

Floriana LISENA

MANUALE *di* DIRITTO COSTITUZIONALE

**Analisi di Principi generali, Istituti
e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali**

Aggiornato a:

- legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1 sulla tutela dell'ambiente
- legge cost. 18 ottobre 2021, n. 1 sull'elettorato attivo per il Senato

- Ultimissima giurisprudenza 2022

VIII edizione

2022

 **Neldiritto
Editore**

CAPITOLO V | LE FONTI DEL DIRITTO

SEZIONE I

LA NORMA GIURIDICA E LE FONTI IN GENERALE

SOMMARIO:

1. I caratteri della norma giuridica. La distinzione tra disposizione e norma. - 2. L'interpretazione delle disposizioni giuridiche. - 2.1. Le lacune dell'ordinamento e il ricorso all'analogia. - 3. Nozione e classificazioni delle fonti del diritto. - 3.1. L'identificazione delle fonti normative e la distinzione con gli atti amministrativi. - 3.1.1. Le leggi-provvedimento. - 4. Il sistema delle fonti del diritto e i criteri di risoluzione delle antinomie.

"FOCUS" GIURISPRUDENZIALE

I. In che limiti è legittima una legge retroattiva? (Corte cost., sent. n. 170/2013).

II. Norma retroattiva e controversia giurisdizionale in corso (Corte cost., sent. n. 12/2018).

III. Ammissibilità costituzionale delle leggi-provvedimento e limiti per il legislatore (Corte cost., sent. n. 270/2010).

IV. Leggi-provvedimento e diritto UE (CGUE, sentt. 18 ottobre 2011 e 16 febbraio 2012).

V. Il rapporto tra la Costituzione e le leggi anteriori: la prima pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 1/1956).

1. | I caratteri della norma giuridica. La distinzione tra disposizione e norma.

A) Norma giuridica

Lo studio delle fonti del diritto positivo vale a dire delle regole istituzionali ed organizzative vigenti in un determinato ordinamento giuridico, presuppone la conoscenza del concetto di norma giuridica.

Quest'ultima si definisce tale in presenza delle seguenti **caratteristiche**:

- **esteriorità**, intesa nella duplice accezione di *eteronomia* (la norma giuridica è posta in essere da un soggetto diverso dal suo destinatario) ed *oggettività* (la condotta qualificata dalla norma giuridica, a differenza di quella morale, è valutata oggettivamente, al netto cioè degli elementi intenzionali che ne costituiscono il movente soggettivo) (MODUGNO);
- **coercibilità**, ossia la presenza per ogni norma di una **sanzione** disposta in caso di trasgressione;

NORME NON COATTIVE

Va detto, tuttavia, che non tutte le norme giuridiche esprimono un comando (di fare o di non fare qualcosa) assistito, in caso di inosservanza del precetto, da una sanzione, giacché accanto alle norme coattive si pongono altre categorie di **norme non coattive** (MARTINES). Si pensi alle:

- norme che attribuiscono **capacità, diritti, potestà, situazioni giuridiche attive in genere** (ad es., l'art. 1 c.c.: "*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita*");
- norme **istituzionali** (ad es., l'art. 1, co. 1, Cost.: "*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro*");

- norme **organizzative** (ad es., l'art. 102, co. 1, Cost.: “La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario”);

- alle norme **permissive** che, cioè, prevedono come lecite determinate azioni od omissioni (ad es., l'art. 840, co. 1, c.c.: “La proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino”);

- alle norme **definitorie** (ad es., l'art. 769 c.c.: “La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione”);

- alle norme **promozionali** o **programmatiche** (ad es., l'art. 9, co. 1, Cost.: “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”). Tali norme, a differenza delle norme **precettive**, che disciplinano situazioni giuridiche attive (diritti, interessi legittimi) o passive (doveri, obblighi), contengono non una previsione di comportamento determinata bensì la **indicazione di fini da raggiungere** (sulla differenza tra norme precettive e norme programmatiche in Costituzione cfr. anche *Parte III, Cap. VI, par. 1.*);

- alle cd. norme **d'incentivazione**, consistenti nel promettere una ricompensa (ad esempio, una facilitazione, un contributo finanziario, a chi adotta un determinato comportamento).

Tutte queste norme, pur non munite di una puntuale sanzione, esprimono, al pari delle altre, un interesse, un valore considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Ne deriva che i soggetti ai quali sono indirizzate sono tenuti od incoraggiati a comportarsi e ad applicarle secondo quanto esse dispongono;

- **generalità**, la quale attiene all'indeterminabilità dei destinatari dell'atto: essa consiste nella attitudine della norma a regolare categorie di fatti o di comportamenti senza riferimento a situazioni o soggetti determinati;
- **astrattezza**, che sussiste quando le previsioni contenute nell'atto sono suscettibili di indefinita ripetibilità ed applicabilità ai casi concreti (CRISAFULLI);
- **innovatività**, quale attitudine dell'atto a modificare definitivamente l'ordinamento giuridico.

LA BILATERALITÀ DELLA NORMA E LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

Secondo taluni, altro carattere tradizionalmente riconosciuto nella norma giuridica è quello della **bilateralità**, secondo il quale la norma insiste su e determina un rapporto giuridico incentrato sulle figure contrapposte del diritto e dell'obbligo.

Per vero, più in generale, vanno distinte:

- **situazioni giuridiche soggettive attive**, concesse ad un soggetto;

- **situazioni giuridiche soggettive passive**, gravanti su un soggetto.

Fra le situazioni giuridiche soggettive *attive* si distinguono:

- **diritto soggettivo**: potere, attribuito alla volontà del soggetto e tutelato dall'ordinamento in modo pieno e diretto, che permette al titolare il soddisfacimento di un interesse proprio. Esso si atteggia a *diritto assoluto*, quando può opporsi al *quisque de populo*, mentre andrà qualificato come *diritto relativo* laddove potrà essere vantato soltanto nei confronti di un soggetto determinato;
- **interesse legittimo**: posizione attiva che l'amministrato vanta nei confronti dell'autorità pubblica, ogniqualevolta quest'ultima eserciti autoritativamente i propri poteri nei confronti del privato. Si tratta di posizioni di vantaggio rispetto ad un bene della vita che viene a costituire l'oggetto di un provvedimento amministrativo. L'interesse legittimo consiste essenzialmente nella possibilità di partecipazione del privato all'esercizio del potere pubblico, in termini tali da attribuirgli i poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere amministrativo, per rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene. Può essere di tipo *pretensivo*,

quando mira al conseguimento di un bene della vita, l'ottenimento del quale – da parte dell'interessato – richiede l'interposizione di un pubblico potere (ad es., un permesso di costruire); oppure *oppositivo*, qualora intenda contrastare la compressione della sfera giuridica del titolare da parte di un provvedimento amministrativo restrittivo (si pensi ad un decreto di esproprio);

- **aspettativa**: situazione vantata dal titolare di un diritto in attesa di espansione (ad es. la condizione di un contraente di una compravendita sottoposta a condizione sospensiva);
- **facoltà**: componente del diritto soggettivo, di cui rappresenta una modalità di realizzazione (ad es. la facoltà di distruggere un bene di cui si è proprietari);
- **potestà**: situazione attiva conferita dall'ordinamento in funzione del soddisfacimento di un interesse altrui (ad es. la potestà genitoriale nei confronti dei figli minori);
- **diritto potestativo**: potere diretto a creare, modificare o estinguere una situazione con una manifestazione unilaterale della volontà del soggetto. In tal caso la realizzazione dell'interesse si attua indipendentemente da colui che deve subirne gli effetti (ad es. il diritto di revocare un mandato, di dare una disdetta, di ottenere una servitù necessaria, di ottenere la comunione del muro costruito sul confine, ecc.);
- **status**: situazione soggettiva mista, in quanto implica sia l'attribuzione di diritti che l'imposizione di doveri, che il soggetto possiede in qualità di membro di una determinata collettività.

Fra le situazioni giuridiche soggettive *passive* rientrano:

- **dovere**: comportamento imposto dall'ordinamento e valevole *erga omnes*;
- **obbligo**: comportamento corrispondente ad un diritto soggettivo relativo e valevole *inter partes*. Esso comporta un sacrificio di un interesse proprio rispetto a un interesse altrui e può corrispondere ad una precisa pretesa altrui (è l'ipotesi dell'obbligazione);
- **onere**: comando che impone un comportamento in vista del raggiungimento di un determinato fine (ad es. l'onere di trascrivere alcuni atti per tutelare propri diritti).

Delineati in tal modo i caratteri propri della norma giuridica, possiamo definire la stessa, riassuntivamente, come una *“prescrizione generale ed astratta che identifica ed enuncia gli interessi vigenti in un gruppo sociale od appresta le procedure per la loro tutela ed il loro concreto soddisfacimento e della quale, pertanto, deve essere garantita l'osservanza”* (MARTINES).

B) Distinzione tra disposizione e norma

Occorre, inoltre, **distinguere la norma dalla disposizione**, la quale rappresenta l'“unità minima” di un atto normativo (MODUGNO).

In particolare:

- la **“disposizione”** è un **enunciato normativo dotato di senso autonomo, contenuto nel testo di un atto normativo**. Ad es., l'art. 12 Cost. (*“La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano, verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di uguali dimensioni”*) è un articolo, composto da un solo comma, contenente una sola disposizione;
- la **“norma”** è la disposizione interpretata, ossia è il **significato di una disposizione**.

NORME COMPATIBILI E NORME INCOMPATIBILI

Ogni disposizione può produrre **più norme**, le quali possono essere tra di loro:

- **compatibili** (norme plurime compatibili): ad es., nell'art. 9, co. 1, Cost. (*“La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”*), ciascuna delle disposizioni in esso contenute può essere scissa in più norme, che corrispondono al significato della

disposizione: norma 1. la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura; norma 2. la Repubblica promuove la ricerca scientifica; norma 3. la Repubblica promuove la ricerca tecnica. Si tratta di norme che sono plurime e compatibili tra loro;

- oppure **incompatibili** (norme plurime incompatibili o alternative). Si pensi all'art. 59, co. 2, Cost. secondo cui *“il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario”*; da essa si ricavano due norme tra loro incompatibili: norma 1. il limite di cinque senatori a vita è il limite massimo di nomine a disposizione di ciascun Presidente (indipendentemente dal numero complessivo di senatori a vita presenti in Senato); norma 2. il limite di cinque senatori a vita è il limite massimo di senatori a vita presenti complessivamente in Senato (la questione è, per vero, controversa e i diversi Presidenti della Repubblica succedutisi hanno interpretato la disposizione costituzionale nell'uno o nell'altro senso).

Una norma può anche nascere dal **combinato disposto** di più disposizioni. Prendiamo ad esempio l'art. 2 c.c.: *“La maggiore età si acquista al compimento del diciottesimo anno”* e l'art. 48, co., Cost.: *“Sono elettori tutti i cittadini che hanno raggiunto la maggiore età”*. Dal combinato disposto di queste due disposizioni risulta la norma secondo la quale sono elettori tutti i cittadini che hanno compiuto diciotto anni.

2. | L'interpretazione delle disposizioni giuridiche.

La distinzione tra disposizione e norma pone il problema della interpretazione, quale operazione intellettuale necessaria per trarre dagli enunciati normativi il loro significato (per l'appunto, la norma) nel contesto dell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione dei testi normativi deve svolgersi secondo regole predeterminate o ricavabili dal sistema.

A) Interpretazione letterale.

In particolare, l'art. 12, co. 1, delle “Disposizioni sulla legge in generale” stabilisce che *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”*.

Pertanto, l'interprete di un testo normativo deve tener conto innanzitutto del significato grammaticale delle parole, non isolatamente considerate bensì secondo la loro connessione sintattica (*interpretazione letterale*).

B) Ratio legis

In secondo luogo, occorre prendere in considerazione la **intenzione del legislatore** (la *cd. mens* o *ratio legis*). L'intenzione del legislatore è un elemento obiettivo, non va cioè riferita alla volontà di coloro che hanno formulato il testo, così come risulta espressa nel corso del suo procedimento di formazione. La formula legislativa, infatti, una volta approvata, e quindi la norma da essa desumibile, vivono di vita propria, per cui la *ratio legis* si obiettivizza, va riferita alla norma in quanto immessa nel sistema; anche se l'esame dei lavori preparatori o di altri elementi subiettivi (quali il titolo dato alla legge od i motivi in essa espressamente enunciati) possono in alcuni casi, quali elementi sussidiari, aiutare ad individuare il fondamento della norma (MARTINES).