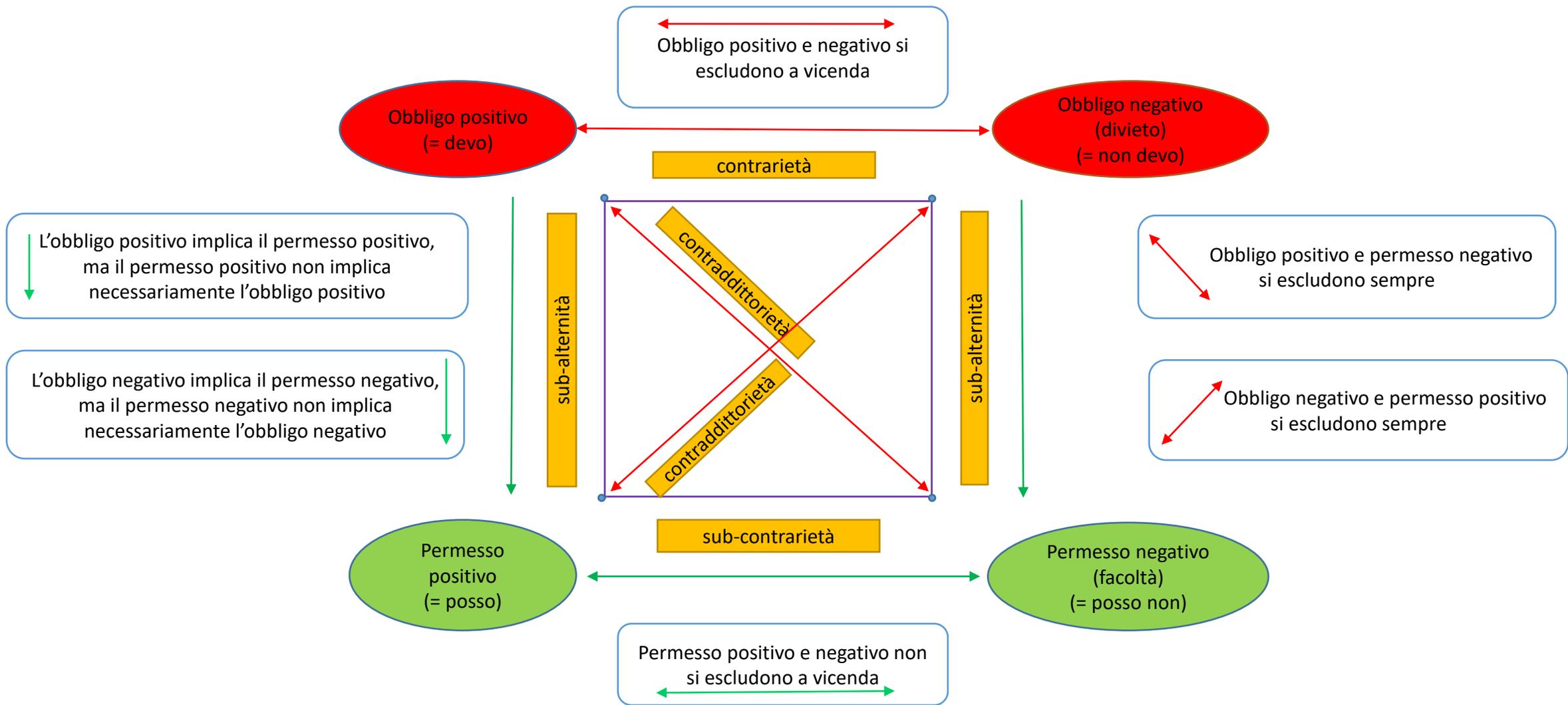
Condizioni per il verificarsi delle antinomie

- Occorre che entrambe le norme siano giuridiche
- Occorre che si tratti di norme entrambe vigenti
- Occorre che le due norme appartengano allo stesso ordinamento o ad ordinamenti collegati tra loro da un rapporto di coordinazione o di subordinazione
- Deve trattarsi di norma che abbiano lo stesso ambito di validità sotto il profilo spaziale, temporale, personale e materiale

Classificazione delle antinomie

- Con riferimento al diverso atteggiarsi dei modi deontici
- Con riguardo all'ambito di validità delle norme
- Secondo il regime giuridico della fonte

Classificazione delle antinomie sulla base dei modi deontici



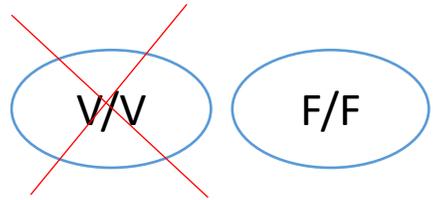
Legenda:
V = applicabile
F = non applicabile

incompatibilità

le norme non possono essere entrambe vere (cioè applicabili)

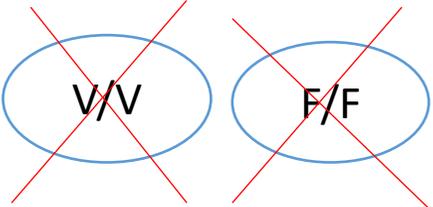
nasce il problema dell'ANTINOMIA

contrarietà



rapporto di incompatibilità

Contraddittorietà

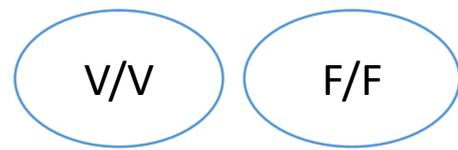


rapporto di alternatività

compatibilità

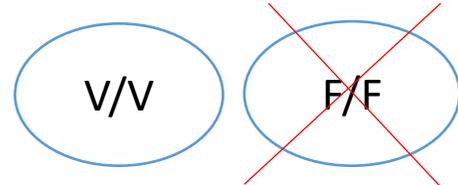
le norme possono essere entrambe vere (cioè applicabili)

subalternità



rapporto di implicazione

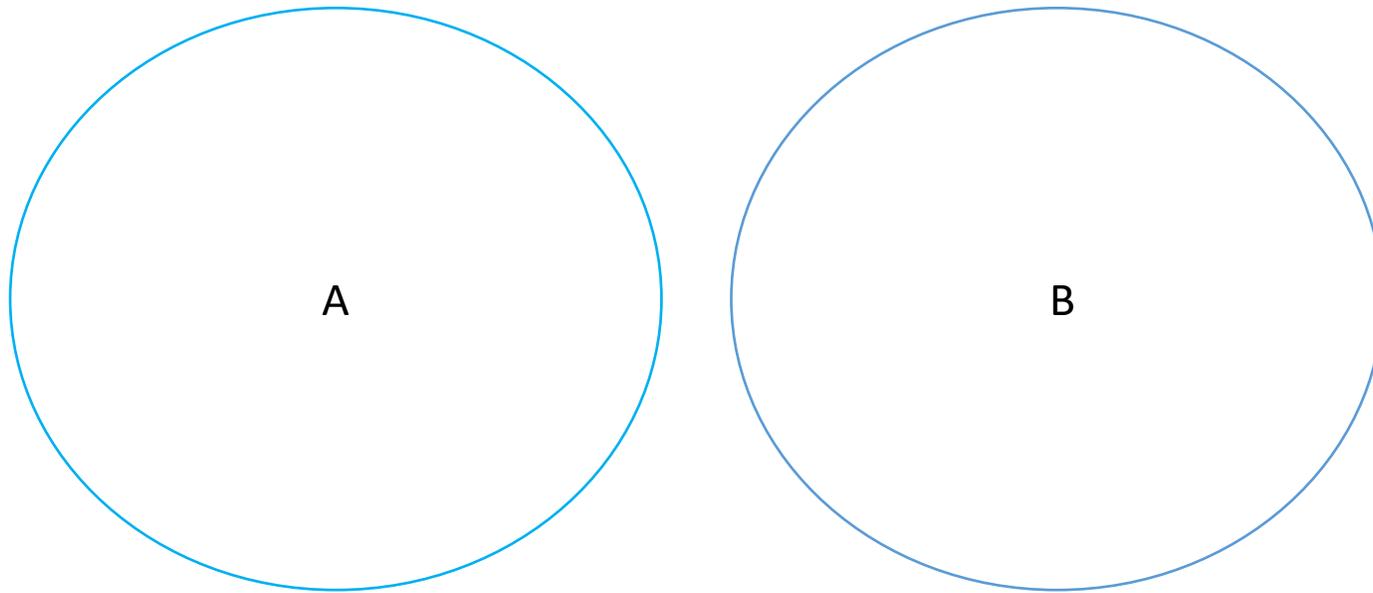
Subcontrarietà



rapporto di disgiunzione

Classificazione delle antinomie con riguardo all'ambito di validità delle norme

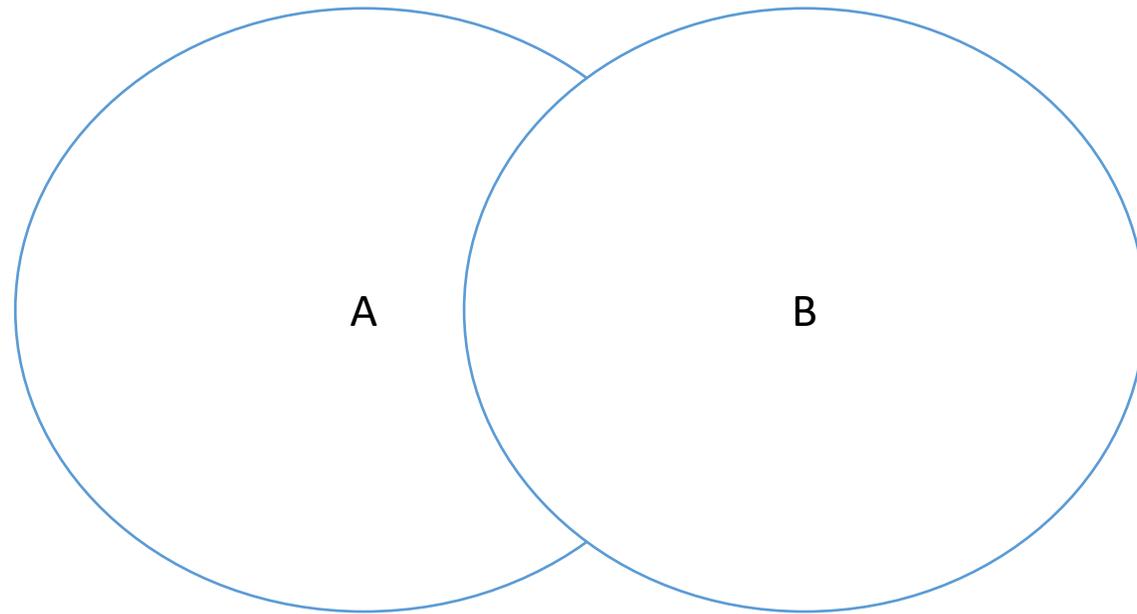
1. Antinomia totale –totale



A. E' vietato fumare

B. E' prescritto fumare

2. Antinomia parziale – parziale

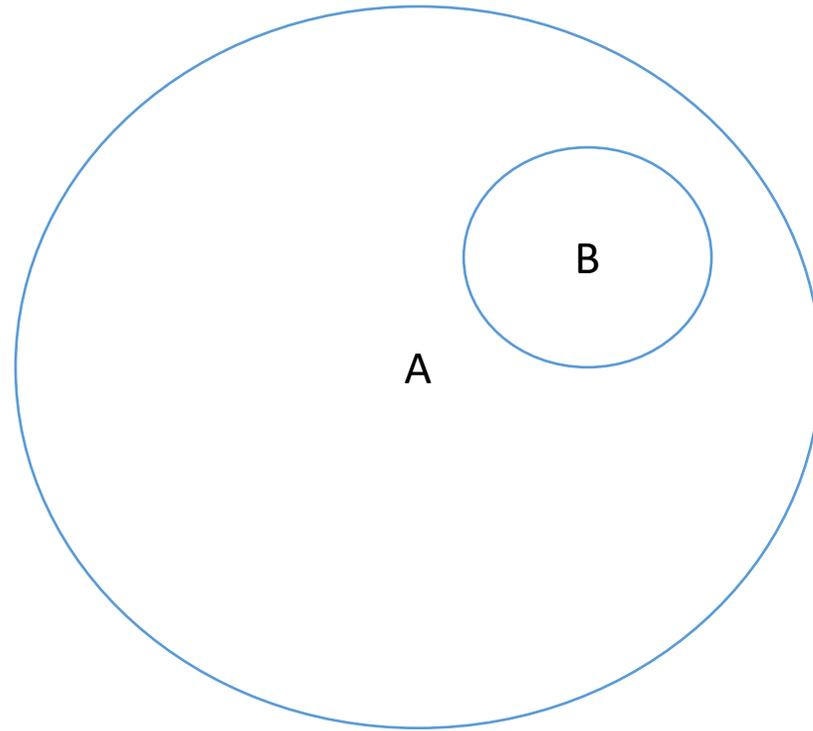


A. E' vietato fumare la sigaretta e il sigaro

B. E' permesso fumare la sigaretta e la pipa

3. Antinomia totale –parziale

(antinomia tra una norma generale e una speciale)



A. E' permesso fumare

B. E' vietato fumare il sigaro

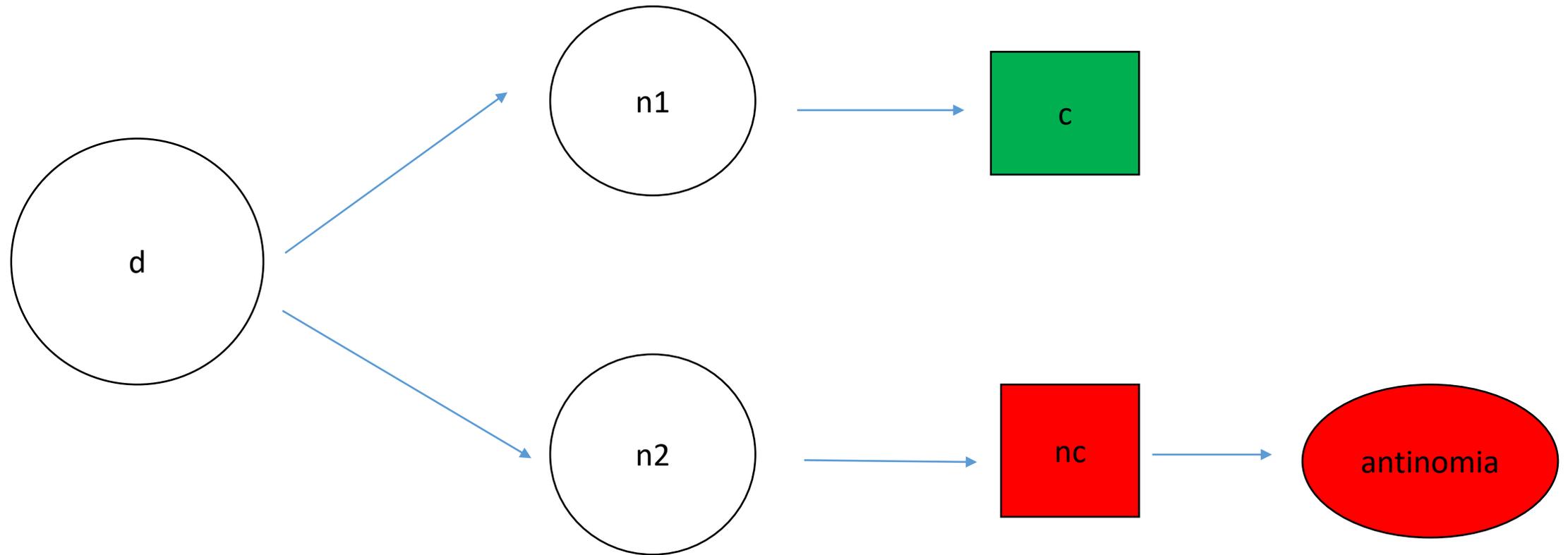
Classificazione delle antinomie sulla base del regime giuridico delle fonti coinvolte

- Aa. contigue: tra norme appartenenti ad uno stesso testo normativo (es. la stessa legge)
- Aa. congeneri: tra norme provenienti da atti normativi appartenenti alla stessa classe di fonti (es. norme di due leggi ordinarie statali)
- Aa. omogenee: tra norme provenienti da fonti pari-ordinate gerarchicamente e con il medesimo ambito di competenza (es. tra una norma di legge statale e una norma di decreto legislativo)
- Aa. eterogenee gerarchicamente: tra norme poste da fonti in differente collocazione gerarchica (es. una norma di legge ordinaria statale e una norma di regolamento governativo)
- Aa. eterogenee nella competenza: tra norme poste da fonti con differente sfera di competenza (es. tra norma di legge statale ordinaria e norma di regolamento parlamentare)

Criteria solutori utilizzabili in ragione del tipo di antinomia

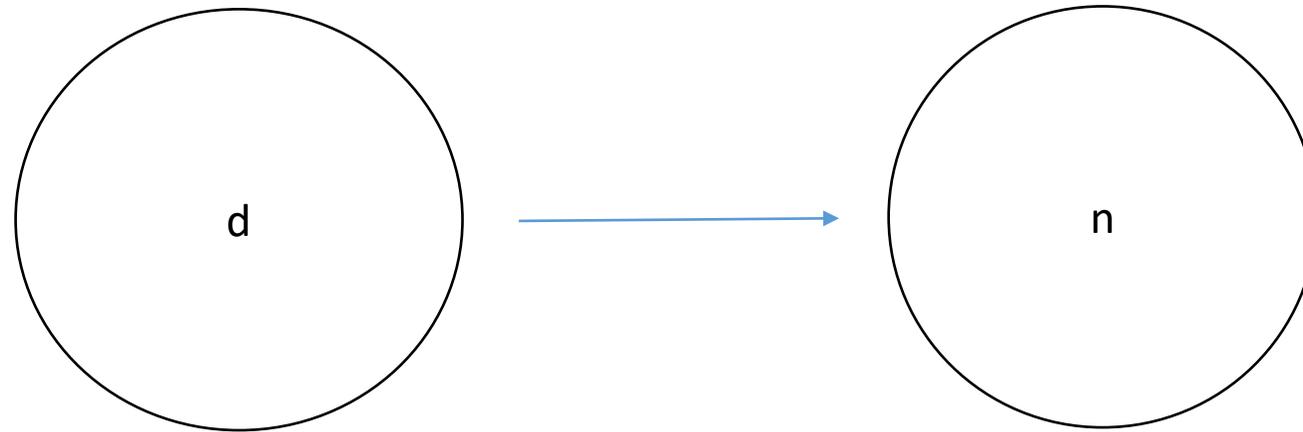
Antinomie contigue	Via interpretativa Criterio di specialità
Antinomie congeneri	Criterio cronologico Criterio di specialità
Antinomie omogenee	Criterio cronologico Criterio di specialità
Antinomie eterogenee gerarchicamente	Criterio gerarchico
Antinomie eterogenee nella competenza	Criterio di competenza

Interpretazione adeguatrice



Rapporto di derivazione tra disposizioni e norme

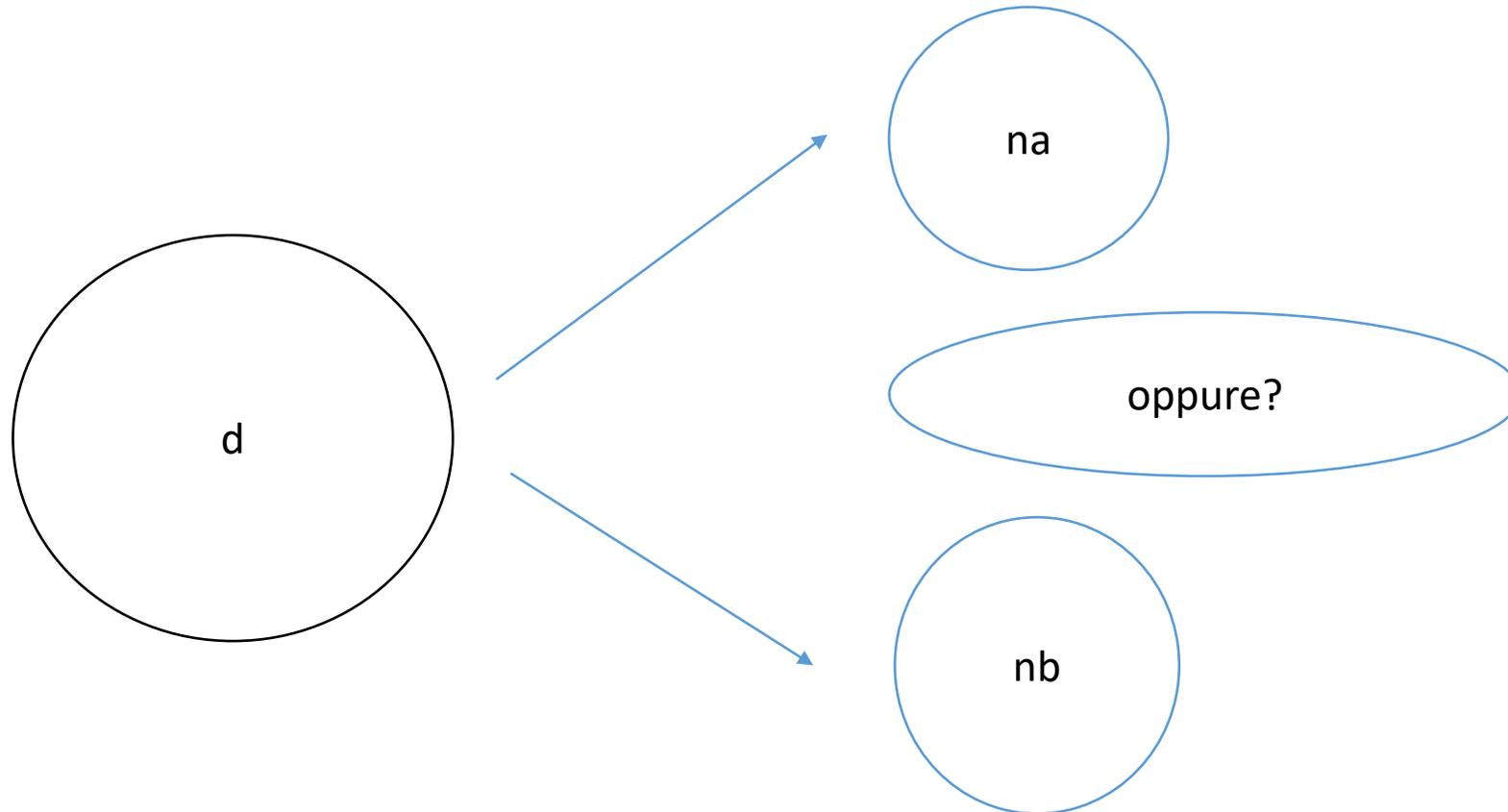
Rapporto di derivazione chiaro e univoco



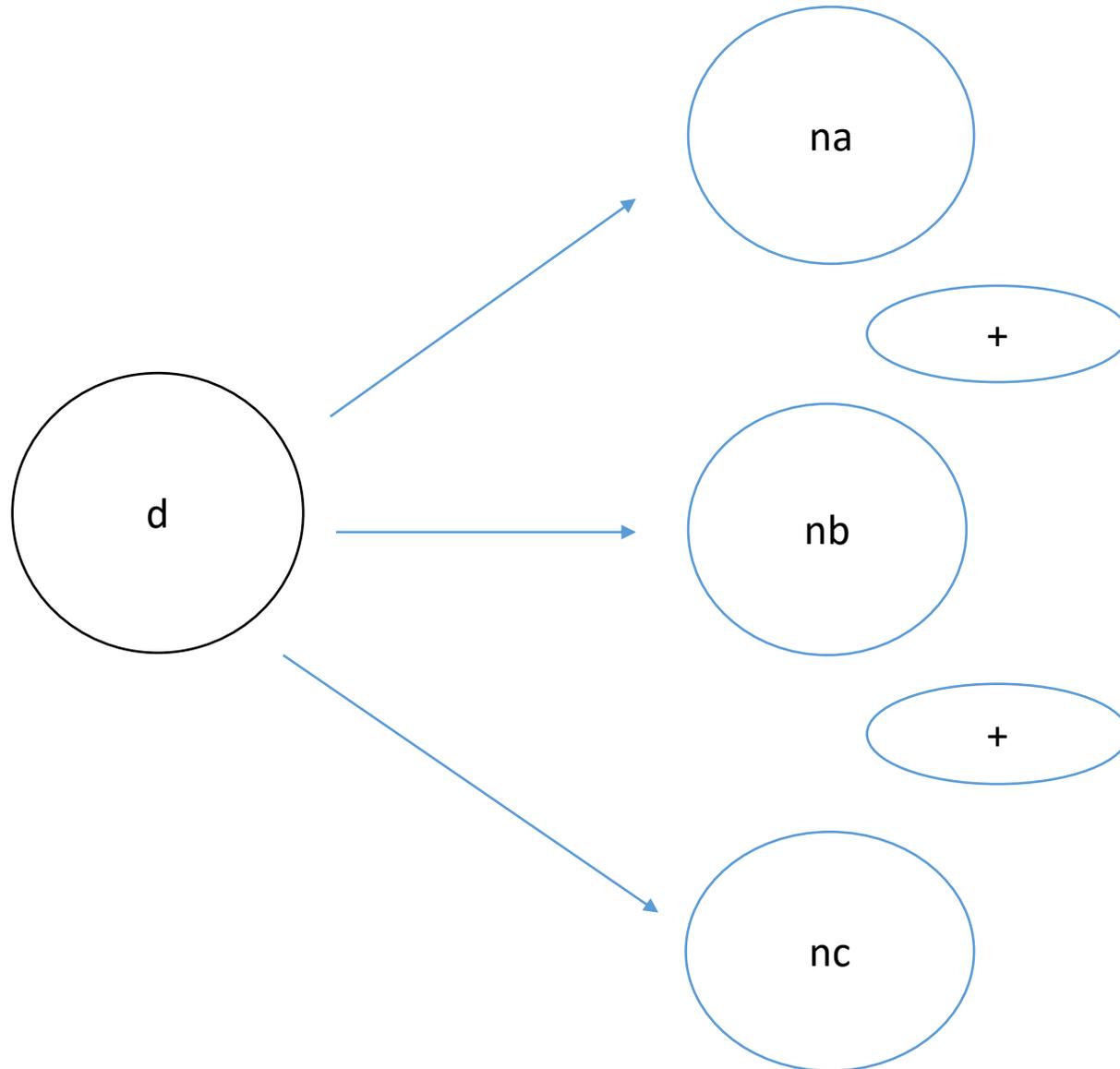
Rapporto di derivazione ambiguo.

A) Da una disposizione derivano più norme:

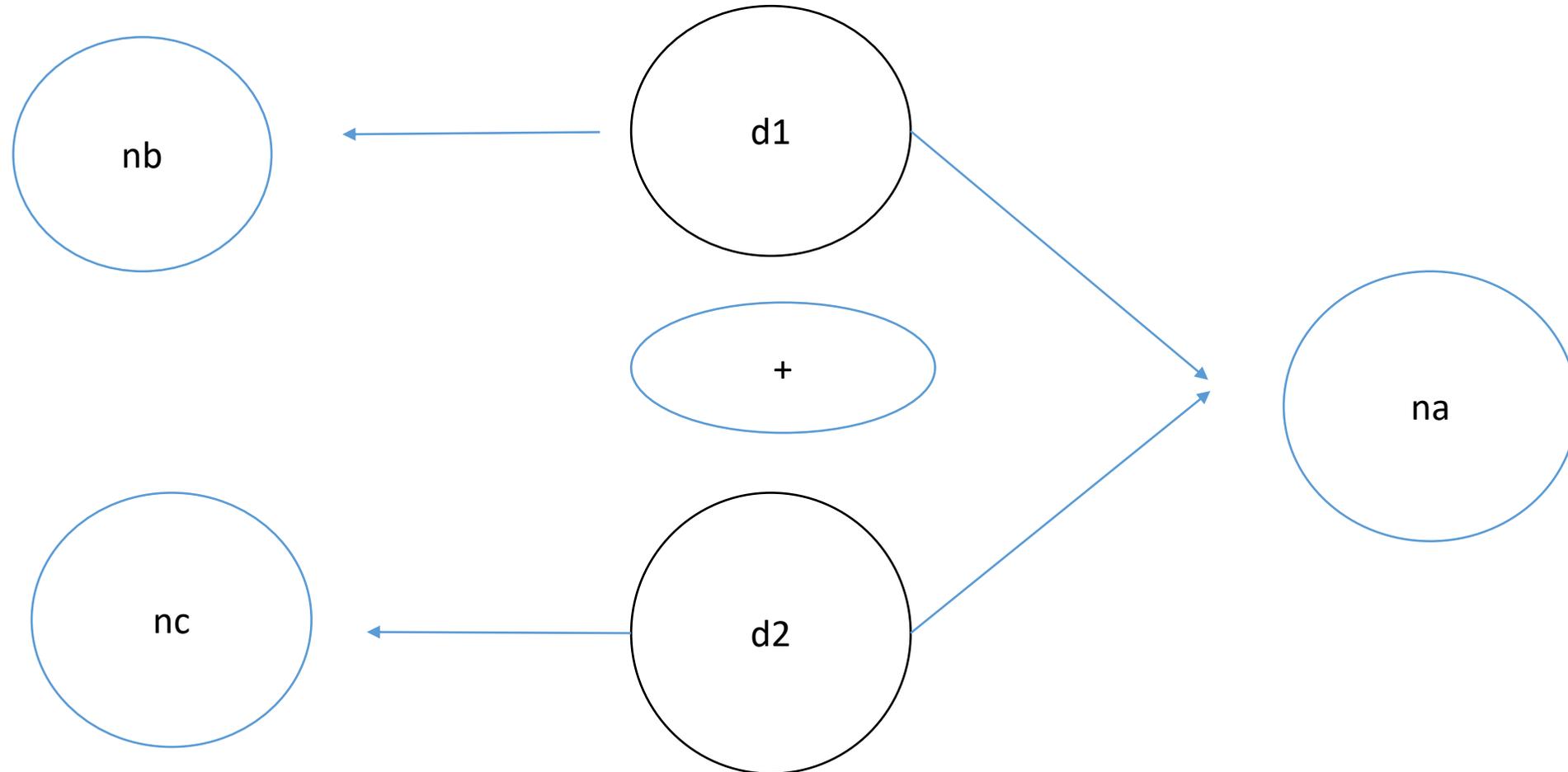
1. disposizione dubbia, oscura, equivoca

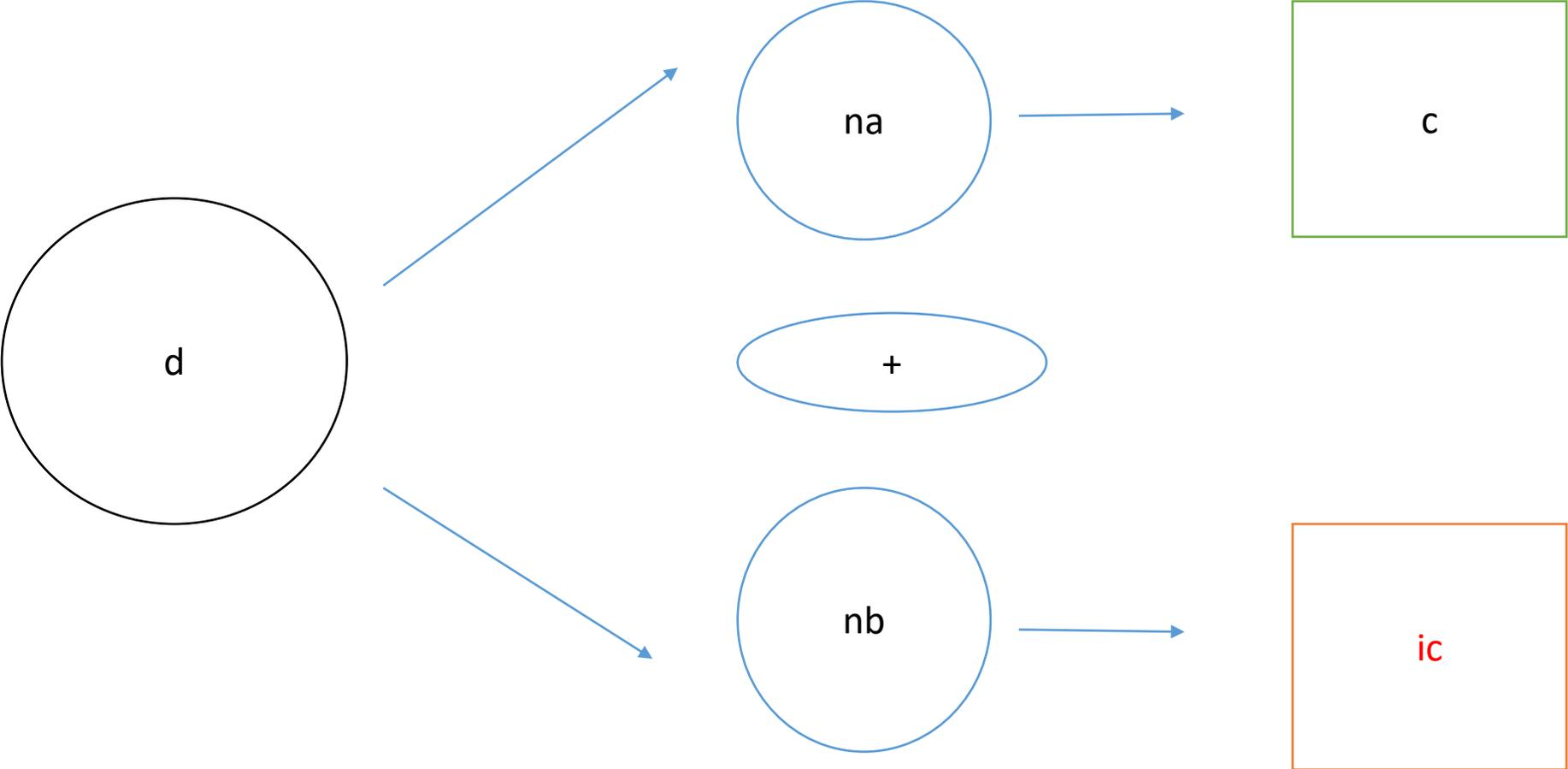


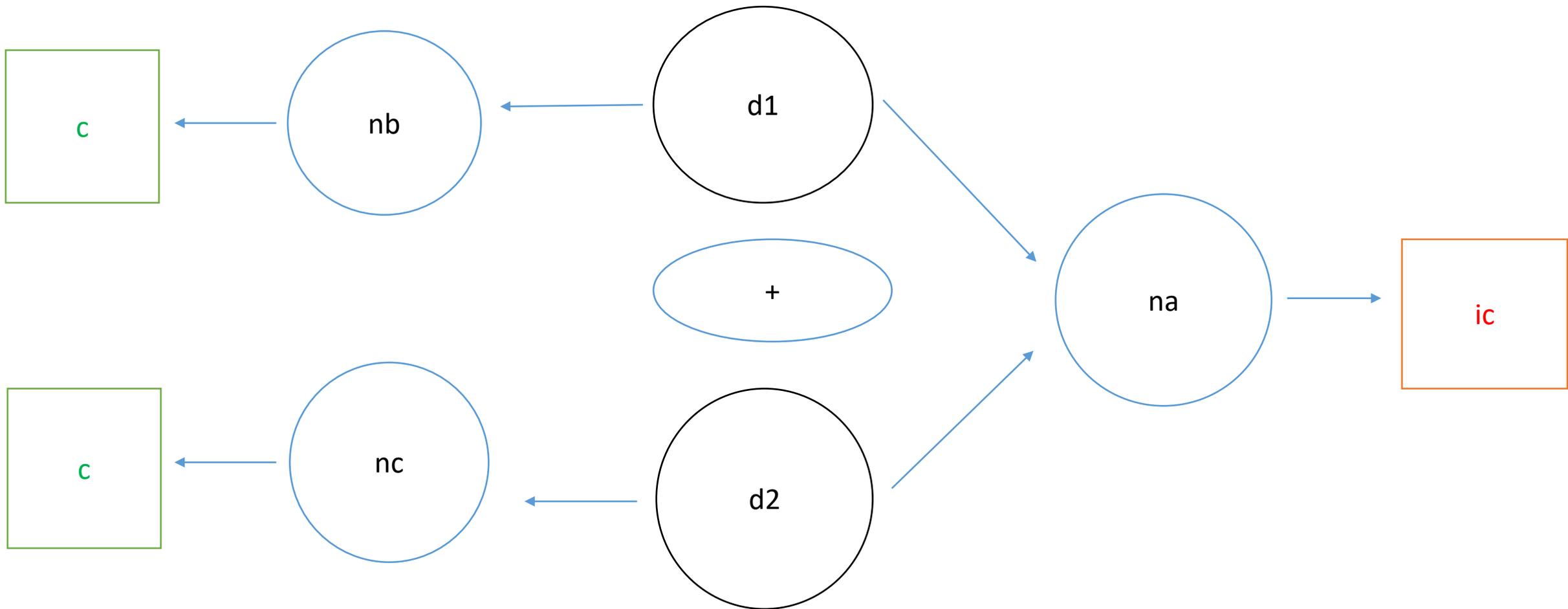
2. disposizione complessa



B) La norma deriva da più disposizioni (combinato disposto)



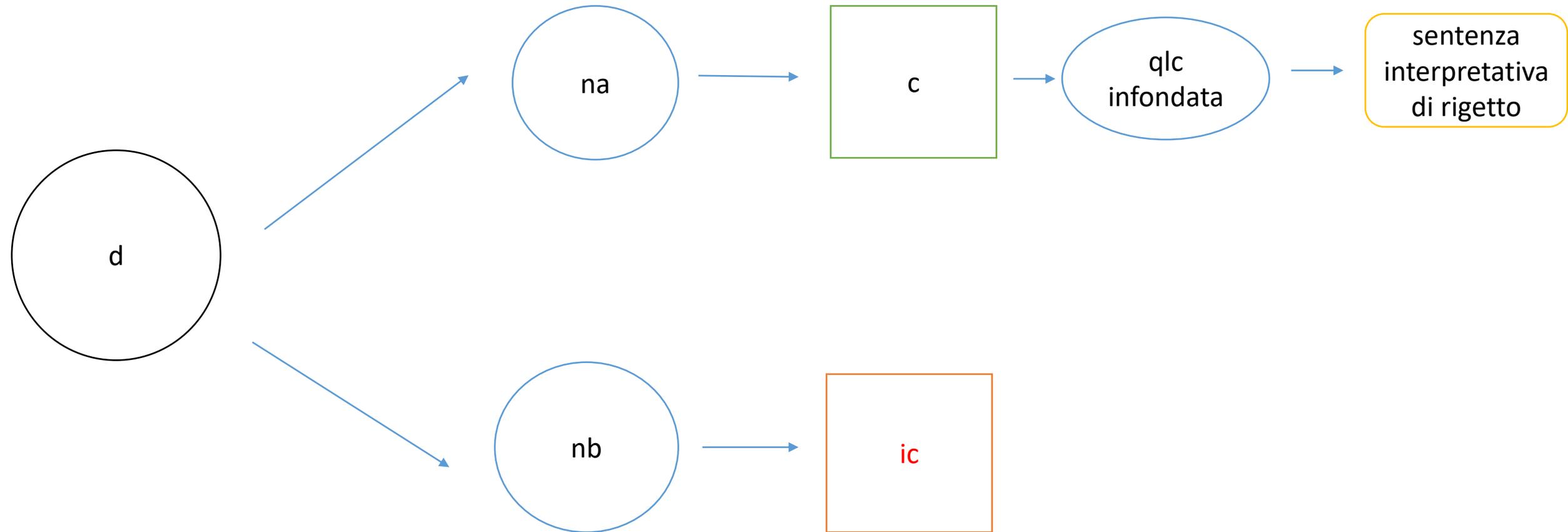




Sentenze interpretative

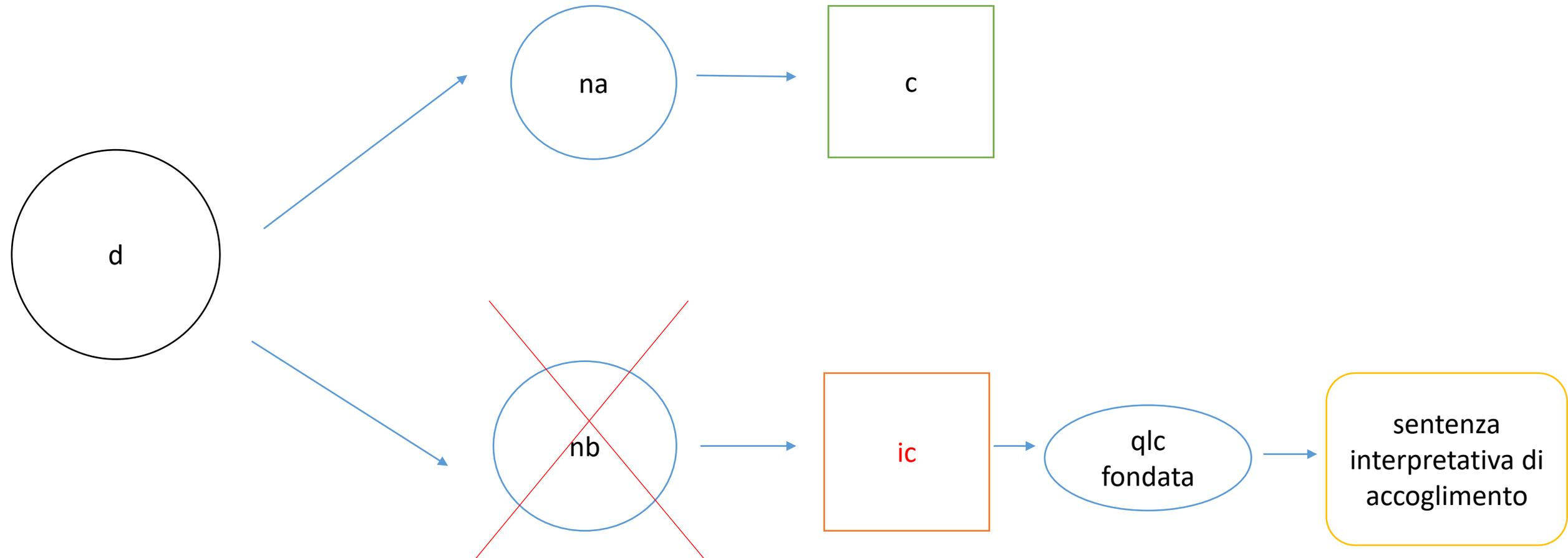
A. Sentenza interpretativa di rigetto:

si basa sulla norma conforme a Costituzione per respingere la qlc.



B. Sentenza interpretativa di accoglimento:

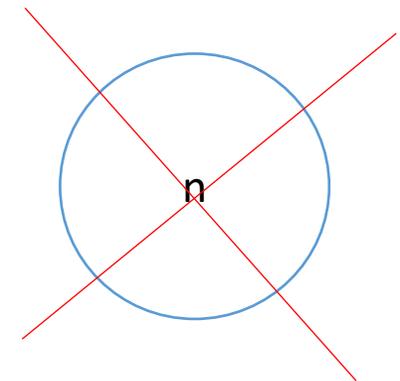
si basa sulla norma incostituzionale per accogliere la qlc.



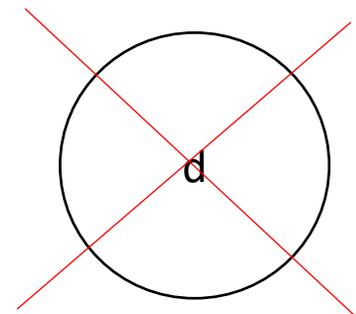
Sistema della doppia pronuncia:

1. Sentenza interpretativa di rigetto

2. Sentenza interpretativa di accoglimento



3. Sentenza di accoglimento pura e semplice



La soluzione delle antinomie: i criteri

- Criterio cronologico
- Criterio di specialità

• Criterio gerarchico

• Criterio di competenza

Criteri logico - teoretici

Criteri storico - positivi

LA DICOTOMIA DEI CRITERI DI SOLUZIONE DELLE ANTINOMIE

LOGICO-TEORETICI	STORICO-POSITIVI
Connaturati all'idea stessa di ordinamento	Non connaturati
Operano a prescindere da un loro riconoscimento positivo (restano logici pur se positivizzati)	Operano solo se positivamente previsti (gerarchico: art. 134 Cost., art. 4 preleggi; competenza: art. 64 Cost.)
Risolvono antinomie che attengono alla fisiologia del sistema (è il motivo per cui sono logici e non positivi)	Risolvono antinomie che attengono a patologie del sistema (comportano la rilevazione di un vizio)
Operano in maniera automatica e vengono solo rilevati dai singoli operatori	Non operano automaticamente, ma richiedono l'intervento di un organo specificamente competente
Incidono sulla efficacia delle norme (c. cronologico) o solo a livello ermeneutico (c. specialità)	Incidono sulla validità delle norme e la norma ritenuta invalida viene espunta dal sistema

CRITERIO CRONOLOGICO

- *Lex posterior derogat priori*
- Principio di teoria generale del diritto
- Criterio logico teoretico
- Abrogazione
- Le tesi sul problema del fondamento:

➡ la legge posteriore prevale sulla anteriore in virtù della sua naturale idoneità ad innovare l'ordinamento

➡ il fondamento dell'abrogazione risiederebbe in una condizione risolutiva implicita della propria efficacia contenuta nella legge precedente

- Condizione della norma dopo la sua abrogazione

CRITERIO CRONOLOGICO

- Effetti *ex nunc*
- Eccezioni all'operatività *ex nunc* dell'abrogazione:
 - a) l'anticipo dell'operatività dell'abrogazione
(le eccezioni al principio di irretroattività);
 - b) il posticipo dell'operatività dell'abrogazione
(l'abrogazione differita nel tempo: il caso dell'istituto della delegificazione).

Delegificazione

(art. 17.2 l.n. 400/88)

Legge che disciplinava la materia x

Regolamento di delegificazione

Legge di delegificazione

Autorizza l'esercizio della potestà regolamentare del governo

- Indicazione oggetto (materia x)
- Indicazione norme generali regolatrici della materia
- **Abrogazione** della legge che disciplinava la materia **con effetti differiti nel tempo** a partire dall'entrata in vigore del regolamento di delegificazione

CRITERIO CRONOLOGICO

- Operatività automatica
- Condizioni dell'abrogazione
- Tipi di abrogazione:
 - a. abrogazione espressa
 - b. abrogazione tacita
 - c. abrogazione per nuova disciplina dell'intera materia

CRITERIO DI SPECIALITA'

- *Lex specialis derogat generali*
- Fondamento: *suum cuique tribuere*
- Criterio logico-teoretico (opera a prescindere da una positivizzazione)
- Riscontri di diritto positivo (art. 15 c.p.; art. 3 Cost.)
- Significato di norma speciale
- Operatività del criterio di specialità
- Istituto della deroga: la condizione della norma derogata
- Criterio solutore delle antinomie oppure criterio ermeneutico?

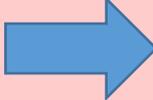
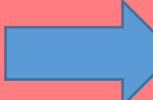
Rapporto tra criterio cronologico e di specialità

Norma A anteriore generale	Norma B <u>posteriore speciale</u>	Criterio cronologico e di specialità operano nello stesso senso, ma NON nello stesso modo!!!	Prevale il criterio di specialità
Norma A anteriore <u>speciale</u>	Norma B <u>posteriore generale</u>	Criterio cronologico e di specialità si oppongono	Prevale il criterio di specialità, ma non in maniera assoluta: va verificata la volontà del legislatore

CRITERIO GERARCHICO

- *Lex superior derogat inferiori*
- Concezione gradualistica del sistema delle fonti
- Criterio storico – positivo
- Riscontri di diritto positivo: le α regole che introducono il criterio gerarchico nel nostro sistema (art. 134 Cost., art. 4 d.p.c.c., art. 111 Cost., art. 8 d.p.c.c.)
- Invalidità
- Soggetto competente a dichiarare l'invalidità
- Annullamento e disapplicazione
- Effetti dell'annullamento: opera *ex tunc*
- Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte cost.

CRITERIO GERARCHICO

Norma superiore precedente	Norma inferiore successiva	 invalidità originaria
Norma inferiore precedente	Norma superiore successiva	 invalidità sopravvenuta

ABROGAZIONE vs. ANNULLAMENTO

ABROGAZIONE	ANNULLAMENTO
Emanazione del criterio cronologico	Emanazione dei criteri gerarchico e di competenza
Risolve antinomie fisiologiche nel sistema tra norme omogenee e diacronicamente disposte	Risolve antinomie patologiche tra norme eterogenee gerarchicamente e/o nella competenza (senza che rilevi la loro cronologia)
Opera <i>ex nunc</i>	Opera <i>ex tunc</i>
Incide sull'efficacia delle norme	Incide sulla validità delle norme
Limita diacronicamente l'efficacia di una norma comunque valida	Caduca le norme, eliminandole radicalmente dal sistema, in seguito ad una pronuncia di invalidità
Si produce automaticamente col contrasto tra due norme successive e può essere accertata da qualsiasi giudice	Consegue all'apposito intervento dell'organo cui l'ordinamento attribuisce la competenza, intervento che si concreta in un atto costitutivo con valenza <i>erga omnes</i>

Rapporto tra criterio gerarchico e cronologico

Norma A anteriore inferiore (invalidità sopravvenuta)	Norma B <u>posteriore superiore</u>	Criterio gerarchico e cronologico operano nello stesso senso, ma NON nello stesso modo!	Prevale il criterio gerarchico (è il caso delle norme della Costituzione repubblicana in contrasto con le leggi previgenti: v. sent. n. 1/56 Corte cost.)
Norma A anteriore <u>superiore</u>	Norma B <u>posteriore inferiore</u> (invalidità originaria)	Criterio gerarchico e cronologico si oppongono	Prevale il criterio gerarchico

Rapporto tra criterio gerarchico e di specialità

Norma A <u>speciale superiore</u>	Norma B generale inferiore	Criterio gerarchico e di specialità operano nello stesso senso, ma NON nello stesso modo!	Prevale il criterio gerarchico
Norma A <u>speciale inferiore</u>	Norma B generale <u>superiore</u>	Criterio gerarchico e di specialità si oppongono	Prevale il criterio gerarchico

Criterio di competenza

- Criterio storico-positivo
- Principio di organizzazione e di distribuzione delle funzioni nei sistemi giuridici complessi
- Le forme della competenza
- Opera come il criterio gerarchico
- Il ruolo del criterio di competenza nei sistemi giuridici:
affiancamento o sostituzione della gerarchia?

Le forme della competenza

Riserva di competenza	forma pura di competenza	Riserva esclusiva a favore di una fonte di disciplinare una determinata materia	Esempi: <ul style="list-style-type: none">• art. 64 Cost.• fonti atipiche• riserve di legge costituzionale (es. art. 137 Cost.)• c.d. riserve di legge formale (es. artt. 72, 76, 77, 81 Cost.)
Preferenza di competenza	forma spuria di competenza	Concorso vincolato di due fonti, le quali possono entrambe disciplinare una determinata materia, ma con predeterminazione degli ambiti	Esempi: <ul style="list-style-type: none">• Rapporto tra legge statale e legge regionale ex art. 117.3 Cost. (potestà legislativa regionale concorrente)• Rapporto tra legge interna e regolamento U.E.

Rapporto tra criterio di competenza e gerarchico

Norma A <u>superiore competente</u>	Norma B inferiore incompetente	Criterio di competenza e gerarchico operano nello stesso senso	Prevale il criterio di competenza
Norma A <u>superiore incompetente</u>	Norma B inferiore <u>competente</u>	Criterio di competenza e gerarchico si oppongono	Prevale il criterio di competenza

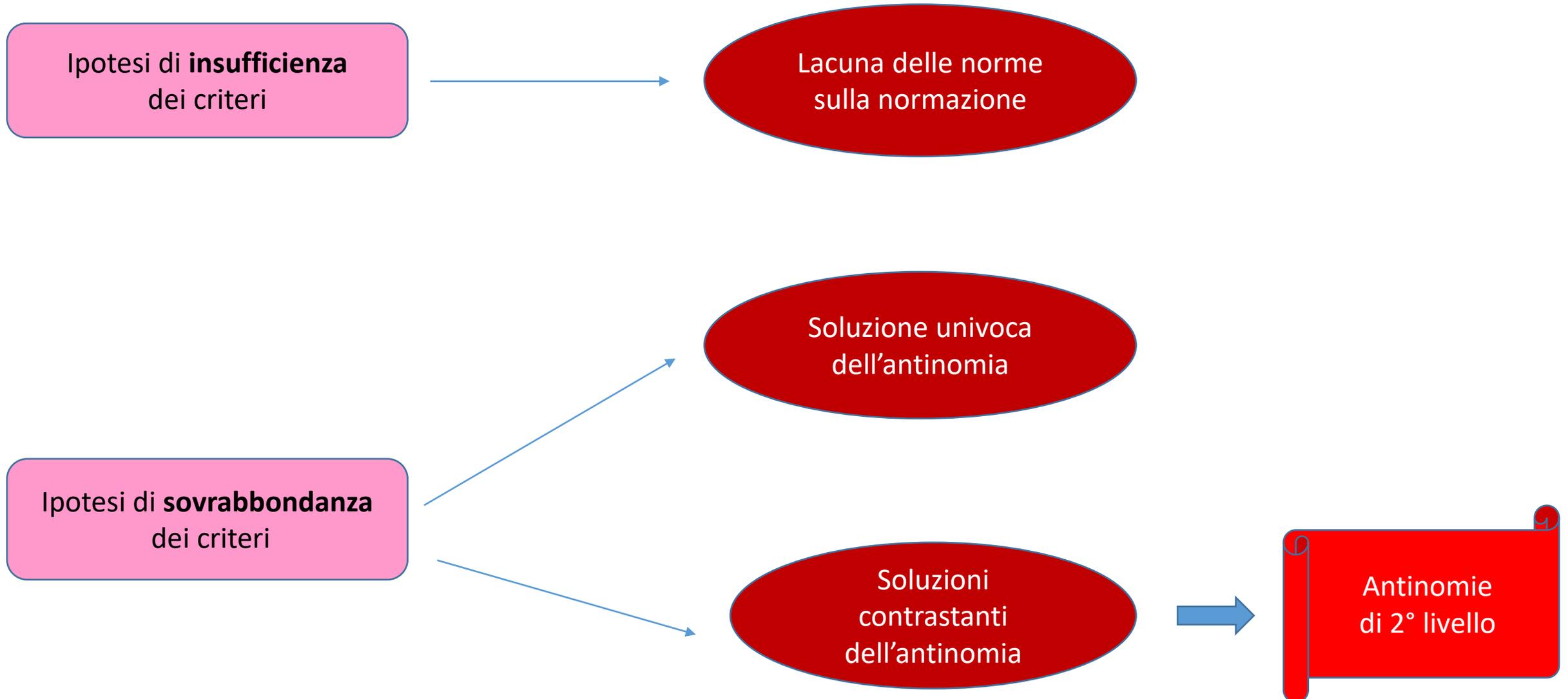
Rapporto tra criterio di competenza e cronologico

Norma A incompetente anteriore	Norma B <u>competente posteriore</u>	Criterio di competenza e cronologico operano nello stesso senso, ma NON nello stesso modo!	Prevale il criterio di competenza
Norma A <u>competente anteriore</u>	Norma B incompetente <u>posteriore</u>	Criterio di competenza e cronologico si oppongono	Prevale il criterio di competenza

Rapporto tra criterio di competenza e di specialità

Norma A <u>competente speciale</u>	Norma B incompetente generale	Criterio di competenza e di specialità operano nello stesso senso, ma NON nello stesso modo!	Prevale il criterio di competenza
Norma A <u>competente generale</u>	Norma B incompetente speciale	Criterio di competenza e di specialità si oppongono	Prevale il criterio di competenza

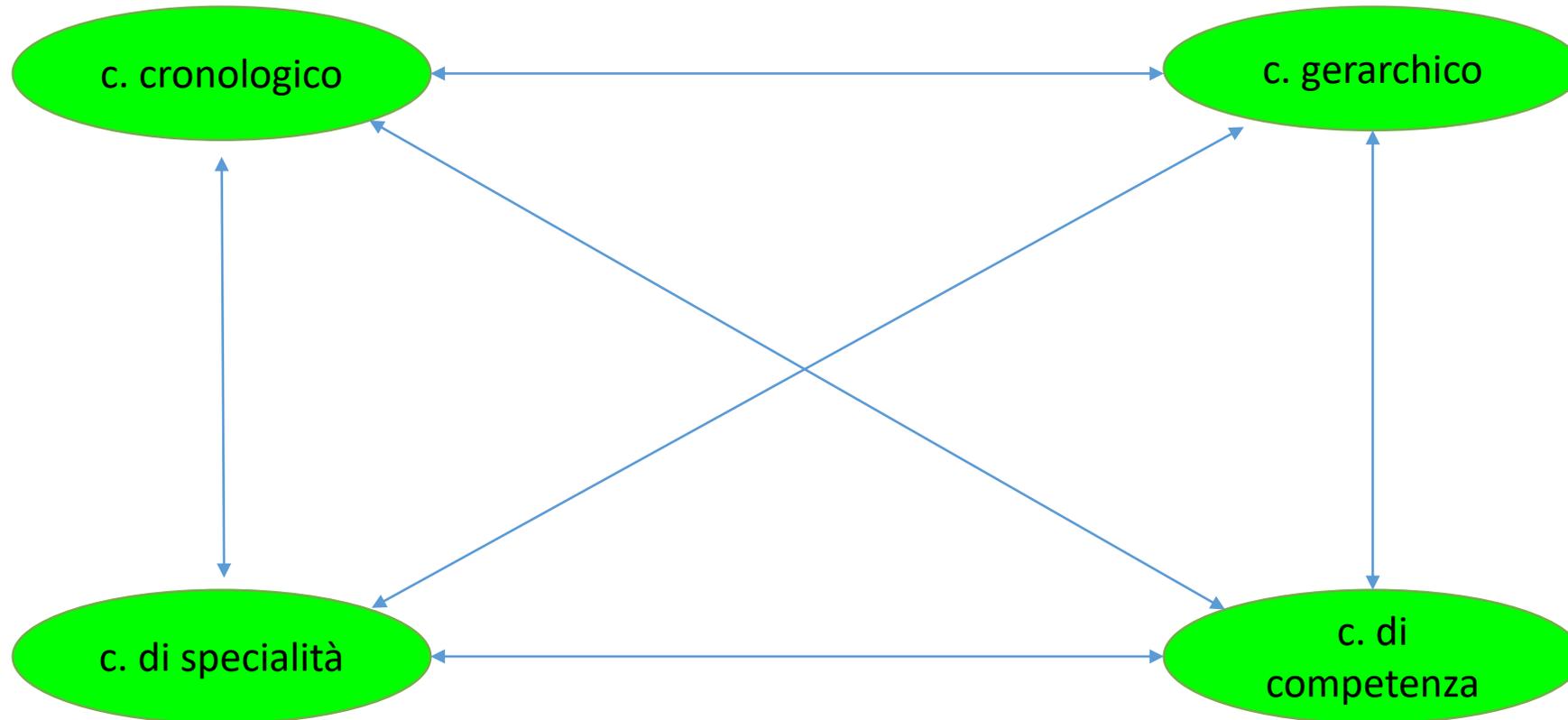
I conflitti tra criteri di soluzione delle antinomie



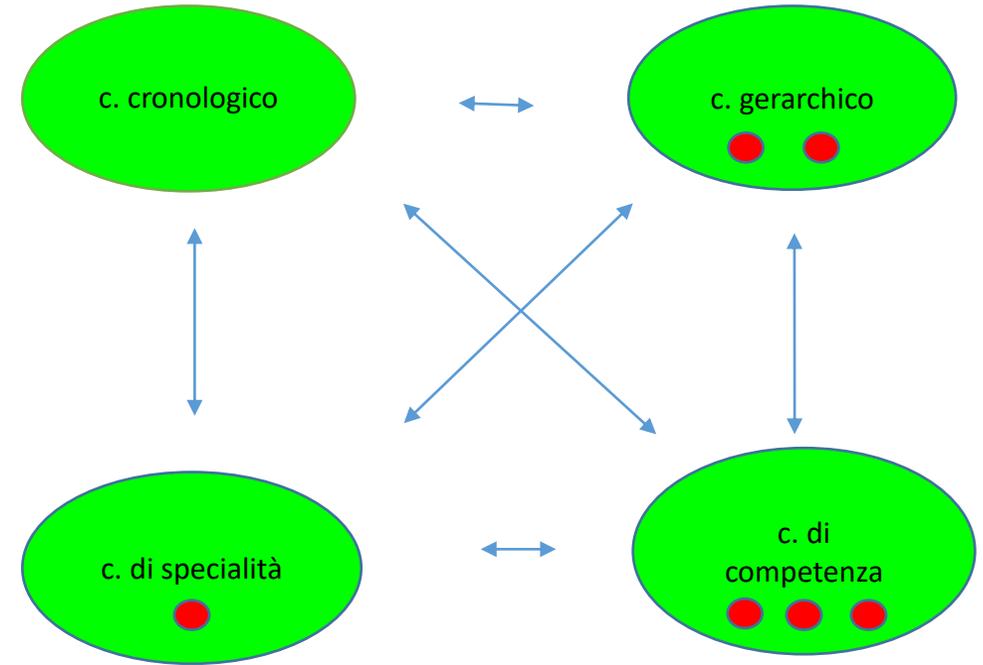
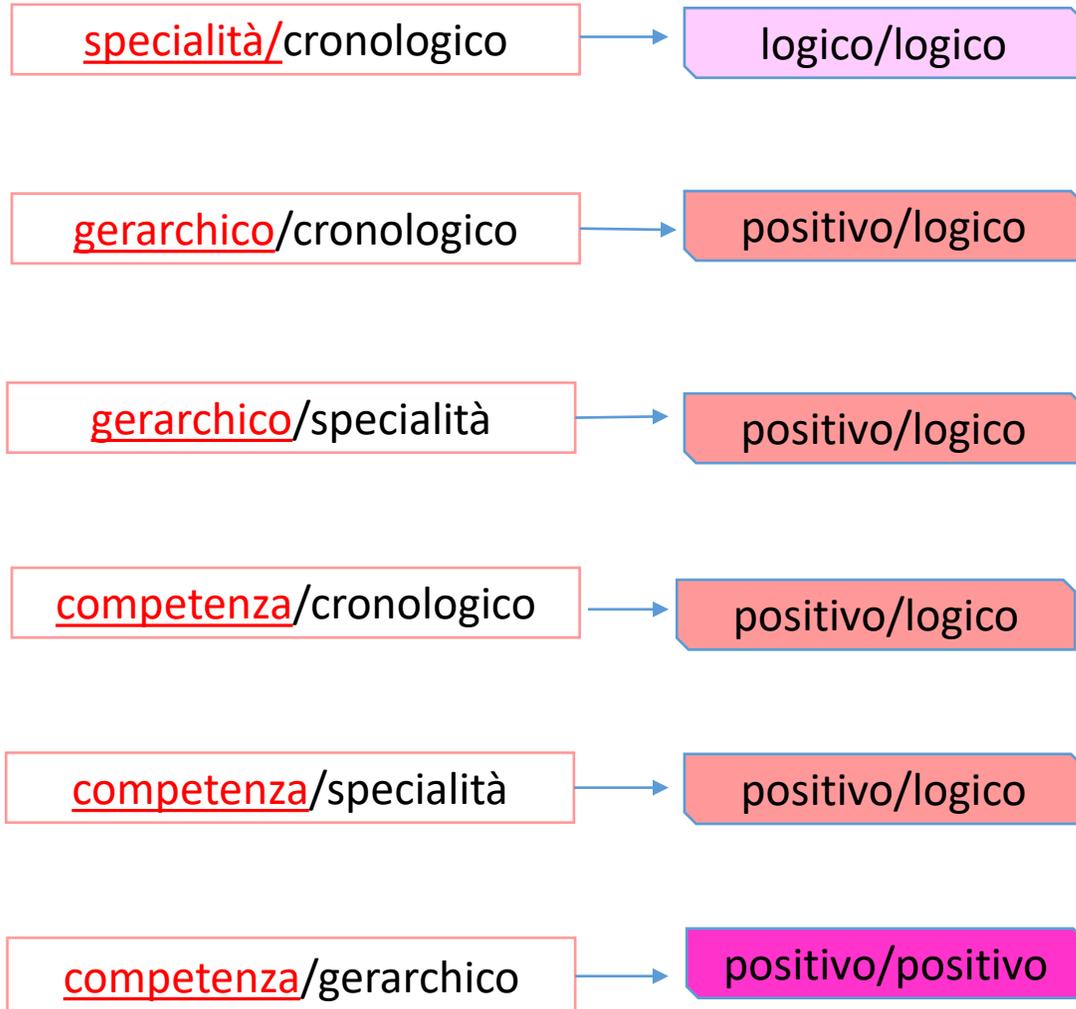
Antinomie di 2° livello

Criteri logico-teoretici

Criteri storico-positivi



Soluzione antinomie di 2° livello



Sovrabbondanza di norme



antinomie



incoerenza



risoluzione antinomie



COERENZA

Carenza di norme



lacune



incompletezza



risoluzione lacune



COMPLETEZZA

Tipologia di lacune

Lacune assiologiche (dell'ordinamento)	Nell'ordinamento manca non una norma qualsiasi, ma una norma giusta, una norma che si desidererebbe ci fosse e invece non c'è	Comportano un disvalore dell'ordinamento	Completabili solo dal legislatore	Dette anche ideologiche o deontologiche perché derivano dal confronto tra l'ordinamento quale è e quale dovrebbe essere	Dette anche improprie perché sono lacune del sistema che derivano da un confronto con un sistema ideale
Lacune praxeologiche o tecniche (nell'ordinamento)	Nell'ordinamento manca una norma la cui esistenza è condizione necessaria per l'efficacia di un'altra norma	Comportano una disfunzione dell'ordinamento	Completabili anche dall'interprete	Dette anche reali perché si riscontrano nell'ordinamento qual è	Dette anche proprie perché sono lacune dentro il sistema

Lacune proprie

Lacune proprie	oggettive	dipendono da motivi non imputabili al legislatore (es. cambiamento dei rapporti sociali, evoluzioni tecnologiche, cause che provocano un invecchiamento dei testi normativi)		
	soggettive	dipendono da motivi imputabili al legislatore	involontarie	non sono volute dal legislatore (es. svista o dimenticanza)
			volontarie	sono volute dal legislatore (es. per la complessità della materia, il legislatore evita regole troppo minuziose e preferisce limitarsi ad adottare direttive generali, affidandola alla interpretazione caso per caso del giudice)

Dogma della completezza

❑ Scuola della esegesi

- Il diritto non ha lacune
- Compito dell'interprete è solo rendere esplicito quello che è implicito nella legge

❑ Scuola del diritto libero

- Il diritto è pieno di lacune
- Per riempirle occorre affidarsi al potere creativo del giudice

❑ Reazione giuspositivistica alla scuola del diritto libero

- **Bergbohm** e la teoria dello spazio giuridico vuoto



Non esistono lacune perché, dove non c'è diritto, c'è spazio giuridico vuoto. Esistono due campi: uno regolato da norme, l'altro giuridicamente irrilevante.

- **Zitelmann** e la teoria della norma generale esclusiva



Non esistono lacune per la ragione inversa: il diritto non manca mai. Tutta l'attività umana è regolata da norme: particolari inclusive o generali esclusive.