

PARTE PRIMA

NOZIONI INTRODUTTIVE

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO GIURIDICO E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il concetto di «ordinamento giuridico». – 2. La norma giuridica e le altre norme sociali. – 3. Le caratteristiche delle norme giuridiche. – 4. Le sanzioni. – 5. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – 6. Il diritto amministrativo e il c.d. diritto amministrativo europeo.

1. Il concetto di «ordinamento giuridico».

L'uomo, per sua natura, necessita di vivere in comunità, giacché solo la reciproca collaborazione con i suoi simili gli consente di raggiungere risultati che mai potrebbe conseguire da solo [TORRENTE]. Tale cooperazione gli permette di dedicarsi alle attività di maggior interesse, trascurando le altre. Per questa ragione è sempre vissuto in società organizzate (*società civili*), nelle quali può soddisfare i propri bisogni, ma anche realizzare fini collettivi, fra cui *in primis* le attività funzionali a garantire l'ordine sociale.

Il concetto di
«società civile»

Attraverso la vita comunitaria egli, sin dai tempi più remoti, stabilisce **rapporti sociali**, istituendo svariate aggregazioni collettive, diversamente configurate nelle epoche storiche (famiglie, più o meno allargate, tribù, città, fino alle organizzazioni più complesse come gli Stati nazionali). Se quindi l'uomo deve necessariamente aggregarsi, ogni società civile non può sopravvivere in assenza di un **sistema organizzato di regole** e di un'**organizzazione di poteri sovrani** che ne imponga l'osservanza, anche ricorrendo all'uso della forza e, talvolta, a sopprimere le libertà individuali [MARTINES; TORRENTE].

È «**diritto**» (in senso *oggettivo*) l'insieme delle regole poste dalle autorità per risolvere in modo non violento i conflitti di interessi che insorgono tra i consociati («*ne cives ad arma veniant*») al fine di individuare quali interessi siano meritevoli di tutela, e debbano perciò prevalere, e quali invece debbano sacrificarsi. Il diritto, quindi, indirizza i comportamenti umani, impedendo il compimento di azioni arbitrarie o comunque pregiudizievoli; in sua assenza, sarebbe impossibile ogni ordine sociale e la stessa convivenza civile seriamente compromessa (di qui il tradizionale brocardo «*ubi societas ibi jus atque ubi jus ibi societas*») [BIN-PITRUZZELLA].

Il diritto
oggettivo

Come si è detto, accanto alle autorità legittimate a creare norme giuridiche, si affiancano ulteriori autorità con il compito di farle rispettare. Secondo i sistemi giuridici dell'Europa continentale, fra cui il nostro, tali autorità sono formalmente separate: un conto

è l'esercizio del potere normativo, ossia del potere di creare il diritto, attribuito a vari livelli (al Parlamento, al Governo, ai consigli regionali, provinciali, comunali, etc.), altro conto è il potere giurisdizionale, che comprende l'insieme degli organi (giudici ordinari e giudici amministrativi, d'ora in poi abbreviati G.O. e G.A.) titolari della funzione giurisdizionale, cioè del potere di amministrare la Giustizia [v. cap. VIII, §§ 3 e 5].

I sistemi giuridici di «common law»

Questa netta separazione tra potere normativo e potere giurisdizionale non appartiene, storicamente, ai *sistemi normativi di lingua inglese* (detti di **common law**), giacché in essi è la stessa autorità giurisdizionale ad essere *fons juris*. In tali sistemi vige infatti il principio del c.d. *stare decisis*, ossia del *precedente giudiziario vincolante*: le sentenze, obbligatorie per le parti in causa (come in Italia), estendono i loro effetti anche agli altri giudizi con casi identici [BIN-PITRUZZELLA]. Incidentalmente, si precisa che per «**giurisprudenza**» si intende l'attività giurisdizionale svolta dai giudici con i propri provvedimenti (sentenze, ordinanze, etc.), la cui lettura consente di apprendere l'interpretazione giudiziale delle norme, che non di rado si traduce *di fatto* nella creazione di nuovi precetti (in dottrina si afferma che il *diritto vivente* è proprio quello elaborato dalla prassi giurisprudenziale).

L'ordinamento giuridico

Più tecnicamente, il diritto oggettivo diviene **ordinamento giuridico**, per significare il «*complesso di norme e di istituzioni*» che, nel loro insieme, costituiscono un *sistema organizzato* («ordinato») [TORRENTE]. La dottrina più moderna definisce pertanto l'ordinamento giuridico come «l'assetto giuridico e l'insieme delle norme giuridiche che si riferiscono ad un particolare gruppo sociale» [CASETTA].

La pluralità degli ordinamenti giuridici

Secondo **Santi Romano**, gli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico sono fondamentalmente tre: a) la *plurisoggettività*, ossia la pluralità di individui aggregati in una comunità; b) l'*organizzazione*, ossia la regolamentazione della vita comunitaria in un sistema giuridico compiuto; c) il *sistema di norme*, ossia il complesso normativo che sovrintende ai comportamenti umani e all'organizzazione della vita comunitaria. Secondo questo Autore, esiste in realtà una **pluralità di ordinamenti giuridici**, fra cui eccelle quello statale, essendo gli altri gerarchicamente sottordinati secondo un ordine decrescente. Così, dapprima, si pongono gli *ordinamenti degli enti pubblici*, di cui lo Stato tutela l'esistenza e l'attività, pur assicurando ad essi un certo livello di autonomia. Seguono poi gli *enti* e le *istituzioni private* (persone giuridiche private, associazioni non riconosciute, fondazioni, comitati e società di fatto), cui è parimenti assicurata una sfera di autonomia, qualora realizzino interessi meritevoli di tutela. Infine, si pongono le organizzazioni nei cui confronti l'ordinamento assume una posizione o di *indifferenza* (c.d. *ordinamenti giuridicamente irrilevanti*, come, fino a non molti anni fa, le organizzazioni sportive), o, addirittura, di *repressione* (come le organizzazioni criminali) [BASSI; cfr. anche BIN-PITRUZZELLA; MARTINES; MIRABELLA, nonché cap. VI, § 1].

Il principio di «non contraddizione»

L'ordinamento giuridico, in quanto costituito da «norme organizzate in modo ordinato», è retto dal c.d. **principio di «non contraddizione»**; ciò significa che i suoi precetti devono (o dovrebbero ...) osservare, secondo la logica comune, un *ordine ben preciso* [ZAGREBELSKY]: sarebbe infatti alquanto imbarazzante l'ipotesi (peraltro tutt'altro che infrequente!) di norme tra loro contrastanti. Poiché la produzione giuridica è una nota costante dell'ordinamento – fra l'altro originata in differenti epoche storiche e con l'intervento di mutevoli autorità (come si vedrà, i moderni sistemi giuridici contemplano una pluralità di fonti normative) – non mancano tra le norme contraddizioni, chiamate «**antinomie**», anche assai marcate. Onde assicurare coerenza e omogeneità al sistema, l'ordinamento prefigura una serie di regole e meccanismi istituzionali diretti a risolvere le antinomie. Il rispetto del prin-

cipio di non contraddizione è altresì assicurato attraverso ulteriori corollari giuridici, quali i criteri di successione delle leggi nel tempo, di gerarchia delle fonti e di competenza [CRISAFULLI; v. cap. II, § 2].

Infine, per **istituto giuridico** si intende l'insieme delle norme che assolvono ad una funzione unitaria, tali da essere l'una in funzione delle altre. Si pensi agli istituti della *proprietà privata* o della *responsabilità civile*, espressioni che racchiudono in sé, rispettivamente, l'insieme delle norme attinenti ai regimi della proprietà privata (artt. 832 ss. c.c.) e della responsabilità civile (artt. 2043 ss. c.c.) [v. *infra*, § 4].

Gli istituti
giuridici

2. La norma giuridica e le altre norme sociali.

Tecnicamente, si definiscono **norme giuridiche** le unità elementari del sistema normativo eretto a ordinamento. In altri termini, sono norme tutte le *prescrizioni, generali e astratte, destinate a disciplinare i comportamenti umani onde indirizzarli nelle circostanze della vita, non di rado anche sotto la minaccia di una sanzione*. Più semplicemente, si tratta di regole di condotta imposte ai consociati dall'ordinamento giuridico.

Le norme
giuridiche

Le norme giuridiche, in quanto prodotto della società umana, sono vere e proprie **norme sociali** (in senso lato). Tuttavia, l'espressione *norma sociale* è comunemente utilizzata in un *significato più ristretto*, riferito soltanto a quelle regole di condotta che, pur sociali, sono prive del carattere della giuridicità [BIN-PITRUZZELLA].

Le norme sociali

Le norme sociali sono sterminate e talvolta difficilmente classificabili. Esse riflettono il costume, la sensibilità e le credenze religiose di una comunità in un dato contesto storico, richiamandosi spesso ai principi morali dominanti (non necessariamente di ispirazione religiosa) che non di rado influenzano in modo sensibile i comportamenti umani. Si collocano nel novero delle norme sociali, ad es., le norme morali, quelle religiose e quelle del galateo (o *bon ton*) [BIN-PITRUZZELLA].

Un breve cenno sulle **norme morali**. Sono tali le norme che originano dalla *coscienza umana*, ossia da quella voce interiore che, discernendo il bene dal male, conduce l'agire umano, impartendo all'uomo "onesto" i precetti che gli consentono di stare in pace con se stesso e, al contempo, di conseguire la stima degli altri. Non sono poche le norme giuridiche contenenti **precetti di ordine morale** [GAZZONI]. Si pensi all'art. 1418 c.c. che prescrive la nullità del contratto concluso con *causa illecita*, cioè contro la legge, l'ordine pubblico e il *buon costume*, o all'art. 2035 c.c. che preclude la *ripetizione dell'indebito* qualora le parti si siano precedentemente accordate per eseguire una *prestazione immorale* (tipico esempio è il c.d. contratto di meretricio). Si pensi altresì ai concetti di *danno ingiusto*, *buona fede*, *correttezza professionale*, etc. Se espressamente richiamate dal legislatore, le regole morali divengono giuridiche e perciò cogenti e coattive, cioè obbligatorie [v. *infra*, § 3].

Le norme morali

Le variegate tipologie di norme sociali (moralì, religiose, del galateo, etc.) costituiscono altrettanti **sistemi normativi**, tra loro autonomi e indipendenti. Diverse sono infatti le rispettive fonti di produzione: la *coscienza* per le norme morali, le *autorità religiose* per le norme religiose, la stessa *società civile* per le norme del galateo. Questi sistemi normativi *metagiuridici*, pur concettualmente autonomi, non di rado presentano punti di contatto tra loro e finanche con l'ordinamento giuridico: è il caso, ad es., dei precetti «non uccidere», «non rubare» e «non dire falsa testimonianza», che appartengono contestualmente alla sfera giuridica, ma, come è noto, anche a quella morale e a quella religiosa.

I rapporti tra i
sistemi normativi

3. Le caratteristiche delle norme giuridiche.

La struttura della norma giuridica

Le norme giuridiche contengono anzitutto **precetti**, ossia comandi giuridici che *impongono* o *vietano* certi comportamenti (*ordini* e *divieti*). Si affiancano ai precetti le **sanzioni**, cioè le *minacce di conseguenze negative* per il caso di inosservanza dei precetti.

Le norme prive di sanzione

L'ordinamento contempla **tipologie di norme sprovviste di sanzione**, come le *norme programmatiche* (celebri sono quelle contenute nella nostra Carta costituzionale: v. artt. 1, 2, 3, etc.) [CRISAFULLI], quelle *definitorie* e quelle *classificatorie*. D'altro canto, ogni proposizione normativa presenta un contenuto precettivo, anche qualora assuma parvenza descrittiva, come le norme *classificatorie*, *definitorie* e *programmatiche* [MARTINES]. Le norme contenenti semplici *definizioni* (v. l'art. 1470 c.c. definitorio del contratto di compravendita) o *classificazioni* (v. l'art. 812 c.c. che distingue i beni mobili da quelli immobili) hanno perciò sempre un contenuto precettivo, soprattutto in chi sia quotidianamente tenuto ad applicarle, anche se, in linea teorica, tali definizioni e classificazioni dovessero non risultare le migliori in assoluto.

La generalità e l'astrattezza delle norme giuridiche

Tradizionalmente, si afferma che le norme giuridiche, al fine di assicurare l'ordine sociale, contengono prescrizioni **general**i ed **astratte**, cioè non rivolte, rispettivamente, né a singole persone, né a singoli comportamenti. In particolare, le norme sono **general**i perché hanno come destinatari *non singole persone* (in caso contrario, si originerebbero ingiustificati privilegi o deprecabili discriminazioni), ma una *serie indeterminata di individui*, cioè tutti coloro che si trovino nella situazione descritta dalla norma (questa caratteristica si evince dalle espressioni «*tutti*», «*chiunque*», «*qualunque fatto*», etc.). Le norme giuridiche sono inoltre **astratte**, in quanto disciplinano *non singoli casi concreti*, ma *ipotesi astratte*, individuate come periodi ipotetici, che troveranno applicazione tutte le volte in cui i soggetti in esse descritti si troveranno in quella situazione. Ciò significa che la norma descrive un caso ipotetico e astratto, che poi si materializza nel momento in cui accade nella realtà [MARTINES]. Si pensi al precetto **ex art. 575 c.p.**: «*Chiunque* cagiona la morte di *un uomo* è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno»: questa norma è astratta perché non si riferisce al caso concreto di Tizio che uccida Caio, ma all'ipotesi astratta ed eventuale di un qualsiasi omicidio volontario. Al riguardo la dottrina (cioè, la scienza giuridica) usa l'espressione *fattispecie astratta* per indicare l'ipotesi astrattamente prevista dalla norma, contrapposta a *fattispecie concreta*, che è invece il singolo caso concreto portato a conoscenza del giudice. Il termine «**fattispecie**» (letteralmente, *specie del fatto*, da *facti species*, e quindi *immagine del fatto*) si riferisce alla *situazione-tipo* descritta dalla norma, e quindi all'«insieme delle note distintive di un fatto, cioè il complesso delle particolarità che distinguono un fatto da un altro» [BASSI]. La fattispecie non è quindi altro che «la descrizione delle note caratteristiche di un fatto o comportamento umano compiuto da una norma giuridica» [BASSI].

La «ratio» della generalità e dell'astrattezza

Generalità e astrattezza assolvono funzioni diverse. La **generalità** assicura *in primis* l'*uniformità di trattamento* tra i consociati (donde il motto, di rilievo costituzionale, riportato nelle aule dei tribunali: «*La legge è uguale per tutti*») [TORRENTE] e, di riflesso, il grande principio di civiltà giuridica della *certezza del diritto*, in base al quale i consociati hanno diritto di conoscere in anticipo i comportamenti giuridicamente leciti o

illeciti e quindi gli interessi ritenuti meritevoli di tutela. L'**astrattezza** garantisce invece la *stabilità* della norma e quindi la sua *durevolezza nel tempo*, fino a quando non sarà sostituita da altra successiva, sicché dovrà applicarsi tutte le volte in cui si verifichi la situazione-tipo descritta nella norma medesima. D'altronde, poiché le norme sono finalizzate alla composizione di possibili conflitti di interessi tra gli individui, nessun ordine sociale sarebbe possibile senza uniformità e stabilità nei comportamenti; perciò, i giudici sono chiamati a dirimere tali controversie con specifici provvedimenti *individuali e concreti* (le sentenze) aventi caratteristiche opposte agli atti normativi.

Non sempre è possibile garantire la certezza del diritto. L'estrema complessità (e spesso imprecisione) degli ordinamenti moderni rende difficile l'individuazione della norma da applicare al caso concreto. Non di rado poi il legislatore fa altresì uso dei c.d. **concetti valvola**, ossia di espressioni volutamente generali (e persino vaghe), in modo da adattare la norma all'evolversi dei tempi [v. cap. V, § 2], ma che lasciano gli interpreti sconcertati e in balia delle più svariate ricostruzioni giurisprudenziali: si pensi alle espressioni *giusta causa* o *giustificato motivo*, di cui alla l. 604/1966 sui licenziamenti individuali dei lavoratori subordinati o ai *gravi motivi* richiesti ex art. 84 c.c. affinché l'autorità giudiziaria autorizzi un minore ultrasedicenne a contrarre matrimonio o, ancora, alle espressioni *regola di correttezza* (art. 1175 c.c.), *buona fede* (artt. 1337, 1358, 1366, 1375 c.c.) o *danno ingiusto* (art. 2043 c.c.).

I c.d. «concetti valvola»

Ulteriore distinzione è quella che contrappone le **norme speciali** alle **norme eccezionali** (come si vedrà, la specialità e l'eccezionalità di queste norme non costituiscono deroghe alla generalità e all'astrattezza, ma mere limitazioni).

Le norme speciali e le norme eccezionali

Sono **speciali** (o **particolari**) le norme (pur sempre *general*) rivolte a un gruppo *indeterminato, ma ristretto di individui, non corrispondente alla generalità dei consociati*. Il ricorso a queste tipologie di norme si giustifica con la necessità, spesso sentita, di introdurre strumenti di riforma sociale in favore dei soggetti più deboli giacché solo attraverso specifici trattamenti di favore è sovente possibile assicurare più equi rapporti sociali tra i cittadini (v. art. 3² Cost.: *principio della c.d. uguaglianza sostanziale*).

Le norme speciali

Esistono tuttavia **norme speciali** che soddisfano *ulteriori esigenze*: si pensi alla disciplina fallimentare, rivolta ai soli imprenditori commerciali o ai codici penali militari, applicabili ai soli militari in servizio attivo in tempo di pace o di guerra. Sono altresì speciali le norme che disciplinano *specifiche materie* (ad es., la legislazione sulle miniere, cave e torbiere deroga alle norme generali del codice civile sui beni pubblici) o che sono dirette a fronteggiare *particolari situazioni* (il codice penale militare di guerra si applica solo in caso di guerra) o a *particolari categorie professionali* (come gli avvocati e i medici) o a *specifiche fattispecie* (ad es., le locazioni di beni immobili urbani adibiti ad uso locativo). Come già detto, le norme speciali sono comunque norme generali, aventi come destinatari una cerchia indeterminata di soggetti (i lavoratori, i datori di lavoro, i pubblici ufficiali, etc.), nei cui confronti si osserva una *uniformità di trattamento* (c.d. **norme a generalità ridotta**). Non sono speciali invece le c.d. **norme personali** (o **ad personam**), in quanto rivolte a singoli individui, in genere per attribuire privilegi o benefici (ad es., una legge emanata in favore di un anziano attore privo di sussidi per il suo sostentamento). Non sono mancate norme persino emanate *contro singoli soggetti*.

Sono definite **eccezionali** le norme che durano *limitatamente nel tempo*, cioè fino a quando permane una certa *situazione eccezionale o di emergenza* che ne ha sollecitato la produzione. Una volta trascorso un ragionevole periodo di tempo dalla specifica contingenza storica, dovrebbero quindi essere abrogate.

Le norme eccezionali

Sono **eccezionali** le norme destinate a fronteggiare una *straordinaria calamità naturale* (terremoto o alluvione) o un *fenomeno malavitoso particolarmente grave* (come la c.d. *legislazione dell'emergenza* contro il terrorismo di matrice autoctona e la c.d. *legislazione antimafia*). Parimenti eccezionali sono le c.d. *sanatorie*, ossia gli interventi volti a *sanare* situazioni *contra legem* (amnistie, condoni edilizi o fiscali,

etc.). L'abuso di norme eccezionali è un brutto segno dei tempi, perché significa che la vita sociale ha preso il sopravvento sul diritto, il quale stenta così a prevedere e a regolamentare i singoli fenomeni [ZAGREBELSKY]. D'altro canto, non è neppure concepibile abolire i caratteri della generalità e astrattezza, essendo inimmaginabile una società retta da sole norme personali (diverse da individuo a individuo) ed eccezionali (diverse da situazione a situazione). Ma se anche fosse possibile, a quali ingiustizie e instabilità sociali si andrebbe incontro? [ZAGREBELSKY].

Le c.d. leggi-provvedimento

Sganciato dalla specialità e dall'eccezionalità è il tema delle c.d. **leggi-provvedimento** o **leggi-fotografia** o **leggine** o **leggi solo formali** [ITALIA; CRISAFULLI]. Trattasi di *leggi che sono tali solo formalmente*, essendo approvate dal Parlamento, *ma non sostanzialmente*, perché contenenti precetti rivolti a singoli soggetti determinati. Si tratta perciò di «leggi che hanno contenuto puntuale e concreto alla stessa stregua dei provvedimenti amministrativi» [Casetta]. È il caso, ad es., del riconoscimento *ope legis* di un vitalizio ad un anziano attore indigente, oppure dell'assunzione dei costi per i c.d. funerali di Stato in favore di chi si sia distinto per un atto particolarmente eroico o, ancora, della vecchia legge istitutiva dell'ENEL (l. 1643/1962) che ha creato *ex novo* un ente pubblico. Le leggi-provvedimento, com'è intuibile, spesso costituiscono norme *ad personam*.

Altre caratteristiche delle norme

Ogni norma giuridica presenta **ulteriori caratteristiche** [MIRABELLA; MARTINES]. Anzitutto, è **positiva** (da *jus positum*, *diritto imposto*, *stabilito*), in quanto è *posta* (cioè *prodotta*) dallo Stato e da questo fatta valere: di qui la sua giuridicità. Inoltre, è **coattiva** (o **coercitiva** o **obbligatoria**), perché obbligatoria per i suoi destinatari, pena l'applicazione di una sanzione [v. *infra*, § 4], **relativa** [BIN-PIRUZZELLA], perché mutevole nel tempo e nello spazio (ad es., la patria potestà, abrogata in Italia nel 1975 e sostituita dalla potestà genitoriale, è tuttora vigente in molti ordinamenti stranieri contemporanei) e, infine, **intersubiettiva**, perché destinata a disciplinare (e spesso a creare) relazioni umane.

4. Le sanzioni.

Norme prescrittive e norme sanzionatorie

Le norme contengono **comandi** (o **prescrizioni**), cioè proposizioni normative che impongono cosa *sia o non sia* consentito fare. Il *dovere* è dunque l'elemento caratterizzante le norme giuridiche.

Le norme giuridiche si distinguono in **prescrittive**, se impongono ai consociati determinati comportamenti *negativi* (*divieti*) o *positivi* (*obblighi*), e **sanzionatorie**, se fissano *sanzioni* per l'inosservanza dei precetti. Le norme sanzionatorie sono essenziali: come potrebbe assicurarsi l'obbligatorietà del diritto se contestualmente non si prevedesse una sanzione? Anzi, sono proprio le sanzioni a garantire, in massima misura, il ripristino dell'ordine sociale. *Spesso il precetto non appare*, ma si desume dal tenore complessivo della norma sanzionatoria. Questo fenomeno è frequente nelle norme penali: ad es., l'art. 575 c.p. dispone che «chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno» (in questo caso è sottinteso il precetto «*non uccidere*»).

Le tipologie di sanzioni

Le sanzioni penali

L'ordinamento, nella sua complessità, prevede una **ingente serie di sanzioni**, classificabili in tre gruppi principali.

Anzitutto, esistono le **sanzioni penali** (o *pene*), previste per il caso di commissione di **reati** – distinti in *delitti* e *contravvenzioni* –, ossia di comportamenti ritenuti gravi e pericolosi per la società e perciò puniti più duramente. Le **pene** possono essere *detentive* (consistenti nella privazione o restrizione della libertà personale) o *pecuniarie* (che si traducono nel pagamento di una somma di denaro).

Tanto i delitti, quanto le contravvenzioni sono puniti con entrambe le tipologie di pene. I **delitti** con l'*ergastolo* (carcere a vita: art. 22 c.p.), la *reclusione* (pena detentiva compresa tra i 15 giorni e i 24 anni: art. 23) e la *multa* (pena pecuniaria compresa tra euro 50 ed euro 50.000: art. 24). Le **contravvenzioni** sono punite con l'*arresto* (pena detentiva tra 5 giorni e 3 anni: art. 25) e con l'*ammenda* (pena pecuniaria tra euro 2 ed euro 10.000: art. 26). È altresì frequente il *cumulo* di pene detentive e pecuniarie.

Il codice penale contempla anche **sanzioni accessorie**, che si affiancano a quelle ora descritte, dette *principali*: si pensi all'*interdizione dai pubblici uffici* (perdita dell'elettorato attivo e passivo e l'impossibilità di esercitare uffici pubblici: art. 28 c.p.) e all'*interdizione legale* (perdita perpetua o temporanea della capacità di agire e della potestà sui figli minori qualora siano commessi reati particolarmente gravi: art. 32 c.p.).

Sono **sanzioni civili** quelle, tipiche del diritto privato, di **natura riparatoria** e consistenti nel risarcimento del danno derivante da un atto illecito. Il danno in genere si ripara con il versamento di una **somma di denaro**, fatta salva, se possibile, la c.d. **riduzione in pristino**, ossia la condanna al ripristino dello *status quo ante* (ad es., riparando la cosa danneggiata, restituendo la cosa non consegnata, demolendo l'opera abusivamente costruita). È ritenuta una sorta di sanzione civile, pur meno grave, l'**invalidità dell'atto giuridico**, se compiuto in spregio a norme cogenti (come si vedrà, l'invalidità assume la forma della *nullità* e dell'*annullabilità*).

Le sanzioni civili

La dottrina [TORRENTE] distingue le c.d. **sanzioni dirette** (nullità del contratto, esecuzione forzata sui beni del debitore insolvente, etc.), che realizzano l'interesse protetto dalla norma, dalle c.d. **sanzioni indirette**, che lo tutelano indirettamente, cioè percorrendo altra via (risarcimento del danno).

Vi sono infine le **sanzioni amministrative**, poste a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione (d'ora in poi abbreviata P.A.) e disciplinate a livello generale dalla l. 689/1981. A differenza delle sanzioni penali e civili (sempre comminate dall'autorità giudiziaria), quelle amministrative sono inflitte direttamente dalla P.A. e si distinguono in **ripristinatorie**, se colpiscono la *cosa* onde reintegrare l'interesse leso (come l'ordine di demolizione) e **afflittive**, se rivolte direttamente contro l'*autore dell'illecito*: mentre le prime mirano solo a rimediare alla lesione dell'interesse pubblico, le seconde sono vere e proprie sanzioni punitive. Le sanzioni afflittive si dividono in **pecuniarie** (ad es., per la mancata oblitterazione del biglietto dell'autobus o per l'inosservanza delle leggi fiscali: c.d. *sovrattasse*) e **interdittive**, incidenti sull'attività del soggetto colpito (ritiro o la sospensione della patente di guida). A parte si collocano poi le **sanzioni disciplinari** (v. art. 12, l. 689 cit.), relative ai soggetti legati alla P.A. da un particolare rapporto (c.d. *status*) [cap. VI, §], come i dipendenti pubblici o gli studenti delle scuole.

Le sanzioni amministrative

Il legislatore, anziché ricorrere alla deterrenza della sanzione, può disporre l'**invalidità dell'atto** compiuto in violazione di norme cogenti: la sanzione, in questo caso, consiste nell'impossibilità dell'atto di conseguire lo scopo prefissato. L'invalidità degli atti è perciò una forma attenuata di sanzione, poiché rappresenta pur sempre una conseguenza negativa derivante dall'inosservanza di una norma. L'invalidità dell'atto è diffusa sia nel *diritto privato* (ad es. la *nullità* di una compravendita immobiliare verbale e l'*annullabilità* del contratto concluso con inganno o minacce), sia nel *diritto pubblico* (un atto amministrativo emesso in violazione della legge o il voto invalidamente espresso nel segreto dell'urna).

L'invalidità degli atti giuridici

Il c.d. diritto premiale

Un modo moderno di imporre l'osservanza delle norme è quello che si realizza attraverso il c.d. **diritto premiale** [ZAGREBELSKY]: anziché minacciare conseguenze più o meno gravi, si incentiva l'osservanza delle norme prevedendo *conseguenze positive*, cioè *incentivi*, *benefici* o *premi* [TORRENTE; v. anche cap. XI, § 4]. Il fenomeno, diffusosi in tempi recenti, ha ormai preso piede in quasi tutti i settori dell'ordinamento. Con riguardo al *diritto amministrativo* si richiamano gli incentivi fiscali o previdenziali alle imprese che investono in zone poco redditizie o che incrementano l'occupazione (*in campo penale* è nota la legislazione in favore dei c.d. «collaboratori di giustizia» che beneficiano di cospicui sconti di pena se confessano i loro reati denunciando i complici).

La gradualità delle sanzioni

Esiste dunque una **gradualità nell'obbligatorietà delle norme**, distribuita su tre livelli progressivi: la *pena*, che sanziona l'obbligo di obbedienza; l'*invalidità*, che attenua tale obbligo, perché non vieta in assoluto il compimento dell'atto invalido (contratto, matrimonio, voto politico, etc.); infine, il *premio*, con cui la norma non prescrive alcun obbligo, ma ne incentiva l'osservanza con l'introduzione di un premio [ZAGREBELSKY].

5. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato

A differenza delle classificazioni testé esaminate, la **distinzione tra diritto pubblico e diritto privato** è fondata sulla *natura degli interessi protetti* [MARTINES]. Sono **norme di diritto pubblico** quelle che tutelano *in via diretta* l'interesse pubblico o collettivo ed (eventualmente) *in via mediata* gli interessi individuali. Esse sono pertanto *inderogabili* e la loro osservanza è garantita dagli stessi pubblici poteri. Sono invece **norme di diritto privato** quelle che tutelano *in via diretta* gli interessi di singoli individui e solo *in via mediata* l'interesse pubblico, sicché sono spesso *derogabili* dai loro destinatari (come gran parte delle norme del codice civile in materia contrattuale) e la loro osservanza è (di regola) lasciata alla libera iniziativa degli interessati. Va però ricordato che sono numerose le aree dell'ordinamento in cui si intrecciano sensibilmente interessi pubblici e privati: si pensi al diritto dell'economia, al diritto del lavoro, al diritto agrario e a numerose norme che disciplinano settori specifici di intervento delle P.A. In tali casi non appare affatto agevole individuare una sicura collocazione nel campo del diritto pubblico o in quello del diritto privato [MARTINES].

Le varie branche del diritto pubblico e del diritto privato

Il **diritto pubblico** si riparte in varie branche: a) il *diritto costituzionale* che detta i principi fondamentali della vita politica del Paese, dei rapporti tra cittadini e Stato e sull'organizzazione dello Stato; b) il *diritto amministrativo* che disciplina l'organizzazione e l'attività della P.A. e i rapporti che essa intreccia con i consociati (i c.d. «amministrati»); c) il *diritto penale* che configura i reati e le pene previste per la loro repressione; d) il *diritto processuale (civile, penale, amministrativo)* che detta le norme procedurali innanzi alle giurisdizioni civili, penali e amministrative. Anche il **diritto privato** si riparte in branche: a) il *diritto civile* che disciplina le materie di interesse privatistico, in cui i soggetti di regola interagiscono liberamente in rapporti di uguaglianza, come nei rapporti contrattuali e nella disciplina della proprietà privata; b) il *diritto commerciale* che disciplina l'esercizio dell'attività imprenditoriale (si pensi alle società, ai titoli di credito, ai contratti commerciali, al fallimento); c) il *diritto del lavoro* che regola i rapporti di lavoro, il diritto sindacale e la legislazione sociale.

I regimi di diritto pubblico e di diritto privato

La **distinzione tra il diritto privato e il diritto pubblico** emerge, ad es., confrontando il *diverso regime tra le norme del diritto penale e quelle in materia contrattuale*: mentre la repressione dei reati e la conseguente comminazione delle pene previste è assicurata solo con l'eser-

cizio obbligatorio dell'azione penale da parte dallo Stato (attraverso i *pubblici ministeri*: v. art. 112 Cost.), l'applicazione delle norme contrattuali è (di regola) rimessa alla sola iniziativa delle parti direttamente coinvolte, essendo loro interesse (ed onere) adire l'autorità giudiziaria. Sennonché, la distinzione, una volta netta e marcata, tende oggi a sfumare, anche a causa del massiccio e progressivo intervento dello Stato in settori della società civile in precedenza lasciati alla libera determinazione dei privati (come i rapporti familiari e di lavoro e il diritto societario). Questo fenomeno ha prodotto la **progressiva «pubblicizzazione» del diritto privato** che ormai presenta, in misura sempre crescente, caratteristiche comuni al diritto pubblico, quali la diffusa inderogabilità dei precetti normativi e l'intervento obbligatorio dei poteri pubblici (si pensi all'intervento del p.m. nei giudizi civili di separazione o di divorzio a tutela degli interessi dei minori o nei giudizi di interdizione e di inabilitazione). Né va sottaciuto il fenomeno inverso, ossia la **progressiva «privatizzazione» dell'azione amministrativa della P.A.** Il principio è ora enunciato nell'art. 11^{1-bis}, l. 241/1990 (disposizione introdotta dalla l. 15/2005), a norma del quale la P.A., nell'adottare atti di natura non autoritativa, deve agire secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti, e risulta viepiù confermato dal fenomeno in crescita dei c.d. *accordi amministrativi* [v. cap. XIV; v. anche cap. XVI, § 1]. L'utilizzabilità degli strumenti di diritto privato anche per realizzare compiti istituzionali tipici delle P.A. o per la cura concreta di interessi pubblici, costituisce la riprova dell'abbandono della tradizionale visione autoritaria dei pubblici poteri per abbracciare il principio della consensualità e pariteticità nei rapporti con i privati coinvolti. Va però tenuto presente che la *consensualità* deve essere comunque funzionalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico essendo l'azione amministrativa della P.A. preposta alla cura concreta di interessi pubblici: ciò che muta è dunque la forma, ora non più solo autoritativa, ma anche consensuale.

6. Il diritto amministrativo e il c.d. diritto amministrativo europeo.

Il diritto amministrativo è «quel corpo autonomo di norme che regolano l'organizzazione della pubblica Amministrazione nonché l'azione da essa svolta con l'efficacia e il valore formale degli atti amministrativi e i rapporti nei quali essa interviene nella veste di autorità amministrativa» [SANDULLI]. Per meglio comprendere questa definizione va ricordato che l'**interesse pubblico primario**, astrattamente individuato dal legislatore, può in concreto essere conseguito dai pubblici poteri tanto avvalendosi di strumenti di diritto pubblico, quanto di istituti di diritto privato [v. prec. §]. Ha senso perciò parlare di diritto amministrativo, quale autonoma branca del diritto pubblico, solo qualora l'attività della P.A. si rivolga alla cura di interessi generali o collettivi (*rei publicae interest*), avvalendosi di norme di diritto pubblico. Dalla definizione testé riportata si evince che è di **diritto amministrativo** sia la *disciplina dell'organizzazione* della P.A. (requisito soggettivo), sia il *suo agire in veste autoritativa* (requisito oggettivo), realizzato appunto attraverso l'applicazione di norme di diritto pubblico [CERULLI IRELLI]. Di qui la diffusa ricostruzione del diritto amministrativo come «diritto dei poteri amministrativi dei soggetti pubblici» [PERFETTI].

Il diritto
amministrativo

Nonostante talune affinità, non rientrano nel diritto amministrativo né gli **atti degli organi estranei alla P.A., pur se adottati autoritativamente e di contenuto amministrativo**, quindi puntuale e concreto (come gli atti organizzativi degli organi costituzionali, quali il Parlamento, il Governo e il Capo dello Stato, o gli atti incidenti sullo *status* dei dipendenti di tali organi), né

Le attività pubblicistiche escluse dal diritto amministrativo

gli atti del potere esecutivo di contenuto non amministrativo, ma sostanzialmente normativo, giurisdizionale o politico (ad es., i regolamenti, o particolari decisioni giurisdizionali assunte da taluni giudici speciali o, ancora, i decreti legge e i decreti legislativi).

Le attività privatistiche escluse dal diritto amministrativo

Esulano parimenti dal campo del diritto amministrativo (*stricto sensu*) le numerose attività di **diritto privato** svolte dalla P.A., soprattutto in materia contrattuale. Al riguardo va osservato che l'utilizzo di istituti di diritto privato da parte della P.A. si è accresciuto notevolmente nel tempo, soprattutto in seguito al processo di progressiva privatizzazione dell'azione amministrativa della P.A., di cui è espressione l'art. 1^{1-bis}, l. 241/1990, già citato. Di regola, spetta al legislatore valutare se sottoporre o meno una certa materia al regime di diritto pubblico, anche se, assai significativamente, ormai demanda in generale alla P.A. la scelta di avvalersi di *istituti di diritto civile* (mediante contratti con i destinatari dell'azione amministrativa) o di *strumenti autoritativi di diritto amministrativo* (v. art. 11, l. 241/1990) [cap. XIV, § 2]. Ma anche solo per effettuare questa scelta è comunque necessario osservare le norme di diritto pubblico [SANDULLI]. Il diritto amministrativo in senso stretto non è perciò l'unico diritto (oggettivo) della P.A., ma ne è certamente una parte assai cospicua [CERULLI IRELLI].

Il carattere garantista del diritto amministrativo

Da notare poi la **matrice profondamente garantista** tipica del diritto amministrativo. Come si è rilevato [SANDULLI] questo settore dell'ordinamento richiede per la sua stessa esistenza due elementi essenziali. Anzitutto, che l'organizzazione dello Stato contempli una *pluralità di poteri* contraddistinti da una spartizione di attribuzioni secondo il tradizionale principio della c.d. *separazione dei poteri* [v. cap. VIII, §§ 3, 4, 5]. Inoltre, deve sussistere uno «*Stato di diritto*», ossia uno Stato che riconosca il primato della legge (c.d. principio di legalità) [v. cap. IX, § 2], e ciò anche nei rapporti con i pubblici poteri (*in primis*, P.A. e magistratura). La mancanza di questi presupposti fa comprendere come mai lo Stato assoluto, ossia quella forma di Stato contraddistinta dalla concentrazione dei poteri nelle mani del sovrano, non prevedesse norme di diritto amministrativo, volte quindi a limitare i poteri della P.A. Di qui l'evidente *matrice garantista di questa branca ordinamentale*.

Il c.d. diritto amministrativo comunitario

Come si vedrà [cap. IV], attualmente (anche) il diritto amministrativo subisce la forte influenza del **diritto europeo**, in quanto quest'ultimo, attraverso proprie fonti normative (in particolare i *regolamenti* e le *direttive*) [cap. IV, § 5], spesso incide sull'azione delle P.A. degli Stati-membri. Ciò avviene soprattutto, su ispirazione della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, nel campo del *diritto pubblico dell'economia*: si pensi alla normativa degli appalti e dei servizi pubblici o di tutela della concorrenza e dei consumatori o ancora sulle c.d. autorità amministrative indipendenti [CERULLI IRELLI]. Di qui la (generica) espressione «**diritto amministrativo europeo**», ormai d'uso corrente, sebbene non unanimemente condivisa. Sul punto è però necessario distinguere: allorché il diritto europeo, incidente sull'azione amministrativa, è *autoapplicativo* in rapporto all'ordinamento interno (come per i regolamenti Ue, ma anche per i trattati e le direttive nelle parti *self-executing*), ha in effetti senso parlare di diritto amministrativo europeo. Fuori luogo invece appare il ricorso a questa espressione ogniqualvolta le fonti europee necessitano di essere recepite dal diritto interno (come nel caso delle direttive c.d. *non autoapplicative*), poiché «è quest'ultimo che costituisce il parametro di legittimità dell'attività amministrativa, anche se simile a quello degli altri Stati, perché attuativo della stessa disciplina: si tratta dunque di diritto amministrativo nazionale» [CASSETTA]. Anzi, a rigore, «il diritto amministrativo comunitario in senso proprio è soltanto quello avente ad oggetto l'amministrazione comunitaria» [CASSETTA; sul concetto di amministrazione comunitaria, v. *amplius* cap. IV, § 8].

CAPITOLO II

LE FONTI

DELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Le fonti del diritto. Nozione e classificazioni. – 2. I rapporti tra le fonti del diritto. I principi di gerarchia, di competenza, di successione delle leggi nel tempo e di specialità. – 3. La Costituzione e le leggi costituzionali. – 4. Le leggi ordinarie del Parlamento. – 5. Gli atti con forza di legge del Governo: *a*) i decreti legislativi. – 6. (*segue*): *b*) i decreti-legge. – 7. Altre fonti primarie, espressione delle autonomie normative: *a*) gli statuti regionali. – 8. (*segue*): *b*) le leggi regionali. – 9. Il *referendum* abrogativo come fonte del diritto. – 10. Le fonti secondarie. I regolamenti statali. – 11. (*segue*): la «riserva di legge». – 12. Gli statuti degli enti locali e degli enti pubblici non territoriali. – 13. I regolamenti regionali, degli enti locali e di altri enti ed organismi pubblici. – 14. L'impugnabilità dei regolamenti e degli statuti. – 15. Le ordinanze amministrative. – 16. Le fonti dubbie: bandi militari, provvedimenti-prezzo, piani regolatori e capitolati generali. – 17. Gli atti amministrativi a contenuto generale. – 18. La consuetudine (o «usi») come fonte-fatto. – 19. Le norme interne, gli ordini di servizio e la prassi amministrativa. – 20. Il diritto esterno (o sovranazionale): rinvio.

1. Le fonti del diritto. Nozione e classificazioni.

Il termine «**fonte**» evoca l'idea dell'*origine*, della *sorgente* [ITALIA]. In dottrina si definiscono fonti di produzione giuridica gli *atti* e i *fatti* riconosciuti dall'ordinamento come produttivi di norme giuridiche [BIN-PITRUZZELLA]. **Fonte giuridica** e **norma giuridica** sono perciò concetti tra loro autonomi, atteso che la fonte è il mezzo con cui si crea la norma [CRISAFULLI]: esse stanno perciò fra loro in *rapporto di contenente e contenuto* [MARTINES]. Non va dunque confusa la «legge», che è fonte giuridica, con la «norma» [CRISAFULLI; TORRENTE].

La nozione
di «fonte»

Caratteristica degli ordinamenti moderni è la presenza di una **pluralità di fonti normative**, prodotte da atti giuridici e da autorità pubbliche differenti, statali e non. Non esiste un elenco ufficiale delle fonti di diritto italiano: l'elencazione contenuta nell'art. 1 delle Disposizioni preliminari al codice civile (c.d. Preleggi) è infatti superata [BIN-PITRUZZELLA; MARTINES; CRISAFULLI], perché contiene *fonti non più vigenti* (le norme corporative, risalenti all'ordinamento fascista) e perché non contempla molte *fonti attuali*, sia *interne* (come le leggi costituzionali, gli statuti e le leggi regionali), sia *esterne* (trattati istitutivi, direttive, regolamenti comunitari e decisioni dell'Unione europea). Oggi in Italia si contano oltre *venti tipi diversi di atti normativi*. A fronte di questa complessità del sistema sorge il *problema di evitare che la medesima fattispecie sia disciplinata da più fonti*, magari in contraddizione fra loro, originando situazioni di incertezza giuridica, che si supera applicando i principi di gerarchia, competenza e successione delle leggi nel tempo [v. *infra*].

Il tema delle fonti ha **grande rilievo nel diritto amministrativo** per molteplici ragioni: anzitutto, perché esistono fonti produttive di norme di diritto amministrativo, come le leggi regionali, i regolamenti e gli statuti degli enti pubblici; inoltre, perché vi sono fonti (come i regolamenti, gli statuti e certe ordinanze amministrative) che tecnicamente sono provvedimenti amministrativi, ossia atti con forza e valore di atto amministrativo e quindi soggettivamente e formalmente amministrativi. Negli Stati moderni, fra cui l'Italia, solo la normazione primaria è appannaggio dello Stato-comunità [cap. VII, § 5], e quindi di organi politico-costituzionali, mentre è relegato allo Stato-soggetto [cap. VII, § 5], ossia alla P.A. e ai vari centri di autonomia, il potere di normazione secondaria (è il c.d. *sistema multilivello* delle fonti normative).

**Classificazioni
delle fonti**

Come si evince dalla definizione testé riportata, la produzione giuridica è frutto sia di *atti*, sia di *fatti* normativi: di qui la distinzione tra **fonti-atto** e **fonti-fatto** [CRISAFULLI; BIN-PITRUZZELLA; SANDULLI]. Per **fonte-atto** si intende qualsiasi *atto* (inteso come *documento*) produttivo di norme giuridiche, purché approvato dai competenti organi pubblici con i procedimenti a tal fine preordinati. Così, sono fonti-atto la Costituzione, le leggi ordinarie e i decreti-legge, trattandosi di atti di pubblici poteri (rispettivamente, dell'Assemblea costituente, del Parlamento e del Governo) assunti con predeterminate procedure. In assenza di taluno dei requisiti individuati nella definizione (organo competente e procedure predefinite) l'atto non è tecnicamente produttivo di norme giuridiche, ma eventualmente di regole riferibili ad altri sistemi normativi (afferenti alla sfera morale, a quella religiosa, etc.). Dal concetto di fonte-atto discende quello di «**disposizione normativa**», tale intendendosi la proposizione racchiusa in una fonte-atto che esprime una norma giuridica [CERULLI IRELLI; MARTINES], che è poi la fattispecie *astratta*, ossia la descrizione della situazione tipizzata in un testo normativo. Anche taluni *fatti* sono riconosciuti come fonti di produzione normativa (c.d. «**fonti-fatto**»). Questi fatti sono principalmente costituiti dalle *consuetudini* (o *usi*).

Quelle sinora richiamate costituiscono le c.d. **fonti di "produzione" normativa** del nostro ordinamento, così denominate perché "producono", e quindi contengono, norme giuridiche. Ben altra natura hanno invece le c.d. **fonti di "cognizione"**, ossia tutti gli *atti*, cioè i documenti e le pubblicazioni ufficiali, da cui è possibile aver conoscenza ("cognizione") delle norme originate dalle fonti di produzione [CRISAFULLI; BIN-PITRUZZELLA]. In sostanza, una fonte di cognizione *riproduce* le norme poste da una fonte di produzione. L'esempio classico, comunemente richiamato, è costituito dalla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*. Ulteriori esempi sono la *Raccolta Ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana*, il *Bollettino ufficiale delle regioni*, le *Raccolte degli usi vigenti nelle varie province*, compilate dalle Camere di commercio, e i c.d. *testi unici compilativi*.

Oltre alle **fonti "di" produzione normativa** – cioè contenenti vere e proprie *prescrizioni normative* – ogni ordinamento prevede anche **fonti "sulla" produzione normativa**, che altro non sono che norme di organizzazione finalizzate alla produzione del diritto, e quindi tese a individuare gli organi competenti e le procedure da seguire. A ben vedere, però, trattasi di una distinzione con valenza solo descrittiva, e non anche giuridica, atteso che le norme "sulla" produzione sono anche necessariamente norme "di" produzione.

**Esistenza, validità ed efficacia
delle fonti**

Non è però sufficiente individuare la fonte di produzione normativa, ma è altresì necessario che la stessa risponda a determinati requisiti di **esistenza, validità ed efficacia** (terminologie giuridiche assai rilevanti essendo comuni ad ogni branca del diritto). Ciò significa che ogni fonte (scritta) deve essere *esistente*, cioè proveniente da una autorità pubblica con potere di emanarla, *valida*, cioè emanata dall'autorità *competente* secondo le norme (di procedura e sostanziali) previste per la sua adozione, ed infine *efficace*, cioè in grado

di produrre effetti normativi, come l'obbligatorietà, in conseguenza della sua emanazione: ad es., una legge di regola entra in vigore, cioè acquista efficacia *erga omnes*, il quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica.

2. I rapporti tra le fonti del diritto. I principi di gerarchia, di competenza, di successione delle leggi nel tempo e di specialità.

Le fonti sono organizzate nell'ordinamento secondo un ordine predeterminato, in modo tale da superare eventuali conflitti tra norme, detti tecnicamente **antinomie** [CRISAFULLI]: ad es., la Costituzione enuncia un certo principio, che poi è disatteso dal legislatore (ipotesi tutt'altro che infrequente!) oppure, una legge ordinaria è elusa da un regolamento (fonte inferiore). Ispirandosi al principio di non contraddizione, l'ordinamento reagisce alle antinomie con accorgimenti tecnico-giuridici *preventivi*, come il c.d. *veto sospensivo* opposto dal Capo dello Stato alle leggi del Parlamento sospette di incostituzionalità (v. art. 74 Cost.) e *repressivi*, come l'annullamento di atti illegittimi disposto con sentenze della Corte costituzionale o dei G.A. La **risoluzione dei conflitti tra norme** si ispira essenzialmente ai principi di *gerarchia* (prevale la norma di fonte superiore), di *competenza* (prevale la fonte dell'autorità competente) e *temporale* (o dell'*abrogazione* o della *successione nel tempo*, ossia la fonte successiva prevale su quella anteriore: *lex posterior derogat legi priori*).

Le c.d.
antinomie

In virtù del **principio di gerarchia**, il complesso delle fonti normative si dispiega nell'ordinamento secondo un *ordine verticale*, simile a una scala, sicché prevalgono le fonti superiori su quelle inferiori. Pertanto, in ipotesi di *conflitto tra norme di diversa collocazione gerarchica*, prevalgono quelle prodotte dall'autorità superiore, invalidando la norma inferiore, che sarà espunta dall'ordinamento mediante appositi organi e procedure. Il criterio di gerarchia determina così una *graduazione di valore e di efficacia tra le fonti*, che incide sull'efficacia delle norme ivi contenute [SANDULLI].

a)
Il principio di
gerarchia

Il **principio di gerarchia** opera solo tra fonti di diverso livello. Se si tratta di fonti *pariordinate*, esse possono sì modificarsi reciprocamente, ma solo in virtù del **criterio temporale** (*principio della successione delle leggi nel tempo*) per il quale la norma successiva abroga o modifica la norma anteriore *di pari grado* [v. cap. V]. Il criterio temporale non opera invece nel caso di **leggi speciali o eccezionali**, giacché vale il diverso principio per cui la norma speciale o eccezionale *deroga* alla norma generale, anche se questa sia successiva nel tempo (la norma generale abroga quella speciale o quella eccezionale solo se lo dichiara espressamente).

Il nostro ordinamento prevede **tre livelli gerarchici**: costituzionale, primario (o legislativo) e secondario (o regolamentare) [CERULLI IRELLI]. Il **livello costituzionale**, al vertice della gerarchia delle fonti, contiene le *fonti costituzionali*, ossia la Costituzione e le leggi costituzionali, distinte in leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali. In forza del *principio di costituzionalità*, l'antinomia esistente tra una fonte di livello costituzionale e una di livello legislativo determina l'*invalidità* di quest'ultima, che sarà accertata dalla Corte costituzionale.

I tre livelli
gerarchici

zionale, dichiarandone l'incostituzionalità e disponendone l'annullamento. A livello immediatamente inferiore (**livello legislativo**) si collocano le c.d. *fonti primarie*, ossia le leggi ordinarie del Parlamento, gli atti aventi forza di legge del Governo (decreti-legge e decreti legislativi), gli statuti e le leggi delle regioni ordinarie e le leggi delle province autonome di Trento e Bolzano. In questo livello vige il c.d. *principio di legalità*, in forza del quale il contrasto tra queste fonti primarie e quelle di grado inferiore (secondario) genera l'*illegittimità* di queste ultime, che possono quindi essere **annullate** dai G.A., cioè dai tribunali amministrativi regionali (Tar) e dal Consiglio di Stato, oppure **disapplicare** dal G.O. [v. cap. XXIII].

Per parte della dottrina [BASSI] «**fonti primarie** sono quelle che regolano una materia non ancora disciplinata da alcuna altra norma giuridica», ossia le leggi costituzionali, le leggi di attuazione delle norme programmatiche della Costituzione e quelle di principio o che regolano materie non disciplinate dalla Costituzione (c.d. *leggi formali in senso stretto*). Ulteriori leggi formali, ossia quelle regionali e provinciali rientranti nella potestà ripartita o concorrente con lo Stato, pur aventi medesima forza giuridica delle altre fonti primarie, ne sono però condizionate, dovendo osservare, a pena di invalidità (*rectius*: illegittimità costituzionale), i principi fondamentali della materia fissati dalle leggi-quadro statali [SANDULLI; v. *infra* § 7].

A un livello gerarchico inferiore (**livello secondario o regolamentare**) si pongono le c.d. *fonti secondarie*, ossia le fonti che introducono nuove norme su materie già parzialmente disciplinate da fonti di grado superiore. Rientrano nel novero, in particolare, la vasta gamma dei *regolamenti del potere esecutivo*, che, peraltro, non sono tutti uguali fra loro e di pari efficacia, ma sono diversamente *graduati* a seconda del livello gerarchico attribuito dalla legge all'autorità amministrativa che li ha emanati. Esistono così regolamenti del Governo, regolamenti ministeriali, regolamenti prefettizi, etc. [v. *infra*, § 10].

Le fonti legislative sono denominate anche **fonti primarie** perché in passato occupavano il grado gerarchico più elevato, assieme al vecchio Statuto albertino. Nonostante l'attuale Carta costituzionale si collochi a un livello superiore a quello delle fonti primarie, l'antica espressione è rimasta in uso. Per la medesima ragione storica le fonti regolamentari sono tuttora qualificate come **fonti secondarie**, essendo in origine poste al livello immediatamente inferiore a quelle primarie. La distinzione tra fonti primarie e secondarie risale alla genesi dello *Stato di diritto* (o *Stato liberale*) e al *principio della separazione dei poteri* (secoli XVIII e XIX) [v. cap. VIII, §§ 3, 5], per cui sono fonti primarie quelle approvate dall'assemblea elettiva (Parlamento), con limite solo nelle norme costituzionali, mentre sono fonti secondarie quelle assunte dal potere esecutivo (facente capo al Governo), entro i limiti fissati dalle fonti primarie e sotto lo stretto controllo del potere legislativo.

b)
Il principio di
competenza

A differenza della gerarchia, la «**competenza**» è un criterio di coordinamento tra fonti di *tipo orizzontale*. Le fonti *sulla* produzione (di regola, di rango costituzionale) talvolta dispongono che la disciplina di determinate materie si distribuisca tra poteri di *pari livello gerarchico* secondo specifici ambiti di competenza, a seconda della diversità degli oggetti regolabili o dell'ambito territoriale di applicazione. *Ratio* della competenza è di evitare l'intervento di più autorità pariordinate sulla medesima materia tali da immettere fonti diverse di pari grado, potenzialmente contrastanti. Tuttavia, il criterio di competenza si applica a un numero ristretto di fonti. Inoltre, va notato che i principi di gerarchia e di competenza si intersecano tra loro, con il primo che finisce per assorbire il secondo [CERULLI IRELLI; MARTINES].

Il principio di competenza opera nel modo seguente. Mentre taluni atti normativi dispongono di una *competenza generale* (cioè possono disciplinare qualsiasi materia), altri hanno *competenza speciale* (cioè intervengono solo su specifiche materie), con la conseguenza che i primi non possono invadere la competenza riservata ai secondi, e viceversa. Gli esempi richiamati sono fondamentalmente due. Il primo concerne il **rapporto tra norme statali e norme regionali**: come si vedrà, nell'ambito della potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni esistono precisi *ambiti di competenza* fissati a livello costituzionale (v. art. 117³ Cost.) che ne regolano l'esercizio. Il secondo esempio riguarda il **rapporto tra norme comunitarie e norme legislative italiane**: come pure si vedrà, i *regolamenti comunitari* sono fonti direttamente efficaci nei confronti dei cittadini. Ue sovraordinati alle leggi nazionali degli Stati-membri, nei limiti delle materie tassativamente indicate dal Trattato istitutivo dell'Unione. In taluni casi, poi, l'ordinamento prevede una **separazione assoluta di competenza** e non una distribuzione di competenze tra enti diversi: è l'ipotesi dei regolamenti parlamentari, cui l'art. 72 Cost. riserva *in toto* la disciplina dell'*iter legis*.

Se una fonte invade la competenza attribuita ad altra autorità, diviene invalida per **vizio di incompetenza**, esponendosi all'annullamento con regole in parte simili a quelle già viste a proposito della gerarchia. *Se il contrasto riguarda il riparto delle competenze tra fonti legislative interne* (tra legge statale e legge regionale o tra leggi regionali) tale incompetenza è censurabile innanzi alla Corte costituzionale, perché questa invalidità produce la violazione indiretta di una norma costituzionale sulla competenza (cioè, l'art. 117³ cost.). *Se invece il contrasto riguarda il riparto tra una fonte legislativa interna e un regolamento comunitario*, il giudice italiano che lo rileva, anziché rimettere gli atti alla Corte costituzionale, può *disapplicare* direttamente la norma italiana illegittima, conformemente al combinato disposto di cui agli artt. 288 e 267², TFUE.

Collegato alla competenza è poi il tema delle c.d. «**riserve di legge**» e il conseguente rapporto tra legge ordinaria e regolamenti governativi [v. *infra*, § 11].

La c.d. riserva di legge: rinvio

Il terzo criterio di ordine tra le fonti è rappresentato dal **principio cronologico o dell'abrogazione, o della successione delle leggi nel tempo** (*lex posterior derogat legi priori*). Tra due fonti di pari grado, ma una successiva all'altra nel tempo, quella più recente *abroga* quella antecedente, sostituendosi ad essa: i fatti compiuti dal momento in cui è entrata in vigore la fonte più recente vengono, pertanto, disciplinati dalle norme dalla stessa prodotte. Rinviano la materia al proseguo della trattazione [v. cap. V, § 5], per ora è sufficiente chiarire che, nel caso di abrogazione, *la norma abrogata non cessa, di regola, di produrre i suoi effetti in relazione ai fatti compiuti antecedentemente alla sua abrogazione*. Per questo motivo l'abrogazione non deve essere confusa con il concetto di *annullamento*, per la cui disciplina si rimanda ai capitoli successivi. E a ciò si aggiunga che, in sede attuativa, ogni operatore del diritto (*in primis* il giudice) è tenuto ad applicare la norma abrogata alle situazioni verificatesi *prima* dell'entrata in vigore della norma "abrogante".

c)
Il principio della successione delle leggi nel tempo: rinvio

Ultimo criterio di superamento delle antinomie è quello della **specialità**. Questo principio opera nel caso di conflitto tra due norme, di cui una è da considerarsi di portata generale e l'altra di carattere speciale: in tal caso, avrà prevalenza in sede applicativa la norma speciale, anche se entrata in vigore precedentemente a quella generale (*lex specialis derogat generali*), in quanto, evidentemente, la norma dettata per disciplinare un caso specifico ha prevalenza su quella che disciplina la generalità dei casi, sicché quest'ultima non può avere efficacia abrogante sulla norma speciale.

d)
Il principio della specialità

3. La Costituzione e le leggi costituzionali.

La Costituzione italiana

La **Costituzione** è la «Legge fondamentale della Repubblica» (XVIII disp. trans. e fin. Cost. it.). Promulgata il 27 dicembre 1947 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948, contiene le norme e i principi fondamentali sull'assetto e l'organizzazione dello Stato e dei pubblici poteri, nonché le norme di garanzia nei rapporti tra questi e la comunità nazionale. Essa, perciò, disciplina gli aspetti essenziali della vita politica del Paese e individua i fini essenziali dello Stato nonché i fondamentali diritti e doveri dei cittadini. È, in sostanza, «l'anima dell'organizzazione della comunità nazionale» [ITALIA].

La Costituzione è il documento che racchiude il c.d. *patto sociale* tra le diverse forze politiche in un determinato momento storico. In essa sono quindi contenuti determinati «valori fondamentali», ossia le scelte di fondo tra i possibili sistemi di governo, economici e sociali, valori poi sviluppati dalle fonti di rango inferiore e dai concreti atti amministrativi e giurisdizionali [ITALIA].

Ai nostri fini, lo studio della Costituzione è importante perché contiene molteplici norme e principi in materia di P.A. (intesa in senso soggettivo e in senso oggettivo) direttamente applicabili: v., ad es., le norme sulla competenza e sull'esercizio della funzione amministrativa e relativi principi ispiratori (artt. 5, 13 ss., 87, 92, 95, 97 s., 114 ss.) [SANDULLI; v. cap. IX].

Caratteristiche: la rigidità

La Costituzione presenta **diverse caratteristiche**. La prima è la **rigidità** [BIN-PITRUZZELLA], espressione con cui si suole indicare l'impossibilità ad essere modificata o integrata dal legislatore ordinario (ossia dal Parlamento), se non con approvazione di *leggi di revisione costituzionale*, quindi di fonti di rango costituzionale approvate con un *iter* particolarmente complesso e con maggioranze più ampie di quelle richieste per l'approvazione delle leggi ordinarie.

Onde assicurare il più ampio consenso tra le forze politiche in Parlamento, la Costituzione prevede un **procedimento aggravato** per la sua modifica o integrazione (v. art. 138 Cost.). A differenza del procedimento legislativo *ordinario* (v. artt. 70 ss. Cost.), sono anzitutto necessarie *due successive deliberazioni* di ciascuna Camera ad un intervallo non inferiore di *tre mesi*. Se in *seconda votazione* è raggiunta la *maggioranza assoluta* dei componenti di ciascuna Camera, la legge costituzionale può essere sottoposta a *referendum* popolare, ma solo se ne è avanzata richiesta da *un quinto* dei componenti di una Camera o da *cinquecentomila* elettori o ancora da *cinque* Consigli regionali (sinora sono stati celebrati solo tre *referendum* costituzionali, nel 2001, nel 2006 e nel 2016). Se invece in *seconda votazione* si raggiunge la *maggioranza dei due terzi* dei componenti di ciascuna Camera, la modifica si intende approvata senza dover ricorrere al *referendum* popolare.

La rigidità della Costituzione è altresì garantita *a posteriori* con il sindacato della **Corte costituzionale**, organo preposto a giudicare la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge (decreti-legge e decreti legislativi) dello Stato e delle Regioni (art. 134 Cost.). Se la questione di costituzionalità è giudicata fondata, la Corte annulla con sentenza la norma illegittima con efficacia *ex tunc* (retroattiva) dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (art. 136 Cost.).

Limiti alla revisione costituzionale

Il vecchio **Statuto albertino del 1848**, come tutte le costituzioni ottocentesche, non era una costituzione rigida, ma *flessibile*, ossia liberamente modificabile o derogabile da semplici leggi del Parlamento (lo Statuto non prevedeva né le leggi di revisione costituzionale, né la Corte costituzionale). La

rigidità è stata introdotta dalla **Costituzione del 1947** (in analogia ad altre costituzioni europee) in reazione al totalitarismo: la previsione di principi inderogabili (come il rispetto dei diritti umani, il principio di uguaglianza tra gli uomini, il principio di democrazia, il valore del lavoro, etc.), accompagnata dall'*iter* aggravato di revisione della Costituzione e dalla istituzione della Corte costituzionale, sono elementi che concorrono a rendere questi principi e, in generale, le norme costituzionali, impermeabili a colpi di mano del legislatore ordinario, essendo sommamente difficile (se non impossibile) sopprimerli. La *rigidità* della Costituzione non va quindi confusa con l'*immodificabilità*, perché la stessa è comunque, di massima, modificabile, pur con procedure complesse. Esiste un solo **limite espresso** invalicabile: quello ex art. 139 Cost. («La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale»), anche se in passato, vi è stato chi, autorevolmente, ha ritenuto non invalicabile neppure questo limite. Esistono però – secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza costituzionale – **limiti impliciti** alla revisione costituzionale, come i limiti a tutela dei diritti *inviolabili* dell'uomo (artt. 13 ss.), così definiti per significare che la legge può solo limitarli, ma non sopprimerli *tout court*, neppure con la procedura ex art. 138 Cost. La Costituzione, come dovrebbe essere per tutte le Carte fondamentali, è «**un edificio fatto per durare a lungo nel tempo**» [ZAGREBELSKY], nel senso che il ricorso alla revisione costituzionale non deve avvenire troppo frequentemente o su una contingente spinta emozionale; inoltre – per quanto possibile – deve essere sostenuta da un ampio consenso politico e non “imbrigliata” da transitorie maggioranze di governo. Purtroppo questi principi sono stati disattesi in occasione delle recenti riforme istituzionali del 2001, del 2005 e del 2016, avvenute non solo “a colpi di maggioranza” (cioè votate dalle sole maggioranze di governo), ma anche in tempi troppo ravvicinati tra loro.

La Costituzione è altresì definita **votata o deliberata**, essendo stata approvata da un'Assemblea costituente liberamente eletta dal popolo italiano: è dunque una costituzione «*democratica*». Queste caratteristiche mancano in gran parte delle costituzioni ottocentesche (v. lo Statuto albertino), essendo state *unilateralmente* concesse (c.d. *costituzioni ottriate*) da sovrani che “benevolmente” limitavano il proprio potere assoluto in favore di una Camera elettiva, peraltro non su base democratica, ma con voto limitato ai soli ceti aristocratici e alto borghesi.

Ulteriori
caratteristiche

La Costituzione è infine **lunga**, poiché non solo disciplina, come lo Statuto albertino, l'organizzazione dello Stato e i principali *diritti liberali* dell'individuo (proprietà privata, libertà di stampa, libertà di parola, etc.), ma introduce una serie di *diritti sociali* caratterizzanti il nuovo assetto democratico del Paese, ormai inteso, oltre che come *Stato di diritto*, anche come vero e proprio *Stato sociale* o *del benessere* (*welfare State*): si pensi al diritto alla salute (art. 32), al diritto allo studio (artt. 33 e 34) e ai diritti dei lavoratori (artt. 4 e 35 ss.) [v. cap. XVI].

Sinora si è discusso della c.d. **Costituzione formale**, cioè di quella che scaturisce da un testo scritto approvato secondo procedure ben definite. Tuttavia, nel linguaggio politico (e in quello giornalistico), è in uso l'espressione «**Costituzione materiale**», cui la dottrina [ZAGREBELSKY] ricorre per indicare «l'assetto concreto che assume la vita politica» o, il che è lo stesso, «l'insieme dei rapporti tra le forze politiche in un determinato momento storico», che nei fatti può risultare lontano da ciò che è scritto nella Costituzione formale. Pertanto, a fronte di un determinato assetto politico, vige sempre una Costituzione materiale, pur in mancanza (addirittura) di una Costituzione formale (ipotesi assai rara, ma presente ad es., nell'esperienza britannica, che peraltro prevede un ordine costituzionale assai stabile, trattandosi della più antica forma di Stato costituzionale).

La c.d. Costitu-
zione materiale

Quanto alle **leggi costituzionali** poco rimane da aggiungere. Accanto alle «**leggi di revisione costituzionale**», ossia quelle (più frequenti) de-

Le leggi
costituzionali

stinate alla *modificazione* della Costituzione, la nostra Carta fondamentale contempla anche «**altre leggi costituzionali**», che invece hanno la funzione di *integrare* la Costituzione, cioè di completarla, creando nuovi precetti di rilevanza costituzionale: sono tali, ad es., le leggi costituzionali per il funzionamento della Corte costituzionale (art. 137¹ Cost.) o per approvare la «fusione di Regioni esistenti» o la «creazione di nuove Regioni» (art. 132¹ Cost.). Sono approvati con legge costituzionale anche gli **statuti delle cinque regioni a statuto speciale** (art. 116¹ Cost.), le quali, a differenza delle altre regioni italiane (*ordinarie*), sono titolari «di forme e condizioni particolari di autonomia» [sul punto, v. *infra* § 7]. Quanto ai **limiti, espressi o impliciti**, alla revisione (o integrazione) della Costituzione, v. *supra*: se violati, espongono le leggi costituzionali al sindacato della Corte costituzionale [CERULLI IRELLI]. Sull'inviolabilità dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, v. Corte cost. 1146/1988.

4. Le leggi ordinarie del Parlamento.

La legge ordinaria

La **legge ordinaria** è un atto formale delle Camere approvato con l'*iter* formativo ex artt. 70 ss. Cost., integrati dai regolamenti parlamentari. Questo procedimento si articola in *tre fasi*: l'*iniziativa* (che spetta al Governo, ai singoli parlamentari, ai consigli regionali, agli elettori riuniti in numero di 50.000 e al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro), la *fase deliberativa* (approvazione dell'identico testo da parte di entrambe le Camere) e la *fase integrativa dell'efficacia* (promulgazione della legge ad opera del Capo dello Stato e pubblicazione sulla G.U.). Lo studio dell'*iter legis* rientra nel diritto costituzionale, cui si rinvia *in toto*.

Vari significati del termine «legge»

Il termine «legge» – dal latino *lex* e *lego*, che indicano qualcosa che lega, che vincola a fare o a non fare [ITALIA] – è utilizzato in due diverse accezioni. Anzitutto, come **legge in senso ampio**, ossia *genericamente* come sinonimo di norma giuridica o di ordinamento giuridico nel suo insieme: v., ad es., l'art. 101 Cost. («I giudici sono soggetti alla *legge*») o l'art. 54 Cost. («Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le *leggi*»). Il termine «legge» è però utilizzato anche **in senso stretto** (o **specifico**), ossia nel *senso tecnico* di «legge formale» approvata dal Parlamento con l'*iter* ex artt. 70 ss. Cost. [CRISAFULLI]. Dal punto di vista formale le leggi si distinguono in *leggi costituzionali*, *leggi ordinarie*, *leggi regionali* e *leggi provinciali* (queste ultime solo delle province di Trento e Bolzano). Ulteriore distinzione è poi quella che contrappone le **leggi in senso formale** alle **leggi in senso sostanziale** (o **materiale**). Le prime sono approvate dagli organi titolari della funzione legislativa, cioè il Parlamento, i consigli regionali e provinciali. Le seconde sono invece fonti che, pur dotate di eguale forza giuridica (*efficacia*) delle prime, sono prive dell'identica veste formale, essendo adottate da organi non titolari della funzione legislativa. Le leggi sostanziali, pur inserite nel medesimo livello gerarchico di quelle formali, sono da queste condizionate nella loro efficacia e validità [SANDULLI].

La competenza del legislatore ordinario

Il Parlamento può disciplinare con legge qualsiasi materia di **competenza dello Stato** (v. art. 117² e ³ Cost.), con i soli limiti del rispetto del *principio di gerarchia* (quindi delle norme costituzionali e delle leggi costituzionali) e «*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*» (art. 117¹ Cost.). La legge ordinaria non può dunque modificare né intro-

durre norme in conflitto con la Costituzione (o le leggi costituzionali), pena la *dichiarazione incostituzionalità* da parte della Corte costituzionale. Inoltre, se per un verso può sempre essere modificata o abrogata da altra legge ordinaria (o da altra fonte equiparata), purché entrata in vigore successivamente (art. 15 prel.), per altro verso la legge ordinaria costituisce il criterio di riferimento per la legittimità di qualunque fonte di rango non legislativo e dei provvedimenti amministrativi (tant'è che possono essere annullati per illegittimità dal G.A.). Infine, come già ricordato, esistono materie (v. artt. 14 ss., 23, 25, etc., Cost.) la cui disciplina è riservata alla sola legge ordinaria o ad atti equiparati (c.d. «**riserva di legge**») [sul punto, v. § 11].

5. Gli atti con forza di legge del Governo: a) i decreti legislativi.

Il Governo non è titolare della funzione legislativa (riservata «*collettivamente alle due Camere*»: v. art. 70 Cost.), bensì di quella esecutiva e di indirizzo politico dello Stato. La Costituzione ammette però l'esercizio del potere normativo del Governo a livello sia di *fonti primarie* (in via eccezionale), sia di *fonti secondarie* (in via ordinaria). Oggetto del presente § e di quello successivo è lo studio degli **atti del Governo con forza (e valore) di legge**, collocati al livello primario nella gerarchia delle fonti.

Gli atti governativi con «forza» e «valore» di legge

Pur limitati nella loro capacità di produzione normativa rispetto alla legge ordinaria – perché i *decreti legislativi* operano nei limiti posti dalla legge-delega e i *decreti-legge* sono condizionati nella loro efficacia dalla legge di conversione – **entrambi questi provvedimenti sono equiparati alla legge ordinaria quanto al loro valore formale**, non solo perché sottoposti al medesimo regime giuridico della legge ordinaria [SANDULLI], ma anche perché le norme da essi prodotte sono norme legislative a tutti gli effetti. Perciò, da un lato, il giudizio circa la loro *validità* è riservato alla Corte costituzionale, e, dall'altro, la loro *efficacia normativa* (c.d. forza di legge) è tale da imporsi su fonti di grado pari e inferiore, abrogandole o rendendole invalide, secondo i noti schemi dell'abrogazione e dell'invalidità [v. *supra*, § 2]. La materia normativa, assai vasta, riservata alla legge statale può dunque essere legittimamente disciplinata tanto da leggi ordinarie, quanto da queste fonti equiparate [CERULLI IRELLI].

Il **decreto legislativo** (o *legge delegata* o *decreto delegato*) è un *atto legislativo* del Governo espressamente previsto dall'**art. 76 Cost.** che così recita: «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti». Questa disposizione chiarisce quindi che la *titolarità* della funzione legislativa è di *esclusiva* spettanza del Parlamento (art. 70), mentre il suo *esercizio* da parte del Governo è *eccezionale* e solo su delega espressa delle Camere.

Il decreto legislativo

Il **ricorso alla legislazione delegata** si giustifica principalmente con la necessità di intervenire in *settori prettamente tecnici e complessi*, la cui disciplina non può essere demandata *in toto* alle Camere, organi eminentemente politici e spesso privi di personalità con competenze tecniche. Inoltre, la delegazione si giustifica con l'eventuale *vastità della materia da disciplinare*, come l'elaborazione di un codice o di un

testo unico [v. *infra*], e anche in questo caso il **Parlamento incontra seri limiti** dovuti non solo ai tempi lunghi di svolgimento dei lavori, ma anche alle difficoltà di coordinare testi di legge così estesi, essendo l'esame delle leggi eseguito con approvazioni articolo per articolo e con votazione finale (art. 72¹ Cost.) [ITALIA]. Il Parlamento preferisce così delegare l'*esercizio* della funzione legislativa al Governo, il quale, avvalendosi del *personale tecnico* in servizio presso le strutture burocratiche o anche di *consulenti esterni* o di apposite *commissioni tecniche*, è il solo in grado di disciplinare tali materie. A partire dagli anni Novanta del secolo scorso il **ricorso alla decretazione delegata si è sempre più intensificato** non solo per *sostenere la linea politica del Governo* – che si limita a richiedere alle Camere l'approvazione delle leggi-delega, riservandosi di attuarle in dettaglio con successivi decreti delegati –, ma anche al fine di adempiere agli *obblighi europei* [v. cap. IV, § 5].

I codici

Come accennato, si ricorre alla decretazione delegata per approvare i codici e i testi unici.

Il **codice** è un testo legislativo che racchiude *organicamente* una materia assai vasta (codice civile, codice penale, codice di procedura civile, codice di procedura penale, codice del processo amministrativo, codice della navigazione, codice della strada, etc.). Deve trattarsi di una disciplina completa, organica e coerente. Taluni di questi codici risalgono al periodo totalitario e hanno subito nel tempo profonde modificazioni, in forza di interventi del legislatore o per effetto di sentenze della Corte costituzionale che ne hanno dichiarato la totale o parziale illegittimità di numerose norme. Sennonché, soprattutto per il codice civile, la pretesa di disciplinare in modo organico un'intera materia si è nel tempo ridimensionata con l'intensificarsi della produzione di *leggi complementari*, integrative o derogatorie del contenuto del codice (c.d. «*decodificazione*»).

I testi unici

Il **testo unico** (t.u.) è invece la raccolta di più testi normativi disciplinanti una determinata materia, spesso di diverso grado gerarchico e sedimentatisi nel tempo. Con la sua compilazione si intende così mettere ordine alla materia, inserendo in un unico atto quella parte di normativa ritenuta meritevole di restare ancora in vigore ed estromettendo la restante, non più utile o inopportuna e che sarà pertanto abrogata: si pensi, ad es., al t.u. degli impiegati civili dello Stato, approvato con d.P.R. 3/1957, al t.u. del 1986 delle imposte dirette, al t.u. sul pubblico impiego (t.u.p.i.) del 2001 e al codice sulla protezione dei dati personali, approvato con d.lgs. 196/2003. Quello ora descritto è il c.d. **testo unico-fonte**, vera fonte giuridica innovativa dell'ordinamento, essendo compilata da un'autorità dotata di potestà normativa [SANDULLI]. Esiste poi il c.d. **testo unico compilatorio** (o **spontaneo** o **ricognitivo**) avente *funzione meramente ricognitiva* delle principali fonti disciplinanti una certa materia: si tratta perciò di una *mera fonte di cognizione* [SANDULLI; CASETTA], non legittimata ad abrogare le norme non inserite in quel *corpus*.

T.u. misti, codici di settore e t.u. compilativi

Con l. 59/1997 (c.d. legge Bassanini) si è introdotta la figura, assai discussa, del **t.u. misto** (art. 20), così denominato perché diretto a coordinare fonti di rango non solo primario, ma anche secondario. Con successiva l. 229/2003 (che ha sostituito il cit. art. 20, l. 59/1997) è stata introdotta la nuova figura del **codice di settore**, nell'intento di fissare norme certe e stabili nel tempo su determinate materie. Sono stati così emanati svariati codici, come quelli in materia di contratti pubblici, di comunicazioni elettroniche, di beni culturali e del paesaggio, di protezione dei dati personali (c.d. sulla *privacy*), etc. Con la recente l. 69/2009 (art. 5) la figura del t.u. è nuovamente ritornata in auge, essendo ivi prevista la possibilità di adottare **t.u. compilativi** diretti a raccogliere le disposizioni aventi forza di legge regolanti materie e settori omogenei. Ulteriori linee direttive in materia di t.u. e di codici di settori sono poi racchiuse anche nella l. 88/2009 (art. 5).

L'iter di formazione del d. lgs.

L'iter di formazione del decreto legislativo si articola in *due fasi distinte*: la prima innanzi al Parlamento (approvazione della legge-delega); la seconda innanzi al Governo (approvazione del decreto legislativo).

La fase innanzi al Parlamento

Quanto alla **prima fase**, va chiarito che la **legge di delegazione** non è altro che una comune legge ordinaria, con la sola particolarità dell'appro-

vazione con *procedimento accentrato* in assemblea (c.d. «in aula») e non con *iter* decentrato presso le commissioni in sede deliberante (v. art. 72⁴ Cost.). Oltre a questo requisito formale, la Costituzione (art. 76) ne aggiunge altri di natura sostanziale, cioè relativi al **contenuto della legge-delega** [v. *infra*].

Per la teoria generale del diritto, la **delega** è un atto con cui il *delegante* attribuisce al *delegato* l'esercizio di un proprio diritto o di un proprio potere: non sono perciò trasferiti né il diritto, né il potere, ma solo il mero esercizio. Il delegato, operando in virtù non di un diritto nuovo e autonomo, ma di un diritto altrui, deve attenersi alle indicazioni e ai limiti impostigli dal delegante, pena l'invalidità degli atti adottati. Gli stessi principi si applicano anche alla materia *de qua*: il Governo, nell'esercizio dei poteri delegati, deve attenersi alle indicazioni del Parlamento. Ma, *quid juris* se abusa della delega ricevuta? In base agli stessi principi, il decreto è invalido per «**eccesso di delega**» configurandosi come un'indiretta violazione dell'art. 76 Cost., censurabile innanzi alla Corte costituzionale, che, una volta accertato il vizio, annullerà il decreto.

La legge-delega soggiace ad una serie di **limiti indicati all'art. 76 Cost.** Anzitutto, deve indicare la **materia**, potendo essere rilasciata solo «per oggetti definiti»: il Governo non potrebbe cioè far uso della delega come crede, né le Camere potrebbero consentirgli di esercitare pieni poteri legislativi (una *delega di pieni poteri* è oggi consentita solo se le Camere deliberano lo stato di guerra, conferendo, eccezionalmente, al Governo tutti «i poteri necessari»: art. 78 Cost.). In secondo luogo, la legge-delega deve prevedere il **termine temporale massimo** entro cui il Governo deve adempiere alla delega ricevuta (sei mesi, un anno, etc.), decorso il quale, l'esercizio del potere legislativo ritorna al Parlamento. Se poi il termine della delega è superiore a due anni, il Governo deve chiedere alle Camere il parere sullo schema del decreto legislativo che intende emanare e, a tal fine, lo trasmette alle commissioni parlamentari competenti per materia (art. 14, l. 400/1988). Infine, la legge-delega fissa i **principi e criteri direttivi** che il Governo, nell'esercizio della delega, è tenuto a osservare: sarebbe perciò inammissibile il rilascio di una *delega in bianco* (o di *pieni poteri*, come accaduto durante la dittatura), salvo in caso di guerra, perché ciò significherebbe autorizzare l'esecutivo a porsi al di sopra degli orientamenti di politica legislativa che sono di esclusiva spettanza delle Camere [SANDULLI].

I limiti ex art. 76 Cost. hanno la funzione di rafforzare il **primato del Parlamento sul Governo**, il quale può intervenire in questa materia solo su aspetti non essenziali. La triade «oggetto-termini-principi e criteri direttivi» significa, in sostanza, far divieto all'esecutivo di legiferare *su ciò* che vuole, *quando* vuole e *come* vuole [ZAGREBELSKY]. Tuttavia, per i motivi più vari – dovuti soprattutto alla formulazione della legge-delega – il potere discrezionale del Governo nell'esercizio della funzione legislativa delegata può essere assai ampio. Anzi, spesso i Governi si riservano, in sede di redazione di disegni di legge di iniziativa governativa, una o più deleghe di ampio respiro (c.d. **ampie deleghe**), attirandosi gli strali dei partiti di opposizione, che, in questo atteggiamento, vedono il tentativo di sottrarsi al dibattito parlamentare.

La seconda fase di **approvazione del decreto legislativo** da parte del Governo ha inizio con l'affidamento dell'incarico di predisporre il *progetto* del futuro decreto al ministro competente per materia, il quale, ovviamente, deve confezionarlo nel rispetto dei limiti imposti dalla legge-delega. Re-

La fase innanzi al
Governo

dato il testo definitivo, il progetto è sottoposto all'esame del Governo, che lo approva in via definitiva mediante *deliberazione del Consiglio dei ministri*. La delibera è quindi trasmessa al Presidente della Repubblica, che provvede ad *emanare* il decreto legislativo (art. 87 Cost.), per essere poi *pubblicato* sulla Gazzetta ufficiale ed *entrare in vigore*, di regola, il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione. Il decreto non è soggetto al controllo di legittimità degli altri provvedimenti del Governo, ossia al visto e alla registrazione della Corte dei conti (art. 16¹, l. 400/1988). Va poi osservato che mentre i *decreti legislativi* sono vincolanti *erga omnes*, la *legge-delega* ha come unico destinatario il Governo.

A partire dal 1989 i decreti legislativi sono emanati con la **denominazione «decreto legislativo»** e con indicazione, nel preambolo, degli estremi della legge-delega ad esso collegata. Prima di allora i decreti legislativi erano designati come «decreti del Presidente della Repubblica» (d.P.R.): ciò ingenerava confusione, perché l'espressione era riferibile anche ai decreti-legge, ai regolamenti governativi (che sono atti privi di forza di legge) e a numerosi provvedimenti amministrativi concreti (che pertanto non sono neanche fonti di diritto). La nuova denominazione (cioè d.lgs.) evita perciò simili confusioni.

I decreti attuativi
degli statuti
speciali

È necessario accennare ai **decreti legislativi contenenti norme di attuazione degli statuti delle regioni ad autonomia speciale**, ossia i decreti emanati dal Governo in forza della speciale attribuzione di competenza (addirittura a tempo indeterminato) risalente alle leggi costituzionali di approvazione degli statuti delle regioni speciali. Funzione di questi decreti è di delimitare gli ambiti di competenza regionale nelle materie delineate dagli statuti speciali nonché le norme di coordinamento delle competenze statali e regionali e quelle di transizione delle funzioni, degli uffici e del personale dallo Stato alle regioni. «Questi anomali decreti operano [...] a un livello ultraprimario, e non solo le leggi delle Regioni ma anche le leggi dello Stato sono tenute a prestarvi osservanza (sicché, in caso di inosservanza, sarebbero illegittime). Dunque, nell'ambito della loro competenza si collocano, nella gerarchia delle fonti, a un livello (subcostituzionale, sì, ma) più alto rispetto agli atti legislativi appena nominati» [SANDULLI].

6. (segue): b) i decreti-legge.

I decreti-legge:
nozione

Il **decreto-legge** è un provvedimento provvisorio con forza di legge adottato dal Governo, sotto la sua responsabilità (quindi senza delega delle Camere), in casi straordinari di necessità e urgenza. È così denominato perché racchiude in sé la forma del decreto (atto tipico del Governo) e la sostanza della legge.

La figura del decreto-legge era sconosciuta sotto lo **Statuto albertino**. Dopo l'unificazione si diffuse la prassi di adottare provvedimenti governativi provvisori con efficacia di legge, da convertire in vere e proprie leggi. Questa pratica si è formalmente consolidata durante la **dittatura** (v. l. 100/1926, «*Facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*»), sino a prevedere che i decreti-legge cessassero la loro efficacia se entro due anni dall'emanazione non fossero stati convertiti, privando così il Parlamento di ogni controllo sull'operato dell'esecutivo; inoltre, il rifiuto di conversione, privo di efficacia retroattiva, lasciava intatti gli effetti prodotti dal decreto nei due anni di vigenza. Il **regime democratico** ha invece ripristinato la centralità del Parlamento, relegando la decretazione di urgenza (per taluni addirittura da abolire) a disciplinare solo situazioni eccezionali nel breve lasso temporale di sessanta giorni (v. art. 77 Cost.).

Ai sensi dell'art. 77 Cost. il ricorso al decreto-legge rappresenta un'*ipotesi assolutamente eccezionale*, essendo ora l'esercizio del potere legislativo rimesso all'*iniziativa unilaterale* dell'esecutivo, ossia in assenza di delega del Parlamento. La sua emanazione è perciò consentita al Governo solo «**sotto la sua responsabilità**» e in «**casi straordinari di necessità ed urgenza**»: si pensi ai provvedimenti da assumere, nell'immediato, in favore di popolazioni colpite da una *calamità naturale* (terremoto, alluvione) o di *misure economiche* dirette a evitare possibili speculazioni (ad es., l'aumento forzoso di un prezzo controllato, come le sigarette, effettuato in via d'urgenza per evitare prevedibili fenomeni di accaparramento nel caso la misura sia solo annunciata e realizzata a distanza di tempo) o, ancora, per gestire una *grave situazione di ordine pubblico*.

Presupposti della
decretazione
d'urgenza

Numerosi governi hanno fatto un **uso improprio della decretazione d'urgenza**, cioè in assenza, in tutto o in parte, della paventata situazione di emergenza: ciò perché si vedeva (e si vede tuttora) nella decretazione una facile scorciatoia per ottenere in tempi rapidi il "varo" di provvedimenti legislativi che, forse, non avrebbero superato l'*iter* parlamentare. In tempi più recenti questa prassi ha assunto dimensioni allarmanti (durante il 1996 ne furono emanati ben oltre quattrocento: più di uno al giorno!), tanto da mettere in crisi la «macchina parlamentare», che stentava così a tenere il passo, provocando decadenze e riproposizioni dei medesimi decreti. **Il Parlamento non di rado ha reagito contro simili abusi rifiutando la conversione**; ma il rimedio si è spesso rivelato peggiore del male, nei casi, tutt'altro che infrequenti, di situazioni irreversibili. Si è così cercato di arginare la situazione, prevedendo, ad es. il preventivo controllo parlamentare sulla costituzionalità del decreto (innanzi alla *Commissione affari costituzionali*) e quindi sulle effettive ragioni di necessità ed urgenza. Tale controllo è, però, di regola solo formale, in quanto la maggioranza parlamentare si identifica con lo stesso Governo (cioè, con l'organo soggetto a controllo!). Anche il legislatore (art. 15², **I. 400/1988**) ha fissato taluni limiti alla decretazione d'urgenza, come il divieto di conferire deleghe legislative nel decreto, il divieto di disciplinare le materie di cui all'art. 72⁴ Cost., ov'è imposta la procedura accentrata di formazione della legge, nonché i divieti di rinnovare i decreti non convertiti da una delle Camere e di disciplinare i rapporti sorti in base a decreti non convertiti (v. art. 15, I. cit.). Ulteriore limitazione è altresì disposta dalla **I. 212/2000**, il cui art. 4 prevede il divieto di istituire nuovi tributi con decreto-legge. Anche la **Corte Costituzionale** (v. Corte cost. nn. 29 e 61 del 1995) è intervenuta, rivendicando il potere di accertare i presupposti di necessità e di urgenza. Ulteriore uso distorto della decretazione d'urgenza, diffuso in passato, era quello dei c.d. **decreti reiterati**, spesso emanati per sopperire alla mancata conversione. Avendo assunto il fenomeno dimensioni abnormi (addirittura vi sono stati casi di decreti reiterati per decine di volte, sino a quindici consecutive!), la Corte costituzionale (sent. 360/1996) ha posto un veto definitivo a tale pratica, favorendo così il ritorno alla presentazione alle Camere di meri disegni di legge governativi e l'ordinario *iter legis*.

Sempre *ex art. 77 Cost.* il decreto-legge è un «**provvedimento provvisorio**», avendo efficacia solo nei *sessanta giorni* successivi alla sua pubblicazione. Ciò dà luogo a due opposte conseguenze: *se è convertito*, al termine dei sessanta giorni sarà sostituito dalla legge di conversione (anche nel caso, assai raro, di identica riproduzione del testo originario del decreto); *se invece non è convertito*, allo spirare dei sessanta giorni decade «sin dall'inizio» (*ex tunc*), cessando retroattivamente la propria efficacia. Al pari dei decreti legislativi si assicura così la **supremazia del Parlamento**, il cui intervento è sempre indispensabile: mentre per i decreti legislativi tale intervento è *preventivo* (con la legge-delega), per i decreti-legge è *successivo* (con la legge di conversione).

L'iter formativo

La fase innanzi
al Governo

La formazione dei decreti-legge si articola in due fasi, che appaiono rovesciate rispetto a quelle di approvazione dei decreti legislativi: la prima (provvisoria), innanzi al Governo; la seconda (definitiva), innanzi alle Camere [CRISAFULLI].

Quanto alla **fase innanzi al Governo**, il decreto-legge, una volta *deliberato* dal Consiglio dei ministri, è subito *emanato* dal Presidente della Repubblica, per entrare in vigore il giorno stesso della pubblicazione sulla G.U. (o il giorno successivo). I decreti-legge recano la denominazione «decreto-legge» (d.l.), seguita da una *data* (quella di emanazione da parte del Capo dello Stato) e da un *numero d'ordine*; nel preambolo sono indicati i *presupposti di necessità ed urgenza*. L'art. 77³ Cost. prevede la **perdita di efficacia «sin dall'inizio»** in caso di mancata conversione entro i *sessanta giorni* dalla pubblicazione. Sennonché, non è sempre possibile alla scadenza tornare sui propri passi, essendo taluni decreti-legge produttivi di **effetti irreversibili**. Si pensi a un decreto recante una sovrimposta sul prezzo della benzina: a prescindere dalla sua eventuale illegittimità, la mancata conversione attribuirebbe ai contribuenti il diritto al rimborso di quanto versato nella vigenza del decreto, ipotesi invero impraticabile. Per questa ragione l'art. 77³ Cost. prevede che «Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti», escludendo in tal caso la cessazione *ex tunc* degli effetti.

La fase innanzi
al Parlamento

La **seconda fase** dell'iter formativo concerne la **conversione in legge** del decreto. Il Governo, il giorno stesso della pubblicazione, presenta il decreto alle Camere per la sua conversione, le quali «anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni» (art. 77² Cost.). Onde ridurre i tempi di conversione, i regolamenti parlamentari prevedono una *corsia preferenziale* di approvazione. Essendo il Parlamento il solo titolare della funzione legislativa, ha il potere di apportare **emendamenti**, anche sostanziali, al testo originario, cioè sostituzioni, aggiunte o modifiche di norme: la dottrina esclude recisamente l'efficacia retroattiva degli emendamenti [CRISAFULLI], salvo espressa disposizione della legge di conversione. La **legge di conversione** reca la rituale formula: «Il decreto-legge del Governo n. [...] del [...] è convertito in legge», cui segue il testo (emendato) del decreto. La **conversione** assolve così ad una **duplice funzione**: dal *punto di vista politico* svincola il Governo dalla responsabilità (politica) assunta con l'emanazione del decreto; dal *punto di vista giuridico* comporta la riaffermazione della supremazia parlamentare e la conferma dell'operato del Governo. In vista della difficoltà di ricostruire il testo finale del decreto-legge convertito, il Ministero della Giustizia pubblica sulla Gazzetta ufficiale un **testo coordinato**, privo di valore legale, ma di valido ausilio per l'interprete. La G.U. dà **notizia della mancata conversione**, imponendo la *disapplicazione* del decreto-legge non convertito.

7. Altre fonti primarie, espressione delle autonomie normative: a) gli statuti regionali.

Le autonomie
normative

Secondo l'assetto delle fonti delineato dalla Costituzione il **potere legislativo** non è prerogativa esclusiva dello Stato centrale (attraverso il Parlamento e, in via eccezionale, il Governo), in quanto anche le Regioni e le pro-