

Le fonti del diritto

a cura dello studente Francesco Galgani

per il corso di “Diritto e Nuovi Media”, facoltà di Psicologia, Uninettuno

Premessa

L'espressione “fonti del diritto” richiama metaforicamente l'immagine naturalistica della sorgente da cui sgorgerebbe il diritto oggettivo: in termini concreti, **le fonti del diritto sono tutti gli atti o fatti dai quali traggono origine le norme giuridiche.**

Caratteristica fondamentale degli ordinamenti giuridici moderni è la **pluralità** delle fonti.

In questa presentazione, sarà posta attenzione in particolare alle “**fonti di produzione**” delle norme giuridiche derivanti da manifestazioni di volontà espresse da un organo dello Stato o da altro ente a ciò legittimato dalla **Costituzione Italiana** o da accordi internazionali (che a loro volta sono comunque legittimati dalla Costituzione). In Italia la Costituzione Italiana è **sovraordinata** rispetto a tutte le altre fonti, ovvero non solo le altre fonti devono essere legittimate dalla Costituzione, ma nessuna fonte è legittimata a creare norme che entrino in contrasto con la Costituzione.

Esiste una **gerarchia** tra le fonti di produzione, esemplificata dalla piramide seguente, secondo la quale la norma di fonte inferiore non può porsi in contrasto con la norma di fonte superiore:



All'ultimo livello della piramide troviamo gli “usi o consuetudini”, che corrispondono alle “**fonti-fatto**”, ovvero fonti non scritte, determinate da fatti sociali o naturali considerati idonei a produrre diritto. Tutti gli altri livelli della gerarchia corrispondono a “**fonti-atto**”, ossia ad atti normativi posti in essere da organi o enti nell'esercizio di poteri ad essi attribuiti dall'ordinamento giuridico.

In virtù della pluralità delle fonti del diritto esistenti nell'ordinamento, è fisiologica (e non patologica) l'esistenza di **antinomie**, cioè di due norme incompatibili che disciplinano una medesima fattispecie¹, nel senso che l'applicazione dell'una esclude l'applicazione dell'altra. I criteri elaborati per la risoluzione delle antinomie generalmente accettati sono quattro:

1. *criterio cronologico*: tra norme emanate da fonti di pari grado, la più recente prevale su quella anteriore, abrogandola, cioè determinandone la cessazione, ma in maniera non retroattiva;
2. *criterio gerarchico*: prevale la norma di grado superiore su quella inferiore, anche quando quest'ultima sia cronologicamente posteriore (ad esempio, nel conflitto tra una norma di rango costituzionale ed una di rango legislativo più recente, prevale sempre la prima, anche

¹ Per fattispecie si intende una situazione particolare disciplinata da una norma giuridica, o parte di essa, nella quale sono descritte le condizioni il cui avverarsi rende la norma stessa applicabile.

- se la seconda è più recente);
3. *criterio della competenza*: senza entrare nei dettagli, è un criterio che si applica quando ci sono conflitti tra poteri e indica quale ente (ad es.: stato o regione, Italia o UE) ha la competenza normativa in una certa materia;
 4. *criterio della specialità*: le norme speciali (ad es. dirette a tutelare una fascia di soggetti ritenuti più deboli) prevalgono sulle norme generiche, anche se queste ultime sono più recenti;

Le fonti dell'ordinamento costituzionale italiano

In base alla più recente dottrina, le fonti atto del sistema costituzionale italiano od operanti nel sistema costituzionale italiano sono così classificabili:

- la **Costituzione** e le **leggi costituzionali** e di revisione costituzionale: si pongono al vertice della piramide delle fonti del diritto riconosciute dal nostro ordinamento;
- le **fonti comunitarie**, vale a dire i trattati istitutivi, i regolamenti, le direttive e le decisioni; si tratta di atti che, una volta immessi nel nostro ordinamento, occupano una posizione di preminenza rispetto alla legislazione ordinaria statale;
- le **fonti dell'ordinamento statale**: rientrano in questa sezione le leggi ordinarie e gli atti aventi forza di legge (decreti legge e decreti legislativi), il referendum abrogativo e i regolamenti interni degli organi costituzionali; ad un gradino inferiore si pongono i **regolamenti dell'esecutivo**, che non possono essere in contrasto con le fonti legislative ordinarie;
- le **fonti regionali**: in questo caso il riferimento è agli Statuti regionali, alle leggi regionali e ai regolamenti regionali;
- le **fonti locali**, vale a dire gli Statuti comunali e provinciali e i regolamenti approvati dagli stessi enti;
- le **fonti esterne all'ordinamento**, vale a dire quelle che vengono recepite nell'ordinamento costituzionale italiano in virtù dell'appartenenza del nostro Paese alla Comunità internazionale.

Le fonti costituzionali

La Costituzione è la legge fondamentale di un Paese, delinea le sue caratteristiche essenziali, descrive i valori e i principi che ne sono alla base, stabilisce l'organizzazione politica su cui si regge.

Le fonti costituzionali comprendono:

- i **principi istituzionali fondamentali e non modificabili** come quello sancito dall'art. 139 Cost. che prevede la forma repubblicana;
- la **Costituzione** e le **leggi di rango costituzionale**, definite all'art. 138 Cost.

Le fonti comunitarie

Con l'adesione dell'Italia alla Comunità europea la categoria delle fonti primarie include ora anche gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie. La Comunità Europea, in quanto organizzazione sovranazionale, può adottare, attraverso i propri organismi, atti vincolanti per gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Infatti, l'art. 249 del Trattato CE stabilisce che le istituzioni comunitarie sono abilitate ad emanare **regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri**, chiarendo altresì come solo le prime tre tipologie di atti abbiano carattere vincolante.

In particolare:

- il **regolamento** ha portata generale; esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e *direttamente applicabile* in ciascuno degli Stati membri;
- la **direttiva** vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi;

- la **decisione** è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati; le decisioni sono atti aventi portata concreta, che possono indirizzarsi ad uno Stato membro o ad altro soggetto (persona fisica o giuridica), vincolanti per il destinatario; acquistano efficacia con la semplice notifica ai destinatari (art. 254).
- le *raccomandazioni* e i *pareri*: trattasi di atti sforniti di efficacia precettiva e vincolante.

I rapporti tra diritto comunitario e diritto interno

Il diritto dell'Unione europea prevale sul diritto interno dei suoi Stati membri. La preminenza del diritto dell'Unione è sancita dall'articolo 10 della Convenzione Europea:

«La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite hanno prevalenza sul diritto degli Stati membri»

(Convenzione di Bruxelles, art. 10 - Diritto dell'Unione Europea, comma 1)

In presenza di una legge nazionale che contrasti con una norma comunitaria, il giudice ordinario deve disapplicare la legge nazionale *nel caso specifico* e applicare il diritto dell'Unione, senza porre quesiti di incostituzionalità o attendere che il legislatore nazionale risolva il conflitto di giurisprudenza adeguandolo al diritto dell'Unione.

Gli atti comunitari prevalgono su quelli degli Stati membri, sia per quelli preesistenti all'approvazione della norma comunitaria che per quelli emanati successivamente. Si tratta quindi di una priorità ontologica, non temporale.

Da notare, conformemente alla prevalenza del diritto UE sul diritto interno, che l'art. 11 della Costituzione italiana ammette che la Repubblica possa accettare limitazioni alla sovranità per l'adesione a organismi sovranazionali.

Le leggi ordinarie dello Stato

Per leggi ordinarie si intendono gli atti deliberati dal Parlamento secondo il procedimento disciplinato, nelle sue linee essenziali, dagli articoli 70 e ss. della Costituzione, e più ampiamente dai regolamenti parlamentari.

In particolare la legge:

- è idonea a modificare o abrogare, nell'ambito della sua competenza, qualsivoglia disposizione vigente, fatta eccezione per quelle di rango costituzionale;
- è in grado di resistere all'abrogazione e alla modificazione da parte di fonti ad essa subordinate;
- può essere soggetta al controllo di conformità alla Costituzione e alle altre disposizioni di rango costituzionale soltanto da parte della Corte costituzionale;
- può essere sottoposta a referendum abrogativo ex articolo 75 Cost.

Un principio basilare è l'irretroattività delle leggi in ambito penale, infatti, secondo quanto dispone l'articolo 25 Cost.: *«Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»*.

Gli atti aventi forza di legge: i decreti legislativi o delegati

I Decreti delegati sono atti aventi forza di legge emessi dal Governo sulla base di una legge-delega del Parlamento. Di regola, il Parlamento ricorre a tale delega quando la materia da disciplinare richiede un certo grado di specializzazione, oppure quando la disciplina da introdurre necessita di essere trattata in modo unitario ed omogeneo. Da notare che ciò che viene delegato al Governo non è il *potere legislativo* bensì il solo esercizio della *funzione legislativa*.

I decreti legge

L'art. 77 Cost. dispone che in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo può, sotto la sua responsabilità, adottare provvedimenti provvisori con forza di legge, ma il giorno stesso deve presentarsi alle Camere per la conversione, queste ultime, anche se sono sciolte vengono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. In base al medesimo articolo della Costituzione, *il decreto-legge dovrebbe essere convertito in legge entro 60 giorni o perdere la sua efficacia sin dall'inizio*. Quasi mai, però, le Camere riescono a rispettare tali termine, soprattutto a causa delle lungaggini parlamentari e delle divisioni in seno alle maggioranze. Di fronte all'inerzia del legislatore il Governo ha cominciato a riprodurre in nuovi decreti il contenuto dei decreti non convertiti in 60 giorni, eventualmente tenendo conto degli emendamenti approvati dalle Camere.

Il referendum abrogativo

Il referendum abrogativo dispone della capacità di innovare il diritto oggettivo in negativo, in quanto abroga disposizioni preesistenti di leggi o di atti aventi forza di legge. La stessa Corte Costituzionale, con sentenza 29/1987, ha definito il referendum conclusosi con esito favorevole all'abrogazione «atto - fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria». L'abrogazione deve essere, infatti, proclamata con decreto del Presidente della Repubblica, assumendo così il carattere di atto dello Stato avente forza di legge.

Una volta intervenuta l'abrogazione, si ritiene comunemente che si costituisca un vincolo preclusivo nei confronti del legislatore ordinario, in omaggio al principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.). Al Parlamento sarà, quindi, precluso introdurre una disciplina che ricalchi i principi ispiratori e i contenuti essenziali della vecchia disciplina. Tale vincolo, però, non può essere permanente: in dottrina si propende per una durata pari ad una legislatura (tenuto conto che in occasione delle elezioni politiche i cittadini sceglieranno i candidati che portino avanti le loro opzioni politiche, comprese quelle espresse in sede referendaria) o comunque per un periodo di cinque anni, durante i quali non può essere neppure riproposta la richiesta referendaria bocciata dal corpo elettorale (art. 38 legge 352/1970).

I regolamenti parlamentari

Si tratta di fonti separate che trovano la loro legittimazione in una riserva di competenza costituzionalmente riconosciuta a ciascuna Camera.

Tali regolamenti non sono soggetti al sindacato della Corte Costituzionale (art. 134 Cost.). Alle Camere è, infatti, riconosciuta l'indipendenza nei confronti di ogni altro potere: per questo motivo deve ritenersi precluso ogni sindacato degli atti di autonomia normativa ex art. 64 Cost.

Le fonti secondarie

La categoria delle fonti secondarie comprende tutti gli atti espressione del potere normativo della Pubblica Amministrazione statale (Governo, Ministri, prefetti etc.) o di altri enti pubblici (Comuni, Regioni, Province ed altri enti).

Si tratta di atti formalmente amministrativi che:

- non possono derogare nè contrastare con le norme costituzionali;
- non possono derogare nè contrastare con tutti gli atti legislativi ordinari (fonti primarie): perciò si dice che non hanno forza nè valore di legge, ma solo forza normativa, cioè non possono equipararsi alle leggi, ma nei limiti di esse hanno una loro forza giuridica quali fonti di diritto;
- possono modificare le leggi (ordinarie), solo se una legge ordinaria abbia «delegificato» una materia, autorizzando atti del potere esecutivo (di solito regolamenti) a disporre norme (in quella materia) che hanno la stessa forza di quelle emanate con legge.

Per approfondimenti su questi temi, si veda "Le fonti del diritto" di Gabriele Ciaccio, alla pagina:
<http://www.unipa.it/classe2dellariabilitazione/fisioterapia/corso%20integrativo/didattica/Le%20fonti%20del%20diritto.pdf>