

Dispensa n. 1
Fonti del diritto italiano
Elisabetta Sanna

Sono fonti del diritto, in generale, tutti quegli atti o fatti ritenuti dall'*ordinamento giuridico* come idonei a creare *norme giuridiche*.

Fonti di produzione: si intendono quelle fonti atte ad introdurre nell'ordinamento giuridico nuove norme giuridiche.

Le fonti sulla produzione: sono quelle norme che ci dicono come una fonte di produzione deve essere emanata cioè con quale procedura e da chi .

Es. art. 77 Cost. per i d. lgs; le disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile; la stessa Costituzione che, oltre a essere una fonte di produzione, è essa stessa fonte sulla produzione perché disciplina il procedimento per l'emanazione delle leggi.

Fonti di cognizione: sono documenti ufficiali (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Bollettini Ufficiali delle Regioni, ecc...) attraverso i quali si possono conoscere le norme giuridiche.

Fonti atto: normalmente un documento (i principi inespresi o impliciti sono considerati fonti atto anche se non sono racchiusi formalmente in un documento)

Fonti fatto: es. la consuetudine; gli usi

Gerarchia delle fonti

Fonti primarie

- Costituzione, Leggi Costituzionali e Leggi di revisione costituzionale, Statuti delle Regioni a Statuto Speciale;
- Leggi ordinarie, statali e regionali; atti aventi forza di legge (Decreti legge e Decreti legislativi)

Fonti secondarie

- I Regolamenti;
- Le Ordinanze;
- Gli usi e la prassi

La Costituzione

E' la Legge fondamentale dello Stato contiene le norme e i principi cui si informa la struttura e l'organizzazione dello Stato (Forma di Stato e Forma di governo)

Per forma di Stato si intende il rapporto che intercorre tra governanti e governati (tra stato e popolo);

Per forma di governo, invece, si intende, il modo con cui le

funzioni dello Stato sono distribuite ed organizzate fra i singoli organi costituzionali (rapporti fra gli organi costituzionali governo , parlamento ecc..).

E' quindi evidente che la forma di Stato, ovvero il modo in cui lo Stato risulta strutturato nella sua totalità, condiziona necessariamente la forma di governo che in esso viene adottata.

La Costituzione fu approvata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947 ed è entrata in vigore il 1 gennaio 1948

Si compone di 139 art, ed è:

1.Scritta: i principi fondamentali e la struttura dell'ordinamento repubblicano sono scritti nei 139 articoli e nelle Disposizioni transitorie e finali della Costituzione, un documento redatto in forma solenne. Non tutte le Costituzioni sono scritte es. in Inghilterra sia il Parlamento che il Governo funzionano sulla base di regole consuetudinarie, senza che questo diminuisca il prestigio della costituzione inglese.

2.Votata: mentre lo Statuto Albertino era stato concesso dal Re ai suoi sudditi, la Costituzione è stata scritta e votata dall'Assemblea Costituente, eletta democraticamente dal popolo italiano.

3.Lunga: l'Assemblea Costituente optò per una struttura articolata, della carta costituzionale comprendente una

dettagliata enunciazione dei principi contenuti in essa. I costituenti scelsero una costituzione lunga perché l'Italia usciva da una dittatura e forte era l'esigenza di regolare in modo preciso i principi fondamentali, in modo da rendere più difficile un loro sovvertimento in futuro.

4.Rigida: anche la scelta fra costituzione flessibile e costituzione rigida fu condizionata dai danni provocati dal regime fascista che, approfittando della flessibilità dello Statuto Albertino, aveva sovvertito l'ordinamento giuridico per uno completamente diverso.

I Costituenti scelsero una costituzione rigida, in modo che nessuna legge ordinaria potesse essere in contrasto con la carta costituzionale: la Costituzione, essendo rigida, si trova al vertice della gerarchia delle fonti.

La Costituzione è rigida perché non può essere modificata da leggi ordinarie. Poiché nessuna legge può essere in contrasto con il dettato costituzionale, i Costituenti istituirono un organo, la Corte Costituzionale, con il compito di vigilare sulla conformità delle leggi alla Costituzione.

5.Compromissoria: La Costituzione nacque come un contratto politico tra le forze politiche maggiori del dopoguerra (Democrazia Cristiana, Partito Comunista e Partito Socialista), in cui ciascuna forza è riuscita a ottenere qualcosa, rinunciando ad altro. Per questo si è parlato di

compromesso costituzionale.

Le leggi costituzionali

Sono leggi contenenti norme che si aggiungono a quelle della costituzione, o che abrogano o modificano norme della costituzione (leggi di revisione costituzionale).

Le leggi costituzionali sono approvate dal Parlamento con una procedura aggravata rispetto a quella per le leggi ordinarie, in particolare sono richieste maggioranze più ampie il procedimento è disciplinato dall'art.138 della Cost. Sui limiti alla revisione costituzionale si veda sent. C.cost. n. 1146 del 1988

Si ricorda che non sono suscettibili di revisione:

- Art 139 sulla forma repubblicana (unico divieto espresso);
- Artt. Sui diritti inviolabili della persona;
- Artt 1- 12 sui principi fondamentali compreso l' art 5 sulla forma di Stato (unitario decentrato/regionale).

I divieti di revisione costituzionale operano anche come limite alla competenza comunitaria e internazionale (c.d. **controlimiti**) vd. dispensa sulle fonti del diritto europeo.

Artt. sui quali ci soffermeremo maggiormente sono l'art 9, l'art 33, l'art 117, 118 e l'art 42

NB Sono leggi costituzionali anche i 5 statuti delle regioni a statuto speciale.

Leggi ordinarie

Sono deliberate dal Parlamento e disciplinano materie espressamente riservate allo Stato.

Sono subordinate alla Costituzione e ai vincoli che derivano dagli obblighi internazionali e dal diritto comunitario (art. 117 cost, comma 1)

Leggi ordinarie regionali

Sono le leggi emanate dalle regioni nell'ambito della competenza legislativa loro riconosciuta dalla costituzione (art. 117 cost, comma 3)

Sono subordinate alla Costituzione, ai vincoli che derivano dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art 117 cost. comma 1)

Sono subordinate anche alle leggi statali per la determinazione dei principi fondamentali (competenza concorrente art. 117 cost. , comma 3)

Sono subordinate anche per certi versi, alle materie di competenza esclusiva statale (Vd sentenze corte cost)

Le leggi regionali delle regioni a statuto speciale sono leggi emanate dalla regione nell'ambito delle competenze legislative attribuite loro dai rispettivi statuti e con i limiti contemplati dagli stessi.

La legge statale e regionale stanno in rapporto di gerarchia e di competenza

Il giudice competente a dirimere le controversie fra lo Stato

e le Regioni è la corte costituzionale.

Per la forma di governo regionale e la procedura di adozione degli statuti regioni ordinarie si legga il titolo V della cost. e i rispettivi statuti per le regioni a statuto speciale.

Decreti legislativi (D. Lgs)

Sono atti aventi *forza di legge*, ma emanati dal Governo su delega del Parlamento (autorizzazione che avviene con una apposita legge c.d Legge delega)

La delega legislativa è normalmente conferita dal Parlamento in casi di particolare complessità della materia sulla quale si deve legiferare.

Con la legge delega il Parlamento indica al governo:

- la materia oggetto della delega sulla quale il Governo potrà eccezionalmente legiferare;
- il termine entro il quale il Governo deve espletare la potestà legislativa conferitagli;
- i principi e i criteri direttivi cui il governo dovrà ispirarsi nell'emanare il decreto legislativo.

I decreti legge (D.L.)

Sono provvedimenti *provvisori* aventi anch'essi *forza di legge* che il Governo adotta sotto la propria responsabilità in casi di straordinaria necessità e urgenza. Il giorno stesso della loro emanazione il Governo deve darne comunicazione al

Parlamento perchè li converta in legge entro 60 gg.
Se non convertiti entro il termine previsto essi decadono del tutto, ponendo nel nulla gli atti compiuti nel periodo in cui hanno avuto vigore. Si dice che perdono efficacia *ex tunc* per cui è come se non fossero mai stati emanati.

Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti (cd legge di sanatoria.)

I decreti legge emanati senza i requisiti suddetti sono **illegittimi**, competente a giudicare è la Corte cost (sent. 29/95) e la loro illegittimità si trasferisce alla eventuale legge di conversione (sent 171/2007 e sent. 128/2008).

Le ipotesi che prevedono la possibilità di adottare atti normativi con forza di legge da parte del governo sono contemplate dagli artt. 76/77/78/79 della costituzione inclusi i d lgs per l'adozione delle norme di attuazione degli statuti speciali.

Il governo emana il decreto legge e lo pubblica sulla gazzetta ufficiale (da questo momento è efficace) poi lo trasmette alle camere per la conversione in legge. Le camere si riuniscono entro 5 gg anche se sciolte e lo devono convertire in legge entro 60 gg altrimenti il decreto perde efficacia *ex tunc* cioè retroattivamente

Se il decreto non è convertito, per voto sfavorevole di una camera (bisogna dare subito immediata pubblicità nella gazzetta ufficiale) se decorrono i 60 gg scatta la

responsabilità anche individuale dei ministri; le camere sulla base di una loro valutazione discrezionale possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base di un decreto legge non convertito.

Norme di attuazione

Le norme di attuazione sono un caso del tutto anomalo di delegazione legislativa prevista da fonti di livello costituzionale (negli statuti stessi). E' una delega a tempo indeterminato esercitabile più volte priva di criteri e principi direttivi. Il governo possiede un vero e proprio potere legislativo parzialmente condizionato ma si ritiene escluso il parlamento.

Parzialmente condizionato perché il governo può esercitare il suo potere *solo* sulla base di una proposta di una apposita *commissione paritetica* formata da esperti designati dal governo e dalle regioni e dalle province autonome interessate; ma il governo dispone di una posizione di supremazia nella commissione e non è cmque tenuto ad adottare tali norme. Il parlamento resta del tutto escluso.

I regolamenti

Sono fonti di produzione normativa cd secondaria sono definiti dalla dottrina più autorevole come atti (emanati da organi della pubblica amministrazione sia statale che locale) formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi.

I regolamenti, che possono anche svolgere funzioni di indirizzo politico, possono essere di diverso tipo di esecuzione, attuazione e integrazione, organizzazione, ministeriali. Un discorso a parte meritano i regolamenti c.d.indipendenti.

Il fondamento della potestà regolamentare è da rinvenire unicamente nella legge.

Principali fonti del potere regolamentare sono la legge 400/1988 art. 17; il Testo Unico degli enti locali (TUEL D. lgs 267/2000), vd anche art 117 comma 6 della Costituzione.

Le ordinanze

Sono atti mediante i quali la p.a. impone ordini, obblighi, divieti, circostanziati e generalmente riferiti a determinati destinatari (es. ordinanze del sindaco, del prefetto).

All'interno della categoria delle ordinanze un posto di prim'ordine è rappresentato dalle **ordinanze c.d. contingibili e urgenti** varate in casi particolarmente urgenti per far fronte a situazioni per le quali, data l'eccezionalità della situazione, il legislatore non ha previsto strumenti tipici di intervento.

Possono essere emanate da taluni organi della p.a. in casi :
- *eccezionali di particolare gravità* e possono comportare anche deroghe all'ordinamento vigente. Tale potere deve essere espressamente conferito da una norma di legge.

Devono essere:

- motivate;
- proporzionate;
- emanate quando non si possono usare mezzi offerti dalla legislazione (con tingibile);
- rese pubbliche;
- per far fronte ad un pericolo incombente.

Dal:

- Sindaco quale ufficiale di governo (o il Prefetto in caso di inerzia) per emergenze sanitarie o di igiene pubblica;
- Prefetto quale autorità di pubblica sicurezza;
- Ministro per la salute;
- Presidente della giunta regionale;
- Presidente del consiglio dei ministri per interventi che conseguono alla dichiarazione dello stato di emergenza a seguito di calamità naturali.

Gran parte della dottrina e della giurisprudenza concordano nel non ritenerle fonti del diritto in senso proprio ma atti amministrativi formalmente e sostanzialmente normativi poichè non avrebbero la capacità di innovare stabilmente l'ordinamento giuridico e all'atto giuridico mancherebbe il carattere dell'astrattezza.

Gli usi

Gli usi sono un esempio di fonti non scritte e consistono nella ripetizione costante e uniforme di un certo

comportamento da parte di un gruppo sociale nella convinzione che tale comportamento sia giuridicamente obbligatorio.

La prassi che si forma unicamente nell'ambito della p.a. consiste nell'osservanza costante di un certo comportamento da parte di un ente pubblico nell'esercizio della funzione amministrativa.

Le circolari amministrative

Sono atti amministrativi contenenti norme interne, emanati da un organo sovraordinato per dirigere, indirizzare e coordinare l'attività degli organi sott'ordinati al fine di rendere più efficace la realizzazione degli scopi istituzionali loro affidati.

Vedi materiale sul valore giuridico delle circolari e specialmente quelle in materia di archeologia preventiva

Il principio gerarchico

Serve a ordinare le fonti su una immaginaria scala gerarchica.

Al vertice ci sono le fonti normative che hanno maggiore *forza* all'interno dell'ordinamento.

Questa forza le rende **resistenti** alle modifiche delle fonti di grado inferiore quindi si dice che una norma di grado

inferiore non può essere in contrasto o meglio **derogare** a una norma di rango superiore.

Se ciò dovesse accadere la norma inferiore sarà dichiarata illegittima per aver violato una disposizione di legge superiore dal giudice delle leggi deputato a dirimere tali conflitti e cioè la corte costituzionale.

Il principio di competenza

Ricorrendo al principio di competenza non si fa più riferimento alla forza o al valore di una norma ma **all'organo che è titolare del potere** di emanarla.

Es. il rapporto fra legge regionale e legge statale che si trovano sullo stesso gradino della scala gerarchica e i loro rapporti sono regolati dalla diversa sfera di competenza che è attribuita loro dalla costituzione, in particolare disciplinata dall'art 117 per le regioni ordinarie , dai rispettivi statuti per le regioni a statuto speciale.

Così la legge regionale si potrà occupare di certe materie e non di altre e nei suoi settori di intervento dovrà rispettare tutta una serie di limitazioni (es leggi cornice o leggi di principio nella legislazione concorrente). Vd i Limiti alla competenza legislativa e il riparto di competenze quando parleremo di tutela e valorizzazione l'una materia di competenza esclusiva dello Stato e l'altra di competenza concorrente.

Sinteticamente poi diciamo che fra norme di pari grado gerarchico quella successiva prevale sulla precedente. E quella speciale su quella generale.

Questi sono i principali rapporti che regolano le fonti interne ma ci sono poi le *fonti cd esterne* appartenenti a sistemi giuridici diversi da quello considerato che a determinate condizioni permesse dall'ordinamento e puntualmente disciplinate possono spiegare effetti normativi all'interno dell'ordinamento stesso. Vd Fonti dell'Unione Europea.

Forme di Stato

La sovranità, il popolo e il territorio sono gli elementi costitutivi dello Stato.

Il modo in cui si articolano i rapporti fra questi tre elementi costituisce la forma di Stato. Per esempio, se consideriamo il diverso atteggiarsi del rapporto fra potere dello Stato e società civile cioè il rapporto fra autorità e libertà dei cittadini ci riferiamo alle diverse forme di stato democratico e stato totalitario. Nello stato di diritto delle moderne democrazie il funzionamento dell'organizzazione dello Stato deve essere regolato dalla legge e tutti gli atti delle p.a. devono essere conformi alla legge che rappresenta la garanzia della tutela dei diritti civili intangibili da parte dell'ordinamento.

In riferimento al modo in cui la sovranità si articola territorialmente distinguiamo fra stato unitario o accentrato stato federale e stato regionale.

Una istituzione si dice sovrana quando il potere politico che la caratterizza si presenta come supremo originario ed incondizionabile da altri poteri a questo superiori (la non derivazione deve intendersi in senso giuridico e non storico).

All'art 1 della nostra Costituzione si legge che la sovranità appartiene al popolo che la esercita nei modi stabiliti dalla presente costituzione.

Forme di governo

Per forma di governo si intende la classificazione sulla base del modo in cui il potere viene assegnato agli organi costituzionali, ed il funzionamento elettorale nel presupposto che il potere sia ripartito e non accentrato.