

DONATO DONATI

professore di diritto costituzionale nella Università di Camerino



IL PROBLEMA DELLE LACUNE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO



SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

MILANO - VIA KRAMER, 4 A - GALL. DE CRISTOFORIS, 54-55

1910

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
NO. DE ORDEN	51350



SOMMARIO

CAPITOLO I.

I termini del problema.

- 1. Come sorga il problema dell' esistenza o meno di lacune nell' ordinamento giuridico. — Sua soluzione in senso negativo da parte della dottrina tradizionale. — Dottrina contraria, di recente sviluppata, che afferma l' esistenza di lacune. 1
- 2. Importanza del problema. — Sua appartenenza al diritto costituzionale. — Come pure nel campo del diritto costituzionale esso dispieghi la sua maggiore influenza. 7
- 3. Importanza del nuovo movimento dottrinale che lo riguarda. 20

CAPITOLO II.

La nostra soluzione: necessaria completezza di ogni ordinamento giuridico.

- 4. Termini nei quali il problema deve essere posto e criteri che devono guidare nella sua soluzione. 28
- 5. Posto anzi tutto il problema per ciò che riguarda un ordinamento legislativo esclusivamente formato di un insieme di disposizioni particolari riguardanti casi specificatamente determinati, si dimostra come anche un tale ordinamento sia necessariamente completo: esistenza alla base dell' ordinamento giuridico di una norma generale esclusiva. 35
- 6. Come in concrete quasi ogni ordinamento legislativo contenga qualche disposizione anche per i casi non particolarmente considerati. — Valore delle disposizioni stesse: loro carattere di disposizioni derogatorie rispetto alla norma generale fondamentale esclusiva. — Conseguenze di tale principio per ciò che riguarda le condizioni e i limiti dell' ammissibilità dei mezzi della tecnica interpretativa tradizionale e in particolare dell' interpretazione analogica. 44
- 7. Conclusioni. 56

SOMMARIO

CAPITOLO III.

Le teorie che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico e loro confutazione.

§ 1. — Le teorie in sé considerate.

8. Teorie che affermano l'esistenza di lacune in tutti i casi non particolarmente preveduti dalla legge.	58
9. Teoria che afferma l'esistenza di lacune nell'ambito stesso dei casi particolarmente preveduti.	63
10. Teoria che limita la possibilità dell'evenienza di lacune al solo campo del diritto costituzionale.	70
11. Teoria che nega l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico, ma afferma l'esistenza di limiti dell'ordinamento giuridico: il "rechtsleerer Raum" del Bergbohm.	76

§ 2. — Le teorie nelle loro applicazioni concrete: i casi, nei quali le lacune si verificerebbero, e dimostrazione della loro soluzione giuridica.

12. Cenni a casi di diritto privato.	94
13. Casi di diritto pubblico: a) Estinzione della famiglia regnante senza che la costituzione determini il modo di provvedere alla vacanza del trono.	99
14. b) Per diritto francese: rifiuto dell'Assemblea nazionale di procedere all'elezione del Presidente della repubblica; morte del Presidente della repubblica, mentre la Camera è disciolta, e rifiuto del Ministero, già anteriormente dimissionario, di condurre innanzi gli affari sotto la propria responsabilità.	109
15. c) Per diritto germanico: abdicazione dell'Imperatore alla Corona dell'Impero senza la contemporanea abdicazione alla Corona di Prussia.	112
16. d) Rifiuto del Parlamento di approvare la legge del bilancio.	113
17. e) Rifiuto del Parlamento di approvare la legge che fissa il contingente annuo di leva.	120
18. f) Obbligo imposto dalla legge al giudice di risolvere anche le controversie fra stranieri relative a rapporti sorti all'estero, ma senza determinare quale sia il diritto che debba essere applicato.	ivi

SOMMARIO

CAPITOLO IV.

Confronto dei principii da noi posti in confronto a quelle che derivano, sia dalla dottrina tradizionale, dall'altro dal nuovo movimento giuridico che ad essa si oppone.

Conseguenza del concetto nostro della completezza dell'ordinamento giuridico dal concetto tradizionale: limiti della "forza di espansione logica" delle disposizioni particolari contenute nell'ordinamento giuridico; dove questa si arresta entra in azione la forza logica di esclusione delle disposizioni stesse. 126

Conseguenze del principio della completezza dell'ordinamento giuridico:

a) nei riguardi della teoria delle fonti. — Rapporto in cui le nuove istituzioni di diritto vengono a trovarsi col diritto preesistente: le leggi nuove importano sempre e soltanto norme diverse, non mai norme *ex novo*. — Conseguenze per ciò che riguarda la dottrina dei regolamenti. — Conseguenze per ciò che riguarda le c. d. fonti sussidiarie di diritto. — Conseguenze per ciò che riguarda la dottrina della consuetudine. Possibili rapporti fra la consuetudine e la legge: la dottrina tradizionale. La nostra conclusione: ogni consuetudine che non sia *secundum legem*, è necessariamente *contra legem*. Rilievo di tale conclusione per ciò che riguarda la determinazione del campo e delle condizioni di applicabilità della consuetudine: l'osservanza della consuetudine *contra legem* e la sua legittimità. Particolare importanza dei principii fissati per ciò che riguarda il diritto pubblico. La funzione della consuetudine nel campo del diritto pubblico e in particolare in quello del diritto costituzionale secondo la dottrina dominante: la consuetudine come fondamento esclusivo di taluni istituti. Conseguenze in proposito dei principii posti. La consuetudine come fondamento del governo parlamentare: critica. Fondamento del medesimo altrimenti che sulla consuetudine. Particolare efficacia giuridica spettante alla consuetudine nel campo del diritto pubblico anche indipendentemente da un richiamo del legislatore. 136

b) rispetto alla teoria dell'interpretazione delle leggi. — Criteri obiettivi per la determinazione dell'ordine dei vari mezzi d'interpretazione. — Insufficienza dei vari mezzi d'interpretazione, quali, secondo la dottrina comune, sono elencati dall'art. 3 delle disp. prel. al cod. civ.: modificazioni all'interpretazione dominante dell'articolo stesso. — Se e fino a che punto i vari mezzi d'interpretazione, che si applicano alle leggi di diritto privato, possano essere applicati alle leggi di diritto pubblico. 161

- ... alla determinazione della posizione giuridica del giudice nell'applicazione della legge. — α] Possibilità che la sentenza del giudice rappresenti in ogni caso l'applicazione di una norma di legge: le teorie contrarie, che ammettono per taluni casi l'inesistenza di una norma di legge, e loro lineamenti riguardo al contenuto e alla natura della funzione del giudice nei casi stessi; le conclusioni nostre. — Conseguente possibilità da parte del giudice di adempiere in ogni caso il dovere suo corrispondente. — Difficoltà e delicatezza della funzione di applicazione della legge. — Teorie che considerano anche tale attività, almeno in alcuni casi, come attività creatrice: critica. — La c. d. interpretazione progressiva o evolutiva: sua esclusione. Mezzi che il legislatore ha, all'infuori dell'emanazione di nuove leggi, per far sì che l'ordinamento giuridico si mantenga adeguato alle nuove esigenze sociali. — β] Eventualità che al giudice sia assegnato per determinati casi un potere creativo. Tale potere creativo assegnato al giudice non significherà però l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico: la sentenza creativa sarà una sentenza *modificatrice* del diritto vigente per il caso concreto. — Efficacia della pronuncia del magistrato in detta ipotesi. — Se per diritto italiano ci abbiano casi nei quali al giudice sia attribuito un potere creativo. 175
23. d) *rispetto alla determinazione dello stato giuridico del cittadino.* — Assenza di un " *rechtsleerer Raum* " e di un'attività del cittadino giuridicamente irrilevante. — Concetto del diritto di libertà. Sua natura di diritto assoluto (*erga omnes*). — Come al diritto di libertà corrisponda un dovere di libertà, pure assoluto. — Anche lo Stato è investito del diritto di libertà. 221
24. I problemi *de iure condendo* delle fonti sussidiarie della legge e dell'ordinamento della funzione giurisdizionale. 282