

Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti

Parte I I FONDAMENTI

Definizione: il diritto è una forma di organizzazione sociale che deve essere rispettata. In altri termini è un insieme di norme che può esistere e funzionare solo se c'è un gruppo umano organizzato dotato di un'organizzazione incaricata di produrre le regole e di farle rispettare. Il diritto è una via di mezzo tra leggi fisiche (involontarie) e leggi morali (volontarie). È fondamentale che le regole per essere giuridiche siano "osservate". Esistono quindi 2 modi di concepire il diritto:

1. Fa riferimento all'idea di ordinamento giuridico di gruppo sociale organizzato
2. Fa riferimento allo stato e alle regole che questo produce.

Etimologia: deriva dal latino nel medioevo *directum*, il verbo è *dirigere* cioè ordinare che incorpora in se l'idea di "retto" nel senso di "lineare" e anche di "giusto", l'aggettivo corrispondente al sostantivo "diritto" è "giuridico". Nella lingua italiana la parola diritto ne assume un altro: **sfera garantita di pretese e di facoltà che il soggetto può vantare nei confronti di tutti gli altri o di alcuni.** Possiamo distinguere quindi il diritto in senso oggettivo e il diritto in senso soggettivo; i diritti soggettivi esistono solo in quanto c'è una norma che li riconosce quindi in quanto c'è un diritto oggettivo che li riconosce. "ci vuole sempre una norma per avere un diritto?" 2 punti di vista:

1. Positivismo giuridico: non esiste altro diritto che quello posto da chi ne ha l'autorità, e i diritti soggettivi sono solo quelli qualificati come tali dal diritto oggettivo.
2. Giusnaturalismo: una corrente di pensiero secondo la quale il diritto non è riducibile alle sole leggi umane poiché è legato alla stessa natura dell'uomo la quale è caratterizzata da elementi strutturali dai quali si possono desumere non direttamente le regole ma principi sulla base dei quali ispirare le regole.

Ad oggi entrambi sono problematici:

- il positivismo giuridico rischia di trasformarsi in obbedienza passiva come è accaduto in regimi autoritari e oppressivi
- il giusnaturalismo apre un ulteriore problema: chi individua le norme di diritto naturale? Nel secondo dopoguerra si è assistito al tentativo di superare questi problemi "positivizzando il diritto" e ciò è avvenuto con le costituzioni rigide e i trattati internazionali sui diritti umani.

Due fondamentali direttive per lo studio del diritto:

1. Se una società cambia cambiano anche le regole e i principi giuridici che la organizzano; ogni ordinamento giuridico è "situato" in precise coordinate spazio-temporali.
2. Lo Stato è solo uno dei possibili ordinamenti giuridici, gli ordinamenti giuridici statali devono fare i conti con altri ordinamenti giuridici, non istatinte queste indicazioni però lo Stato rappresenta ancora il sistema giuridico più rilevante e condizionante

Diritto pubblico

Definizione: il diritto pubblico è quell'insieme di norme che ha per oggetto l'ordinamento giuridico dello Stato.

Etimologia: "pubblico" deriva da latino *publicus* che a sua volta è affine al termine *populus* ovvero popolo. In ogni ordinamento giuridico esistono:

- A) norme sulla plurisoggettività (1): individuano chi sono i suoi membri
- B) Norme sulla plurisoggettività (2): regolano i rapporti tra soggetti
- C) Norme sulle istituzioni: individuano gli organi e disciplinano i loro poteri
- D) Norma sui rapporti tra le istituzioni e la plurisoggettività: regola i rapporti tra l'organizzazione e i soggetti dell'ordinamento
- E) Norme sulla normazione: stabiliscono come si producono le norme
- F) Norme che regolano i rapporti con altri ordinamenti giuridici

Al diritto pubblico appartengono 5 gruppi di norme A, C, D, E, F. B costituisce oggetto del diritto privato; quindi le norme di diritto privato e di diritto pubblico si differenziano per l'oggetto della disciplina.

Un settore del diritto pubblico è il **diritto costituzionale**

Definizione: un insieme di norme che sono contenute nella fonte chiamata costituzione e su quelle relative all'organizzazione dello stato e alle fonti del diritto.

Come nascono le regole giuridiche?

Fonti del diritto sono quei meccanismi che pongono in essere regole giuridiche. Queste fonti si distinguono in fonti di produzione giuridica: propongono nuove regole di comportamento che tutti devono osservare; e fonti sulla produzione giuridica: i meccanismi attraverso i quali si producono le fonti di produzione.

“Esempio: una fonte di produzione è la legge che obbliga tutti a pagare una certa imposta mentre la fonte sulla produzione è quella che prevede come debba essere approvata quella legge”

Oltre a queste fonti ci sono le fonti di cognizione ovvero tutti i supporti attraverso i quali si rendono conoscibili le fonti di produzione; sono strumenti volti a dare pubblicità agli atti normativi. Possono essere distinti in ufficiali: quelle sulle quali l'applicazione è prevista da fonti normative; e non ufficiali: tutte le altre esempio i codici pubblicati da vari editori che si acquistano in libreria. La pubblicazione sulle fonti di cognizione ufficiale è una fase necessaria del procedimento che integra l'efficacia dell'atto normativo.

Esempio: affinché una legge regionale acquisti efficacia deve prima essere pubblicata sul Bollettino della Regione, dopo viene pubblicata anche sulla Gazzetta Ufficiale quest'ultima non ha alcun effetto sulla vigenza della legge.

Crisi dello stato come “monopolista” del diritto

Ad oggi si può parlare di una vera e propria crisi del ruolo dello stato come “monopolista” della produzione delle regole giuridiche; oggi cresce il ruolo delle regole giuridiche prodotte al di fuori dello stato.

Cosa accade se due norme giuridiche pongono tra di loro regole contraddittorie?

Definizione: antinomie

Tre criteri per risolvere le antinomie

1. Gerarchia: nel conflitto tra regole prevale la regola posta dalla fonte superiore. Troviamo una scala basata sulla diversa forza degli Atti normativi; **definizione: per atto normativo si intende la sua capacità di produrre nuovo diritto (forza attiva) e la capacità di resistere all'innovazione portata da un atto diverso (forza passiva)** dalla violazione del principio di gerarchia deriva l'invalidità dell'atto normativo inferiore e dunque la sua annullabilità; **definizione: l'annullamento è l'istituto giuridico attraverso il quale un atto invalido viene eliminato dal sistema**. Gli effetti dell'annullamento sono erga omnes (riguardano tutti i soggetti dell'ordinamento) ed ex tunc (l'atto è eliminato retroattivamente. -principi supremi- fonti costituzionali- fonti primarie- fonti secondarie-fonti terziarie.
2. Competenza: nel conflitto tra le regole prevale la regola posta dalla fonte competente, con la violazione di questo criterio si ha l'annullabilità.
3. Cronologico: nel conflitto tra regole prevale la regola più recente. La violazione della gerarchia o della competenza è un fenomeno patologico per il sistema normativo e implica l'annullabilità mentre il criterio cronologico è un fenomeno fisiologico per il sistema normativo quindi continuerà ad applicarsi nei casi accaduti precedentemente alla nuova fonte. **Definizione: l'abrogazione è l'effetto che una norma successiva produce nei confronti di quella precedente, il fenomeno per cui la norma successiva delimita temporalmente la sfera di applicazione di quella precedente purchè esse siano sullo stesso piano gerarchico.** Esempio: una legge viene abrogata nel 2019 e nel 2020 si svolge un processo che riguarda fatti avvenuti nel 2018 e che allora erano regolati dalla legge abrogata; in questo caso il giudice dovrà applicare la legge abrogata.

Varie modalità dell'applicazione dell'abrogazione:

- Espresa: il legislatore elenca esplicitamente le disposizioni abrogate
- Tacita: l'abrogazione deriva da una incompatibilità tra le nuove norme e quelle precedenti
- Implicita: il nuovo atto normativo disciplina completamente la materia già disciplinata dall'atto normativo precedente

Diversa dall'abrogazione è la deroga **definizione: istituto attraverso il quale si risolve una antinomia tra norme giuridiche diverse sul piano della generalità**. Differenza tra abrogazione e deroga: la norma abrogata cessa di avere efficacia per il futuro, la norma derogata non perde la sua efficacia ma viene limitato il suo campo di applicazione.

Crisi dell'ordine gerarchico

Oggi si ha una profonda crisi che sta attraversando questo sistema delle fonti e i suoi criteri di organizzazione; l'effettivo super-criterio è stato il principio di gerarchia ed ha "funzionato" fino a quando la struttura piramidale gerarchica è stata anche il modulo organizzativo principale della società ed in particolare dello Stato. Quando questo principio ha cominciato a sgretolarsi è entrato in crisi anche il principio di gerarchia e con esso gran parte della "razionalità" interna del sistema normativo.

In che modo le fonti producono le regole?

Le fonti possono consistere in atti oppure in fatti:

Definizione: le fonti atto sono fonti di produzione del diritto che sono il risultato di procedure regolate dal diritto e finalizzate a produrre norme giuridiche. Esempio: atti normativi ovvero leggi, trattati e decreti. **Definizione: le fonti fatto sono fatti normativi in cui le regole non nascono dalla volontà espressa di regolare in un certo modo i comportamenti bensì da accadimenti esterni rispetto alla volontà** *esempio:*

consuetudine in cui la norma giuridica nasce dalla ripetizione costante di un determinato comportamento da parte di una generalità di soggetti che lo ritengono obbligatorio. La gran parte delle norme giuridiche è prodotta da fonti atto, vanno distinti i sistemi giuridici di *common law* e di *civil law*:

-*common law*: sviluppata in Inghilterra a partire dalla conquista normanna per poi diffondersi a tutti gli ordinamenti di matrice britannica compresi gli Stati Uniti. In questo sistema le fonti atto hanno soltanto una funzione derogatoria.

-*civil law*: il sistema giuridico dell'Europa continentale, la maggior parte del diritto è prodotta da fonti atto (compresa Italia).

Disposizione e norma

Definizione: la disposizione è l'atto in senso proprio, la formulazione linguistica che costituisce la fonte; la norma è il significato dell'atto, la regola giuridica che utilizzeremo per decidere come comportarci.

Definizione: l'interpretazione giuridica è l'attività che consente di cogliere il significato di una formulazione normativa.

L'interpretazione di una disposizione non sarà mai univoca ma risentirà sempre di fattori quali il fine, il tempo e lo spazio

L'ordinamento giuridico è composto da norme e non da disposizioni. Il sistema giuridico non è composto da testi, codici e leggi ma dai significati di tali strumenti, solo i significati delle disposizioni sono in grado di orientare il comportamento delle persone.

Conseguenze (1)

- A. Più norme da una disposizione: ogni disposizione ha un certo grado di indeterminazione poichè sono possibili diverse attribuzioni di significato *esempio: l'art 9, comma 2, Cost. <<La repubblica tutela il paesaggio>> la portata di questa disposizione dipende dal significato della parola "paesaggio". In base al senso comune è interpretata come un generale invito a non modificare l'aspetto dei luoghi; oppure occorre proteggere la vitalità dell'ecosistema.*
- B. Più disposizioni per una norma: combinato disposto, una sola norma è prodotta da diverse disposizioni tra loro combinate in questo caso la norma applicata deriva dall'interpretazione congiunta di più disposizioni. *Esempio: art. 87 << il presidente della Repubblica emana i decreti aventi valore legge>> il testo non dice quali sono tali decreti, occorre quindi integrare con 'un'altra disposizione che specifichi quali siano questi decreti.*

Le norme possono essere regole o principi

Definizione: le regole sono norme giuridiche più specifiche ed hanno una portata applicativa più ristretta; i principi sono norme più generali ed hanno una portata applicativa più ampia.

Norme generali

Definizione: si applicano a una categoria ampia di soggetti

Norme speciali

Definizione: disciplinano casi particolari o categorie specifiche.

Percorso dell'interpretazione

1. L'antinomia è risolvibile con l'interpretazione?

Si : due norme non sono davvero in contrasto

No: il conflitto è reale

2. Due fonti sono entrambe competenti?

No: si applica quella competente

Si: si continua

3. Le due fonti sono equiordinate?

No: si applica quella superiore

Si: sono allo stesso livello e si continua

4. Una norma è generale e l'altra speciale

Si: si applica la norma speciale

No: si passa all'ultimo criterio

5. Quale norma è più recente?

Prevale la norma più recente.