

## LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

- **NOZIONE DI FONTE DEL DIRITTO.** – Nella lezione precedente abbiamo chiarito che sono fonti del diritto tutti gli atti o fatti a cui l'ordinamento riconosce l'idoneità a produrre norme giuridiche. La definizione appena offerta individua le c.d. **fonti di produzione** (e cioè appunto le fonti "che producono diritto", come la legge o gli atti equiparati), così qualificate per distinguerle dalle c.d. **fonti di cognizione**, cosa ben diversa, che consistono nei documenti preposti alla divulgazione e alla conoscenza delle norme giuridiche (si pensi alla Gazzetta Ufficiale, in cui le leggi ed altri atti normativi vengono pubblicati prima di entrare in vigore).
- **LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO.** – Le fonti di produzione operanti nel nostro ordinamento vengono indicate dall'art. 1 delle Disposizioni preliminari al Codice civile (c.d. preleggi), norma la quale attribuisce la qualifica di fonte del diritto alle leggi, ai regolamenti, alle norme corporative e agli usi.

A seguito del superamento del regime fascista e dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, questa elencazione non può più considerarsi né completa (dato che in essa non vengono richiamate la Costituzione, le altre fonti di rango costituzionale e le fonti di derivazione comunitaria) né esatta (le norme corporative, retaggio del regime fascista, non fanno più parte del nostro ordinamento).

Allo stato, **il sistema delle fonti del diritto italiano** è dunque così composto:

- La Costituzione
- I trattati istitutivi della Comunità europea ed i successivi trattati integrativi e modificativi
- Le altre fonti comunitarie: direttive e regolamenti
- Le leggi statali
- Le leggi regionali
- I regolamenti
- Le consuetudini

## LA COSTITUZIONE

- **La Costituzione repubblicana:** contemporaneamente al referendum del 1946, relativo alla scelta tra monarchia e repubblica, venne eletta l'Assemblea costituente, con il compito di redigere la nuova Costituzione che doveva prendere il posto dello Statuto Albertino (era così denominata la Costituzione del Regno d'Italia, vigente fino alla caduta del regime fascista).
- La Costituzione repubblicana entra in vigore nel 1948, al termine dei lavori dell'Assemblea costituente, alla quale avevano partecipato tutte le forze politiche che avevano preso parte alla lotta di liberazione. La nostra Costituzione è dunque frutto di un **compromesso** tra forze politiche di differente orientamento: essa individua alcuni **obiettivi e valori condivisi** che vincolano tutti i soggetti, e tende inoltre a promuovere una trasformazione dell'ordine sociale al fine di realizzare pienamente i valori a cui la Carta stessa risulta ispirata.
- La Carta costituzionale **si caratterizza per due essenziali connotati:** quello della **LUNGHEZZA**, e quello della **RIGIDITÀ**.
- Si tratta di una Costituzione **lunga** in quanto, oltre a definire le prerogative e le funzioni spettanti alle vari organi (Parlamento, Governo, Magistratura, Presidente della Repubblica, ecc.) ed a regolare i rapporti tra i poteri dello Stato (legislativo, esecutivo, giudiziario), definisce, nella sua prima parte, anche i rapporti tra Stato e cittadino, individuando i diritti e i doveri del cittadino verso lo stato – ma con riflessi importanti anche nelle c.d. relazioni orizzontali, cioè nei rapporti fra individui – e determinando gli spazi di libertà che spettano al cittadino in confronto del potere statale. Così ragionando, si è soliti affermare che la Carta costituzionale costituisce la legge fondamentale dello Stato, dato che essa disciplina sia il funzionamento delle istituzioni statuali, sia i rapporti tra Stato e cittadini.
- Si tratta, inoltre, di una Costituzione **rigida** in quanto i principi della Carta fondamentale non possono essere modificati dalla legge ordinaria, votata dal Parlamento a maggioranza semplice. Per la revisione del dettato costituzionale è necessario che il Parlamento approvi una legge di revisione costituzionale, attraverso un procedimento aggravato che richiede

la sussistenza di una maggioranza qualificata (pari ai due terzi dei componenti di ogni Camera, o quantomeno alla maggioranza assoluta dei membri di Camera dei Deputati e Senato della Repubblica) e che prevede anche la possibile indizione di un referendum confermativo (art. 138 cost.). Alcuni principi della Carta (come la forma repubblicana dello Stato, e quelli relativi ai c.d. diritti di libertà) non sono suscettibili di revisione. Proprio il connotato della rigidità costituisce la principale differenza tra la Costituzione del 1948 e lo Statuto Albertino, definito come una Costituzione flessibile proprio in quanto modificabile attraverso una legge ordinaria.

- La rigidità assicura alla Costituzione il primato rispetto alle altre fonti, le quali non solo non possono modificarla, ma devono avere un contenuto compatibile con i principi della Carta. Se il Parlamento dovesse approvare una legge incompatibile con le previsioni costituzionali, questa legge sarebbe oggetto di censura da parte della Corte costituzionale, che provvederebbe ad “annullarla” (cioè a dichiararla incostituzionale) con effetto retroattivo.

\*\*\*\*\*

#### LE FONTI COMUNITARIE

- L’art. 11 cost. consente all’Italia di accettare, in condizione di parità con gli altri Stati, “le limitazioni di responsabilità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni”. Dando applicazione alla norma appena richiamata, l’Italia ha aderito tanto alla Comunità economica europea, quanto, successivamente, all’Unione europea, ammettendo le limitazioni di sovranità conseguenti alla sua partecipazione ai trattati istitutivi delle stesse.

#### I TRATTATI ISTITUTIVI E LE SUCCESSIVE MODIFICHE ED INTEGRAZIONI

- Trattato di Roma del 1957 istitutivo della CEE, modificato dall’Atto Unico Europeo di Lussemburgo del 1987 dal Trattato sull’Unione europea di Maastricht del 1992, entrato in vigore nel 1993, e dal Trattato di Amsterdam del 1997, entrato in vigore nel 1999; Trattato di Nizza del 2000; Trattato di Roma del 2004 (cosiddetta Costituzione europea); Trattato di Lisbona del 2007.

- **Attualmente, le fonti superiori dell'U.E. sono: il TUE, il TFUE e la CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE** (c.d. Carta di Nizza proclamata il 7.12.2000, modificata nel 2007 con la c.d. Carta di Strasburgo), in vigore, nella loro versione consolidata, dal 1.12.2009.
- Questi trattati, oltre a definire l'assetto istituzionale dell'Unione europea, attribuiscono alle istituzioni comunitarie il potere di emanare atti normativi destinati ad incidere sugli ordinamenti dei vari stati membri. Se inizialmente la competenza normativa delle istituzioni comunitarie era solo finalizzata alla creazione ed al corretto funzionamento del mercato comune, a seguito dell'Atto unico europeo, del trattato di Maastricht e, da ultimo, dei trattati di Nizza e Roma, tale competenza è stata via via estesa anche alle materie della politica economica e sociale, della ricerca e dello sviluppo tecnologico e ambientale.
- Le c.d. fonti comunitarie rilevanti per il diritto privato: sono

#### i REGOLAMENTI E LE DIRETTIVE

- ❖ **I REGOLAMENTI:** emanati dalle istituzioni comunitarie, si caratterizzano per la loro immediata applicabilità presso gli ordinamenti dei vari Stati membri: essi producono dunque norme giuridiche precettive per tutti i cittadini dell'Unione europea (es., il regolamento comunitario n. 26 del 11 febbraio 2004, n. 264, che individua i diritti del passeggero in caso di negato imbarco, cancellazione del volo o ritardo prolungato). La Corte costituzionale ha descritto i regolamenti comunitari come fonti sovraordinate rispetto alla legge: dunque, se una norma di legge dovesse risultare in conflitto con un regolamento comunitario, il giudice, nel decidere in ordine al caso concreto, dovrebbe applicare il regolamento comunitario e disapplicare la norma interna.
- ❖ **LE DIRETTIVE:** hanno lo scopo di armonizzare la legislazione degli Stati membri. Esse sono destinate agli Stati, e non sono immediatamente applicabili in confronto dei singoli cittadini. Le direttive, infatti, pongono degli obiettivi di politica legislativa che il singolo Stato è tenuto a perseguire, recependo il contenuto della direttiva nell'ambito dell'ordinamento. In Italia, il recepimento delle direttive avviene attraverso l'approvazione della c.d. legge comunitaria annuale (vedasi l. n. 86 del 1999): una legge di delegazione mediante cui il Parlamento delega al Governo il

compito di adottare i decreti legislativi mediante cui viene data attuazione alle singole direttive.

- ❖ Ad un regime differente sono sottoposte le c.d. **direttive self executing**, le quali (in quanto caratterizzate da un contenuto particolarmente dettagliato) producono immediato effetto nei rapporti tra cittadino e Stato. Dinanzi al tardivo recepimento di una direttiva self executing, il cittadino può infatti chiedere allo Stato il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'introduzione della suddetta direttiva nell'ambito dell'ordinamento.

#### LEGGE E ATTI AVENTI FORZA DI LEGGE

- **Le LEGGI DELLO STATO** sono gli atti normativi approvati dal Parlamento in base al procedimento previsto dall'art. 72 Cost. – approvazione maggioranza semplice (presenti la metà più uno degli aventi diritto al voto; voto favorevole della metà più uno dei presenti) dell'identico testo di legge da parte di Camera dei Deputati e Senato; promulgazione del Presidente della Repubblica (al quale spetta un primo controllo sulla costituzionalità della legge); entrata in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale - : si tratta di una fonte c.d. primaria, sottoposta cioè solo alla Costituzione ed alle fonti di derivazione comunitaria, ma prevalente rispetto alle c.d. fonti secondarie, identificate nei regolamenti dell'Esecutivo. Le norme di legge sono caratterizzate dai requisiti della **generalità** e dell'**astrattezza**: esse sono cioè rivolte a tutti i cittadini, e si applicano ogni qual volta in concreto si verifica la situazione contemplata dalla norma.
- **ATTI AVENTI FORZA DI LEGGE**: Ai sensi dell'art. 70 Cost., il potere legislativo spetta esclusivamente al Parlamento. L'art. 77 della Carta esclude infatti che il Governo, titolare del potere esecutivo, possa di sua iniziativa legiferare, se non in ipotesi eccezionali previste dalla stessa Costituzione (art. 77). Tuttavia, in base al combinato disposto degli art. 76 e 77 Cost., emerge come il Governo può, a determinate condizioni, emanare **atti con forza di legge**. Questi atti vengono individuati nei decreti legislativi e nei decreti-legge.

- ❖ **DECRETI LEGISLATIVI (o decreti delegati) – art. 76 Cost.:** il Parlamento può, attraverso un'apposita legge (**c.d. legge di delegazione**), attribuire al Governo il potere di emanare norme con valore di legge per la regolamentazione di una determinata materia, regolamentazione della quale la legge di delegazione stabilisce i principi e i criteri direttivi. L'atto normativo mediante cui il Governo esercita il potere delegatogli dalle Camere viene definito **decreto legislativo**, e contiene, se così si può dire, la disciplina di dettaglio della materia di cui la legge di delegazione individua invece le regole generali. Nell'esercizio di tale potere, il Governo deve rispettare i principi e i criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione: un decreto legislativo incompatibile con quanto stabilito dalla legge-delega risulta infatti costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega.
  
- ❖ **DECRETI LEGGE – art. 77 Cost:** Il procedimento che conduce all'approvazione di una legge da parte del Parlamento può essere particolarmente laborioso, in ragione della necessità di contemperare le varie esigenze delle forze politiche presenti nelle due Camere. Per ovviare a questo inconveniente, la Carta costituzionale prevede che, in presenza di particolari situazioni caratterizzate da assoluta necessità ed urgenza (si pensi ad un terremoto che colpisce una determinata zona del Paese, o ad una improvvisa crisi economica che richiede misure immediate), il Governo può emanare atti con forza di legge, che prendono appunto il nome di decreti- legge. Considerato però che, come già segnalato, la funzione legislativa appartiene esclusivamente al Parlamento, i decreti-legge hanno un'efficacia limitata nel tempo: rimangono infatti in vigore per 60 giorni, ed entro tale termine il Parlamento deve provvedere a convertirli in legge tramite un'apposita legge di conversione. Se entro tale termine il decreto non viene convertito, esso decade e si considera come mai approvato.
  
- **Riserva di legge statale.** Alcune materie, coperte da riserva di legge, devono trovare la loro disciplina di riferimento esclusivamente nelle fonti primarie (leggi o atti con forza di legge). Es: art. 25 cost. Nessuno può essere punito per un fatto qualificato come reato da una legge entrata in vigore prima che il fatto venisse commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

- **LEGGI REGIONALI.** Con riferimento ad alcune determinate materie, la Costituzione attribuisce anche alle Regioni la potestà (esclusiva o concorrente con la legge statale) di emanare leggi. In questo senso, vengono individuate alcune materie sulle quali vige una potestà esclusiva della legge statale (ad es., giurisdizione e norme processuali; ordine pubblico e sicurezza); e materie oggetto di una potestà concorrente tra Stato e Regioni (ad es., trasporti, istruzione, tutela della sicurezza del lavoro). Tutte le materie che non rientrano nella potestà esclusiva dello Stato o nella potestà concorrente sono invece rimesse alla potestà esclusiva delle Regioni (art. 117 cost., a seguito della riforma costituzionale del titolo V della Cost.).

### **REGOLAMENTI**

- Atti normativi emanati dal Governo o da altri enti, territoriali (Comuni e Regioni) o non territoriali (Università) aventi potestà regolamentare. Si tratta di fonti secondarie: trovano cioè nella legge il loro fondamento, e non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge (art. 3-4 prel.).
- **REGOLAMENTI GOVERNATIVI:** di esecuzione ed indipendenti.
  - ❖ **Regolamenti di esecuzione** (art. 3-4 prel.): individuano i modi di esecuzione di una nuova legge.
  - ❖ **Regolamenti indipendenti** (l. n. 400/1988). intervengono in materie non disciplinate dalla legge.
- **La c.d. “Delegificazione”:** La l. 400/1988, nel contesto di una politica di **delegificazione**, ha attribuito espressamente al Governo il potere di emanare regolamenti indipendenti, purché non si tratti di materie coperte da riserva di legge, nonché reg. esecutivi anche a prescindere da un’espressa disposizione di legge.

La legge citata ha addirittura previsto la possibilità di emanare regolamenti aventi efficacia di legge, che pertanto possono derogare o modificare norme di legge. Ciò è possibile quando vi sia una legge che autorizzi il governo a disciplinare per regolamento una

determinata materia, individuando contestualmente i principi ai quali il governo dovrà attenersi (analogamente a quanto accade in caso di leggi delegate), e a condizione che si tratti di materie non coperte da riserva di legge.

### GLI USI O CONSUETUDINI

- Sono previsti dall'art. 1 delle preleggi e disciplinati dall'art. 8.
- La consuetudine sussiste quando ricorrono **due elementi, uno "oggettivo" e l'altro "soggettivo"**: in presenza di una data situazione i cittadini osservano un certo comportamento, nella convinzione generale che la sua osservanza sia doverosa.
- Pertanto, debbono sussistere: la ripetizione, generale e costante in un certo ambiente e per un tempo adeguato, di un comportamento assunto come regola di condotta fra i privati (elemento oggettivo).
- Il convincimento generalizzato che quel comportamento sia doveroso (elemento soggettivo).
- Come stabilito dall'art. 8:
  - 1) possono operare solo in materie non regolate da altra fonte (c.d. *consuetudo praeter legem*);
  - 2) oppure se richiamati da altre fonti (c.d. *consuetudo secundum legem*) (esempi artt. 892; 1326, co 2; 1492, 1497, 1510, 1512, 1733; 1374).
- Frequenti richiami degli usi in materia agricola, commerciale, e nel diritto della navigazione, nell'ambito del quale si prevede addirittura che gli usi prevalgono rispetto alle norme comuni del diritto civile e commerciale (art. 1 c. nav.)

Inammissibilità della c.d. **desuetudine**: il fatto che una norma posta da una fonte primaria o secondaria risulti costantemente disapplicata nell'ambito di un determinato contesto sociale non implica che la medesima perda automaticamente vigore.