

Parte II - Capitolo 1

FONTI DEL DIRITTO: NOZIONI GENERALI



Le fonti del diritto:

Si definisce “*fonte del diritto*” l’atto o il fatto abilitato dall’ordinamento giuridico a produrre norme giuridiche.

Si possono distinguere vari tipi di fonte:

- *fonti di produzione*
- *fonti di cognizione*
- *fonti atto e fonti fatto*

Fonti di produzione:

Gli ordinamenti moderni si istituiscono attraverso un processo costituente: è la stessa Costituzione ad indicare gli atti che possono produrre il diritto (*le fonti*).

In realtà, la Costituzione indica solamente le fonti ad essa immediatamente inferiori (*fonti primarie*). Saranno tali fonti, successivamente, a regolare quelle ancora inferiori (*fonti secondarie*).

Fonti di cognizione:

Si dicono fonti di cognizione gli strumenti attraverso i quali si vengono a conoscere le fonti di produzione. Esistono *fonti ufficiali* e *fonti private*.

Fonti ufficiali:

- la Gazzetta Ufficiale (G.U.)
- Bollettini ufficiali delle Regioni (B.U.R.)
- Gazzetta Ufficiale della Comunità europea (G.U.C.E.)

Il testo in esse pubblicato è quello che “*entra in vigore*”.

Al fine di consentire lo studio e la conoscenza dei nuovi atti, essi entrano in vigore dopo un periodo di *vacatio legis*, di regola di 15 giorni. Trascorso tale periodo, vigono la presunzione di conoscenza della legge e l’obbligo del giudice di applicarla.

Fonti non ufficiali:

Possono essere fornite da soggetti pubblici (ad es: Ministeri o Regioni) o privati (Riviste specializzate).

Le notizie pubblicate su di esse ***non hanno valore legale.***

Fonti-atto e Fonti-fatto:

Le fonti di produzione si distinguono in due categorie:

Fonti-atto (atti normativi):

“La fonte-atto è l’espressione di volontà normativa di un soggetto cui l’ordinamento attribuisce l’idoneità a porre in essere norme giuridiche”.

- Hanno la capacità di porre norme vincolanti per tutti
- Implicano l’agire volontario di un organo abilitato dall’ordinamento giuridico attraverso una norma di riconoscimento.
- Per produrre effetti normativi, ogni fonte-atto deve essere universalmente riconoscibile.

Fonti-fatto (fatti normativi):

Sono fonti-fatto tutti quei comportamenti riconosciuti dal corpo sociale come giuridicamente vincolanti nonché gli atti di produzione normativa esterni al nostro ordinamento (es: trattati internazionali; atti comunitari).

La consuetudine:

La consuetudine è considerata *la fonte-fatto per eccellenza*.

Nasce da un *comportamento sociale ripetuto nel tempo* (elemento oggettivo della consuetudine: la cosiddetta “*diuturnitas*”), sino al punto che *esso viene sentito come giuridicamente vincolante* (elemento soggettivo della consuetudine: “*opinio juris ac necessitatis*”).

Una consuetudine particolare è la *consuetudine costituzionale*: si tratta di comportamenti (riconosciuti dal corpo sociale) che disciplinano i rapporti fra organi costituzionali: ad esempio, le consultazioni del Presidente della Repubblica nel corso della formazione del nuovo Governo.

Una ulteriore tipologia di consuetudine è quella sancita dall’articolo 10 della Costituzione, che fa riferimento alle *consuetudini internazionali*: non si tratta di norme che hanno origine nei trattati bensì di regole non scritte e tuttavia considerate obbligatorie dalla generalità degli Stati. L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle consuetudini internazionali è automatico.

Altre fonti fatto:

Oltre alla già citata consuetudine, sono considerate fonti-fatto:

- *le norme prodotte dalla Comunità europee*
- *le cosiddette norme di diritto internazionale privato.*

In entrambi i casi, nonostante si tratti di fonti scritte e volute, esse sono prodotte da organi che non appartengono al nostro ordinamento: è per questo che sono considerate come meri fatti normativi.

Modalità di rinvio ad altri ordinamenti:

In base al principio di esclusività, soltanto lo Stato ha il potere esclusivo di riconoscere le proprie fonti, indicando gli atti e i fatti che possono produrre norme nell'ordinamento.

Per quanto riguarda le norme di altri ordinamenti, esse valgono nell'ordinamento statale solo se lo Stato lo consente. Lo strumento usato dallo Stato per rendere applicabili al proprio interno le norme di altri ordinamenti è conosciuto come tecnica del rinvio.

Rinvio “fisso” o materiale o recettizio:

Una disposizione dell'ordinamento statale richiama un determinato atto in vigore in altro ordinamento, che viene allegato.

Il rinvio fisso è utilizzato per recepire un atto singolo e specifico.

Rinvio “mobile” o formale o non recettizio:

Il rinvio mobile è utilizzato non per recepire uno specifico atto di un altro ordinamento ma una fonte di esso.

Esempi di rinvio mobile: le disposizioni del diritto internazionale privato e il richiamo alle norme consuetudinarie internazionali.

L'interpretazione dei testi normativi:

L'interpretazione dei testi normativi ha il compito essenziale di garantire *unità, coerenza sistematica e completezza dell'ordinamento*:

- Unità:

Tutte le norme dell'ordinamento possono farsi risalire, in ultimo, al potere costituente e all'atto che con esso viene posto, la Costituzione.

- Coerenza sistematica:

L'ordinamento non tollera contraddizioni tra le parti che lo compongono e prevede criteri e meccanismi per risolvere i contrasti tra disposizioni normative stabilite in tempi diversi o incidenti nella stessa materia, consentendo all'interprete di sciogliere le *antinomie* e di individuare la norma che deve essere applicata in concreto.

- Completezza:

L'ordinamento predispone determinati rimedi per colmare lacune o vuoti normativi, ossia casi concreti non previsti dal diritto positivo, e permette all'interprete di rinvenire la norma giuridica applicabile al caso.

Le antinomie normative:

Si definiscono antinomie i contrasti tra norme.

Si ha un'antinomia quando le disposizioni esprimono significati tra loro incompatibili.

In questi casi, è compito dell'interprete risolvere tali contrasti, individuando la norma applicabile al caso.

I criteri per scegliere la norma da applicare in caso di antinomia sono quattro:

criterio cronologico

criterio gerarchico

criterio della specialità

criterio della competenza

Criterio cronologico:

In caso di contrasto tra due norme si deve preferire quella più recente
(*lex posterior derogat priori*)

La prevalenza della norma nuova sulla vecchia si esprime attraverso l'**abrogazione**: l'effetto consiste nella cessazione *ex nunc* dell'efficacia della norma giuridica precedente.

L'articolo 15 delle Preleggi indica *3 ipotesi di abrogazione*:

- **abrogazione espressa**: per “dichiarazione espressa del legislatore”.
- **abrogazione implicita**: per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti
- **abrogazione tacita**: perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.

Diversa dall'abrogazione è la **deroga**: la norma abrogata perde efficacia per il futuro, la norma derogata non perde la sua efficacia ma ne viene limitato il campo di applicazione.

Simile alla deroga è la **sospensione**: limitata a un certo periodo, a certe categorie o zone.

Criterio gerarchico:

In base a tale criterio, la norma superiore si deve preferire a quella gerarchicamente inferiore (*lex superior derogat legi inferiori*).

La prevalenza della norma superiore su quella inferiore si esprime attraverso l'*annullamento*: è l'effetto di una dichiarazione di illegittimità che un giudice pronuncia nei confronti di un atto, di una disposizione o di una norma che, a quel punto, perdono validità.

Effetti dell'annullamento: al contrario dell'abrogazione, l'annullamento opera non solo per il futuro ma anche per il passato (*ex tunc*), ma limitatamente ai *rapporti pendenti*.

Criterio della specialità:

In base a tale criterio, in caso di contrasto tra due norme, si preferisce la norma speciale rispetto a quella generale (*lex speciali derogat legi generali*), anche se quest'ultima è successiva (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*).

La preferenza per la norma speciale non incide né sull'efficacia né sulla validità della norma generale: entrambe rimangono efficaci e valide. L'interprete opera solamente una scelta tra le due norme (*inter partes*).

L'effetto tipico della prevalenza della norma speciale su quella generale è la *deroga*.

ABROGAZIONE

criterio cronologico

fisiologia
dell'ordinamento

opera *ex nunc*

effetti:

erga omnes
inter partes

ANNULLAMENTO

criterio gerarchico

patologia
dell'ordinamento

opera *ex tunc*

effetti:

erga omnes

DEROGA

criterio di specialità

complessità
dell'ordinamento

opera *ex nunc*

effetti:

inter partes
erga omnes (se espressa)

Criterio della competenza:

Serve a spiegare come è attualmente organizzato il sistema delle fonti: si tratta di un *criterio esplicativo e non prescrittivo*.

La Costituzione assegna competenze “particolari” ad alcuni atti equiparati alla legge formale: ad esempio, ai regolamenti parlamentari riserva la competenza a disciplinare il procedimento di formazione delle leggi.

Definizione di riserva di legge:

Si ha una riserva di legge quando una norma costituzionale riserva alla legge la disciplina di una determinata materia. Essa, perciò, è una regola riguardante l'esercizio della funzione legislativa.

La riserva di legge, affermata con il sorgere dei Parlamenti medievali, *ha una funzione garantista*, che si è rafforzata ulteriormente nelle costituzioni contemporanee a causa della loro rigidità.

Tipologie di riserve di legge:

- *riserva di legge costituzionale*
- *riserva a favore dei regolamenti parlamentari*
- *riserva di legge formale o ordinaria*
- *riserva assoluta*
- *riserva relativa*
- *riserva rinforzata*

Riserva di legge costituzionale:

la Costituzione rinvia esplicitamente ad una legge costituzionale.

Riserva di legge formale ordinaria: impone che sulla materia intervengano solo atti legislativi prodotti dal Parlamento.

Riserva di legge assoluta: prescrive che una materia sia integralmente regolata dalla legge ordinaria o da atti ad essa equiparati. Es.: art.13,2 che consente che la libertà personale sia limitata “*nei soli casi e modi previsti dalla legge*”.

In molti casi, alla riserva di legge assoluta si aggiunge la **riserva di giurisdizione**: la disciplina della materia non solo è regolata integralmente dalla legge ma per la sua applicazione è anche necessaria un'autorizzazione giudiziaria. Es.: art.13 che consente che la libertà personale sia limitata “per atto motivato dell'autorità giudiziaria”.

Riserva di legge relativa: non esclude che, alla disciplina della materia, concorra il regolamento amministrativo.

Riserva di legge rinforzata: talvolta la Costituzione non si limita a rinviare alla legge la disciplina di una materia ma pone ulteriori vincoli al legislatore (Es: art. 16).

