

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

1. *Lex specialis derogat legi generali*: l'analisi di un'idea

L'oggetto di questo libro è l'analisi di un'idea che vanta una storia millenaria: i giurisperiti sono soliti esprimerla ancora oggi in lingua latina con il brocardo *lex specialis derogat (legi) generali* o, più raramente, con l'antica massima *generi per speciem derogatur*. Poche idee come questa si sono rivelate tanto persistenti e hanno goduto e riscuotono di una fortuna tanto ampia nel pensiero giuridico non solo europeo-continentale e contemporaneo.

Forse per questo motivo, il pensiero dogmatico-giuridico e teorico-giuridico italiano, nel Novecento e negli ultimi anni, ha rivolto attenzione critica a questa idea solo occasionalmente e superficialmente. Per gli studiosi italiani contemporanei, teorici del diritto e giuristi positivi, le formule latine citate enunciano il cosiddetto principio di specialità o principio della *lex specialis* ovvero i criteri omonimi. Poiché, perlopiù, gli studiosi usano i due termini 'principio' e 'criterio' indifferentemente, parlerò di ambedue usando il nome di principio.

Come nel secolo scorso, anche attualmente i modi di svolgere tale principio, e dunque di tradurre le formule latine, il termine '*lex*' e i concetti di *genus* e *species*, sono straordinariamente vari, sia per il lessico impiegato, sia per i significati che vi si leggono abitualmente.

Di solito, si pensa che derogano norme o regole, disposizioni e leggi speciali e l'idea e l'espressione 'principio di specialità' sono presenti a più propositi nella rubrica delle disposizioni dei testi giuridici o in loro incisi.

In seno al pensiero giuridico e teorico-giuridico italiano contemporaneo, del principio di specialità è discussa tanto la *natura* quanto l'*oggetto*: per cominciare, è dubbio se esso sia una definizione o una norma e cosa definisca o prescriva. Nel pensiero giuridico e nel diritto moderni tale principio ha assunto la fisionomia di uno strumento per la soluzione dei conflitti tra le norme di un ordinamento giuridico positivo; ma questa caratterizzazione, che senza dubbio è una delle più diffuse, non è unanimemente condivisa né è l'unica configurata dagli studiosi e impiegata dai

pratici, come si evince anche dalla sua storia. Normalmente, ancora oggi al principio di specialità sono ricollegate *funzioni* variabili: per esempio, si ritiene che serva a individuare norme o disposizioni, a comporre in forma autonoma le une o le altre, a evitare o risolvere dilemmi pratici, a non sanzionare un individuo più volte per la stessa ragione o per lo stesso comportamento, e via dicendo. Oltre a ciò, è problematico il suo *fondamento* o la sua ragion d'essere: si sostiene che esso sia fondato sulla logica o sui principi di giustizia del *suum cuique tribuere* e del *ne bis in idem*, ma anche che abbia natura positiva, cioè che sia frutto di scelte dell'autorità costituita (del legislatore o dei giuristi).

Tutte queste incertezze traspaiono dagli usi del principio di specialità e, ancor più, dalle teorie formulate dagli studiosi (teorici e pratici); perciò nell'analisi privilegerò le seconde.

Sosterrò che queste incertezze, in ogni ambito giuridico e anche tra i teorici del diritto, traggono origine dal fatto che generalmente ci si accosta al principio di specialità senza distinguere e tanto meno analizzare questioni di natura diversa: questioni logico-concettuali, teorico-giuridiche e ordinamentali o positive.

Isolerò in particolare tre temi che gli studiosi della specialità e non solo, normalmente, trattano assieme: la *specialità*, la *deroga* della norma speciale e la (eventuale) *antinomia* tra la norma speciale e la norma generale.

Per analizzare il *primo* tema prenderò le mosse dal caposaldo delle teorie della specialità giuridica ossia dall'unica convinzione che accomuna i teorici e i pratici, al di là di innumerevoli divergenze circa la deroga e le sue condizioni e conseguenze. Per tutti gli studiosi, nessuna norma è speciale di per sé bensì la specialità è un concetto (attributo o predicato) che sottende un rapporto o relazione di tipo logico-concettuale: il cosiddetto rapporto di specialità o relazione da genere a specie o *a genere ad speciem*.

Quanto al *secondo* tema della *deroga* della norma speciale alla norma generale, che io sappia, manca un'analisi apposita nella letteratura teorico-giuridica. Tra gli studiosi della specialità è estremamente controverso se le norme speciali siano norme deroganti rispetto alle norme generali ed eventualmente per quale ragione esse derogano. Sia i pratici sia i teorici hanno prospettato tutte le ipotesi possibili, vale a dire *i*) che la norma speciale deroghi sempre e comunque alla norma generale, *ii*) che essa invece non deroghi mai o che *iii*) possa derogare così come non derogare. Esaminerò la deroga nel contesto della giustificazione giuridica, e rispetto al ragionamento pratico individuando nella deroga un fenomeno diverso e distinto dalla specialità/generalità.

Il *terzo* tema che affronterò è l'unico che invece ha ricevuto ampia

attenzione e costituisce anzi la ragione per cui i teorici del diritto finora si sono occupati delle norme speciali e della deroga della norma speciale alla norma generale: esaminerò la tesi che il principio di specialità serva a risolvere l'*antinomia* (incompatibilità per contrarietà o per contraddittorietà) tra la norma speciale e la norma generale. Anche riguardo a questo tema sono state prospettate soluzioni opposte: mentre per alcuni pratici e teorici del diritto la norma speciale è incompatibile con la norma generale, per altri le norme speciali e le norme generali sono norme necessariamente compatibili o perlomeno possono concorrere o cumularsi o integrarsi.

In definitiva, anche se normalmente pare ovvio che il genere (*lex generalis*) sia derogato dalla specie (*lex specialis*), oggi come nel passato, il principio di specialità è lungi dall'essere inteso in modo univoco sia tra i pratici sia tra i teorici del diritto. A seconda degli ambiti giuridici ci si è occupati solo di alcuni suoi profili, discutendo per esempio della deroga o del suo fondamento positivo ma in ogni caso i tentativi di spiegarne il significato hanno finito per essere mere traduzioni delle due formule latine originarie già ricordate '*lex specialis derogat legi generali*' e '*generi per speciem derogatur*'¹.

Per analizzare l'idea della *lex specialis* userò come punto di partenza una delle enunciazioni più frequenti e da tutti riconosciuta del principio di specialità: '*la norma speciale deroga alla norma generale*'. Mi ripropongo di mostrare che questo enunciato rappresenta il caso centrale da cui si può muovere per chiarire le altre enunciazioni del principio in uso nelle teorie formulate nel Novecento e ancor oggi seguite dai giuristi e dai teorici italiani².

¹ Per la bibliografia rinvio all'Appendice al termine del Capitolo. (Tutti i passi delle opere originali straniere che si leggono *infra* nel testo, nelle note e nelle Appendici del libro sono di mia traduzione.)

² C.J. Fillmore, prendendo a prestito un'espressione di F. Blake, invita ad adottare il termine 'caso' per identificare la relazione semantico-sintattica sotto-stante a più espressioni e il termine 'forma del caso' per riferirsi all'espressione che la relazione suddetta assume in un particolare linguaggio. C.J. Fillmore, *The Case for Case, Universals in Linguistic Theory*, (ed. by E. Bach, R.T. Harms), Holt, Rinehart and Winston, London, 1970, p. 21. Il precedente citato di F. Blake del 1930 si può leggere nella riedizione: *A Semantic Analysis of Case, Curme Volume of Linguistic Studies*, Bolinger, Baltimore, 1967, p. 34-49.

A meno di dire diversamente, gli enunciati che esaminerò e utilizzerò come esempi vanno intesi come norme cioè come enunciati normativi già interpretati e dotati di un senso e significato determinati.