

Commento art. 1 Preleggi

COMMENTO

COMMENTO ART. 1 PRELEGGI

Il diritto di cui finora si è parlato è il *diritto oggettivo* ossia il complesso di regole poste dalle norme giuridiche per disciplinare la vita di una comunità: è questo l'*ordinamento giuridico*, l'insieme delle norme poste da un'autorità sovraordinata che determina, oltre ad un sistema di garanzie, anche vincoli e limiti per le libertà individuali.

Distinte da tale nozione del diritto sono le diverse *situazioni giuridiche soggettive* che da esso possono promanare: il potere, il dovere, l'onore, il diritto soggettivo, l'interesse legittimo. L'*ordinamento giuridico* costituisce, in altre parole, la fonte di legittimazione di tali situazioni. Non è agevole definire il diritto, ma senz'altro sono identificabili le sue tre fondamentali funzioni:

- a) distribuzione e utilizzazione delle risorse (diritto privato);
- b) repressione di comportamenti socialmente pericolosi (diritto penale);
- c) istituzione e organizzazione dei pubblici poteri (diritto costituzionale e amministrativo).

In pratica, però, tale classificazione risulta ormai superata, dato che le attuali fonti del diritto sono ben più numerose e molti sono i soggetti deputati a produrle. Pertanto occorre stabilire il rapporto che intercorre tra esse e nello stesso tempo scongiurare una sovrapposizione tra le medesime (*antinomie delle fonti*).

A tale scopo si adoperano alcuni criteri:

a) *criterio di gerarchia*, che non va confuso con l'ordine di applicazione delle norme:

- le fonti del diritto appartengono a gradi diversi;
- prevale la fonte sovraordinata;
- sussiste il controllo di validità rispetto alla fonte sovraordinata (esso può essere diffuso, come negli USA o accertato come in Italia mediante la Corte costituzionale);
- le norme di grado inferiore non possono mai modificare o abrogare quelle di grado superiore, né tantomeno contenere norme in contrasto con esse;

b) *criterio di competenza*:

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

c) *criterio temporale*:

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

d) *criterio di specialità*:

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

Attuali fonti del nostro ordinamento giuridico sono:

- a) Costituzione, Leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali (comprese quelle di approvazione degli statuti delle regioni speciali);
- b) *fonti primarie*: trattato CE, direttive e regolamenti comunitari; regolamenti degli organi costituzionali (Camera, Senato, Corte costituzionale), leggi ordinarie; decreti legge; statuti delle regioni ordinarie; leggi regionali e delle province autonome; decreti legislativi attuativi degli statuti delle regioni speciali; referendum abrogativo;
- c) *fonti subprimarie*: leggi regionali delegate; decreti delegati del Governo; statuti degli enti locali;
- d) *fonti secondarie*: regolamenti, ordinanze, statuti di enti a statuto di specie;
- e) *fonti fatto*: consuetudine, usi ed equità (ma solo quando è richiamata dalla legge [1371, 1374, 1733, 2047, comma 2, 2118]);
- f) *contratti collettivi di diritto comune* (stipulati dalle associazioni sindacali al fine di regolare in via uniforme i rapporti di lavoro delle categorie rappresentate). Secondo la Cassazione i contratti collettivi di lavoro di diritto comune non sono fonte di diritto, né in tal senso depone l'art. 425 c.p.c. che attribuisce al giudice la facoltà di acquisire d'ufficio i testi dei contratti ed accordi collettivi applicabili nella causa, poiché tale norma attiene all'ambito dell'acquisizione della prova nel rito del lavoro e non costituisce deroga al principio *iura novit curia*, valido per le norme di diritto e non per le norme contrattuali collettive; ne consegue la non deducibilità in Cassazione, della violazione delle norme poste da detti contratti collettivi (così Cassazione n. 10914 del 2000);
- i) le *linee guida dell'ANAC* in materia di contratti pubblici: il **D.L.vo n. 50 del 2016** rinvia, in funzione integrativa, alle suddette linee guida per la regolamentazione di alcuni aspetti di dettaglio accanto alla disciplina dettata dal Codice degli Appalti Pubblici. Le linee guida sono vincolanti: si distinguono, così, dal cd. "soft laws" (di cui sono esempi i bandi-tipo e i capitolati-tipo), che - pur avendo natura normativa - possono essere disapplicate dalla stazione appaltante previa adeguata motivazione;
- g) *giurisprudenza* (benché nel nostro ordinamento giuridico sia assente il principio di vincolatività dei precedenti, le sentenze formano, nel corso del tempo, orientamenti costanti, per cui le massime, ovvero i principi di diritto applicati nelle medesime pronunzie, tendono ad assumere il canone di regole giuridiche autonome concretamente operanti all'interno della collettività).

Le *circolari* contenendo istruzioni, ordini di servizio, direttive impartite dalle autorità amministrative centrali o gerarchicamente superiori agli enti o organi periferici o subordinati, con la funzione di indirizzare in modo uniforme l'attività di tali enti o organi inferiori, sono atti meramente interni della Pubblica Amministrazione (c.d. *norme interne*), che esauriscono la loro portata ed efficacia giuridica nei rapporti tra i suddetti organismi ed i loro funzionari e non possono, quindi, spiegare alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei all'Amministrazione, né acquistare efficacia vincolante per quest'ultima, neppure come mezzo di interpretazione di norme giuridiche, non costituendo pertanto fonte di diritti a favore di terzi, né di obblighi a carico dell'Amministrazione (così Cassazione n. 2092 del 1983).

Ad esempio l'articolo 1 della legge X stabilisce: "È vietato uscire in moto la sera". Il decreto ministeriale Y articolo 2 dispone: "È prevista la pena pecuniaria di 100 euro per chiunque circoli in moto dalle

ore 20 alle ore 24 per le strade della città". Tale ultima disposizione è da ritenersi illegittima perché contraria alla norma gerarchicamente sovraordinata.

Il principio "*iura novit curia*", laddove eleva a dovere del giudice la ricerca del "diritto", si riferisce alle vere e proprie fonti di diritto oggettivo, cioè a quei precetti contrassegnati dal duplice connotato della normatività e della giuridicità, dovendosi escludere dall'ambito della sua operatività sia i precetti aventi carattere normativo, ma non giuridico (come le regole della morale o del costume), sia quelli aventi carattere giuridico, ma non normativo (come gli atti di autonomia privata, o gli atti amministrativi), sia quelli aventi forza normativa puramente interna (come gli statuti degli enti e i regolamenti interni) (in applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso dal novero delle fonti di diritto oggettivo le convenzioni comunali regolanti i canoni di locazione degli immobili di edilizia abitativa convenzionata) (Cass. civ. Sez. III Ord., 20 dicembre 2019, n. 34158).

