

Vittorio Italia

Nel quadro delle iniziative: “Alla ricerca del filo di Arianna”

Lezione sull’applicazione delle leggi

Tar Lombardia

13 giugno 2014, h. 14:30

Indice – sommario

pag

1.	Introduzione	3
2.	Il concetto di applicazione.....	4
3.	L' applicazione delle leggi nel passato.....	6
4.	L' applicazione delle leggi nel vigente sistema normativo.....	6
5.	L' applicazione congiunta delle leggi collocate sullo stesso piano.....	7
6.	L' applicazione congiunta delle leggi collocate in posizione gerarchica.....	8
7.	Le categorie giuridiche e l' applicazione delle leggi.....	11
8.	L' applicazione delle leggi e l' articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.....	15
9.	Conclusioni. La certezza del diritto e la stella della sera e la stella del mattino.....	16

1. Introduzione

Provo un sentimento quasi religioso nel parlare delle leggi e dei problemi che la loro applicazione comporta.

Qualcuno degli ascoltatori potrebbe essere sorpreso per questo mio sentimento, e potrebbe (con ragione) obiettare che le leggi del nostro tempo non sono sacre, né hanno un senso religioso, sono frammentarie, imprecise, come statue di dei cadute dai loro piedistalli, statue spezzate ed infrante. Non vi è stato soltanto il loro crepuscolo, ma la loro caduta, e vi sono ora soltanto macerie.

Ma non è così. E' vero che le leggi sono state imbrattate, deturpate, anche pervertite, ma se noi consideriamo le radici, le strutture di fondo, troviamo delle fondamenta solide e diverse rispetto alle imprecise formulazioni odierne.

Non è un caso che anticamente gli studiosi del diritto siano stati paragonati a *sacerdoti* (Papiniano, nel Libro I del Digesto) e che la giustizia è stata simbolicamente espressa come una dea, che regge le bilance equilibrate e che ha anche la spada, e che non sorride.

Vi è perciò, anche nell' immagine del diritto e delle leggi, qualcosa di superiore, di grande, di misterioso. In altre parole, vi sono delle qualità che non sono scalfite dalla produzione legislativa minimale e superficiale del nostro

tempo, anche perché questa produzione legislativa non può contrastare le regole più forti delle leggi, tra cui la regola dell' **applicazione**.

2. Il concetto di applicazione.

Consideriamo innanzitutto il concetto di applicazione, partendo dal significato della parola. *Applicare* deriva da *piegare*, ed il significato generale di applicare è quello di sovrapporre una cosa ad un' altra, ed il concetto di applicazione esprime l' azione di imprimere una cosa sull'altra, ed anche di colorare la cosa impressa.

Nel campo del diritto, il termine applicazione significa sovrapposizione della regola alla fattispecie concreta. La regola, la norma, la fattispecie legale si sovrappone alla fattispecie concreta. Una sola regola doveva sovrapporsi alla fattispecie concreta, e nel 1700, (anzi, nel 1642) Montesquieu affermava che il giudice era la “**bocca della legge**”, perché egli sovrapponeva la regola al fatto, al caso concreto.

L'applicazione rende “viva” la regola normativa, perché prima dell'applicazione la regola costituisce solo un programma futuro, una teorica linea di condotta.

L'applicazione esprime il momento della verità della legge, tant'è vero che prima dell'applicazione vi è un periodo temporale chiamato vacanza della

leggi (vacatio legis) il vuoto della legge vacante, e quindi in cui la legge ancora non c'è. L' applicazione costituisce il momento della verità ed è importante poi vedere chi la applica e chi deve farla applicare, quindi non sono soltanto i singoli che devono osservarla, ma anche coloro che devono farla osservare e il momento della verità della legge, e cioè dell'applicazione si vede nel suo contrario nella disapplicazione, che è una specie di paralisi, di sospensione. Tutto ciò conferma che l' applicazione sia veramente il momento determinante della legge.

Solo l'applicazione - più ancora dell'interpretazione - fa sprigionare la forza, la “vis” come affermava Celso, che non vi è soltanto nelle parole delle leggi ma nelle norme e nella legge stessa.

Il concetto di fondo dell' applicazione noi lo ritroviamo nell'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale, intitolato *Interpretazione della legge* ma che inizia con le parole “*Nell'**applicare** la legge non si può ad essa attribuire altro senso....*”. Quindi l'applicazione (che è il momento successivo o concomitante dell'interpretazione) è quello che fa vivere la legge, e la vita della legge si manifesta nel momento dell'applicazione,.

Ma nel passato l' applicazione della legge si è svolta in modo diverso da quanto avviene oggi.

3. L' applicazione della legge nel passato.

Esaminiamo innanzitutto l'applicazione della legge nel passato. Allora le leggi erano tutte collocate sullo stesso piano, vi era una loro equiordinazione, quindi ogni legge riguardava una determinata fattispecie, e la legge era applicata al caso concreto. I criteri di fondo dell'applicazione della legge si basavano su i due criteri della legge generale e della legge speciale. La legge generale era considerata la vera legge, rivolta alla *utilità generale*. La legge speciale riguardava la *species*, la "*singulorum utilitatem*", e la legge speciale dipendeva dalla legge generale. Lo *iussum generale*, tesi che è stata poi ripresa secoli dopo da Rousseau (che diceva che la legge era e doveva essere generale perché era l'espressione della *volonté générale* e non di una parte della collettività. L'applicazione della legge generale e speciale era caratterizzato dalla regola: che la legge speciale derogava alla legge generale, e quindi si doveva applicare la legge speciale. Ciò faceva sorgere dei problemi, per la qualificazione di una norma come generale o come speciale. Ma questo è stato il meccanismo dell'applicazione delle leggi nel passato, perché nel sistema normativo moderno, ci si trova di fronte ad una scacchiera giuridica diversa,

4. L'applicazione delle leggi nel vigente sistema normativo.

L'attuale sistema normativo presenta ancora delle leggi che sono ancora sullo stesso piano leggi (ad esempio, le leggi ordinarie statali e le leggi regionali sono considerate entrambe leggi, e possono essere valutate dalla Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale). Anche i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (previsti nell'articolo 12 delle preleggi) sono sullo stesso piano, e sono leggi di principio. Queste leggi equiordinate seguono anch'esse le regole della generalità e della specialità ma vi è un primo elemento nuovo, e cioè che l'applicazione non è l'applicazione di una sola legge, di una sola norma, ma vi è l'applicazione congiunta di più leggi, alcune generali ed altre speciali.

5. L'applicazione congiunta nelle leggi collocate sullo stesso piano.

L'antica regola che la legge speciale deroga alla legge generale non significa che si applica soltanto la legge speciale, entrambe devono essere tenute presenti. Ad esempio quando vi è una legge delegata, il seguente decreto legislativo è interpretato ed applicato anche alla luce della legge delegata: La legge transitoria deve tener conto della legge precedente.

6. L' applicazione congiunta delle leggi collocate in posizione gerarchica.

Nel sistema vigente vi è quindi un' **applicazione congiunta**, e tale applicazione si verifica in modo palese, più marcato, per le norme collocate gerarchicamente, in modo verticale, costituiscono una piramide normativa. Vi sono in alto i principi comunitari, poi abbiamo altri principi, nuovi e diversi dai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Vi sono i *principi fondamentali delle leggi cornice* per le Regioni. Tali principi hanno funzionato male ma esistono ancora (si veda l' art. 117 Cost. che stabilisce che la determinazione dei principi fondamentali spetta allo Stato). Vi sono, in riferimento all' ambito locale, i principi *fissati* dalle leggi dello Stato che dovrebbero costituire i limiti per le norme statutarie e le norme regolamentari degli enti locali [il limite che si riferisce agli statuti è quello dell' *ambito*, quasi per lasciare un'isola di determinazione autonoma; per quanto riguarda invece i regolamento vi è il *rispetto* dei principi fissati dalla legge]. Vi sono poi, sempre in questo sistema gerarchico, la legge e poi le norme regolamentari, statutarie, eccetera.

Ciò significa che l' applicazione nell'attuale sistema normativo gerarchico non è l' applicazione di una sola norma. Queste norme sono incardinate, sono legate assieme da questo vincolo gerarchico assieme al precedente vincolo della equiordinazione e quindi con i criteri della generalità e della specialità. Ma

specialmente questo vincolo della gerarchia comporta che l'applicazione è un' **applicazione congiunta** per cui ad esempio una legge statale oggi viene interpretata ed applicata alla luce dei principi comunitari (si pensi al principio di concorrenza). Una legge regionale in materia di sanità dovrà tener conto dei principi fondamentali stabiliti dalla legge dello Stato. Un regolamento comunale in materia di asili nido dovrà tener conto non soltanto delle leggi regionali in materia di asili nido ma anche della legge statale, ed anche del principio comunitario in materia di assistenza familiare, via dicendo.

Oggi le norme le regole normative sono composte come da un mosaico, da vari pezzi di leggi, quindi l' applicazione è un' applicazione congiunta delle varie tessere del mosaico.

Sorge qui un problema molto delicato, perché l' applicazione congiunta fa sì che, sia il giudice sia l'amministratore, hanno oggi una discrezionalità che un tempo non vi era. Oggi il giudice non è più la bocca **della legge**, è la bocca **delle leggi**, e quindi il giudice (e talora anche l' amministratore) sceglie, nella gerarchia dei principi, delle leggi e delle norme quella o quelle che ritiene più adatte per risolvere il caso concreto.

Questa applicazione congiunta opera su principi, leggi e norme che, così congiunte, formano una *regola nuova, risultato di questa fusione*.

Il giudice è la bocca **delle leggi** che sono da lui scelte, che sono da lui applicate e l'interpretazione e l'applicazione si muovono secondo dei criteri che non si trovano più nell'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, perché vi è un sistema gerarchico che ha vincolato tutte le norme. Si potrà obiettare che anche qui vi è la connessione, e l'articolo 12 prevede la connessione, ma si risponde che nell'articolo 12 la connessione è quella delle parole, mentre qui vi è una connessione di norme o addirittura di leggi o di sistemi normativi.

Quindi la scacchiera è profondamente cambiata, e le leggi così applicate sono il risultato delle fusione di queste norme che a loro volta devono essere interpretate, e quali sono i criteri di interpretazione di queste leggi così applicate. L'applicazione presenta grosse novità che non si ritrovano però nell'articolo 12 citato, che è – nella sua formulazione – come una fotocopia del Titolo preliminare del codice civile di Napoleone (del 1804). Oggi quindi vi è una scacchiera che è profondamente cambiata, dove l'importanza dell'applicazione è sempre determinante. Vi è però un altro argomento in ordine all'applicazione, perché l'applicazione è oggi, più che in passato, effettuata in base alle *categorie giuridiche* ed alle *categorie normative*.

Fermiamo l'attenzione su questo punto.

7. Le categorie giuridiche e l' applicazione delle leggi.

L'applicazione delle leggi è condizionata in misura determinante da un'altra singolare forza giuridica che abbraccia tutto il diritto, i concetti, le norme e gli stessi sistemi normativi.

Si tratta delle *categorie giuridiche* e anche delle *categorie normative*, che condizionano tutto il diritto.

Facciamo un esempio ed esaminiamo il concetto di **pertinenza**, quale è considerato nel Codice civile. La pertinenza, come è noto, è una cosa, un bene, che si aggiunge alla cosa principale *accessorium sequitur principale*; la pertinenza segue la qualificazione giuridica della cosa principale. Ma nell'ambito amministrativo ed urbanistico, il concetto di pertinenza ha una qualificazione, ed una "coloritura giuridica" diversa. Infatti, se vi è un edificio come cosa principale e un altro piccolo edificio, un rustico, che è pertinenza dell' edificio principale, la disciplina giuridica è diversa da quella civile e questo rustico, questa pertinenza, hanno una propria autonomia, ed esso richiede per essere modificato, ampliato, ecc. la **concessione edilizia**. Ciò significa che il concetto di pertinenza assume delle impostazioni e delle configurazioni diverse, a seconda che esso sia considerato nell'ambito della

categoria giuridica o normativa del codice civile o nell'ambito della categoria giuridica normativa del diritto urbanistico.

La concezione delle “categorie” in cui si racchiudono, si classificano, tutte le cose, è antica, ed è stata analizzata circa trecento anni prima di Cristo dal maestro di Alessandro Magno, Aristotele, il quale in una piccola opera chiamata: *Le categorie* ha studiato la suddivisione logica delle cose, della “serie” delle cose, delle classificazioni delle cose, oggetti, persone. Ad esempio uomo / animale, con ulteriori suddivisioni della categoria generale uomo, quali ad esempio uomo con la lenza, uomo che cammina, e da questa impostazione di classi, o meglio di categorie, sono derivate delle conseguenze operative, anche per il diritto.

Il diritto è noioso, e vorrei richiamare la vostra attenzione sul problema delle categorie in altri settori. Pensate alla classificazione delle piante o degli animali, che avviene secondo certe “categorie”. Linneo ha distinto gli animali in *vertebrati ed invertebrati*, e ciò vuol dire che gli animali sono stati suddivisi in categorie, e come elemento di differenziazione sono state considerate le *vertebre*.

Ma vi è di più, perché queste categorie, queste classificazione avvolgono tutta la nostra vita. In matematica vi è la categoria della tavola pitagorica, basata sul

criterio che il secondo numero è il doppio del primo. Anche nella pittura vi sono delle categorie. Consideriamo ad esempio il Cenacolo di Leonardo, che tutti voi conoscete. Questo affresco raffigura gli apostoli con Cristo al centro, seduti ad un tavolo, ma dentro, sotto mirabile rappresentazione, vi sono delle categorie geometriche, di triangoli che suddividono gli apostoli, che sono raggruppati in gruppi di tre. Il Cristo è al centro di un cerchio e di un quadrato. Vi sono quindi delle figure, delle categorie geometriche che suddividono questa realtà. Le linee di queste figure geometriche non si vedono ma sono avvertibili dalle figure e dalla loro posizione. Consideriamo un altro pittore conosciuto, Cézanne. Le sue nature morte sono iscritte dentro delle categorie geometriche sfere, cilindri, che non si vedono, e la collocazione di queste nature morte è scandita da queste categorie geometriche. Anche nella musica vi sono le note musicali, suddivise in note, diesis e bemolle, e tutta la musica, da quella di Bach al Jazz, si basa su queste categorie, diverse, ma che esistono. In letteratura vi sono varie categorie, ad esempio: classico /romantico. In politica Machiavelli distingueva tra politica e morale, ecc. In definitiva, tutte le entità sono incasellate in categorie, e questo si ritrova anche nel diritto. Le categorie avvolgono tutto il diritto, e vi sono categorie concettuali e categorie normative, anche dal punto di vista formale.

Le categorie normative sono come contenitori di norme, suddivise in leggi, regolamenti, statuti, usi e consuetudini. L' articolo 1 delle Disposizioni sulla legge in generale stabilisce queste categorie, dove la forma si unisce con la sostanza, e tutto ciò condiziona l'interpretazione. Si pensi come ulteriore esempio, alle **materie** di cui all'articolo 117 della Costituzione, che sono state (e sono) oggetto di contrasto da parte delle Regioni e dello Stato, ognuno dei quali voleva (e vuole) disciplinarle in via esclusiva. Queste materie costituiscono delle categorie normative, e queste categorie normative sono caratterizzate dalla suddivisione genere / specie e dalla gerarchia. Tutto il diritto è racchiuso in categorie, e noi siamo incasellati, condizionati, imprigionati, anche nei nostri rapporti giuridici, da queste categorie. L'interpretazione e l'applicazione seguono le categorie, e quindi l' applicazione di determinate leggi viene svolta oggi non soltanto sulla base della "lettera" della legge e dei rapporti tra le leggi basati sulla generalità e la specialità nonché sulla gerarchia, ma anche sulla base delle categorie in cui un determinato oggetto, o rapporto o norma è inserito ed è condizionato. Oggi quindi l'applicazione della legge non si esaurisce in una pretesa sovrapposizione della legge o della norma al fatto, ma la legge o la norma sono a loro volta disciplinate ed incasellate da queste categorie. Queste ultime esprimono una "vis", come la forza gravitazionale che tiene vincolata la terra al sole, ed il sistema solare a sua volta

è vincolato al sistema delle galassie, e le galassie sono vincolate ancora da altri sistemi, da quelle colonne d' Ercole che sembrano essere ancora presenti nell' infinito.

Ma scendiamo, dall' infinito, sulla terra.

L' applicazione delle leggi è condizionata dalle categorie normative, e queste categorie non sono soltanto quelle formali delle leggi, dei regolamenti, eccetera ma anche dal contenuto delle materie e dalla loro disciplina normativa.

Abbiamo visto l'esempio della "pertinenza" nel diritto civile e nel diritto urbanistico, e si potrebbero trarre molti altri esempi. Tutto ciò fa vedere che l' applicazione delle leggi presenta oggi degli elementi, che vi erano anche nel passato, ma che oggi ne si vedono meglio. Le categorie condizionano l' applicazione delle leggi, e si può quindi derivare una conclusione dal filo di pensieri che ho voluto sottoporre alla vostra attenzione.

8. L' applicazione delle leggi e l' articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.

Oggi l'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale, valido ancora per la parte della interpretazione letterale, è un **fossile giuridico** che non tiene conto

dei nuovi problemi, dei nuovi teoremi che richiedono nuove soluzioni. Ma si deve anche aggiungere che nonostante la legislazione caotica, frammentaria e confusa del nel nostro tempo, vi è un elemento basilare della **certezza**. Ogni categoria, da quella della tavola pitagorica al teorema di Pitagora, alle categorie giuridiche, ha la finalità della certezza, come una legge fisica, una forza di gravità, che tende sempre verso la certezza.

9. Conclusioni. La certezza del diritto e la stella della sera e la stella del mattino.

La certezza è un obiettivo che non si raggiunge immediatamente, ma dopo vari tentativi, come l' equilibrio dei piatti della bilancia, ma la forza di gravità che fa ondeggiare i piatti della bilancia, sono corrispondenti all' ondeggiare dei tentativi dell' interpretazione e dell' applicazione per pervenire alla soluzione. ;a ciò che è da rilevare è che le regole sull' applicazione delle leggi non sono più quelle dell' articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, sono diverse, ma tendono anch' esse verso la certezza che è chiamata anche giustizia.

Questa non è – come pure aveva affermato Kelsen – un ideale irrazionale, è una certezza alla quale siamo rivolti, come l' ago della bussola tende al nord, dopo vari ondeggiamenti, L' esigenza della certezza è espressione di questa forza di

gravità, e non è, come la speranza, compagna fedele delle nostre debolezze, ma la compagna fedele, la pertinenza di una necessitata convinzione. Questa convinzione della certezza e della giustizia ci può dare un senso di compiuta pienezza interiore, perché - come diceva Aristotele - il senso della giustizia è *più bello della stella della sera, ed ancora più bello della stella del mattino*. Questo vuol dire che questo antico pensatore, considerato così arido e noioso, doveva avere un animo poetico, se riusciva a trovare il tempo per contemplare non soltanto *la bellezza della stella della sera*, ma anche, e specialmente, *la bellezza della stella del mattino*.

* * *