

# La “piramide variabile” delle fonti, le dinamiche democratiche e i diritti politici

Lezione III

*Prof. Antonio Gusmai - Dott. Franco Sicuro*

# Fonti “di produzione”, “sulla produzione” e “di cognizione”; fonti atto e fonti fatto

La metafora “fonte” è utilizzata per indicare il modo in cui si “produce” e poi “sgorga” il diritto di un ordinamento giuridico. In altri termini, indica la “sorgente” della produzione normativa: l'**atto o il fatto produttivo di diritto oggettivo**.

**Fonti di produzione:** sono tutte le disposizioni e i fatti normativi che, assieme, costituiscono l'ordinamento giuridico.

**Fonti sulla produzione:** tutte quelle disposizioni di un ordinamento giuridico che indicano le fonti abilitate ad innovare l'ordinamento giuridico, i soggetti e le modalità di produzione normativa. La fonte sulla produzione per antonomasia è la Costituzione, che disciplina il procedimento di formazione della fonte primaria dello Stato, la legge.

**Fonti di cognizione:** sono gli strumenti attraverso i quali la popolazione prende cognizione dell'esistenza delle fonti di produzione (la Gazzetta Ufficiale e, per le Regioni, i Bollettini ufficiali). A seguito della pubblicazione nelle fonti di cognizione ufficiali, vale il principio “*ignorantia legis non excusat*”, a meno che l'ignoranza non sia “scusabile”, ossia “inevitabile” (Corte cost., sent. n. 364 del 1988).

Come si può notare dalle definizioni appena esposte, **la Costituzione è sia fonte di produzione** (produce diritto ed è direttamente applicabile in giudizio) **che fonte sulla produzione** (individua le modalità di produzione normativa primaria).

**Altra importante distinzione è quella tra:**

- **Fonti atto**, ossia tutti quegli atti giuridici formalmente individuati dall'ordinamento in cui è contenuta una **manifestazione di volontà politica dell'Ente**. Si tratta di fonti necessariamente **scritte**, ragion per cui si definiscono “atti”.
- **Fonti fatto**, rappresentate, invece, da tutti quei comportamenti reiterati nel tempo da parte di una comunità (**elemento oggettivo**), con la convinzione che tali condotte siano obbligatorie e giuridicamente vincolanti (**elemento soggettivo**) nel contesto sociale (la più importante “fonte fatto” è la consuetudine).

# Il problema (pratico) delle “antinomie”

Le **fonti** del diritto, come è già possibile intuire, sono **molteplici**. Ne consegue che, tra di loro, **possono entrare in contrasto**, ossia dire, in riferimento alla stessa questione disciplinata, cose diverse, se non divergenti (ad esempio, una disposizione vieta e l'altra consente un determinato comportamento).

Quando nella pratica applicativa si verifica una tale evenienza, **tale conflitto tra disposizioni normative prende il nome di “antinomia”**. Il termine, dunque, sta ad indicare il **contrasto reale o apparente tra fonti del diritto** (dal lat. *antinomia*, gr. ἀντινομία, comp. di ἀντί «contro» e νόμος «legge»).

A questo punto, l'interprete-applicatore del diritto (giudice, pubblico funzionario o anche semplice studioso di diritto) deve:

- 1) desumere dalle «disposizioni»** (il testo, l'enunciato linguistico) le **«norme»** (il significato di quei testi) in relazione al **caso** da risolvere;
- 2) utilizzare i criteri elaborati dalla scienza giuridica** per risolvere, ove persistano, dubbi sulla norma da applicare al caso concreto.

# Il criterio cronologico e il fenomeno dell'abrogazione

Quando le fonti che entrano in conflitto sono poste sullo **stesso piano gerarchico** (ad es. legge vs. legge), il criterio da applicare è quello c.d. “**cronologico**”: **tra le due fonti, si deve applicare quella più recente, ossia la fonte da ultimo entrare in vigore.**

L'effetto dell'applicazione di questo criterio è l'**abrogazione** della norma precedente. Ciò significa che la fonte anteriore **cessa di produrre effetti** nell'ordinamento giuridico.

L'abrogazione ha **effetti *ex nunc*** (“da ora”) e, salvo che non sia lo stesso legislatore a prevederlo espressamente e purché ciò non riguardi la materia penale, vige il **principio di irretroattività** degli atti normativi.

# Il criterio gerarchico e l'annullamento

In base a tale criterio, **l'interprete è chiamato ad applicare**, in caso di conflitto tra norme, **quella che occupa il livello superiore nella gerarchia delle fonti.**

Tale principio **lo si si può dedurre direttamente dalla Costituzione allorché, all'art. 134**, attribuisce alla Corte cost. la funzione di giudicare della «legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge». In tutti questi casi, la fonte inferiore viene ***annullata (NON abrogata)*** **in quanto perde di validità con effetti *ex tunc*, ossia anche per il passato e salvo i rapporti c.d. esauriti** (per *decadenza, prescrizione, acquiescenza e passaggio in giudicato della sentenza*). Gli effetti dell'annullamento **retroagiscono sempre** (anche se la sentenza è passata in giudicato) **nel caso di materia penale**, ove cioè ad essere annullata è una fattispecie di reato (principio del *favor rei*).

## Il criterio della specialità

**Al di fuori della logica** riguardante l'**efficacia** della norma (in caso di abrogazione) o della sua **validità** (in caso di annullamento), si colloca l'applicazione del **criterio della specialità**.

Si tratta, infatti, di una **deroga** all'applicazione di una fonte (generale), che pertanto rimane in vigore. Cosicché, **il giudice applicherà la legge speciale, anche se anteriore** alla legge generale. Non si applica il criterio cronologico e non si verifica nessuna abrogazione.

## Il criterio della competenza

Secondo tale criterio, l'interprete-applicatore è chiamato ad **applicare la fonte promanante dall'organo che l'ordinamento giuridico ha previsto come competente** a produrre l'atto.

È il caso dell'**art. 117 Cost.**, in cui è la stessa Carta fondamentale a stabilire quando la competenza legislativa spetta allo Stato in via esclusiva, quando invece alla Regione e, non da ultimo, quando in via "concorrente" ad entrambe.

# Fonti «statiche» e fonti «dinamiche»

Le fonti gerarchicamente ordinate, poiché scritte e contenute in un atto normativo (eccetto la consuetudine), rappresentano «**fonti statiche**»: si tratta, cioè, di «**disposizioni normative**» prodotte secondo le regole «sulla produzione». Esse rappresentano la dimensione formale e statica del diritto, dacché **valide per l'ordinamento giuridico, ma non ancora applicate** nella realtà normativa per risolvere un caso concreto (esistono formalmente, sono valide per l'ordinamento, ma **non effettive**).

Quando vengono “**utilizzate**” **dagli interpreti-applicatori** (giudici, avvocati, funzionari pubblici, professori e studenti di diritto, cittadini), poiché tali soggetti desumono **significati concreti** dalle disposizioni normative (fonti statiche), dinamizzano la fonte applicandola concretamente ai fatti della vita che necessitano di essere regolati. Ecco che allora **le fonti si trasformano in «dinamiche», divenendo «norme giuridiche»** realmente **effettive**.

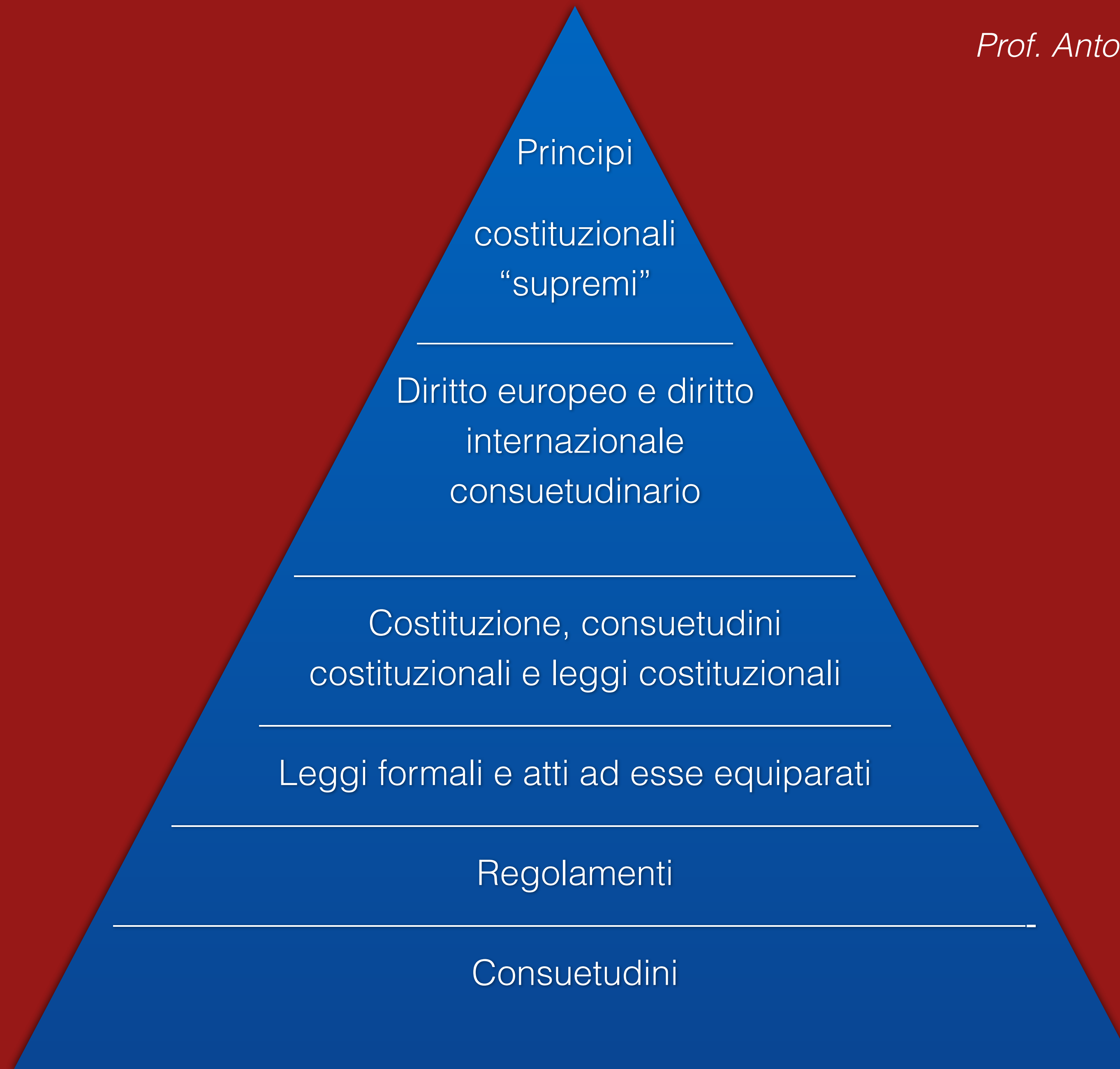
Le fonti dinamiche per eccellenza, in quanto **vincolanti per i consociati**, sono rinvenibili nella **sentenza** di un giudice.

**Il diritto positivo**, quello effettivamente vigente in quanto “dinamico”, **è dunque sempre un prodotto «co-determinato» dall'attività del legislatore** (che produce disposizioni normative “statiche”) **e del giudice** (che produce “**norme**” applicando al caso concreto da decidere quelle stesse disposizioni, dopo averle interpretate in relazione allo specifico contesto sociale).



# La piramide “variabile” delle fonti

*Prof. Antonio Gusmai - Franco Sicuro*



# La riserva di legge

Nei casi in cui le **materie** da regolamentare risultino **particolarmente sensibili** (perché, ad esempio, incidono su questioni fondamentali come le «libertà» dei singoli) **è la stessa Costituzione a disciplinare il concorso delle fonti** attraverso la “**riserva di legge**”.

Ciò che la Costituzione fa attraverso la previsione della riserva di legge consiste nella **limitazione di tutte quelle fonti che non hanno una legittimazione democratica piena**, perché non espressione diretta dell'organo legislativo: il **Parlamento**.

Dunque, la riserva di legge, in alcuni casi serve a **controllare l'attività del potere esecutivo**; in altri, a **limitare la potestà normativa secondaria** (il regolamento), di competenza del **Governo**.

# La riserva di legge può essere:

1) **la riserva di legge formale**, che impone, in alcuni casi, l'esclusivo intervento del Parlamento attraverso **la legge adottata nel rispetto dell'*iter legis*** (ossia seguendo la procedura prevista dall'**art. 72 Cost.** e dai regolamenti parlamentari). Rispetto alla legge formale deve essere distinta **la legge ordinaria**, che **comprende anche i c.d. "atti aventi forza di legge"**, ossia i decreti legge e i decreti legislativi (**artt. 76 e 77 Cost.**);

2) **la riserva di legge assoluta**: in tali casi la Costituzione impone che la materia sia disciplinata **esclusivamente dalla legge ordinaria** (comprensiva degli atti aventi forza di legge).

Tale riserva è prevista a **garanzia delle libertà fondamentali**: libertà "dallo Stato", che pertanto escludono l'intervento del potere Esecutivo. **Non possono dunque occuparsi della materia le fonti secondarie**, i regolamenti (ad es., art. 13 Cost.);

3) **la riserva di legge relativa**: qui la Costituzione ammette l'intervento del Governo nello stabilire la disciplina della materia. Alla **legge ordinaria, però, spetta sempre l'obbligo di disciplinare i principi generali**. Soltanto nel rispetto di questi ultimi il **regolamento** è ammesso a **normare i dettagli**.

4) **la riserva di legge rinforzata**: riguarda tutti quei casi in cui la Costituzione non solo pretende che sia la legge la fonte deputata a disciplinare la materia, ma impone **ulteriori limitazioni alla stessa discrezionalità del legislatore**. Il "rafforzamento" può essere **per contenuto** (ad es., l'art. 16 Cost. prevede che la libertà di circolazione possa essere limitata soltanto dalla legge per «motivi di sanità e sicurezza»), e **per procedimento** (ad es., gli artt. 7, 8, 116, comma 3, 132 e 133 Cost.).

# La “dinamicità” delle fonti riflette la dinamicità della dimensione democratica

**Ragionare intorno alla dinamicità delle fonti del diritto consente di comprendere la dimensione dinamica della democrazia costituzionale** (la Costituzione repubblicana elabora un progetto di trasformazione sociale-politica-economica che “vive” attraverso l’attività non solo dei legislatori, ma anche degli interpreti-applicatori del diritto: dai giudici ai pubblici funzionari, per non dire del ruolo centrale dei cittadini per la vitalità della democrazia costituzionale, a tutti i livelli di governo).

Considerato il carattere democratico del sistema costituzionale italiano, i diritti che riguardano l’attività politica sono innanzitutto **1) il diritto di voto (art. 48 Cost.); 2) il diritto di associazione in partiti politici (art. 49 Cost.)**. **Noi viviamo, infatti, in una democrazia rappresentativa: le elezioni sono la molla che sprigiona l’energia che mette in moto tutto il meccanismo costituzionale (anche se, sino alle rivoluzioni moderne borghesi, le cariche pubbliche erano generalmente assegnate mediante sorteggio.**

# Il diritto di voto

Distinzione tra **popolo** (insieme dei cittadini) e **corpo elettorale** (cittadini che possono esercitare il proprio diritto di voto, perché hanno compiuto il diciottesimo anno di età e non sono incorsi in una delle cause di esclusione dal corpo elettorale di cui all'art. 48, comma 4 Cost.).

Distinzione tra **elettorato attivo** (coloro che possono esercitare il diritto di voto) e **passivo (coloro che possono essere eletti a ricoprire delle cariche pubbliche: tale possibilità può essere esclusa o limitata per alcuni soggetti, i quali incorrono in cause di ineleggibilità, incompatibilità o incandidabilità)**.

Stando alla disposizione di cui all'art. 48 Cost., il **diritto-dovere di voto** è (deve essere):

- **personale;**
- **eguale;**
- **libero;**
- **segreto.**

**Prospettive di cambiamento: allargare i confini del corpo elettorale; voto elettronico; c.d. SPID Democracy; impatto dei nuovi social sulla libertà del voto.**

# Il diritto di associazione in partiti politici e il divieto di mandato imperativo

Nelle democrazie rappresentative moderne, il **partito politico** ha svolto un fondamentale ruolo di “**cerniera**” **tra società ed istituzioni**, tra le masse e lo Stato. Senza la fondamentale funzione di intermediazione svolta dai partiti politici, il popolo e i propri rappresentanti sarebbero rimasti “separati” dalla rigida applicazione del principio di derivazione borghese della rappresentanza della nazione senza vincolo di mandato.

Tale principio è confluito nell’art. 67 Cost., venendo dunque recepito anche all’interno di una Costituzione democratico-sociale.

La “convivenza” in Costituzione tra gli articoli 49 e 67 Cost. ha scuscitato un intenso dibattito in dottrina, data anche la sua inestricabile connessione con il tasso di democraticità di un ordinamento giuridico-costituzionale.

Compiti dei partiti politici: organizzare politicamente i cittadini; selezionare i candidati alle cariche elettive; organizzare l’attività degli eletti; mantenere vivo il legame tra eletti ed elettori nel tempo che intercorre tra un’elezione e l’altra.

# I partiti e il metodo democratico; il finanziamento pubblico delle associazioni partitiche e la loro crisi

Il metodo democratico di cui discorre l'art. 49 Cost. non si riferisce all'organizzazione interna dei partiti, né ai fini da essi perseguiti, ma al modo in cui i partiti agiscono al loro esterno.

Il **finanziamento pubblico** sarebbe necessario a garantire la democraticità del sistema politico-costituzionale (garantisce infatti l'eguaglianza del voto degli elettori e delle condizioni di partecipazione dei partiti alle competizioni elettorali): tuttavia, nella nostra democrazia costituzionale, il finanziamento dei partiti è attualmente "indiretto".

**Crisi dei partiti politici** e degenerazione partitocratica (cos'è la **partitocrazia?**)

# Le diverse “forme” della democrazia

**Democrazia diretta** (il popolo stesso è chiamato a decidere e a deliberare le leggi: è l’“utopia” di Jean Jacques Rousseau);

**Democrazia rappresentativa** (il popolo e i suoi rappresentanti sono separati dal divieto di mandato imperativo; gli eletti rappresentano la nazione; i partiti politici tentano di riavvicinare il contenuto delle deliberazioni parlamentari agli interessi dei cittadini, provenienti “dal basso”; governo rappresentativo presenta una componente oligarchica e democratica, allo stesso tempo)

**Democrazia partecipativa e deliberativa** (cittadini concorrono alla costruzione dello spazio politico partecipando attivamente all’elaborazione delle politiche pubbliche: decisione finale resta degli organi rappresentativi, ma i rappresentati reclamano maggiori canali di partecipazione)

**E-democracy** (l’attività politico-parlamentare e quella più propriamente politico-democratica possono trasferirsi nelle “aule virtuali”? Di sicuro, la democrazia elettorale è uno strumento prezioso, che oggi può essere utilizzato per potenziare - non già superare - le altre forme di democrazia)