

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

filosofia del diritto

raccolti da Mario Jori
con la collaborazione di:

Alberto Andronico, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti,
Gianmarco Gometz, Giuseppe Lorini, Giorgio Pino,
Mario Ricciardi, Andrea Rossetti, Aldo Schiavello,
Paolo Sommaggio, Vito Velluzzi

La norma speciale

Una nozione ingannevole

Silvia Zorzetto



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Questo volume è stato pubblicato con il contributo
dell'Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche Ecclesiasticistiche,
Filosofico-sociologiche e Penalistiche "Cesare Beccaria"*

© Copyright 2010

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884672903-3

*A Rachele e Gabriele,
per i bei pomeriggi di studio
e un futuro radioso*

INDICE

RINGRAZIAMENTI	21
CAPITOLO PRIMO: INTRODUZIONE	23
1. <i>Lex specialis derogat legi generali</i> : l'analisi di un'idea	23
2. Alcuni principi di soluzione	26
2.1 La specialità giuridica tra logica e semantica	26
2.2 Norme speciali compatibili e incompatibili con le norme generali	30
2.3 La deroga della <i>lex specialis</i>	34
3. Quattro motivi critici	36
4. Natura e contesto dell'analisi	42
4.1 Questioni giuridiche «generali»	42
4.2 Il diritto e il pensiero teorico-giuridico italiano contemporaneo	44
5. Una mappa degli studi sul principio della <i>lex specialis</i>	45
5.1 Il diritto penale	45
5.2 Le altre discipline positive	48
5.3 Continuità e discontinuità nel pensiero giuridico e teorico-giuridico	49
6. Due modelli di norma	51
6.1 Premessa	51

6.2 Il modello fattispecie-conseguenza ‘Se F, allora C’	52
6.3 Il modello modalità-riferimento ‘ $f(O) - [X]$ ’	55
6.4 Casi facili e casi difficili di specialità	63
 7. <i>Vademecum</i>	 68
 CAPITOLO PRIMO: APPENDICE BIBLIOGRAFICA	 71
 CAPITOLO SECONDO: LA SPECIALITÀ COME RELAZIONE LOGICO-CONCETTUALE	 83
1. Premessa	83
2. La relazione di specialità come implicazione stretta	84
2.1 Conseguenza e inclusione logica	84
2.2 La costruzione artificiale dei concetti come classi logiche	88
2.3 I termini determinanti	91
3. Inclusione e interferenza tra classi	92
3.1 Il cosiddetto «prodotto logico»	92
3.2 Il fondamento intensionale del «prodotto logico»	95
3.2.1 Premessa	95
3.2.2 Un confronto tra i diagrammi di Eulero e i diagrammi di Venn	96
3.2.3 La rappresentazione ad albero (i grafi lineari)	100
4. Classificazioni artificiali e naturali e costruzioni concettuali	102
4.1 Costruzione <i>vs.</i> descrizione logico-formale della relazione da genere a specie	102
4.2 Due esempi di storia della logica (le distinzioni di Toulmin e Abelardo)	107
4.3 Le regole di costruzione dei generi e delle specie nel diritto	110

5. Le categorie del genere e della specie (concetti ordinari, giuridici e classi)	115
5.1 La trasparenza semantica dell'implicazione stretta	115
5.2 Classi logiche complementari e concetti giuridici opposti	119
5.3 Le diverse possibilità di ordinazione logica dei concetti giuridici	124
6. Una guida per l'analisi della specialità giuridica	128
6.1 Premessa	128
6.2 La specialità giuridica e il riferimento delle norme	129
6.3 Norme speciali e modalità di qualificazione deontica	131
6.4 Norme speciali e conseguenze giuridiche	132
6.5 La specialità tra logica e figure retoriche	134
CAPITOLO SECONDO: APPENDICE BIBLIOGRAFICA	137
CAPITOLO TERZO: LA SPECIALITÀ GIURIDICA E LE TEORIE DEI GIURISTI	159
1. Premessa	159
2. Convergenze apparenti ovvero le lacune dell'analisi	160
2.1 Premessa	160
2.2 Prima lacuna: i termini di comparazione	160
2.3 Seconda lacuna: dalla fattispecie alla norma speciale	165
2.4 Terza lacuna: ipotesi di specialità sconosciute e altrimenti denominate	167
2.5 Quarta lacuna: un'analogia senza parametro di proporzione	173
3. Il logicismo dei giusperiti pratici e teorici	174

3.1 Un chiarimento preliminare: senso e scopo della critica al logicismo	174
3.2 I caratteri salienti del locigismo	177
4. I due punti di vista estensionale e intensionale	183
4.1 Primo motivo per cui il solo punto di vista estensionale non è sufficiente	183
4.2 Secondo motivo per cui il solo punto di vista estensionale non è sufficiente	186
4.3 Il punto di vista intensionale	188
4.4 Comprensione (intensione/connotazione?) ed estensione (denotazione?, effettività?)	193
5. Norme più e meno speciali o non-generalì	198
5.1 Le caratteristiche dei concetti di specialità e di generalità (concetti comparativi e classificatori)	198
5.2 Speciale/generale (non-speciale) come concetti opposti	201
5.3 Speciale/generale come concetti graduabili	204
5.4 Speciale/generale come concetti classificatori (da genere a specie)	206
5.5 Speciale/generale come concetti ordinanti (secondo una gerarchia inclusiva)	209
5.6 Due osservazioni finali	213
6. Le assunzioni presupposte alla qualificazione giuridica	215
6.1 Primo esempio: formalità per la validità degli atti e tipo di bene	215
6.2 Secondo esempio: competenze dei pubblici poteri e consenso dei privati	218
6.3 Terzo esempio: istruzioni per l'uso contro le lacune	222
6.4 La qualificazione, per genere prossimo e differenza specifica, della norma speciale	225
7. Irrilevanza della distinzione fattispecie/conseguenza	226
7.1 Premessa	226

7.2 La norma civile speciale (primo esempio)	227
7.3 La norma penale speciale (secondo esempio)	233
8. I termini determinanti e non determinanti della specialità giuridica	238
8.1 Premessa	238
8.2 Un caso prototipico: l'omicidio del consenziente	239
8.3 I termini determinanti della specialità e le categorie sistematiche tradizionali	243
8.4 Un caso (apparentemente) facile: la violazione di domicilio del pubblico ufficiale	246
9. La descrizione del destinatario della norma e il comportamento regolato	251
9.1 Soggetto grammaticale della disposizione e soggetto logico di una proposizione	251
9.2 Indicatori o definizioni/descrizioni del destinatario?	253
9.3 Caratteri del destinatario della norma o aspetti del comportamento regolato?	257
 CAPITOLO TERZO: APPENDICE BIBLIOGRAFICA	 265
 CAPITOLO QUARTO: «COS'È» SPECIALE: L'IRENISMO DEGLI STUDIOSI VERSO LA NORMA	 275
1. Premessa	275
2. Regole e principi ovvero norme	277
2.1 Una questione di denominazione (o preferenze lessicali)	277
2.2 La distinzione tra le regole e i principi: una questione pragmatica	281
2.3 Fraintendimenti comuni: il bilanciamento tra i principi e la specialità bilaterale	285

3. Le due componenti della norma speciale: la fattispecie e gli effetti giuridici	291
3.1 Norme più o meno complesse e (in)compatibili	291
3.2 La norma civile speciale e gli effetti giuridici	298
3.3 La norma penale speciale e la classificazione delle pene e dei reati	302
3.4 La rilevanza degli effetti giuridici rispetto alla specialità della norma	309
4. Casi particolari e casi di specie: «fatti» e norme	311
4.1 La specialità della norma come qualità derivata dai casi?	311
4.2 Sussunzione individuale e sussunzione generica	311
4.3 La natura fattuale delle norme e la cosiddetta specialità in concreto o del fatto storico	318
4.4 Sistematiche alternative tra precedenti giurisprudenziali e testi di legge	322
5. Variazione semantica e costanza terminologica: norme o disposizioni?	324
5.1 Norme dotate e non dotate di formulazione espressa in un testo ufficiale	324
5.2 Specialità per specificazione e specialità per aggiunta	326
5.3 Norme speciali e norme «diverse» o «parallele»: il problema della ereditarietà concettuale	330
5.4 Differenze <i>irrelate</i> e differenze <i>specifiche</i>	333
5.5 La costanza terminologica e la sistematica giuridica	337
6. La <i>lex specialis</i> quale testo e la questione del tema comune	339
6.1 «Entità giuridiche» speciali	339
6.2 Cos'è un testo giuridico	341
6.3 Il problema della stessa materia o della materia comune	346
7. Principi di classificazione: le sistematiche dei rimedi e delle figure di reato	349

7.1 Costruzioni dal basso e costruzioni dall'alto	349
7.2 Composizione e divisione	352
7.3 Il punto di vista classificatorio del civilista: gli effetti giuridici o rimedi negoziali	356
7.4 Il punto di vista classificatorio del penalista: la fattispecie di reato	360
CAPITOLO QUARTO: APPENDICE BIBLIOGRAFICA	363
CAPITOLO QUINTO: IL PRINCIPIO DELLA <i>LEX SPECIALIS</i> : FONDAMENTO, NATURA, ESITO	383
1. Sommario	383
2. Un fondamento in bilico tra diritto, logica ed etica	386
2.1 Alcune distinzioni preliminari	386
2.2 Clausole di specialità e derogabilità/inderogabilità	387
2.3 Il principio come norma positiva: espressa, inespressa, consuetudinaria	391
2.4 Il fondamento etico: i principi di giustizia del <i>suum cuique tribuere</i> e del <i>ne bis in idem</i>	396
3. Variazioni sul principio come canone comune	404
3.1 Un esempio paradigmatico: il divieto generale coevo al permesso speciale	404
3.2 Il principio di specialità come canone: una tesi ambigua	410
4. Il principio come definizione operativa di norma speciale	413
4.1 Le norme speciali sono deroganti, o le norme deroganti sono speciali?	413
4.2 L'enunciato ' <i>lex specialis derogat generali</i> ' può essere una definizione?	418

4.3 Tre motivi per concepire il principio della <i>lex specialis</i> come definizione operativa	423
5. Il principio di specialità come (meta)norma costitutiva o regolativa	426
5.1 Problemi aperti: come e su cosa “verte” il principio di specialità	426
5.2 La collocazione del principio e le comuni tipologie di metanorme	430
5.3 Visione regolativa o costitutiva del principio e concetto di norma in generale	436
6. La deroga nelle teorie della <i>lex specialis</i>	439
6.1 Idee e immagini	439
6.2 La deroga: un'altra relazione tra norme	443
7. Le norme generali (valide e vigenti) <i>prima facie</i> applicabili	444
7.1 La metafora della lampadina	444
7.2 'Prima facie': una siepe tra le norme (membri centrali e periferici)	445
7.3 Il suggerimento di H.L.A. Hart: regole di giudizio e criteri di riconoscimento	448
7.4 Deroga e inferenze	450
7.5 La norma generale derogata come componente (virtuale) delle decisioni giuridiche	451
8. La deroga come esito della qualificazione o della giustificazione giuridica	455
8.1. Una convinzione persistente: la norma speciale di per sé derogante	455
8.2. Due visioni alternative della norma e dell'ordinamento	458
8.3. Problemi classificatori e di disciplina giuridica	461
8.4. La deroga come problema di scelta della premessa maggiore del sillogismo pratico	464
9. Perché la norma speciale deroga: una questione positiva	468

9.1. Alcune ragioni di deroga: (in)compatibilità, specialità, <i>favor personae, auctoritas</i>	468
9.2. Un motivo per eccellenza della deroga: trattare diversamente	473
9.3. Modelli di norma e ragioni/motivi di deroga della <i>lex specialis</i>	476
 CAPITOLO QUINTO: APPENDICE BIBLIOGRAFICA	 483
 CAPITOLO SESTO: L'(IN)COMPATIBILITÀ TRA LA NORMA SPECIALE E LA NORMA GENERALE	 505
1. Premessa	505
2. La relazione di superimplicazione tra permesso/facoltativo e obbligatorio/vietato	507
2.1. Le norme permissive e facoltizzanti come norme generali	507
2.2. Norme speciali per il riferimento e/o la modalità di qualificazione deontica. Una tipologia	512
3. Il principio di specialità e le sue funzioni (antinomie, ridondanza, individuazione)	513
3.1. L'«antinomia totale-parziale» tra la norma speciale e generale: una doppia metonimia	513
3.2. (Segue:) la preferenza dei teorici per l'«antinomia totale-parziale»	518
3.3. La ridondanza tra le norme penali speciali e generali e l'ossimoro del «concorso apparente»	521
3.4. (Segue:) l'integrazione o il concorso tra norme speciali e generali per il civilista	523
3.5. L'individuazione delle norme o delle disposizioni mediante il principio della <i>lex specialis</i>	526
3.6. Alla radice delle controversie sulle funzioni del principio: cosa s'intende per '(una) norma'	530
4. Il <i>topos</i> dell'apparenza dell'antinomia totale-parziale	532

4.1 Premessa	532
4.2 Antinomia parziale unilaterale e unicità della norma (R. Guastini)	532
4.3 La norma non derogante compatibile (P. Chiassoni) ovvero cos'è la specificazione?	539
4.4 Antinomie «in senso debole» e necessaria compatibilità logica (L. Ferrajoli)	544
4.5 Incompatibilità, argomenti giuridici e linguaggio ordinario (G. Carcaterra)	549
5. Il <i>topos</i> dell'apparenza del concorso di norme penali speciali e generali	555
5.1. Premessa	555
5.2. La definizione del legislatore: il reato complesso come forma speciale di reato	555
5.3. Modelli di reato ed equità della pena: fattispecie legale o concreta?	560
5.4. Il convergere delle norme sui fatti e gli elementi determinanti della specialità	566
5.5. Norme che fanno riferimento a norme o fattispecie e clausole di sussidiarietà	572
5.6. Un esperimento mentale sulle forme del tentativo e della consumazione	579
6. Cosa le norme dicono e non dicono ovvero le ipotesi dell'(in)qualificazione dell'irrilevante e del complementare	585
6.1. Variabili di teoria generale della norma	585
6.2. L'ambito del giuridicamente rilevante e il campo di regolamentazione e qualificazione delle norme	587
6.3. Vietato e (non-)permesso	593
6.4. Vietato e obbligatorio	595
6.5. Tipi di norme e ipotesi sulla qualificazione	598
7. Norme permissive deroganti e clausola d'eccezione	602
7.1. Permessi negativi e obblighi e divieti generali	602

7.2. La legittima difesa e lo stato di necessità come permessi positivi generali	605
CAPITOLO SESTO: APPENDICE BIBLIOGRAFICA	613
BIBLIOGRAFIA	627
Contributi monografici, saggi e note a sentenza	627
Giurisprudenza	669
Siti web	673
Vocabolari	673
INDICE DEI NOMI	675