

■ 1. Il diritto e le sue fonti

SOMMARIO: 1. Il diritto e le sue fonti - 1.1. Le norme giuridiche, il significato del termine diritto e la classificazione delle fonti - 1.2. Le leggi, i regolamenti e gli usi - 1.2.1. Leggi e loro ordine gerarchico - 1.2.2. Regolamenti e limite del principio di legalità - 1.2.3. Usi: consuetudine e desuetudine - 1.3. L'applicazione della legge - 1.3.1. Entrata in vigore delle norme - 1.3.2. Efficacia nel tempo delle norme - 1.3.3. Interpretazione delle norme - 1.3.4. Applicazione delle norme penali ed eccezionali - 1.3.5. Abrogazione, deroga e disapplicazione delle norme

1.1. Le norme giuridiche, il significato del termine diritto e la classificazione delle fonti

Col termine *fonti del diritto* vengono indicati gli **atti** (fonti-atto) o i **fatti** (fonti-fatto) che producono, modificano o abrogano determinate *norme giuridiche*. Gli *atti* sono emanati in forma scritta dalle pubbliche autorità in base a specifiche procedure: *fonti di produzione*, che si distinguono dalle *fonti di cognizione*, ossia dagli strumenti mediante i quali tali norme vengono portate a conoscenza dei cittadini (Costituzione, codici, raccolte e banche dati). I *fatti*, invece, sorgono spontaneamente all'interno della collettività, e si manifestano mediante l'osservanza di una condotta costante nel tempo che ha come risultato la produzione di norme non scritte (la *consuetudine*).

Le **norme giuridiche** costituiscono regole del diritto positivo ed hanno carattere precettivo e sanzionatorio, ossia stabiliscono che certi comportamenti possono/devono o non possono/non devono tenersi.

La norma giuridica è costituita, come detto, da due parti:

- il **precetto**, secondo cui un determinato comportamento è lecito o meno (comando nei reati omissivi, divieto nei reati commissivi);
 - la **sanzione**, cioè la minaccia di una pena in caso di violazione del precetto.
- Tuttavia esistono casi in cui alcune norme giuridiche sono prive di sanzioni: parliamo delle c.d. **norme imperfette**. Ricordiamo, ad esempio, talune norme di rango costituzionale che disciplinano i comportamenti del Presidente della Repubblica, del Parlamento e del Governo.

In ossequio ad una classificazione dottrinarie e giurisprudenziale ormai consolidata i *caratteri essenziali delle regole giuridiche*, che le distinguono dalle regole del diritto naturale, sono i seguenti:

- a) *generalità*: si applicano a tutti quelli che si trovano in una situazione da esse disciplinata;

- b) *astrattezza*: prevedono in astratto la disciplina di situazioni eguali a quelle in esse contenute;
- c) *novità*: devono tendenzialmente innovare l'ordinamento giuridico;
- d) *imperatività (o cogenza)*: contengono un precetto la cui attuazione è garantita da un sistema sanzionatorio che ne prevede un'applicazione coattiva da parte dell'autorità pubblica;
- e) *derogabilità (o relatività)*: la loro applicazione può anche essere disattesa dagli interessati;
- f) *esteriorità*: oggetto della loro disciplina è l'esterno operare degli individui;
- g) *bilateralità*: prevedono un'interdipendenza tra situazioni soggettive di vantaggio e situazioni soggettive di svantaggio.

Ordinamento giuridico L'**ordinamento giuridico**, pertanto, va inteso come l'insieme delle norme poste da un'autorità sovraordinata che determina, oltre ad un sistema di garanzie, anche vincoli e limiti per le libertà individuali.

Diritto oggettivo Le norme, quindi, interagendo tra loro, formano le regole alle quali ogni individuo deve uniformare la propria condotta allo scopo di assicurare l'ordinato svolgimento della vita sociale e dei rapporti tra i singoli: è questo il c.d. **diritto oggettivo**.

Il *diritto oggettivo* è il complesso di regole create dalle norme giuridiche per disciplinare la vita di una comunità e si suddivide in due rami fondamentali:

Diritto pubblico a) **diritto pubblico**: ossia l'insieme delle norme giuridiche che disciplinano i rapporti giuridici in cui almeno una parte è rappresentata da un ente pubblico che agisce con potestà d'imperio;

Diritto privato b) **diritto privato**: ossia l'insieme delle norme giuridiche che disciplinano i rapporti tra i privati, ovvero tra privati ed autorità pubbliche quando queste ultime non ricorrono alla loro potestà di imperio, ma operano su di un piano paritario con i privati.

Ricordiamo pure che all'interno dell'area del diritto pubblico è ricompresa un'ulteriore ramificazione costituita dal *diritto costituzionale*, dal *diritto amministrativo*, dal *diritto penale*, dal *diritto processuale (civile, penale e amministrativo)*, dal *diritto ecclesiastico*. Mentre nell'area del diritto privato distinguiamo il *diritto civile*, che comprende tutte le regole giuridiche che disciplinano la condotta degli individui nei loro rapporti privati e il *diritto commerciale*, che comprende tutte le regole giuridiche che disciplinano la condotta delle imprese commerciali tra esse e tra queste ultime e i risparmiatori e i consumatori.

In questo modo prende vita l'**ordinamento giuridico**, ossia l'*insieme delle norme poste da un'autorità sovraordinata che determina, oltre ad un sistema di garanzie, anche vincoli e limiti per le libertà individuali*.

Situazioni giuridiche soggettive Distinte da tale nozione del diritto sono le diverse **situazioni giuridiche soggettive** che da esso possono derivare: il *potere*, il *dovere*, l'*onore*, il

diritto soggettivo, l'interesse legittimo (v. infra). L'ordinamento giuridico costituisce, in altri termini, la fonte di legittimazione di tali situazioni. Allo scopo di stabilire il rapporto che intercorre tra le fonti del diritto e, allo stesso tempo, scongiurare una loro sovrapposizione (c.d. *antinomia delle norme*), si usa ricorrere a taluni criteri:

a) *criterio di gerarchia*, da non confondere con l'ordine di applicazione delle norme, in base al quale:

- le fonti del diritto appartengono a gradi diversi;
- prevale la fonte sovraordinata;
- le norme di grado inferiore non possono mai modificare o abrogare quelle di grado superiore, né tantomeno contenere norme in contrasto con esse;
- sussiste il controllo di validità rispetto alla fonte sovraordinata, ad opera della Corte costituzionale;

b) *criterio di competenza* in base al quale:

- le fonti appartengono al medesimo grado ma si attribuisce una materia ad ogni fonte;
- prevale la fonte competente per materia, es. Stato-Regione, Stato-Unione europea;

c) *criterio temporale* in base al quale:

- le fonti appartengono al medesimo grado e sono entrambi competenti per materia;
- la fonte emanata in una fase successiva abroga quella precedente (*lex posterior derogat legi priori*). Tale abrogazione può essere *espressa o implicita*;

d) *criterio di specialità* in base al quale:

- le fonti appartengono al medesimo grado e sono entrambe competenti per materia, ma una è *generale* e l'altra è *speciale*;
- la fonte speciale prevale su quella generale.

Le **fonti del nostro ordinamento giuridico** sono:

- a) Costituzione della Repubblica italiana, leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali, comprese quelle di approvazione degli statuti speciali delle regioni Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Sicilia, Trentino Alto Adige/Südtirol e Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste;
- b) *fonti primarie*: trattato UE, TFUE, direttive e regolamenti comunitari; regolamenti degli organi costituzionali (Camera dei deputati, Senato della Repubblica e Corte costituzionale); leggi ordinarie; decreti legge; statuti delle regioni ordinarie; leggi regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano; decreti legislativi attuativi degli statuti delle regioni speciali; referendum abrogativo;
- c) *fonti subprimarie*: leggi regionali delegate; decreti delegati del Governo; statuti degli enti locali;
- d) *fonti secondarie*: regolamenti, ordinanze, statuti di enti a statuto di specie;

Fonti
del nostro
ordinamento
giuridico

e) *circolari* che contengono istruzioni, ordini di servizio, direttive impartite dalle autorità amministrative centrali o gerarchicamente superiori agli enti o organi periferici o subordinati, con la funzione di indirizzare in modo uniforme l'attività di tali enti o organi inferiori. Sono atti meramente interni della Pubblica Amministrazione (c.d. *norme interne*), che esauriscono la loro portata ed efficacia giuridica nei rapporti tra i suddetti organismi ed i loro funzionari e non possono, quindi, spiegare alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei all'Amministrazione, né acquistare efficacia vincolante per quest'ultima, neppure come mezzo di interpretazione di norme giuridiche. La Cassazione precisa, pertanto, che esse non costituiscono fonte di diritti a favore di terzi, né di obblighi a carico dell'Amministrazione (sentenza 2092/1983). Di diverso avviso è gran parte della dottrina che le qualifica, invece, come fonti *extra ordinem* in grado di condizionare il comportamento dei soggetti nella fase di interpretazione e applicazione dei testi legislativi;

f) *fonti fatto*: consuetudine e usi;

g) *contratti collettivi di diritto comune*, stipulati dalle associazioni sindacali allo scopo di regolare uniformemente i rapporti di lavoro delle categorie rappresentate. Di diverso avviso è la Cassazione che nega il rango di fonte normativa a tale tipologia di contrattazione (sentenza 10914/2000);

h) *equità o giustizia del caso concreto* (fonte indiretta), ma solo quando è richiamata dalla legge (vedi ad esempio gli articoli 1226, 1371, 1374, 1384, 1733, 2047, comma 2, 2118 del codice civile);

i) le *linee guida dell'ANAC* in materia di contratti pubblici: il D.Lgs. 50 del 2016 rinvia, in funzione integrativa, alle suddette linee guida per la regolamentazione di alcuni aspetti di dettaglio accanto alla disciplina dettata dal Codice degli appalti pubblici. Le linee guida sono vincolanti: si distinguono, così, dalle c.d. "soft laws" (di cui sono esempi i bandi-tipo e i capitolati-tipo), che - pur avendo natura normativa - possono essere disapplicate dalla stazione appaltante previa adeguata motivazione. Invero il D.L. 32/2019, convertito in L. 55/2019 (c.d. "decreto sblocca cantieri") ha stabilito la progressiva estinzione delle linee guida vincolanti. Infatti l'art. 261, comma 27-octies, del codice dei contratti aggiunto dal citato D.L. 32/2019, stabilisce che nelle more dell'adozione, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della [...] disposizione, [...] di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni [...] rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle

more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia. Il regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.

l) *giurisprudenza* (fonte indiretta). Posto, infatti, che nel nostro ordinamento giuridico sia assente il principio di vincolatività dei precedenti, le sentenze formano, nel corso del tempo, orientamenti costanti, per cui le massime, ovvero i principi di diritto promananti dalle medesime pronunzie, tendono ad assumere il canone di regole giuridiche autonome concretamente operanti all'interno della società civile;

l) *dottrina* (fonte indiretta), ossia l'insieme delle interpretazioni, delle ricerche e delle opinioni elaborati dai giuristi in opere letterarie o nel corso di convegni o dibattiti.

1.2. Le leggi, i regolamenti e gli usi

1.2.1. Leggi e loro ordine gerarchico

Nel nostro ordinamento la **Costituzione** è la norma primaria di più alto grado. Essa riveste un *carattere rigido*, perché modificabile solo attraverso un procedimento speciale e mediante leggi costituzionali (secondo le regole dettate dall'art. 138 Cost.).

In linea generale con il termine **legge** identifichiamo:

- a) la *legge costituzionale*, che ha il medesimo rango e stessa competenza della Costituzione repubblicana;
- b) la *legge ordinaria*, che è un atto normativo approvato dal Parlamento, promulgata dal Presidente della Repubblica e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale;
- c) la *legge regionale* che, approvata dal Consiglio regionale, ha validità per il solo territorio regionale ed opera nel rispetto dei principi conte-

Costituzione

Legge

nuti nell'art. 117 Cost. (nel testo sostituito dalla L. cost. 3/2001 che ha trovato attuazione con L. 131/2003).

d) la *legge provinciale* delle province autonome di Trento e Bolzano.

Atti
aventi forza
di legge

Per quanto concerne gli **atti** di Governo **aventi forza di legge**, va innanzitutto precisato che tale organo è privo di potere legislativo (non può fare leggi); tuttavia solo in determinati casi, espressamente stabiliti dalla Costituzione (artt. 76 e 77 cost.), può emanare atti aventi forza di legge:

- 1) i *decreti legge*, emessi in casi di necessità ed urgenza con efficacia immediata, ma che vanno convertiti in legge entro 60 gg. dall'emanazione, pena la loro decadenza;
- 2) i *decreti legislativi*, sono deliberati dal Governo su delega legislativa del Parlamento che ne fissa anche i criteri di applicabilità.

La Corte costituzionale ha il potere di accertare la sussistenza in concreto dei presupposti della necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 cost. per l'adozione dei decreti-legge, configurando l'eventuale mancanza di detti presupposti tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto - quanto un vizio "in procedendo" della legge di conversione (così Corte cost. n. 128 del 2008).

1.2.2. Regolamenti e limite del principio di legalità

Regolamenti

I **regolamenti** sono norme giuridiche adottate dagli organi del potere esecutivo che non possono contenere disposizioni in contrasto con le leggi ma, pur qualificandosi come fonti secondarie, innovano l'ordinamento giuridico, nei limiti stabiliti dalla legge. In particolare i regolamenti governativi sono emanati nella forma di decreti del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di Stato.

I regolamenti possono essere emanati anche da autorità della pubblica amministrazione subordinate al potere esecutivo (come ad esempio i prefetti), ovvero dagli enti pubblici territoriali (ossia le regioni, le province e i comuni).

Secondo quanto stabilito dalla legge n. 400 del 1988 attualmente si fa distinzione tra:

- a) *regolamenti esecutivi* di leggi e decreti legislativi attraverso i quali si intende dare concreta attuazione alla fonte legislativa cui essi fanno riferimento;
- b) *regolamenti delegati* o *di deroga* i quali non prevedono una delega al Governo di funzioni legislative e, pertanto, l'atto da quest'ultimo emanato non sarà un decreto avente forza di legge. La potestà regolamentare in tal modo attribuita può, nei limiti ristretti della stessa delega, importare deroga alla legge (delegificazione);
- c) *regolamenti indipendenti* che vengono emanati per provvedere in materie in cui sia assente una disciplina di grado primario e sempreché

non si versi in ambiti comunque riservati alla legge. Occorre ricordare che in virtù di una riconosciuta e istituzionalizzata sfera di autonomia normativa il governo è autorizzato ad emanare regolamenti indipendenti in materie non già disciplinate dalla legge ovviamente nel rispetto, da un lato, dei precetti legislativi attributivi di competenza per settori e, dall'altro, delle norme indicanti gli scopi primari da realizzare;

d) *regolamenti interni e di organizzazione*, i quali espletano la loro efficacia all'interno degli stessi enti da cui vengono emanati, si da escludere che essi possano produrre prescrizioni dotate di analoga forza cogente di norme giuridiche;

e) *regolamenti di recepimento di accordi collettivi di lavoro*, che possono farsi rientrare nella categoria dei regolamenti di organizzazione.

Esistono, invero, talune materie che il potere esecutivo non può disciplinare mediante regolamenti, perché la Costituzione ha stabilito che queste vanno disciplinate unicamente mediante la legge (principio della **riserva di legge**). Lo scopo di tale principio è quello di garantire che su alcune materie debba legiferare solo il Parlamento, ossia l'organo che è espressione della sovranità popolare. Anche gli atti aventi forza di legge, appartenenti al *potere esecutivo* (Governo), possono disciplinare materie protette dalla riserva di legge, ma solo sotto stretto controllo del *potere legislativo* (Parlamento).

Riserva
di legge

Affine al principio della riserva di legge è quello di **legalità** il quale, da un lato, sancisce la prevalenza della legge rispetto agli altri atti dei pubblici poteri, dall'altro, fa sì che ogni provvedimento sia espressione di un potere riconosciuto agli organi pubblici da una specifica norma giuridica.

Legalità

Vanno infine ricordati i *regolamenti comunitari* che sono atti normativi emanati dall'Unione europea aventi contenuto normativo generale, al pari delle leggi statali, direttamente applicabili all'interno degli Stati membri e immediatamente vincolanti per questi e per i loro cittadini, senza necessità di norme interne di adattamento o recepimento.

1.2.3. Usi: consuetudine e desuetudine

Gli **usi normativi**, le c.d. **norme consuetudinarie**, si formano sulla base di due elementi essenziali:

Usi
normativi

- quello di carattere *oggettivo*, ossia la ripetizione costante nel tempo (*diuturnitas*) di un dato comportamento da parte di un gruppo sociale;
- quello di carattere *soggettivo o psicologico*, ossia l'opinione generalmente condivisa di osservare, agendo in tal modo, una norma giuridica sia pure di rango terziario (*opinio iuris ac necessitatis*).

L'uso normativo, pertanto:

- assume i lineamenti e il vigore della norma giuridica e, per questo, deve possedere il carattere dell'astrattezza e della generalità;

– assume la veste di fonte sussidiaria di diritto nelle materie in cui è assente una disciplina legislativa (*praeter legem*). Viceversa, nelle materie regolate da leggi o regolamenti, assume efficacia solo se espressamente richiamato (*secundum legem*) (art. 1182 c.c.).

Desuetudine Non è ammesso l'uso *contra legem* o abrogativo, per **desuetudine**, della legge.

L'uso normativo si distingue:

- dall'*uso interpretativo*, che è il mezzo mediante il quale si interpreta, appunto, la volontà espressa in modo ambiguo dai soggetti contraenti;
- dall'*uso negoziale* che è il mezzo mediante il quale si integra l'interpretazione della volontà dei soggetti contraenti con la clausola che, ambigualmente praticata in una determinata zona, si presume voluta dalle parti anche se non espressamente richiamata;
- dalla *prassi*, che è sprovvista del carattere della generalità e del requisito dell'*opinio iuris ac necessitatis*, e che vige in limitati ambiti di contrattazione, corrispondendo non già ad esigenze giuridiche, quanto a motivi di opportunità e convenienza.

L'uso non è una norma scritta e, per questo, l'unico modo per accertarne l'esistenza è la compilazione delle *raccolte ufficiali* che mai potranno essere qualificate come fonti di cognizione. In caso di mancato aggiornamento tali raccolte non vengono automaticamente private del loro valore probatorio, dato che le eventuali variazioni sopravvenute possono essere evinte dalle parti in base ai principi giuridici che disciplinano l'onere della prova (art. 2697 c.c.).

L'accertamento dell'esistenza di una norma consuetudinaria è riservato al giudice del merito, essendo quindi sottratto al giudizio di legittimità (Cass. n. 20 del 1983).

L'uso normativo deve essere applicato dal giudice, se gli risulti noto, e, in caso contrario, può essere accertato con ogni mezzo di prova. Diversamente, con riguardo all'uso negoziale o interpretativo, che costituisce un mezzo di interpretazione della volontà delle parti, espressa ambigualmente o d'integrazione della medesima con le clausole che, abitualmente praticate nella zona, si presumono volute dalle parti, anche se esplicitamente consentite, è la parte che lo allega che deve fornire idonea prova, in caso di contestazione, circa la sua esistenza (Cass. n. 14263 del 2005).